

Verso il nuovo codice dei contratti o verso la solita brodaglia demagogica?

Mentre scriviamo si sta concludendo travagliato percorso la legge di delegazione «*Delega al Governo in materia di contratti pubblici*».

Ovviamente non possiamo sapere come si attuerà la delega, sia perché la legge per molti aspetti è ben lontana dai concetti di principi e criteri direttivi che ne dovrebbero presiedere il contenuto ai sensi dell'articolo 76 della Costituzione, da una parte nel senso delle eccessiva genericità da sovrapporsi banalmente a principi ormai universali (semplificazione, trasparenza, concorrenzialità) dall'altra nel senso di istituti specifici che già sin d'ora si conosce come andranno a finire nella disciplina delegata, ovvero in inghippi di produzioni e complicazioni formali senza effetti (se non negativi) sul raggiungimento degli obiettivi conclamati dagli estensori.

Ma anche perché i decreti delegati passeranno sotto l'esame della Conferenza unificata, del Consiglio di Stato, delle Commissioni parlamentari di un Parlamento impegnato in una campagna elettorale, nonché nella conversioni di decreti-legge e in argomenti accesi nel pubblico dibattito, almeno tra gli interessati agli stessi, ma oggettivamente inutili (quali l'equo compenso delle prestazioni professionali, che consiste in aria fritta [1], o le concessioni balneari, dove l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha già detto tutto senza necessità di altri interventi regolatori [2], catasto, fisco e altre curiosità [3]).

Restano sempre le abituali due ciliegine sulla torta:

- a) i decreti legislativi saranno adottati senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica. Le amministrazioni provvedono ... con le risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente; ovvero, com'è ormai abituale, le famose nozze coi fichi secchi;
- b) la salvaguardia per le regioni a statuto speciale e le province autonome di Trento e di Bolzano che, costituzionalmente sacra, non ha mai dato grandi prove di utilità o un significativo valore aggiunto al sistema, se non una qualche iniziativa masochistica regolarmente censurata dalla Consulta.

¹ *Strano che nessuno se ne accorga.*

² *Qualsiasi cosa dica il TAR Lecce, citato dai concessionari come la Madonna pellegrina.*

³ *Tipo "Non mettiamo le mani nelle tasche degli italiani" oppure "La casa e i risparmi sono sacri" ecc. ecc. senza che nessuno abbia il coraggio di dire che ogni euro di tasse in meno corrisponde a due euro che dovranno sborsare i nostri figli e nipoti.*

Aver pensato a un nuovo Codice, dopo soli sei anni dal precedente, al tempo strombazzato come la panacea di tutti i mali e la soluzione definitiva [4], era forse necessario visto che il Codice attuale è stato più volte manipolato nel tempo da Governo e Parlamento e giustamente massacrato dalla Corte di giustizia della U.E. Necessario almeno dopo aver abbandonato troppo in fretta l'idea, che anche noi avevamo sponsorizzato, della sua abrogazione con l'applicazione delle direttive comunitarie, con minimi adattamenti di dettaglio .

Tuttavia, alcune osservazioni sono indispensabili e, anche se rilevabili da chiunque, è necessario siano fatte notare perché inspiegabilmente sottaciute o sottovalutate.

In primo luogo è stato un vero colpo di genio proporre il nuovo codice (in realtà solo la legge delega) nella prima metà del 2022, ovvero a pochi mesi dalle elezioni politiche dagli esiti incerti dove i nuovi eletti potrebbero legittimamente (e auspicabilmente) non condividere tutte le scelte precedenti, ma soprattutto nel bel mezzo dell'attuazione del PNRR, avviato (si fa per dire) nel 2021 e con previsione di conclusione nel 2026, in modo da farlo inciampare nel coacervo normativo del nuovo codice quale prodotto dai decreti legislativi delegati, dopo le imboscate delle numerose e confuse norme transitorie e derogatorie introdotte con i recenti decreti-legge [5] che hanno già azzoppato gli appalti ordinari, almeno laddove i relativi documenti a base di gara erano già redatti e spesso faticosamente approvati o addirittura con gare già bandite. Per non parlare della congiuntura post pandemica, degli eventi bellici e dei riflessi sulla scarsità delle catene di approvvigionamento e di manodopera. Insomma, non proprio il momento migliore per cambiare le regole del gioco.

Altro colpo di genio affidare ai consiglieri di stato la redazione dei decreti delegati [6], evidentemente l'esperienza del codice vigente, che è noto comunemente col cognome di un allora Presidente del Consiglio di Stato, non è servita a nulla. Certo è senz'altro meglio affidarsi ai magistrati amministrativi piuttosto che a compagnie di ventura, a terrapiattisti e a eletti per caso (ricordate "uno vale uno"? Ben presto ci siamo accorti che "uno o molti non valgono nulla"). Ma è pur sempre un affidarsi a esperti di diritto, indubbiamente luminari in dottrina e giurisprudenza, ma che probabilmente non hanno mai partecipato ad una gara pubblica come offerenti da un lato o come responsabili del procedimento dall'altro e, altrettanto probabilmente, non hanno mai visto e forse non vedranno mai un cantiere in funzione. [7]

⁴ *Rivedere oggi sul web, che non perdona, le interviste di Renzi e Delrio, fa venire le lacrime agli occhi per le risate di scherno che si attirano.*

⁵ *Con norme di almeno molteplici tipologie: di sospensione transitoria di norme ordinarie, di abrogazione di norme ordinarie, sostitutive di norme ordinarie, parallele e alternative a norme ordinarie rimaste efficaci e applicabili; tutte o quasi con effetti transitori o, al contrario, a regime.*

⁶ *Sorvoliamo sull'ormai annosa e stucchevole polemica sul loro triplo ruolo di redattori delle norme, consulenti del governo che esprimeranno pareri sulle stesse e giudici che potranno censurarle.*

⁷ *Salvo esperienze di collaudi o arbitrati sulle quali stendiamo un velo pietoso.*

Altra osservazione, prendendo ad esempio il gioco «Trova le differenze» de «La Settimana enigmistica», tutti possono confrontare il disegno di legge delega in discussione, con la legge 28 gennaio 2016, n. 11, ovvero con la legge delega che ha generato frettolosamente, dopo poco più di due mesi e mezzo, il codice vigente. Ebbene, a fronte della solita solfa sul divieto di *gold plating* [8], sulla semplificazione [9], sulla riduzione degli oneri documentali per gli offerenti [10], sulla riduzione e centralizzazione delle Stazioni appaltanti e una serie di sovrapposizioni che lasciamo ai volenterosi lettori individuare con calma nei momenti di attacchi di stitichezza, le novità si contano sulle dita di una mano.

Ultima osservazione, sembra (leggendo tra le righe ma neanche troppo e con conferme ufficiose) che il nuovo Codice recepirà la legislazione speciale introdotta nel frattempo per gli interventi finanziati nell'ambito del PNRR e del PNC, estendendola a tutti i contratti pubblici. Detto con altre parole, con detta legislazione speciale si è voluto sperimentarne la funzionalità e l'efficacia secondo l'assioma: se una cosa funziona per il PNRR funzionerà anche per tutto il resto.

Sarebbe comunque ingeneroso limitarsi a dire che la nuova legge delega è una fotocopia della precedente, quantomeno per il già accennato recepimento della legislazione speciale sul PNRR e PNC e alcune altre innovazioni sulla cui utilità ai fini conclamati dai promotori lasciano molto a desiderare se non addirittura controproducenti.

Dall'enfatizzazione dei criteri ambientali (a tutt'oggi un fallimento), alle clausole sociali, al conflitto tra trasparenza e riservatezza, al conflitto tra sinergie e obbligo di suddivisione in lotti, al conflitto tra stabilità occupazionale e incremento dell'occupazione con inserimento di nuovi lavoratori, alla "nuova" revisione prezzi, alla revisione delle competenze di ANAC (la cui vera riforma sarebbe un forte ridimensionamento), alla previsione di criteri premiali per l'aggregazione di imprese nel rispetto dei principi unionali di parità di trattamento e non discriminazione (un vero ossimoro: premiare e non discriminare non possono coesistere), ancora la famigerata e inspiegabile "rotazione" nei contratti sottosoglia, la gabbia dei bandi-tipo e contratti-tipo, la limitazione ai fini dell'aggiudicazione del criterio del prezzo o del costo quale eccezione [11].

Argomenti sui quali sarà necessario soffermarci più diffusamente in altre occasione. Per oggi, giudizio da 1 a 10, non oltre il 5, con rinvio a ... settembre in molte materie.

⁸ *Mai un principio contenuto in una legge delega quanto questo fu violato in fase di attuazione.*

⁹ *Chi l'ha mai vista? «Ogni volta che sento parlare di semplificazione metto mano alla pistola», parafrasando Baldur von Schirach che giustamente scontò 20 anni di carcere a Spandau, ma non per questa frase.*

¹⁰ *Quali? Ma se si tratta e si è sempre trattato di autodichiarazioni!*

¹¹ *Dimostrando di non avere mai compreso il significato letterale dell'espressione «Offerta economicamente più vantaggiosa» come declinato dal considerando 89 della direttiva*