

I criteri di aggiudicazione tra direttive europee e nuovo codice *

di Maria Agostina Cabiddu

1. Posizione del problema - 2. Disciplina direttiva e legge delega - 3. Osservazioni a prima lettura della bozza, con eventuali indicazioni.

1. “Chi più spende meno spende” recita un adagio popolare controintuitivo, a significare che il costo inizialmente più elevato di un bene o servizio si (può) risolvere(re), alla fine, in un risparmio per la migliore qualità e la maggior durata di quanto acquistato: una pillola di saggezza che sembra ispirare anche la scelta europea – e del legislatore nazionale – di privilegiare, nelle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa (OEPV), rinunciando all’equivalenza dello stesso con quello del prezzo più basso¹, declamata nel 47° considerando della direttiva 2004/18, come se – ancora una volta in senso controintuitivo – il secondo criterio non fosse più in grado di garantire il rispetto dei principi e degli obiettivi comunitari, a iniziare da quello, ossessivamente ripetuto, del pareggio di bilancio, con le annesse conseguenze in termini di riduzione della spesa.

In realtà, nonostante la parità fra i due criteri, prevista dalle precedenti direttive e

* In pubblicazione sul commentario a cura di P. Mantini, Dike giuridica, 2016.

¹ Sul tema, in generale, C. FRANCHINI – F. SCIAUDONE (a cura di), *Il recepimento in Italia delle nuove direttive appalti e concessioni, elementi di criticità e opportunità*, Napoli, 2015; C. CONTESSA – D. CROCCO, *Appalti e concessioni. Le nuove Direttive Eueropee*, Roma, 2015; A. NATALINI - G. VESPERINI (a cura di), *Il big bang della trasparenza*, Napoli, 2015; D. GALLI – D. GENTILE – V. PAOLETTI GUALANDI (a cura di), *Appalti pubblici*, Assago, 2015; S. BACCARINI – G. CHINÈ – R. PROIETTI (a cura di), *Codice dell'appalto pubblico*, II edizione, Milano, 2015; C. E. GALLO, *Autorità e consenso nei contratti pubblici alla luce delle direttive 2014*, Torino, 2014; M.A. CABIDDU (a cura di) *Appalti e concessioni: le nuove direttive europee*, Milano, 2014; F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici. Assetto e dinamiche evolutive alla luce delle nuove Direttive europee e del D.l. 90 del 2014*, Torino, 2014; R. VILLATA– M. BERTOLISSI - V. DOMENICHELLI – G. SALA (a cura di), *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Padova, 2014, II vol; F. CARINGELLA – M. GIUSTINIANI (a cura di), *Manuale di diritto amministrativo. I contratti pubblici*, IV, Roma, 2014; E. VALERIANI, *Public Procurement. Mercato, Comportamenti, Contratti e Conflitti*,

recepita, in via generale, sul piano interno, dall'articolo 81 del d.lgs 163/2006, la prevalenza dell'OEPV era già da tempo vigente nel nostro ordinamento nei settori, come quello dei servizi di pulizia, dove, più facilmente, l'eccessivo ribasso si scarica sui costi fissi e, in particolare, sulla manodopera, a scapito del valore di produzione delle prestazioni e del rapporto qualità/prezzo, o come quello dei servizi d'ingegneria e architettura, per il cui affidamento il d.P.R. 207/2010, fissa un tetto massimo al valore di ribasso, annullandolo come elemento di valutazione (art. 266, lett.c), punto 1).

Il nuovo corso era stato, peraltro, già anticipato dall'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici, secondo la quale “le stazioni appaltanti possono affidare i servizi di ingegneria ed architettura sia con il criterio del prezzo più basso che con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, anche se tale ultimo criterio appare più indicato in relazione alla specificità ed alla complessità dei servizi in questione, la cui natura richiede spesso la valutazione di aspetti qualitativi ed innovativi”². La *ratio* della preferenza accordata all'OEPV risiederebbe, secondo l'Autorità, nella sua adeguatezza – certo superiore a quella del mero prezzo – allo scopo di confrontare offerte complesse, differenziate ed eterogenee, per le quali al concorrente si richiede, oltre all'esecuzione, prevista dal bando, anche la proposta di elementi migliorativi e ulteriori, che tengano conto del ciclo di vita, del risparmio energetico, dell'impatto ambientale, etc. Tuttavia, è ovvio che al fondo della scelta operata dalle direttive e, più in generale, degli orientamenti interpretativi che hanno portato alla progressiva marginalizzazione del criterio del mero prezzo, sta innanzitutto la preoccupazione per il fenomeno delle offerte anormalmente basse, con tutte le possibili conseguenze, oggi aggravate ed embricate da quelle della grave contingenza economica.

Se dunque ora il legislatore europeo e quello nazionale “cambiano verso”, prevedendo che l'OEPV debba essere criterio (non più equi ma) prevalente, sarebbe un grave errore pensare che ciò, di per sé, possa assicurare, meglio del massimo ribasso, la qualità degli acquisti e la razionalità dell'impiego delle risorse pubbliche. Perché il criterio possa, infatti, esplicare gli attesi effetti virtuosi occorre che il contesto di riferimento sia

Milano, 2013; D. SORACE (a cura di), *Amministrazione pubblica dei contratti*, Napoli, 2013; M. P. CHITI (a cura di), *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2013.

adeguatamente preparato, ossia che la discrezionalità ad esso connessa si coniughi con la conseguente responsabilità.

2. Che quella prevista dai “considerando” 89 e 90 e dagli artt. 67 e 68 della stessa, nonché dalla direttiva 2014/25 UE non sia una formula magica, buona a risolvere immediatamente uno dei problemi più spinosi della materia, è dimostrato dalle precisazioni contenute negli stessi “considerando”, secondo cui il concetto, definito “prioritario”, di OEPV non può essere meccanicamente sovrapposto a quello proprio delle precedenti direttive ma deve essere guardato alla luce della relativa giurisprudenza e, dunque, facendo riferimento alla locuzione di “miglior rapporto qualità/prezzo”, che include sempre “un elemento relativo al prezzo o al costo” ma non si limita ad esso.

E così, ai sensi dell’art. 67, l’OEPV “è individuata sulla base del prezzo o del costo, seguendo un approccio costo/efficacia, quale il costo del ciclo di vita ... e può includere il miglior rapporto qualità/prezzo, valutato sulla base di criteri, quali gli aspetti qualitativi, ambientali e o sociali, connessi all’oggetto dell’appalto pubblico in questione....”.

Uno degli elementi centrali del criterio oggi preferito è dunque il costo del “ciclo di vita”³, che – ai sensi dell’art. 68 della direttiva – comprende i costi sostenuti dall’amministrazione per l’acquisizione, l’utilizzo, la manutenzione, e il “fine vita” del bene, come i costi di raccolta e di “riciclaggio” nonché quelli imputabili a “esternalità ambientali”, “a condizione che il loro valore monetario possa essere determinato e verificato”: un uso delle parole – colpa dei soliti traduttori/traditori? – quantomeno discutibile e che non dovrebbe “sopravvivere” al recepimento, anche se tale terminologia è ormai invalsa nell’ambiente degli “ambientalisti”; quel che, invece, rimarrà, almeno finché non disporremo di modelli di valutazione attendibili e generalizzabili, è la difficoltà di tradurre quei costi in modo “oggettivo” e dunque tale da poter essere facilmente impiegati

² AVCP, det. 29.03.2007, n. 4.

³ Si tratta – è appena il caso di dire – di una novità solo apparente, dal momento che il parametro avrebbe già potuto essere (ed è stato spesso) preso in considerazione alla luce dell’art. 83 del vigente codice, a tenore del quale gli elementi di valutazione costituiscono un elenco meramente esemplificativo, senza considerare che lo stesso articolo prevede espressamente - alle lettere f) ed h) – la considerazione dei profili relativi al “valore d’uso” del bene o servizio.

in concreto. Ciò vale, in particolare, per quanto riguarda le opere edilizie⁴, per le quali le norme tecniche suggerirebbero un uso prudente del parametro, posto che l'idea del "ciclo di vita", rimandando immediatamente alla durata nel tempo dell'opera, non sembra suscettibile di facile determinazione in astratto.

Per la verità, anche in questo ambito, non mancano gli interventi normativi volti a ulteriormente precisare. Il riferimento è, in particolare, all'art. 2.4.1 del d.m. 14.01.2008 (Nuove Norme Tecniche per le Costruzioni), che demanda al progettista l'onere di indicare la durata di Vita Nominale delle opere (VN) classificandole in: opere provvisorie (VN < di 10 anni); opere ordinarie (VN >= di 50 anni); grandi opere (VN >= di 100 anni). E siccome le precisazioni non sono mai sufficienti, sul punto è intervenuta la Circ. n. 617/2009, del Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici, per distinguere la "vita nominale" dall'"effettiva durata", precisando che "la vita nominale di una costruzione, così come definita all'art. 2.4.1 delle NTC, è la durata alla quale deve farsi espresso riferimento in sede progettuale, con riferimento alla durabilità delle costruzioni, nel dimensionare le strutture e nel definire i particolari costruttivi, nella scelta dei materiali e delle eventuali applicazioni e misure protettive per garantire il mantenimento delle resistenza e della funzionalità", mentre "l'effettiva durata della costruzione non è valutabile in sede progettuale, venendo a dipendere da eventi futuri fuori dal controllo del progettista. Di fatto, la grande maggioranza delle costruzioni ha avuto ed ha, anche attraverso successivi interventi di ripristino manutentivo, una durata effettiva molto maggiore della vita nominale quantificata nelle NTC"⁵.

Con il che, l'unica cosa certa sembrerebbe che "vita nominale", "effettiva durata", "ciclo di vita" non sono concetti congruenti, sicché le stazioni appaltanti - e prima ancora il legislatore, naturalmente - dovrebbero prestare la massima attenzione nel maneggiarli, evitando equivoci e/o sovrapposizioni.

⁴ Diverso discorso deve farsi per quelle machine e prodotti, per i quali si parla, non per niente, di obsolescenza programmata ed è comunque più facile tradurre in pratica concetti come quelli di costi di esercizio, riuso, riciclo, smaltimento, etc.

⁵ Alla "normale" difficoltà di previsione si deve aggiungere quella derivante dalla fragilità del nostro territorio e dalla sua esposizione al rischio idrogeologico e a quello sismico, in ragione delle quali ogni previsione, per quanto scientificamente fondata, potrebbe, in concreto, essere smentita: l'emergenza, com'è ovvio, sfugge a qualunque regola.

E non è finita, posto che occorrerebbe tener conto anche della qualità dell'offerta, dell'organizzazione dell'operatore economico, dell'organizzazione e delle qualifiche del personale – a garanzia della qualità della prestazione e dell'esecuzione dell'appalto –, dell'assistenza e dei servizi post vendita... insomma, chi più ne ha, più ne metta, perché, ovviamente, l'elenco è solo esemplificativo e la fantasia del legislatore certamente più limitata di quella, infinita, della realtà.

Al riguardo, qualche osservazione merita, in particolare, il parametro relativo all'“organizzazione, qualifiche ed esperienza del personale incaricato di eseguire l'appalto ...”, dal momento che con esso, inevitabilmente, si finisce per aprire alla valutazione degli elementi soggettivi del concorrente in fase di gara, eventualità piuttosto controversa e – salvo rari casi⁶ - negata dalla nostra giurisprudenza, che rileva, al riguardo, una duplice criticità: la prima, dovuta alla possibilità, di inserire, per questa via, elementi di valutazione atti ad alterare l'ordinamento della offerte in corso di gara; una seconda, data dal difficile coordinamento con la disciplina dell'avvalimento. Infatti, tenendo conto che, per la qualificazione professionale o per le esperienze professionali rilevanti, l'operatore economico può fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, risulterà difficile, qualora quest'ultimi eseguano una parte dell'appalto, confermare l'orientamento secondo cui il corredo presentato da un concorrente tramite l'avvalimento non sia anche suscettibile di valutazione in fase di ordinamento delle offerte⁷.

Il che, come è stato osservato, potrebbe dar luogo a una figura del tutto inedita, quella di una sorta di contraente generale “al contrario”, ossia un soggetto molto referenziato che funge da strumento mediante il quale un altro tecnicamente “incapace” può, di fatto, aggiudicarsi la gara⁸. Una possibilità che porterebbe le imprese al cambiamento delle strategie di gara e imporrebbe alle stazioni appaltanti l'introduzione - nel rispetto del principio di proporzionalità – di appositi contrappesi in tema di riunioni

⁶ Cons. St., sez. VI, n. 5626/2009; ha ammesso a valutazione elementi soggettivi del concorrente purché si riflettano senza incertezze sulla qualità dell'offerta e non abbiano comunque un peso preponderante. Cfr. Parere Avcp n.124/2008; det.n.5 del 27.7.2010; Circolare PCM 1.03.2007.

⁷ Cfr. det.n.2 del 1.08.2012, punto 5.

⁸ L. MICONI, *L'audizione dell'Avcp in vista del recepimento delle nuove direttive*, in M.A. CABIDDU (a cura di) *Appalti e concessioni: le nuove direttive europee*, cit., 40 ss.

temporanee, di qualifiche⁹, etc.

Non si può, d'altra parte, guardare alle direttive (solo) con l'occhio critico del diritto interno, posto che il legislatore comunitario si rivolge a una platea di Stati membri, attraversati da problemi e sensibilità (talora anche molto) differenti, sicché le indicazioni contenute negli atti dell'Unione non sono, e non potrebbero essere, del tipo aut-aut ma ammettono - sullo sfondo di un orientamento generale alla qualità delle prestazioni e ferma restando la libertà delle amministrazioni aggiudicatrici "di fissare norme di qualità adeguate, utilizzando le specifiche tecniche o le condizioni di esecuzione di un appalto" - un ventaglio di opzioni che vanno dalla possibilità di valutare l'offerta "anche soltanto sulla base del prezzo o di un approccio costo/efficacia" fino all'eventualità per gli "Stati membri di proibire o limitare il ricorso al solo criterio del prezzo o del costo per valutare l'OEPV qualora lo ritengano opportuno".

Ora - vale la pena dirlo - i "considerando" e gli articoli di cui si discute non sono testi paragonabili a quel Code Napoléon su cui Stendhal affinava lo stile e, tuttavia, la legge delega li supera - in negativo, si intende - moltiplicando il numero delle parole e, con esse, dei possibili equivoci e dell'incertezza.

E così, la prevalenza del criterio dell'OEPV viene ripetuta più e più volte (lett. p), ff), gg), oo), ccc), ddd), fff), ggg) delega), come strumento per promuovere la qualità e l'innovazione, talvolta declinata con i criteri di sostenibilità energetica e ambientale, talaltra con esigenze di ordine sociale e di maggiore professionalizzazione, altre ancora con il rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento, in una sorta di *horror vacui*, che finisce - paradossalmente - per ingenerare il dubbio che la prevalenza sia, in realtà, da intendersi come limitata ai casi in cui la stessa è espressamente prevista: scherzi del drafting legislativo, che - si spera - siano corretti dal Codice, se si vuole che esso possa fungere davvero da compendio normativo utile alla disciplina della materia e non sia - come si è rivelato quello ancora vigente - "selva selvaggia e aspra e forte" di disposizioni, fra le quali amministrazioni e imprese fanno fatica a districarsi.

Certo è che se la preferenza dichiarata in via di principio dal legislatore riduce, con

⁹ cfr. det.n.2 del 1.08.2012, punto 5

riguardo alla scelta fra i criteri di aggiudicazione, la discrezionalità dell'amministrazione¹⁰, questa torna ad espandersi in maniera difficilmente controllabile – specie per gli enti meno attrezzati – per quanto riguarda, appunto, la definizione e la valutazione degli elementi qualitativi, fermo restando che il criterio della OEPV non è automatica garanzia della qualità, che semmai va (pre)determinata di volta in volta.

D'altra parte, a differenza del prezzo – una quantità come tale misurabile -, la qualità, difficilmente si fa ridurre a numero, sicché, come è noto, agli addetti ai lavori, risulta talora impossibile – tecnicamente impossibile - indicare il “valore per punto” degli elementi e sub-elementi di valutazione delle offerte. Per questo, quando non sia possibile procedere alla “ponderazione” – perché vi ostano ragioni oggettive, di cui occorre dar conto in motivazione – le direttive confermano la possibilità per l'amministrazione di indicare i criteri di selezione in ordine decrescente (art. 66 della direttiva), possibilità peraltro già prevista dal Codice ancora vigente¹¹, per quanto poco utilizzata in ragione della complessità degli algoritmi necessari ai fini del corretto ordinamento delle offerte.

Con il che, le amministrazioni aggiudicatrici, se vogliono avere sconti sul prezzo e garanzia di qualità (professionale, sociale, ambientale, energetica, etc.) devono mostrarsi in grado di padroneggiare razionalmente l'OEPV, dotandosi a tal fine di competenze e strumenti di valutazione – più che di calcolo - quanto più possibile oggettivi e convincenti.

3. Impresa ardua commentare un testo in itinere, trattandosi di ragionare “come se” e tuttavia, le bozze circolanti, almeno per quanto riguarda i principali profili che qui interessano, sembrano ormai molto vicine a quello che potrebbe essere il testo alla fine effettivamente licenziato.

Occorre subito dire che le indicazioni provenienti dall'Europa, nonché i principi e criteri direttivi dettati dalla legge delega sono, da un lato, tali da consentire ampi margini di manovra, dall'altro fin troppo dettagliati, sicché sarebbe auspicabile – per quanto ancora

¹⁰ Secondo qualcuno tale discrezionalità andrebbe, peraltro, ulteriormente ridotta, prevedendo l'obbligo dell'amministrazione di ricorrere all'OEPV “tutte le volte in cui risulta prevalente la complessità tecnica dell'opera, sotto il profilo delle soluzioni ingegneristiche, architettoniche e costruttive e il rilievo qualitativo delle soluzioni da adottare” (così, P. MANTINI, *Nel cantiere dei nuovi appalti pubblici. Semplificazione, efficienza, concorrenza, anticorruzione*, Milano, 2015, 116-117).

¹¹ Cfr. art.83, c. 3; art.153, c.6; art.160-ter, c. 3, del Codice.

possibile - che il legislatore delegato, più che avventurarsi nell'inutile tentativo di normare tutto il possibile, si limitasse ad adeguare la non felice scrittura delle direttive alle necessità del Paese, sulla scorta delle indicazioni provenienti dalle diverse Autorità nazionali e, in particolare, dalla giurisprudenza e dalle diverse parti sociali.

Un auspicio che, a guardare le bozze, non sembra essere stato tenuto nella dovuta considerazione, se è vero che vengono pedissequamente trascritti (v. art. 110) gli "obbrobri" linguistici sopra segnalati (come se si trattasse di principi o istituti irrinunciabili) e, soprattutto, si indugia, nonostante il dichiarato scopo di semplificazione, nel vezzo della casistica e dell'inutile ripetizione. Non basta infatti la complessiva riduzione degli articoli - dai 249 su cui ha lavorato la Commissione (ma sono 600 con il regolamento generale quelli dell'attuale Codice) ai 214 della bozza più recente -, se gli stessi contemplano decine di comma, al cui interno si annidano elenchi, considerazioni di carattere generale e ripetizioni che sarebbe stato bene evitare. È il caso, per quanto qui in particolare interessa, dell'art. 109, disciplinante i criteri di aggiudicazione dell'appalto: 13 comma, troppi e di troppe parole, per garantire costi certi, buona qualità e procedure a prova di ricorsi.

E così, il testo in esame, usando della facoltà consentita dalle direttive di escludere per l'acquisizione di determinati beni o servizi il ricorso al massimo ribasso, registra – secondo una modalità largamente affermata, che procede al rovescio ovvero dall'interpretazione alla legge e non viceversa come ci si aspetterebbe – la giurisprudenza in tema di servizi sociali e di ristorazione ospedaliera, assistenziale, scolastica o comunque ad alta intensità di manodopera, nonché di ingegneria e architettura, di importo superiore a 40.000 euro, imponendo – e forse non ce n'era bisogno - per essi l'aggiudicazione "esclusivamente sulla base del criterio dell'OEPV individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo" (art. 109, c. 3), fermo restando che "l'elemento relativo al costo (...) può assumere la forma di un prezzo o costo fisso sulla base del quale gli operatori economici competeranno solo in base a criteri qualitativi" (art. 109, c. 6).

Non manca, naturalmente, il tentativo di circoscrivere ciò che, per sua natura, non può esserlo e, contemporaneamente, di costruire dighe per contrastare il dilagare delle possibili varianti (art. 109, c. 13).

Il punto è che, laddove c'è discrezionalità - che riguardi la scelta del criterio da adottare o piuttosto la definizione e la valutazione degli elementi qualitativi -, occorre che vi sia anche un'amministrazione competente e responsabile, in grado cioè di rispondere dell'uso del potere e delle risorse pubbliche. In effetti, come osservato dalla giurisprudenza, “anche contratti d'appalto caratterizzati da rilevanti profili di complessità, ed in particolare anche appalti di opere pubbliche, possono essere affidati sulla base della solo criterio del massimo ribasso, laddove la progettazione svolta dalla stazione appaltante sia giunta ad un grado di dettaglio tale da non richiedere, secondo valutazioni di carattere discrezionale di quest'ultima, l'acquisizione di soluzioni tecniche migliorative”¹². Il che significa che il problema non è tanto il criterio di aggiudicazione (e, dunque, da lì non può venire neanche la soluzione) ma il progetto, cioè la (necessaria) completezza della descrizione di ciò di cui si ha bisogno, che si tratti di un'opera pubblica, di un servizio e financo di un bene (una macchina).

Insomma, per evitare di farsi catturare nella rete delle riserve e delle varianti, più che occhiute e furbissime disposizioni legislative, occorrerebbeo tecnici (meglio sarebbe se interni, alla stregua del vecchio Genio Civile) e comunque bandi e progetti ben fatti, cioè completi, dettagliati e inequivoci. Con il che, a ben guardare, la differenza fra i due criteri di aggiudicazione finirebbe, in realtà, per ridursi fino addirittura ad annullarsi, dal momento che se l'OEPV si basa su una prestazione o una progettazione di dettaglio, connessa a precisi criteri di valutazione e conseguenti punteggi, le offerte saranno tendenzialmente spinte, criterio per criterio, a collocarsi in un range elevato di punteggio, sicché, ai fini del punteggio finale, il prezzo tornerà ad essere decisivo¹³.

Il che è quanto dire che la qualità diventa criterio discrezionale (solo) nelle gare aventi ad oggetto una prestazione scarsamente dettagliata o rispetto alla quale siano necessari servizi accessori non standardizzabili e perciò lasciati alla libertà organizzativa dell'imprenditore.

¹² Cons. St., Sez. V, 31 agosto 2015, n. 4040.

¹³ “Anche nelle procedure di affidamento da aggiudicare mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa gli aspetti tecnico-valutativi possono condurre alla presentazione di soluzioni progettuali sostanzialmente speculari, tali da rendere determinante in concreto la sola offerta economica” (così, Cons. St., Sez. V, 31 agosto 2015, n. 4040).

Se così è e se davvero si vuol mettere la qualità al centro della valutazione, specie in determinati settori – si pensi non solo alle opere pubbliche ma anche agli acquisti in sanità – si deve evitare che la preferenza di principio per questo criterio finisca per creare più problemi di quanti non ne risolva. In tal senso non sembrano sufficienti i correttivi proposti dal testo in itinere, come la nuova disciplina del procedimento di verifica dell'anomalia delle offerte (art. 111) o l'Albo dei commissari istituito presso l'ANAC, dal quale attingere mediante sorteggio (artt. 23 e 112).

Nonostante l'apprezzabile sforzo di neutralizzazione di alcuni dei difetti che caratterizzano la materia, questi strumenti non sembrano, infatti, realmente in grado di arrivare – a nostro giudizio – al cuore del problema e forse, *coeteris paribus*, potrebbero addirittura aggravare la situazione, rendendo inutilmente più difficoltoso il lavoro dell'amministrazione senza peraltro conseguire i risultati sperati.

I veri nodi sono infatti di sistema: si pensi alla perdurante frammentazione delle stazioni appaltanti; al deficit conoscitivo del mercato dei contratti pubblici sia sul lato soggettivo sia sul lato oggettivo; alla scarsa cultura dell'esecuzione; alla desertificazione dei corpi tecnici dell'amministrazione, perpetrata negli anni in nome dello snellimento delle burocrazie e delle esternalizzazioni... tutte questioni alle quali il nuovo Codice non dà - e non può dare, di per sé, soluzioni – ma le cui sorti sono ad esso, inevitabilmente, legate.

A tali carenze di sistema il nostro legislatore tende, quando i nodi vengono al pettine, a dare soluzioni emergenziali, come ha fatto quando ha imposto ai Comuni al di sotto dei 5000 abitanti, ricadenti nel territorio di un'unica Provincia di procedere all'aggiudicazione a mezzo di una sola centrale di committenza, istituita in forma di Unione di Comuni o consortile¹⁴ ma anche questa non può essere la soluzione, essendo necessari, appunto, interventi di sistema, capaci come tali di collegare il recepimento delle direttive alle altre riforme di cui molto si parla, a iniziare da quella dell'amministrazione, della ridefinizione delle autonomie, dell'agenda digitale, delle semplificazioni.

Senza (il coordinamento di) queste riforme neanche il migliore dei Codici potrà funzionare. Se è vero, infatti, che ci sono amministrazioni, anche nel nostro Paese, già

pronte alla sfida dell'innovazione ed è certo che buone pratiche e concorrenza finiranno, nel medio/lungo periodo, per dare buoni frutti, nel breve, tuttavia, c'è da aspettarsi che la negoziazione, il partenariato e, per quanto specificamente riguarda l'oggetto di questo scritto, il confronto sulla qualità – se non sono guidati da un'amministrazione autorevole e tecnicamente attrezzata – possano favorire, più di quanto già non accada, familismo, cartelli e corruzione.

Qualcuno propone di prendere sul serio, anche a questo fine, l'idea del mercato, creando artificialmente interessi contrapposti, come fa l'atto federale Usa contro il crimine organizzato e la corruzione, che prevede un risarcimento del danno non inferiore al triplo di quanto realmente patito dalla vittima a seguito di atti corruttivi o di racket.

L'effetto di tale normativa, in quel contesto, è stato che molte imprese, accanto ai loro centri di progettazione, hanno sviluppato uffici investigativi e legali agguerriti, posto che - paradossalmente - conviene che l'appalto lo vinca un'altra impresa corrompendo e, se la si incastra, si guadagna il triplo di quanto si sarebbe incassato vincendo.

Insomma, più che un Codice – ma ce lo chiede l'Europa - servirebbe un'amministrazione “adulta” e - accanto ad essa - un mercato aperto, dove il controllo reciproco tra imprese (realmente) concorrenti sia tale da indurre nel medio/lungo periodo a comportamenti più corretti o quantomeno più avveduti.

¹⁴ V. d.l. 201/11 e ss.mm., che ha introdotto il c. 1-bis, nell'art. 33 del vigente Codice.