

La qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza*

Dott. Sergio Zeuli, Consigliere di Stato

Grazie al consigliere Luca Iera, grazie al prof. Maltoni e a tutti gli organizzatori per questo invito che mi dà modo di tornare in questa bellissima città, che ammiro per le sue caratteristiche architettoniche e urbanistiche, oltre che, per me napoletano, per la sua efficienza.

Milano è efficiente in tutto, nei trasporti, nella pulizia delle sue strade, nella manutenzione dei suoi fabbricati e, non da ultimo, nella puntualità con cui si rispettano gli appuntamenti.

Premessa

Anzitutto, volevo spiegare perché quando ho ricevuto il cortese invito del prof. Maltoni ho scelto questo argomento, *“la qualificazione delle centrali di committenza”*. In primo luogo, per un motivo personale perché questa scelta mi ha consentito di tornare su di un tema, che mi era stato assegnato nella redazione del manuale sul codice sui contratti pubblici, di cui al d. lgs. n.40 del 2016, curato dalla professoressa Maria Alessandra Sandulli e dalla Presidente Rosanna de Nictolis, lavoro che non potetti ultimare perché, poco dopo, fui distaccato a Tunisi nell’ambito di un progetto del nostro ufficio finanziato dall’Unione Europea.

L’invito mi ha dato dunque modo di tornare sugli appunti presi per quel lavoro, e di verificare le correzioni di rotta, rispetto a quell’assetto, presenti nel codice del 2023, su cui mi intratterrò fra poco.

Il frangente e il confronto. La dimensione concorrenziale europea.

In secondo luogo, l’argomento assegnatomi mi consente di riflettere su di una questione che – a mio parere – caratterizza l’attuale disciplina dei contratti pubblici e che segnala la presenza di un momento di confronto (se non di vera e propria frizione) tra il diritto nazionale e quello unionale; un confronto che si palesa in alcuni istituti del nuovo codice degli appalti e che potrebbe essere utilizzato, come catalizzatore, anche per analizzare il sistema della qualificazione delle centrali di committenza.

Un momento di frizione che proverei a spiegare partendo dalla constatazione che, come è noto, l’impostazione euro-unionale del codice degli appalti pubblici, risente da sempre, della dimensione

* Trattasi della trascrizione, realizzata da Giorgia Bussolin, dottoranda di Ricerca in Diritto dell’Unione Europea e ordinamenti nazionali nell’Università degli Studi di Ferrara, dell’intervento dal titolo *“La qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza”* tenuto dal Cons. Sergio Zeuli in occasione del Convegno Inaugurale VII Edizione del Master interuniversitario Executive di II livello “Appalti pubblici, prevenzione della corruzione, sostenibilità ed innovazione” (ANT.COP) su “Il nuovo codice dei contratti pubblici: primi orientamenti e sfide future”, che si è svolto presso la Sala Alessi, Palazzo Marino, Piazza della Scala n. 2 – Milano, in data 18 giugno 2024.

concorrenziale europea che, a sua volta, è popolata di imprese offerenti grandi e medio grandi, con sedi soprattutto in Francia, Germania, ma anche nei Paesi Bassi.

Questa dimensione economica del mercato degli appalti non è omogenea rispetto a quella che caratterizza gli appalti pubblici italiani, realtà che com'è noto, è molto più frastagliata, e soprattutto vede la presenza come principali protagoniste del mercato, di aziende medie e piccole.

Questo è un primo dato di fatto da tener presente nell'analisi dell'istituto della qualificazione delle stazioni appaltanti che, nella filosofia della quale esso è portatore, potrebbe essere dis-tonico rispetto ad esso o comunque potrebbe richiedere degli adattamenti¹.

Le grandi stazioni appaltanti, infatti, ossia quelle che risultano dal sistema di centralizzazione della domanda, inevitabilmente, dialogano meglio con imprese private grandi o medio-grandi, per ragioni economiche, tecnologiche, ma anche – se si vuole – culturali. Infatti i percorsi formativi dei quadri direttivi, nei due casi, sono spesso comuni, così come le problematiche, connesse alle dimensioni di scala e al profilo routinario delle attività gestionali, sono molto simili nelle due dimensioni organizzative.

Questo, a sua volta, penalizza inevitabilmente le imprese medie e piccole, che rappresentano, di converso, la struttura portante della realtà italiana, come detto. Si potrebbe obiettare che questo rischio è stato preso in considerazione nella disciplina dell'istituto, dal momento che la qualificazione della stazione appaltante² è graduata, ex comma 2 dell'art.63 d. lgs. n.36 del 2023, in ragione degli importi dei contratti da affidare e che dunque vi è una corrispondenza dimensionale che riduce, se non addirittura esclude, il rischio di un dialogo “tra maggiori” che marginalizzi i medi ed i piccoli imprenditori. Tuttavia, come vorrei provare a spiegare, è tendenzialmente la “centralizzazione” in sé, prima ancora che le dimensioni che la domanda pubblica accentrata può assumere, che si pone come primo elemento di contrasto con l'ambito socio-economico nazionale.

¹ E' notizia di questi giorni, 23 ottobre del 2024, che il primo correttivo al codice appalti, licenziato il 21 u.s. dal Consiglio dei ministri prevede dei regimi preferenziali per le PMI, sia con riferimento alle gare sotto soglia comunale, sia con riferimento alla disciplina dei sub-appalti, riconfermando la tendenza – su cui si intratterà nelle pagine che seguono – ad un'emancipazione del nostro sistema di appalti rispetto a quello europeo.

² Art. 63. (Qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza)

1. Fermo restando quanto stabilito dall'articolo 62, è istituito presso l'ANAC, che ne assicura la gestione e la pubblicità, un elenco delle stazioni appaltanti qualificate di cui fanno parte, in una specifica sezione, anche le centrali di committenza, ivi compresi i soggetti aggregatori. Ciascuna stazione appaltante o centrale di committenza che soddisfi i requisiti di cui all'allegato II.4 consegue la qualificazione ed è iscritta nell'elenco di cui al primo periodo.

2. La qualificazione per la progettazione e l'affidamento si articola in tre fasce di importo:

a) qualificazione base o di primo livello, per servizi e forniture fino alla soglia di 750.000 euro e per lavori fino a 1 milione di euro;

b) qualificazione intermedia o di secondo livello, per servizi e forniture fino a 5 milioni di euro e per lavori fino alla soglia di cui all'articolo 14;

c) qualificazione avanzata o di terzo livello, senza limiti di importo.

Il che, a sua volta, potrebbe rendere la cd. “graduazione delle qualificazioni”, di per sé sola non sufficiente a garantire l’adattamento di questo istituto alla dimensione economica italiana

In altre parole il primo punto di riflessione in riferimento all’istituto che è da approfondire, è relativo alle sue possibilità di *performance* nel nostro contesto.

Punto di riflessione che, a sua volta, si articola in due ulteriori sotto quesiti, rispettivamente *de iure condendo* e *de iure condito* e che sono i seguenti: il sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti, così come congegnato dal codice in vigore, è per l’appunto sufficientemente performante rispetto alla realtà pubblico-economica del nostro paese? Era possibile, almeno in parte, prevedere differenziazioni di disciplina, nel dettaglio, da parte del nostro legislatore, che consentissero un diverso (e migliore) adattamento? Ed in ipotesi, queste correzioni di rotta erano realizzabili?

In subordine (quesito *de iure condito*): l’attuale disciplina può essere, anche in parte, adattata al momento applicativo, riplasmandola sulla specifica realtà italiana?

La cd. “*appaltexit*” italiana

Mi pongo le domande di cui sopra perché, a quanto pare, negli ultimi anni il margine di autonomia che il legislatore italiano si è auto-attribuito rispetto alla normazione unionale in materia di appalti pubblici ha segnato una progressiva anche se lenta espansione rispetto al passato.

Mentre dagli anni ’80 in poi, con una tendenza che probabilmente ha avuto il suo apice nel codice degli appalti del 2006, il *trend* legislativo nazionale è stato nel senso del recepimento pressoché integrale della normazione europea in materia di contratti pubblici, tanto da evidenziare una totale sovrapposizione tra i due testi di legge, negli ultimi anni si nota un tentativo, ancorché timido, di “affrancamento”.

Provo, in sintesi, ad elencare i possibili sintomi di queste linee di emancipazione.

a) L’autonomizzazione della figura degli appalti sotto-soglia

Il processo di assimilazione –pare si possa dire- ha iniziato ad incrinarsi con il codice del 2016³, che, non a caso, abbandonando una tradizione che pareva oramai essersi consolidata delineò la fattispecie dei contratti sotto-soglia come figura del tutto autonoma a quella dei contratti sopra-soglia, mentre, fino a quel momento, la prima era disegnata in via residuale rispetto alla seconda, escludendosi ,per essa, la sola applicazione di alcune previsioni di dettaglio prescritte per l'evidenza europea, per il resto confermandosi che il corpo complessivo della fattispecie era quello relativo a quest'ultimo.

In altre parole, mentre nel vigore del codice appalti del 2006, non si dubitava che tra le due fattispecie vi fosse un rapporto di specialità unilaterale e che, in particolare, quello degli appalti sotto-soglia fosse un istituto “gemmato” da quello della gara pubblica europea, anche se con timide variazioni, al contrario nel codice del 2016 – con una filosofia che è stata ripresa, in senso ancor più marcato, nei due decreti semplificazione (convertiti nelle leggi n. 55 del 2019 e 120 del 2020) e confermata dal codice vigente – il legislatore ha ritenuto di delineare un'autonoma fattispecie ⁴di contratti sotto

³ Art. 36 del d. lgs. n.50 del 2016. (Contratti sotto soglia)

(per le procedure indette entro il 30 giugno 2023 si veda la disciplina sostitutiva di cui all'art. 1 della legge n. 120 del 2020 come sostituita dall'art. 51 della legge n. 108 del 2021)

1. L'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35 avvengono nel rispetto dei principi di cui agli articoli 30, comma 1, 34 e 42, nonché del rispetto del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti e in modo da assicurare l'effettiva possibilità di partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese. Le stazioni appaltanti applicano le disposizioni di cui all'articolo 50.

(comma così modificato dall'art. 8, comma 5, lettera 0a-bis), della legge n. 120 del 2020)

2. Fermo restando quanto previsto dagli articoli 37 e 38 e salva la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie, le stazioni appaltanti procedono all'affidamento di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35, secondo le seguenti modalità:

a) per affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro, mediante affidamento diretto anche senza previa consultazione di due o più operatori economici o per i lavori in amministrazione diretta. La pubblicazione dell'avviso sui risultati della procedura di affidamento non è obbligatoria;

(comma così modificato dall'art. 1, comma 5-bis, legge n. 120 del 2020)

b) per affidamenti di importo pari o superiore a 40.000 euro e inferiore a 150.000 euro per i lavori, o alle soglie di cui all'articolo 35 per le forniture e i servizi, mediante affidamento diretto previa valutazione di tre preventivi, ove esistenti, per i lavori, e, per i servizi e le forniture, di almeno cinque operatori economici individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti. I lavori possono essere eseguiti anche in amministrazione diretta, fatto salvo l'acquisto e il noleggio di mezzi, per i quali si applica comunque la procedura di cui al periodo precedente. L'avviso sui risultati della procedura di affidamento contiene l'indicazione anche dei soggetti invitati;

c) per affidamenti di lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 350.000 euro, mediante la procedura negoziata di cui all'articolo 63 previa consultazione, ove esistenti, di almeno dieci operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici. L'avviso sui risultati della procedura di affidamento contiene l'indicazione anche dei soggetti invitati;

c-bis) per affidamenti di lavori di importo pari o superiore a 350.000 euro e inferiore a 1.000.000 di euro, mediante la procedura negoziata di cui all'articolo 63 previa consultazione, ove esistenti, di almeno quindici operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici. L'avviso sui risultati della procedura di affidamento contiene l'indicazione anche dei soggetti invitati;

d) per affidamenti di lavori di importo pari o superiore a 1.000.000 di euro e fino alle soglie di cui all'articolo 35, mediante ricorso alle procedure di cui all'articolo 60, fatto salvo quanto previsto dall'articolo 97, comma 8.

(lettere b), c) e d), così sostituite dall'art. 1, comma 20, lettera h), della legge n. 55 del 2019)

⁴ Art. 48. (Disciplina comune applicabile ai contratti di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea)

soglia, che differisce in molte parti da quella del sopra-soglia e che, anche nella tecnica di redazione normativa, si staglia come autonoma fattispecie dotata di una propria e dettagliata disciplina.

In questo senso la normativa dei contratti sotto-soglia sembrerebbe un istituto *spia* atto ad evidenziare questa esigenza di autonomizzazione che la legislazione italiana in materia di appalti, rispetto a quella europea, ha iniziato ad avvertire verso la metà degli anni '10 del 2000. Tendenza a sua volta dovuta, verosimilmente, alla peculiare realtà aziendale italiana, caratterizzata, come detto, dalla massiccia presenza di aziende medie e piccole, nelle quali diviene decisivo lo strumento dell'evidenza pubblica sotto-soglia.

b) Il codice del 2023 è il primo codice che non attua una direttiva europea

Quello appena segnalato non è il solo indizio di una fuga in avanti (o di un ritorno indietro, a seconda dei punti di vista) della legislazione appaltistica italiana rispetto a quella unionale.

Un altro dato di smarcamento è, per così dire, storico, ed è sotto gli occhi di tutti.

Il codice appalti in vigore, varato con il d. lgs. n.36 del 2023, è infatti il primo codice redatto ed approvato senza che vi fosse una Direttiva europea “a monte”. La Legge Merloni e le altre due leggi sui servizi e forniture degli anni 90 (e cioè i dd. Llg. ss. nn.157 e 158 del 1995) il codice appalti del 2006 e il codice del 2016 vennero tutti approvati “a valle” di direttive che erano anche molto precise e puntuali. Lo ricordava tra gli altri il presidente Luigi Carbone questa mattina - che peraltro ci ha spiegato anche le ragioni per cui ad un certo punto il governo ha ritenuto di accelerare i lavori di redazione del codice— che ha evidenziato che, essendo stata la riforma del codice appalti nel frattempo collegata al PNRR, questo aggancio giustificava l'urgenza impressa ai lavori dal governo.

Dunque quello attuale è il primo codice che giunge in assenza, ossia senza una copertura di una Direttiva unionale ed anche questo, indubbiamente, rappresenta un indizio di smarcamento della legislazione italiana da quella europea, che potrebbe essere foriero di un'ulteriore emancipazione.

c) Il principio del risultato

1. *L'affidamento e l'esecuzione dei contratti aventi per oggetto lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea si svolgono nel rispetto dei principi di cui al Libro I, Parti I e II.*

2. *Quando per uno dei contratti di cui al comma 1 la stazione appaltante accerta l'esistenza di un interesse transfrontaliero certo, segue le procedure ordinarie di cui alle Parti seguenti del presente Libro.*

3. *Restano fermi gli obblighi di utilizzo degli strumenti di acquisto e di negoziazione previsti dalle vigenti disposizioni in materia di contenimento della spesa.*

4. *Ai contratti di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea si applicano, se non derogate dalla presente Parte, le disposizioni del codice.* Dal quale ultimo comma è evidente la residualità, anche da un punto di vista sintattico, delle previsioni generali applicabili ai contratti sopra-soglia.

Infine, l'ultimo dato che, credo, si possa portare ad esempio dell'emancipazione italiana, e anche di questo si è già parlato questa mattina, riguarda il principio del risultato, che non a caso, è dettato dall'art.1 del d. lgs. n.36 del 2023, ossia nell'*incipit* del testo di legge.⁵

Anche questo caso, sia pure in modo indiretto, a parere di chi scrive, rappresenta un elemento di estraniamento della legislazione italiana dall'originario modello europeo.

Questo principio così enfaticamente affermato all'inizio del Codice, con valore volutamente simbolico, ha infatti centrifugato al di fuori del cerchio degli appalti pubblici la concorrenza, ossia il tratto caratterizzante della normativa appaltistica europea.

Nelle precedenti impostazioni dei codici italiani, parafrasando Mc Luhan, la concorrenza – in questo in perfetta sintonia con l'impostazione europea - non era solo il mezzo, era anche il fine, era un mezzo, ma era anche il messaggio decisivo che quell'impostazione normativa aveva impresso alla contrattazione pubblica delle stazioni appaltanti.

Nel nuovo codice l'importanza della concorrenza è dequotata perché diviene una funzione del risultato. Quella nozione ha perso la portata demiurgica che, sulla scia dell'influenza europea, la legislazione italiana le aveva assegnato, tanto da farla divenire, fine, ossia criterio interpretativo e contenuto stesso delle norme caratterizzanti l'impianto codicistico.

In conclusione, questi appena tratteggiati, pare si possa dire, sono tutti indici che lumeggiano un cammino di affrancamento della legislazione italiana da quella europea in materia di appalti.

Il futuro ci dirà se questo, che per ora è solo un lieve disallineamento – e che per molti versi potrebbe ritenersi fisiologico per istituti destinati ad operare nel tumultuoso mondo dell'economia, pubblica e privata - diverrà più vistoso, o sarà, col tempo, riassorbito.

⁵ Art. 1. (Principio del risultato)

1. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti perseguono il risultato dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza.
2. La concorrenza tra gli operatori economici è funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti. La trasparenza è funzionale alla massima semplicità e celerità nella corretta applicazione delle regole del presente decreto, di seguito denominato «codice» e ne assicura la piena verificabilità.
3. Il principio del risultato costituisce attuazione, nel settore dei contratti pubblici, del principio del buon andamento e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità. Esso è perseguito nell'interesse della comunità e per il raggiungimento degli obiettivi dell'Unione europea.
4. Il principio del risultato costituisce criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto, nonché per:
 - a) valutare la responsabilità del personale che svolge funzioni amministrative o tecniche nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti;
 - b) attribuire gli incentivi secondo le modalità previste dalla contrattazione collettiva.

Giunti a questo punto, l'idea sulla quale vorrei provare a riflettere è relativa al se l'istituto oggetto del mio intervento, possa trovare una collocazione normativa, e/o un'applicazione pratica, tale da non pregiudicare, con la sua operatività, le piccole e medie imprese. E se, e dove, questo possa avvenire lasciando impregiudicate le disposizioni normative che, nel codice, disciplinano la qualificazione delle stazioni appaltanti.

Il sistema delle qualificazioni delle stazioni appaltanti, le sue criticità, i possibili correttivi.

Nelle righe che seguono, vorrei evidenziare dunque, alla luce di questo prisma ma anche della tendenza centrifuga che mi è parso di intravedere nella nostra legislazione, le criticità esistenti nel sistema della qualificazione, onde verificare se e in che limiti, l'istituto risenta di questa frizione in astratto e, eventualmente, allo stesso modo, se possa o meno per l'appunto essere riadattato nella pratica, o sia necessario "correggerlo" nelle sue previsioni normative astratte. Se, in altre parole, profittando di questa timida emancipazione che si registra nel sistema, si possa ulteriormente affrancare l'istituto, nel tentativo di renderlo più confacente alla realtà economico-aziendale italiana nel momento del suo confronto con la domanda pubblica.

Come evolverà l'istituto

Innanzitutto una premessa. Si parlava stamattina, e ne ha fatto un cenno il professor Antonioli, della corrente gius-filosofica dell'istituzionalismo, e dell'utilità di un approccio strutturalista agli istituti giuridici.

Evidentemente, qui ed ora, è molto difficile in funzione predittiva, seguendo proprio quella epistemologia, comprendere quali saranno le linee evolutive del sistema di qualificazione delle S.A., a maggior ragione cogliendo le difficoltà con riferimento ad un istituto che rappresenta un'assoluta novità del nostro sistema, che è divenuta operativa solo con questo codice, perché, pur avendolo previsto, il precedente non lo aveva attuato.

Dunque scarseggiano – per non dire che sono inesistenti – i parametri che, di regola, le teorie istituzionaliste utilizzano per elaborare proiezioni su quali saranno gli effetti di un'interazione reciproca tra istituti e realtà nella quale sono destinati ad operare.

Ciò non di meno, pare si possa già dire, limitandosi ad una semplice constatazione di fatto, che la qualificazione delle stazioni appaltanti, con il connesso effetto della centralizzazione della domanda, tenderà a scoraggiare la partecipazione alla gara delle imprese medie (e soprattutto) piccole, in ragione, paradossalmente, proprio di quello che è probabilmente l'effetto più positivo che

normalmente si attribuisce alla detta centralizzazione, ossia la (maggiore) specializzazione professionale dell'ufficio che gestisce la gara.

E' infatti immaginabile che tale professionalizzazione abbia un primo ed inevitabile effetto, ossia quello di "scoraggiare" le imprese di modeste dimensioni dalla partecipazione alla gara, intimidite dal confronto culturale e tecnico - che è il vero *core business* di una gara - che dovrebbero intraprendere con la stazione appaltante in prima battuta, e di riflesso, con gli altri concorrenti.

E' una conseguenza, questa, che prima di essere economica, è logica. Infatti, a interlocutori di grandi dimensioni, sul versante della domanda, corrispondono tendenzialmente interlocutori di analoghe dimensioni sul versante dell'offerta, perché questi ultimi, come i primi, oltre per così dire a parlare la "stessa lingua" sono quelli che dispongono delle migliori professionalità e competenze e quindi sono in grado di dialogare con quelli alla pari. In disparte, la capacità economica che pure condiziona il dialogo tra clienti pubblici sovra-dimensionati (e perciò esperti), e offerenti privati, che non possono trovarsi in condizioni eccessivamente disparitarie che ne ridurrebbero la capacità a contrattare sia nel corso della gara che delle stesse trattative, in caso di procedura chiusa.

Il monito della Commissione U.E. sulla centralizzazione

Non a caso la stessa Commissione dell'Unione europea, illustrando il nuovo istituto della centralizzazione delle Stazioni Appaltanti che era stata prevista ed introdotta dalla Direttiva del 2014, aveva segnalato la necessità che ad essa avrebbe dovuto corrispondere, per il buon funzionamento del sistema, una analoga aggregazione della offerta per avere un miglioramento della professionalità privata, e che tuttavia questo avrebbe comportato il rischio, (particolarmente elevato per il sistema italiano NdR), consistente nel fatto che le grandi economie di scala che la centralizzazione produce, possano concretamente penalizzare le imprese medio piccole che operano sul territorio e con esse, l'intero tessuto economico locale.

Già tenendo conto di questo aspetto, si comprende come potrebbe essere utile un riadattamento dell'istituto alla peculiare realtà italiana.

Riallineamento che tuttavia, considerato che, nella sua attuale fisionomia, l'istituto risulta ben delineato dal codice, sembra difficilmente operabile *de iure condito*, rivelando la necessità di apposite modifiche normative, laddove si volesse procedere ad un suo riadeguamento.

I perché della centralizzazione

Senza pervenire subito alle conclusioni, conviene ora ricordare le ragioni, tutte valide, peraltro, che hanno indotto alla previsione della centralizzazione delle SS.AA. .

La crisi della territorialità. Il parallelo con altre attività e servizi dell'amministrazione.

Nel processo di centralizzazione della domanda le stazioni appaltanti arrivano, nella realtà amministrativa italiana, “felicitemente” terze dopo gli ospedali e i tribunali. Le leggi dei primi anni 2000 – che hanno interessato i tribunali con la soppressione delle sedi giudiziarie periferiche, così come gli ospedali che hanno visto l’abolizione e/o la riduzione delle dimensioni dei già piccoli ospedali di città non capoluoghi in nome dell’accentramento – in quest’ultimo caso sono state create le reti cardiologiche e le reti oncologiche che ritengono preferibile specializzare l’intervento medico - rispondono infatti allo stesso criterio.

Al pari di quanto accade, con benèfici effetti in tema di professionalizzazione, anche nelle stazioni appaltanti centralizzate vi è una maggiore facilità della circolazione delle informazioni, delle immagini, dei dati, e una ripetizione delle attività che è garanzia di professionalità degli operatori.

Sul processo di centralizzazione ha influito anche la maggiore velocità dei trasporti, così come il significativo sviluppo del sistema di comunicazione inter-personale, con la possibilità della trasmissione istantanea dei dati.

In altre parole la centralizzazione aiuta, agevola la specializzazione, riduce i rischi, aumenta le competenze professionali. Esattamente come per un ospedale dove, se svolgi mille interventi al cuore in un anno, il rischio di sbagliare diminuisce, così se fai mille appalti pubblici in un anno, il numero di errori tenderà a diminuire a causa della maggiore esperienza e competenza professionale acquisite dagli operatori. E lo stesso dicasi per i tribunali, dove alle esigenze di specializzazione e professionalità si aggiunge, nella giurisdizione penale, la necessità di comprendere la portata di macro-fenomeni criminali di scala ultra-regionale.

Dunque la centralizzazione delle stazioni appaltanti riedita una tendenza che era già decisamente presente nella nostra pubblica amministrazione, di cui gli esempi più importanti sono quelli del servizio sanitario e di quello “giustizia”, ne segue, più o meno, le stesse finalità e le stesse funzioni. Dico più o meno perché un’altra finalità perseguita dalla centralizzazione è, evidentemente, l’adozione di economie di scala che favoriscono il risparmio di spesa pubblica.

La riduzione della proliferazione delle stazioni appaltanti

Ci sono altri motivi che giustificano la qualificazione delle stazioni appaltanti, peculiari alla realtà giuridico-economica degli appalti pubblici, tra di essi uno pratico, di notevole importanza, ossia ridurre l’eccessiva proliferazione delle stazioni appaltanti; avevamo infatti circa 20.000 stazioni appaltanti in Italia che rappresentavano un numero obiettivamente esorbitante.

Questa finalità era ben presente al legislatore delegante, così come alla Commissione Speciale istituita presso il Consiglio di Stato per la redazione del nuovo codice degli appalti, che, nella sua relazione di accompagnamento, ha delineato chiaramente questi obiettivi, unitamente alla previsione di istituire una piattaforma informatica che, implementando ulteriormente le possibilità di conoscenza e di circolazione del dato, contribuisce a questo processo riformatore teso all'accentramento ed alla specializzazione.

Quello che restava del codice del 2016. Le linee-guida ANAC del dicembre del 2022.

Nel codice del 2016 già esisteva il principio della qualificazione delle stazioni appaltanti, al quale, tuttavia, non era stata data attuazione perché era previsto che dovessero essere emanate apposite linee guida da parte di ANAC, che sono state pubblicate solo nel dicembre del 2022, ossia in un momento in cui il nuovo codice, poi approvato nel 2023, era già in fase di redazione.

Opportunamente quel lavoro di ANAC è stato ciò non di meno recuperato. Infatti oggi le linee-guida del dicembre del 2022 sono parte dell'allegato 1, richiamato dal codice, che contiene i criteri attuativi per il sistema di qualificazione delle S.A. .

La struttura del sistema di qualificazione

L'odierno sistema della qualificazione è stato dunque ideato - facendosi carico degli errori del passato che ne avevano rinviato l'attuazione alla normativa attuativa da emanarsi con linee-guida- come un sistema autosufficiente.

L'immediata operatività del sistema è stata possibile anche perché, nel frattempo, ANAC, dopo aver svolto l'istruttoria ed acquisiti i pareri degli *stakeholder*, aveva appunto presentato le linee guida al governo che rappresentano oggi la normativa attuativa dell'istituto in questione, pur soggetta, in futuro a revisione e ad aggiornamento.

Grazie a questo recepimento, come il Ministro Salvini ha ricordato questa mattina, sono già operative numerose stazioni appaltanti qualificate, il che significa che il sistema sta andando a regime.

Le controindicazioni

E' venuto il momento di parlare delle controindicazioni che il sistema della qualificazione della S.A. potrebbe presentare.

1. La tenuta del sistema

La prima contro-indicazione, quella di breve termine, è la tenuta pratica del nuovo sistema.

L'incarico conferito solo ad alcune stazioni appaltanti, qualificate progressivamente e proporzionalmente in ragione dell'importanza e del valore dell'appalto, significa incaricare, ma anche "caricare" queste ultime di nuovi lavori, con conseguente aumento dell'impegno complessivo della struttura. E' evidente che, anche nel caso in cui siano costituite dall'aggregazione di più enti e/o organi o uffici, questo comporterà un significativo aggravio di lavoro, che potrebbe condurre ad un *crash* dell'intero sistema, di cui non sappiamo, in realtà, se sia o meno in grado di sostenere questo nuovo peso che gli è stato assegnato.

2. La penalizzazione delle piccole e medie imprese.

Si tratta di una seconda controindicazione, su cui mi sono già intrattenuto, che potrebbe essere particolarmente penalizzante per la realtà economica italiana.

3. L'aumento del rischio di corruzione

La terza è l'aumentato rischio di corruzione e di collusione: la riforma, creando dei centri unitari, accentra anche il potere amministrativo di scelta in capo ad un numero ristretto di dirigenti e di funzionari. Concentrazione di potere che, inevitabilmente, fa aumentare il rischio di corruzione.

Rispetto a quest'ultimo i due antidoti applicabili sono la *rotazione* negli uffici – che potrebbe però danneggiare la professionalizzazione e la specializzazione – e la *digitalizzazione* che è forse il rimedio preventivo più efficace, consentendo un controllo costante, analitico ("a tappeto") dell'operato delle singole stazioni appaltanti da parte della platea dei soggetti interessati, che giova anche alla concorrenza per la circolazione dei dati, e che incoraggia la trasparenza.

4. La generalizzazione del sistema della centralizzazione

Questa in analisi – ossia l'aver previsto un sistema generalizzato e non derogabile, all'occorrenza - è la controindicazione più discussa, e, allo stesso tempo, è quella rispetto alla quale sembrano essere state meno avvertite le esigenze locali, ossia quelle legate al territorio sul quale il contratto pubblico deve essere eseguito. Dunque è forse, tra tutte, la criticità più delicata.

Indubbiamente il sistema risente di alcune rigidità, innanzitutto perché, al di là delle diverse soglie, impone la centralizzazione per tutti gli appalti, senza distinguerli per oggetto, ossia lavori, servizi e forniture.

Senonché, mentre è evidente che, per la fornitura di beni, quel sistema va benissimo perché la centralizzazione consente l'ottimizzazione dell'economia di scala e quindi l'ottenimento del prezzo più basso sul mercato, cosa che già si otteneva con il MEPA, già qualche dubbio in più riviene dall'applicazione della logica centralista negli appalti di servizi, dove tipologia e qualità del servizio,

da destinare ad una comunità locale, potrebbe e dovrebbe essere rimessa alla sensibilità delle singole realtà locali, percepibili dall'ente periferico molto più e molto meglio che ad un livello centralizzato, indubbiamente lontano dai bisogni del territorio (si pensi, per tutti, alle linee di trasporto pubblico locale).

Ma i maggiori problemi, verosimilmente, la centralizzazione li crea allorquando viene declinata con riferimento agli appalti di lavori perché, se realizzata appieno, essa recide decisamente il collegamento esistente tra la realizzazione di un'opera pubblica ed il territorio specifico di riferimento, riducendo quella "sensibilità amministrativa" ai bisogni della collettività destinataria dell'intervento, di cui è portatrice l'amministrazione di prossimità.

Ecco, forse, almeno per i lavori l'istituto della centralizzazione andrebbe ripensato, quanto meno incidendo sulla sua rigidità.

A tali obiezioni, si potrebbe opporre che il sistema delle soglie già rappresenta un correttivo che mitiga la rigidità di sistema, tuttavia c'è da chiedersi se quel sistema di graduazione sia sufficiente a mitigare gli effetti negativi della rigidità, o se non sia invece necessario – almeno in casi di interventi particolari, che producono modifiche importanti o comunque caratterizzanti il territorio e/o l'economia di riferimento – prevedere la possibilità che l'ente locale periferico, opportunamente motivando, non si possa riappropriare delle competenze di stazione appaltante.

In altre parole, parrebbe necessario prevedere un dispositivo capace di funzionare quale strumento di recupero, da mettere a disposizione della S.A. periferica, in modo da consentirle di venire incontro a più specifiche esigenze dell'ambito territoriale di riferimento, non appieno percepibili da una stazione di committenza centrale, e lontana.

Per spiegare meglio questo concetto, si potrebbe prendere a prestito un termine tratto dall'ordinamento giudiziario: così come ancora oggi, malgrado tutto, è opportuno conservare un giudice di prossimità (come era, per capirci, il vecchio pretore mandamentale), più attento alle esigenze interne delle realtà locali, potrebbe essere necessario conservare, in determinati casi, una stazione appaltante di prossimità in grado di rilevare, con maggiore immediatezza, per quanto riguarda la committenza di lavori pubblici, i bisogni della collettività e, di conseguenza, di elaborare un progetto che ad essi corrisponda.

Anche perché una S.A. di prossimità, in relazione ad alcune tipologie di lavori, è anche probabilmente più capace di ipotizzare, conoscendo la realtà aziendale ed economica del territorio di riferimento, il tipo di offerta che arriverà in quell'ambito concorrenziale.

In altre parole sarà più in grado cogliere quale sia l'*appeal* di quel territorio, e di quella localizzazione, rispetto al più generale mercato nazionale ed europeo e perciò capace di elaborare regole di bando più adeguate a quella realtà.

Come osservato, si potrebbe obiettare che il sistema delle soglie già garantisce questa elasticità. Tuttavia, se si pone mente al dato normativo, che prevede che le stazioni appaltanti non qualificate oggi possono fare lavori fino a 500.000 euro, che, per i lavori, è una cifra abbastanza modesta, pare evidente che la soglia sia troppo bassa e potrebbe non essere in grado di assicurare detta elasticità.

Si pensi, ad es. che, per realizzare un dissalatore, cioè un impianto medio non certo di complessa attuazione, ci vogliono circa 15 milioni di euro, ossia una cifra ben maggiore in relazione alla quale S.A. medio piccole giammai potrebbero ottenere la qualificazione.

A titolo di esempio, se non ottiene la qualificazione, il Comune di Lipari dovrà sicuramente ricorrere ad una stazione appaltante centralizzata e il rischio che le sue competenze territoriali specifiche (quelle geografiche, geologiche, urbanistiche, di tutela delle spiagge) si perdano, e con esse, le sensibilità legate al contesto, è dunque molto elevato.

In questa parte, nonostante gli indubbi vantaggi, forse questa normativa potrebbe essere ripensata. E è altrettanto evidente che occorre, stante la suddetta rigidità, una previsione di legge per modificare l'attuale assetto, non essendo bastevole l'ineundo regolamento di attuazione, in quanto norma sub-primaria.

Possibili rimedi *de iure condito*

L'avvalimento

A normativa vigente, un primo rimedio a questa dis-funzione potrebbe invece essere rappresentato dal ricorso all'avvalimento come formula organizzatoria.

Nell'esempio di cui sopra, il comune di Lipari potrebbe incaricare un proprio ingegnere, che, a sua volta, potrebbe essere autorizzato ad avvalersi, per tutto il resto della preparazione e dello svolgimento della gara, dell'ufficio di progettazione del comune di Palermo, che viene destinato in un suo *team*, per un certo numero di giorni a settimana, a seguire il progetto del dissalatore.

Ossia, invece di ricorrere ad una stazione appaltante per il tramite di un'esternalizzazione escludente, si potrebbe utilizzare, per così dire, un pezzo d'ufficio di una centrale di committenza o di una stazione appaltante qualificata, in possesso di competenze professionali e tecniche più avanzate rispetto all'omologo ufficio periferico, e distaccarlo presso quest'ultimo, in modo da rendere più efficiente

l'intervento salvaguardandone l'aggancio e il riferimento all'area presso la quale è progettato l'intervento.

Questa potrebbe rappresentare un'alternativa ai rischi di sottovalutazione delle esigenze del territorio- bersaglio e potrebbe dar luogo a forme di coordinamento virtuose tra diversi uffici ed enti pubblici.

Le altre criticità.

Alcune delle controindicazioni all'istituto, peraltro, erano già emerse nel corso dei lavori della commissione che ha redatto il codice che, dandone conto, ne ha puntualmente evidenziato le ulteriori criticità. Nell'ultima parte del mio intervento proverei ad esaminarle, unitamente ad ulteriori aspetti discutibili che pure sembrano rilevabili nell'istituto.

La qualificazione delle S.S.A.A. nei settori speciali

Un primo problema ha riguardato, nei lavori redazionali, la disciplina della qualificazione per gli appalti nei settori speciali.

In questo caso la commissione si è interrogata sul se fosse necessario predisporre una disciplina specifica per la qualificazione delle stazioni appaltanti per i settori speciali, o viceversa applicare anche a quest'ultima quella generale, già prevista per i settori ordinari.

Evidentemente, vi sono alcune problematiche implicate dalla soluzione del quesito.

Alcune di esse sono state già illustrate stamane dal prof. Cintioli che ha ricordato come, quella dei settori speciali, sia una materia del tutto eccentrica rispetto al settore ordinario.

In ragione di tale specificità, probabilmente sarebbe stato preferibile dettare, per essi, una disciplina apposita, e non attingere alle norme generali.

Tuttavia il dato che ha fatto propendere la commissione speciale del Consiglio di Stato per la prima soluzione è stata la constatazione che, per questi ultimi, ANAC non aveva espletato la necessaria istruttoria, che avrebbe consentito di delineare contenuti e principi di riferimento.

Sicché, per evitare il rischio di non avere alcuna disciplina, si è preferito – quale soluzione di temporaneo ripiego - di ritenere applicabile, sia pure con qualche lieve modifica, il sistema di qualificazione già previsto per i settori ordinari.

Solo le future prassi – ed ammesso che una disciplina specifica non venga nel frattempo elaborata ed applicata- ci potranno dire se questa soluzione sia stata acconcia, o abbia creato ulteriori dis-funzioni.

Sicuramente l'esperienza che verrà – in senso comparativo, ossia rapportando l'efficienza delle stazioni appaltanti qualificate nei settori ordinari ed in quelli speciali - darà modo di misurare l'importanza (e l'incidenza) che l'istruttoria tecnica ha sulla redazione delle linee-guida.

E, in questo senso, se non altro, questo frammento dedicato ai settori speciali sarà un interessante laboratorio su questo punto, e costituirà un utile insegnamento per la gestione anche delle future istruttorie da parte di ANAC.

La necessità di riorganizzare le SS.AA.

Un altro problema urgente che il sistema di qualificazione pone alla pubblica amministrazione è quello connesso alle esigenze di riorganizzazione delle stazioni appaltanti, dove sarà di fondamentale importanza un'accurata gestione delle risorse messe a disposizione del PNRR.

La perdita della qualificazione in pendenza della gara

L'altro problema che si è avuto nel corso dei lavori è riassumibile nel quesito : *“cosa accade se la stazione appaltante perde le qualifiche mentre sta gestendo la gara?”*

La risposta più ovvia è stata dire che questo evento non incide, in termini negativi sopravvenuti, sulla persistente competenza della stazione appaltante a gestire la gara. Dunque, anche in caso di perdita dei requisiti, l'ente porterà a termine la gara.

Il che è ovviamente ragionevolissimo. Tuttavia, non si è pensato di subordinare la possibilità di portare a termine la gara, a condizione che la S.A. corregga le eventuali disfunzionalità del sistema che erano state segnalate e che avevano condotto alla perdita sopravvenuta della qualificazione.

Si noti che quest'ultima condizione è invece prevista in relazione all'operatore economico, cioè dal lato dell'offerta nell'ipotesi in cui, nel corso dell'esecuzione della gara, o dopo l'aggiudicazione, egli perda la relativa qualifica.

Perché non si è pensato di approfittare di questo *stress test* dando la possibilità alla S.A. di procedere ad un'auto correzione, prospettandole, in alternativa il rischio di annullamento dell'intera gara?

E' evidente che, nella scelta comparativa, si è ritenuto di privilegiare l'interesse pubblico al completamento della gara, rispetto a quello connesso all'efficienza della stazione appaltante, ma è altrettanto evidente che, con accorgimenti tutto sommato modesti, si sarebbero potuti ottenere entrambi gli obiettivi e che dunque si tratta di un'occasione persa dalla normativa in vigore, che vale la pena di segnalare ai fini di un suo eventuale rimaneggiamento.

L'aggregazione delle SS.AA.

È prevista anche l'aggregazione tra più stazioni appaltanti, e questa è un'altra possibilità molto interessante data agli enti titolari della domanda.

Ciascuna stazione appaltante, infatti, può mettere in comune con le altre la propria qualificazione e quindi poi potrà gestire una gara usufruendo delle diverse qualificazioni possedute dagli enti a cui si è aggregata.

Tuttavia anche qui, non è precisato (e anche in questo caso in contro-tendenza rispetto all'analogia fattispecie che si verifica sul versante dell'offerta, che è invece puntualmente disciplinata), cosa succede se, in caso di aggregazione di più stazioni appaltanti, una di esse perda i requisiti di qualificazione, mentre l'altra li conservi.

Né è specificato se quest'ultima – che al momento della gestione della gara non li ha utilizzati, dichiarando di valersi di quella dell'amministrazione consorella – possa subentrare in un secondo momento, al fine di evitare una brusca interruzione della procedura e sanare la sopravvenuta incompetenza della prima.

Viceversa, come si accennava, per gli operatori economici è previsto, dal comma 17 dell'art.68 codice appalti, (per quanto riguarda le ATI) che, se nel corso di una gara, una delle mandanti perde i requisiti, possono essere utilizzati quelli degli altri enti associati, anche se non dichiarati in sede di partecipazione alla gara, e purché, a quel tempo, posseduti.

La possibilità di valersi della centrale di committenza di altro stato membro

Un'altra innovazione interessante - che pure potrebbe però creare problemi - è la prevista possibilità di utilizzare una centrale di committenza di altro stato membro: cioè la stazione appaltante italiana potrà utilizzare una centrale di committenza di un altro stato membro e potrà, in questo modo sopperire, ricorrendo ad una soggettività unionale, invece che nazionale, alla carenza di requisiti.

Il problema cui accennavo, che la normativa non affronta, rimettendo la relativa questione alla giurisprudenza, è legato all'operatività delle norme che, come in questo caso, contengono un rinvio dinamico.

Infatti, per avvalersi della centrale di committenza di un altro stato membro, i requisiti di qualificazione a cui dovrò riferirmi, per ritenerla abilitata, e dunque in definitiva per la legittimità della procedura di gara, sono necessariamente quelli normati dall'ordinamento giuridico dello stato di appartenenza della centrale, che, in tesi, potrebbero essere in tutto o in parte differenti, se non altro quanto ai contenuti specifici della valutazione esperita dall'autorità di vigilanza, da quelli italiani.

La contro-obiezione è che lo stesso problema si ha nelle gare, con riferimento ai requisiti posseduti dalle imprese offerenti, con sedi operative in altri stati membri che corrispondono ad un bando italiano.

In effetti però quest'ultima obiezione è vera solo in parte. Infatti, anche a voler ignorare che i requisiti di qualificazione delle imprese partecipanti alla gara sono tendenzialmente omogenei in tutto l'ambito europeo, nel caso della qualificazione dal lato dell'offerta spetta alla stazione appaltante colmare la lacuna; quest'ultima, esercitando la discrezionalità di cui è titolare, può liberamente valutare se effettivamente i requisiti in capo all'offerente straniero equivalgano a quelli richiesti dalla normativa italiana.

Viceversa, nel caso della qualificazione dal lato della domanda il requisito in discussione è quello posseduto dalla stessa Stazione Appaltante di altro stato membro che non si può, evidentemente, auto-valutare.

Certo si può obiettare che quest'ultima viene comunque scelta dalla pubblica amministrazione italiana che decide di valersene, che esperisce un controllo del quale si assume la conseguente responsabilità. Anche questo è vero. Resta che il meccanismo rischia di rimanere irretito in un circolo vizioso auto-referenziale con il pericolo, del tutto inedito, che tutta la gara venga invalidata dal giudice amministrativo, qualora uno dei concorrenti contestando la carenza dei requisiti richiesti in capo alla S.A., colga nel segno evidenziando l'eccessiva distanza tra le discipline vigenti negli stati membri.

Neanche l'ipotesi opposta sembra, del resto, particolarmente rassicurante. Infatti, laddove la gara non fosse oggetto di impugnativa, e dunque la questione della qualificazione della stazione appaltante non arrivasse al giudizio del giudice amministrativo, vi sarebbe il rischio, opposto e speculare, di consentire ad una S.A. non qualificata a norma di legge, di gestire procedure di gara, in ipotesi anche di rilevante importo, con conseguente anomalia nel funzionamento della gara.

In altre parole questa evenienza potrebbe rivelare l'esistenza di un baco nel sistema.

I limiti geografici di scelta della Stazione qualificata

L'ultimo problema che si è posto in commissione riguardava i limiti geografici di questa scelta. Ossia ci si è interrogati sul se si dovesse lasciare libero l'ente committente di potersi scegliere qualunque stazione qualificata, a prescindere dalla distanza dell'ente titolare della domanda. Per esempio il comune di Lipari potrà utilizzare la stazione appaltante qualificata del comune di Milano per gestire una gara, o dovrà necessariamente rivolgersi a stazioni qualificate di prossimità?

Alla fine, in sede di redazione, per non ridurre ad una dimensione eccessivamente asfittica l'istituto, si è preferito lasciare una illimitata libertà nella scelta della stazione prediligendosi una forma di centralizzazione/accentramento per così dire assoluta e non relativa.

I tre elementi della qualificazione e le connesse criticità

Passando a problematicità che non sono state affrontate in sede di lavori di redazione e che pure paiono sussistere nell'istituto, conviene innanzitutto ricordare che la normativa codicistica prevede che la stazione appaltante deve dimostrare il possesso di tre elementi caratterizzanti, uno di natura tecnica e due di natura giuridico-amministrativa, e cioè: una particolare capacità progettuale, attestata dai pregressi appalti gestiti, una particolare organizzazione interna, ossia l'aspetto statico, ed infine una capacità accertata al momento del controllo sulla esecuzione del contratto.

Ciò che la legge non dice: i compliance

Tuttavia - non so se ne sia parlato in commissione o meno, ma non ne ho trovato traccia - certamente sorprende che, in questo sistema di qualificazione, non sia stata valorizzata la *cd. compliance pubblica*, cioè non si sia richiesto ad una stazione appaltante che aspiri alla qualificazione di dare contezza dei sistemi di prevenzione dell'anticorruzione da essa approntati.

Verosimilmente i rimedi adottati dalla S.A. quale prevenzione alla corruzione sono ricompresi nella valutazione del secondo degli elementi caratterizzanti la qualificazione, ossia quello individuabile nell' "*organizzazione interna*", tuttavia, attesa la sua importanza – che rappresenta peraltro, come visto, uno dei cardini attorno ai quali ruota il nuovo sistema – sarebbe stato preferibile dedicare maggiore enfasi all'argomento.

A maggior ragione laddove si consideri che, in molte altre sue parti, il nuovo codice dedica molta attenzione alla *compliance* anti-corruzione e, in particolare, lo fa con riferimento al lato dell'offerta.

Infatti, dopo aver previsto che gli operatori economici sono soggetti ad esclusione automatica o ad esclusione facoltativa a seconda dei casi, in presenza di precedenti interdittivi, gli dà la possibilità di evitare l'esclusione a patto che indichino appropriate misure di *self-cleaning*.⁶

⁶ Infatti, a norma del comma 6 dell'art.96 del d. lgs. n.36 del 2023 "Un operatore economico che si trovi in una delle situazioni di cui all'articolo 94, a eccezione del comma 6, e all'articolo 95, a eccezione del comma 2, può fornire prova del fatto che le misure da lui adottate sono sufficienti a dimostrare la sua affidabilità. Se tali misure sono ritenute sufficienti e tempestivamente adottate, esso non è escluso dalla procedura d'appalto. A tal fine, l'operatore economico dimostra di aver risarcito o di essersi impegnato a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall'illecito, di aver chiarito i fatti e le circostanze in modo globale collaborando attivamente con le autorità investigative e di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti. Le misure adottate dagli operatori economici sono valutate considerando la gravità e le particolari circostanze del reato o dell'illecito, nonché la tempestività della loro assunzione. Se la stazione appaltante ritiene che le misure siano intempestive o insufficienti, ne comunica le ragioni all'operatore economico.

In effetti è strano che, invece, in una dimensione quale quella degli appalti pubblici, in un momento in cui, per scelta, si è deciso di ridurre l'intervento penale (penso a quanto oggi sottolineava il dott. Dall'Acqua, Segretario Generale del comune di Milano), non si è pensato di dare parimenti modo alla stazione appaltante, a carico della quale, al momento della valutazione per la qualificazione, sia accertato un deficit nelle misure di prevenzione della corruzione, di correggere le eventuali *defaillance* attraverso un sub-procedimento mirato ad eliminare le disfunzioni accertate.

Il problema dell'esecuzione dell'appalto

L'ultimo aspetto problematico della disciplina in oggetto riguarda la fase di esecuzione del contratto pubblico, dove si registra la criticità derivante dal fatto che, a quanto pare, alla stazione appaltante qualificata prescelta è stato conferito il potere di seguire tutta la gara, ossia dal momento della sua preparazione, passando per l'aggiudicazione, fino a giungere al momento dell'esecuzione del contratto aggiudicato.

L'attribuzione di competenza anche per quest'ultima fase sembrerebbe una scelta discutibile perché è evidente che una stazione appaltante centralizzata, operante in un territorio diverso e semmai lontano da quello in cui sarà eseguita l'opera, potrebbe avere problemi nell'esercitare i poteri di vigilanza e controllo sull'intervento.

Un unico punto di cui si è discusso durante i lavori della commissione riguarda il se i requisiti di qualificazione in fase di esecuzione dovessero essere omologhi o meno a quelli necessari per la gestione della procedura di evidenza pubblica.

Alla fine si è raggiunta una situazione di compromesso che prevede minore rigidità e/o severità nei requisiti di qualificazione per quel che riguarda l'esecuzione dei lavori, in modo da dare una maggiore possibilità di qualificazione per le stazioni appaltanti che eseguiranno gli appalti di cui sono committenti, e tanto lo si è fatto per compensare la rigidità esistente dal lato pubblicistico della procedura.

Più in generale, tuttavia, imporre anche per l'esecuzione del contratto pubblico il (necessario) ricorso ad una stazione appaltante qualificata o ad una centrale di committenza può essere una scelta, in se stessa, discutibile, evidenziando una criticità che non risulta essere stata oggetto di specifica discussione nel corso dei lavori.

Infatti, mai come nell'esecuzione del contratto, quelle esigenze di prossimità già presenti in sede di elaborazione e gestione della procedura di gara, sono particolarmente avvertite.

Conclusioni

Concludo riprendendo quello che dicevo all'inizio: gli istituti giuridici e le istituzioni giuridiche si muovono secondo forze insondabili, non vi sono solo forze politiche, economiche o storiche, che li agitano e li conformano, c'è anche un momento, per così dire misterioso e cioè non sempre percepibile, che incide sull'adattamento dell'istituto alla dimensione sociale di riferimento, apportandovi anche modifiche nella prassi applicativa.

Tuttavia, se davvero ci troviamo in questo momento in quel punto di caduta che ho individuato all'inizio, cioè in un frangente di smarcamento parziale della materia degli appalti pubblici dall'ordinamento europeo, e dunque se veramente stiamo andando verso la creazione di una vera e propria dicotomia tra appalti che interessano l'Europa (c'è una norma che prevede questo confine, il comma 2 dell'art.48 del codice degli appalti, negli appalti sotto soglia infatti prevede che laddove uno di questi ultimi dovesse rivelare l'esistenza di un interesse transfrontaliero - peraltro con un sintagma rubato all'annosa questione legata alle concessioni demaniali marittime - tornano ad applicarsi le norme relative agli appalti sopra-soglia), allora la prima cosa è prenderne definitivamente atto, anche da un punto di vista culturale.

Dunque se siamo di fronte a questa dicotomia, e se d'altronde, come preconizzava stamane la Direttrice del Dipartimento, la prof.ssa Amalfitano, è in preparazione un regolamento di esecuzione del codice che sarà più restrittivo, questo potrebbe essere il momento dove far emergere anche le perplessità che si hanno sull'Unione Europea come comunità di diritto e comunità politica. Perplessità che non sono le mie, ma questo è un aspetto irrilevante, naturalmente.

Le perplessità sull'attuale assetto unionale potrebbero (e dovrebbero) invece riguardare il decisore politico. Ebbene il regolamento può essere il momento più appropriato, perché, in sede politica, consentirebbe di evidenziare questa dicotomia.

Dicotomia che potrebbe essere così riassunta: tutta la parte di disciplina che è di interesse europeo – esattamente nella logica di cui al comma 2 dell'art.48 del codice appalti del 2023 appena citato- potrà e dovrà essere uniformata alla disciplina europea, anche a livello di regolamento, che avrà il compito di dettagliarne tutti gli aspetti con riguardo alla qualificazione delle stazioni appaltanti.

Di converso, per tutto ciò che non è di interesse europeo, il regolamento *in itinere* dovrebbe licenziare una normativa sub-primaria che tenga conto della dimensione e del contesto italiano, perché alcuni punti di caduta dell'istituto sono significativi sulla nostra economia (ritorno ancora una volta sulle imprese medio – piccole).

Un decisore accorto non dovrebbe ignorare queste ricadute, né nei loro risvolti politici né in quelli economici. Quindi, se davvero ci troviamo su una faglia storico-sistemica, è arrivato il momento di approfondirla nei suoi aspetti caratteristici.

L'approvando regolamento, in questa dimensione, potrebbe essere l'occasione per evidenziare questa divaricazione, laddove si riuscisse, pur rispettando i principi generali dettati dal codice, ad attuare delle normative di dettaglio differenziate in tema di qualificazione delle S.A. con specifico riferimento agli appalti sotto-soglia.

Se volesse cogliere questa opportunità, il regolamento dovrebbe proseguire – nel rispetto dei principi normativi dettati dal codice – in questo lento cammino di emancipazione.

E, solo dopo avere assunto questa fisionomia, soprattutto se sarà marcata, almeno per l'istituto della qualificazione, potremo di nuovo volgere lo sguardo alle norme primarie del codice degli appalti che lo regolano, per decidere, se almeno in parte, di modificarle.

Vi ringrazio.