

Articoli e note

n. 4-2006 - © copyright

LUIGI GIAMPAOLINO

Il nuovo codice degli appalti: rischi ed opportunità (*)

1. Il sottotitolo di questo nostro incontro "il nuovo codice degli appalti: rischi e opportunità", ben rende, almeno secondo il nostro avviso, la situazione venutasi a creare a seguito dell'approvazione del "codice dei contratti pubblici" da parte del Consiglio dei Ministri e della sua prossima pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale.

Ciò può dirsi sia con riferimento all'esistenza stessa del codice, sia con riferimento ai singoli istituti di questo.

2. Il primo rischio che si prospetta, infatti, è quello della illegittimità costituzionale di diverse norme contenute nel codice.

Questo, com'è noto, sarà emanato a seguito della delega contenuta nell'art. 25 della legge 18 aprile 2005 (legge comunitaria 2005) il quale non prevedeva, in verità, l'emanazione di un "codice" ma soltanto la compilazione di "un unico testo normativo" recante le disposizioni legislative in materia di procedure di appalto disciplinate dalle due direttive, coordinando anche le altre disposizioni in vigore, nel rispetto dei principi del Trattato istitutivo dell'Unione europea; nonché la semplificazione delle procedure di affidamento che non costituivano diretta applicazione delle normative comunitarie, semplificazione finalizzata a favorire il contenimento dei tempi e la massima flessibilità degli strumenti giuridici.

Da una così configurata delega, il Consiglio di Stato è pervenuto a ritenere sussistente il conferimento del potere legislativo all'esecutivo ai fini della confezione del codice nei sensi in cui è stato redatto.

In verità, si potrebbe notare che, nell'interpretazione di una norma di delega, attesi i rapporti che si instaurano tra i diversi poteri dello Stato - ed, in proposito, è stato richiamato il principio di leale collaborazione - non si può prescindere dal contesto, dalle motivazioni e, nel caso di specie, dagli espressi limiti con i quali si conferisce il mandato nonché dalla considerazione che la terminologia usata nella norma - "unico testo", dallo stesso Consiglio di Stato definita "atecnica" - fu il prodotto di quella discussione parlamentare che non voleva neppure un testo unico, ma qualcosa di meno di esso.

La portata della delega, pertanto, potrebbe essere ritenuta essere stata quella dell'immissione, nel nostro ordinamento, della sola disciplina portata dalle direttive ed il loro coordinamento con la disciplina esistente, nonché una semplificazione delle procedure di affidamento che non costituiscono diretta applicazione delle normative comunitarie.

In verità, dall'anzidetta espressione atecnica, nel parere del Consiglio di Stato, si è tratto un argomento per una più ampia interpretazione della delega.

Come pure dalla delega alla "semplificazione delle procedure di affidamento che non costituivano diretta applicazione delle normative comunitarie" si sono tratti argomenti per intervenire su norme ed istituti non contemplati dalle direttive e per pervenire ad una codificazione della materia intesa come una raccolta delle numerose leggi speciali di settore in modo da conferire alla raccolta una portata sistematica, orientandola ad idee regolative capaci di garantire l'unità e la coerenza complessiva della materia, mentre, dal criterio di delega volto al recepimento, nel nostro ordinamento, della sentenza 247/2002, Sintesi Spa, relativa alla generalizzazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, si è ricavata l'esigenza di tenere presente l'intero tessuto ordinamentale comunitario ed il titolo, quindi, per intervenire su molte altre materie al fine di adeguarle all'ordinamento comunitario. Ma, da qualche giudice, queste impostazioni, deprecabilmente, potrebbero non essere seguite.

Si potrebbe, in contrario, ritenere che l'espressione "unico testo" sia riduttiva e più limitata rispetto al "testo unico" e, quindi, ancor più, non abilitativa alla stesura del codice; che la delega a recepire le direttive, giammai avrebbe potuto investire gli aspetti organizzativi (ove si escluda l'Autorità di cui alla lett. c) della stessa norma), la programmazione, la direzione ed esecuzione dei lavori, ecc.; che la delega, ivi compresa quella di cui alla lett. d) riguardante i principi di cui alla sentenza 1482/2002, Sintesi Spa, comunque, non avrebbe consentito un generale adeguamento di tutto il sistema normativo interno a quello comunitario, con intervento generalizzato su tutti gli istituti.

3. Il secondo rischio è quello derivante dal riparto delle competenze tra Stato e Regioni nella materia dei lavori pubblici.

Il Consiglio di Stato opera in proposito una ricostruzione limpida e fedele dell'attuale assetto istituzionale quale si è venuto delineando a seguito delle sentenze della Corte Costituzionale.

Nell'assenza, infatti, di una disciplina costituzionale della materia, un tale assetto attualmente deriva da peculiari pronunce della Corte Costituzionale alle quali il parere si richiama e, pertanto, dopo aver segnalato, in questa parte generale, l'esigenza della introduzione della clausola della cedevolezza e delle indicazioni delle parti del Codice "cedevoli" e di quelle che invece vincolano l'esercizio della potestà regionale perché attinenti ad ambiti di legislazione esclusiva dello Stato o perché costituenti principi fondamentali in materia di legislazione concorrente, perviene ad una riscrittura delle norme che appare plausibile e da condividere anche se, da essa, potranno derivare inconvenienti da parte delle Regioni che potrebbero ritenere il riparto operato dal Consiglio di Stato non rispettoso delle proprie competenze.

Le Regioni, infatti, già in sede di Conferenza Stato-Regioni hanno lamentato la mancanza di un percorso condiviso e concertato, attesa la valenza e la portata del provvedimento, e le invasioni di competenze legislative regionali, alle quali, però, in parte, ha posto rimedio il Consiglio di Stato suggerendo, com'è noto, una norma composta di cinque commi, nei quali al primo comma, è previsto che le Regioni e le Province autonome esercitano la potestà normativa nelle materie oggetto del Codice nel rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e delle disposizioni relative a materie di competenza esclusiva dello Stato; nel secondo comma è previsto che, relativamente alle materie oggetto di competenza concorrente, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano esercitano la potestà normativa nel rispetto dei principi fondamentali contenuti nelle norme del Codice, in particolare in tema di programmazione di lavori pubblici, approvazione dei progetti ai fini urbanistici ed espropriativi, attività di progettazione, di lavori, servizi e forniture, di direzione lavori in queste stesse materie, collaudo, compiti e requisiti.

E ciò anche con riferimento alla previsione di "norme cedevoli".

E' da auspicare, pertanto, che in presenza della nuova formulazione delle norme da parte del Consiglio di Stato, venga meno l'atteggiamento critico delle Regioni.

Comunque, un rischio rimane.

4. Il terzo rischio, riguardante la più intima essenza della disciplina e che vien fatto di paventare, è quello di un attutirsi della tutela dei pubblici interessi intesi in senso stretto, degli interessi cioè attinenti alla pubblica amministrazione e relativi, in particolare, alla trasparenza e correttezza dell'azione della pubblica amministrazione e del buon uso delle pubbliche risorse che vengono impiegate negli appalti pubblici.

Con la redazione del codice, invero, è stata posta in essere un'operazione di recepimento delle direttive comunitarie riscrivendo, seppure in parte, l'ordinamento esistente.

Orbene, questo ordinamento, al momento di un tale recepimento, si configurava costituito da più complessi normativi, il più significativo dei quali era costituito dalla legge Merloni e successive modifiche.

Questa legge era intervenuta dopo la nota vicenda di Tangentopoli ed era ispirata soprattutto ad evitare che fenomeni così pregiudizievoli per l'ordinamento e le pubbliche finanze si ripetessero.

Da qui le misure volte a garantire un migliore funzionamento della pubblica amministrazione e rendere questa, per così dire, più "padrona" dell'opera.

Da qui, la riappropriazione, da parte della pubblica amministrazione, dell'attività di progettazione; una limitazione della discrezionalità, donde la restrizione, la più ampia possibile del ricorso alla trattativa privata; l'eccezionalità dell'ipotesi dell'appalto-concorso; la limitazione dell'appalto integrato alle sole ipotesi di lavori di importo inferiore ai 200.000 euro, la cui componente impiantistica o tecnologica incida per più del 60%, di lavori di manutenzione, restauro e scavi archeologici, di lavori di importo pari

o superiore ai 10 milioni di euro.

Da qui, altresì, la preferenza per l'aggiudicazione del criterio del massimo ribasso e l'eccezionalità del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, prevista solo per i lavori di importo superiore alla soglia comunitaria, in cui per la prevalenza della componente tecnologica o per possibili soluzioni, si ritiene possibile che la progettazione possa essere migliorata.

Le direttive comunitarie, invece, com'è noto, perseguono obiettivi diversi da questi, anche se con questi non contrastanti.

Trattasi, infatti, di normative ispirate essenzialmente ai principi della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi e volte a garantire, appunto, la concorrenza e l'osservanza di questi principi, in questi importanti settori del mercato, nei quali notevolissima è la presenza di operatori pubblici.

Rispetto alle discipline (legge Merloni) alle quali si è fatto cenno, lo scenario di fondo, qui, cambia del tutto. L'ambiente è il mercato e il bene principe da tutelare è il bene fondamentale del mercato, vale a dire, la concorrenza.

I soggetti che vengono soprattutto considerati e per i quali, appunto, le norme, poste a tutela di determinati beni come la concorrenza, sono previste, sono le imprese che, come è noto, sono le protagoniste del mercato: le norme, quindi, sono poste a protezione di queste e per il bene che, nell'ambito del mercato, le tutela, vale a dire, la concorrenza.

E' così previsto che la stessa presenza di organismi di diritto pubblico nelle procedure di aggiudicazione non debba essere causa di distorsione della concorrenza; che la tutela dell'ambiente deve essere tenuta presente nell'ambito, però, di uno sviluppo sostenibile e garantendo il rapporto qualità - prezzo; che si possono pure imporre norme a tutela dell'ordine, della moralità, della sicurezza pubblica, della salute, della vita umana od animale, della preservazione dei vegetali, a condizione che, però, esse non siano violatrici del Trattato; che possono essere previsti istituti particolari, i quali, però, devono sempre salvaguardare la concorrenza come: accordi quadro, acquisti elettronici e relativi sistemi, l'asta elettronica, le centrali di committenza.

Condizioni particolari sono poi previste per garantire, comunque, le pari opportunità, come a proposito delle specifiche tecniche, dei requisiti ambientali e delle etichettature.

E' anche previsto l'istituto del dialogo competitivo come procedura eccezionale la cui adozione è, peraltro, rimessa alla facoltà dello Stato.

Particolari garanzie sono, inoltre, previste in tema di pubblicità e di partecipazione alle gare con la possibilità di prevedere una limitazione del numero dei candidati alle procedure (cd. "forcella"); nonché la progressiva riduzione delle offerte e norme speciali in tema di elenchi ufficiali e di qualificazione.

E' previsto, altresì, il peculiare istituto dell'avvalimento.

Circa i criteri per l'aggiudicazione, poi, essi sono individuati in quelli che garantiscono il rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento e che assicurino una valutazione delle offerte in condizioni di effettiva concorrenza. Di conseguenza è prevista l'applicazione dei due criteri del prezzo più basso e dell'offerta economicamente più vantaggiosa e la necessità dell'indicazione della ponderazione dei criteri.

Come si vede, trattasi, di norme regolanti clausole e modalità procedurali ai fini della tutela dei beni che innanzi si sono detti; dei beni, vale a dire, della trasparenza, della correttezza, della parità di condizioni.

E la stessa funzione dell'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici in una tale ottica cambia di prospettiva. Essa, nell'ottica comunitaria, non è posta tanto a vigilare sul corretto agire della pubblica amministrazione e sulla corretta gestione delle pubbliche risorse, scopi per i quali essa era stata concepita dalla legge Merloni, ma a tutelare la concorrenza in questo settore del mercato, che è un mercato dominato, in particolare, dalla domanda pubblica, nel settore appunto di lavori pubblici, servizi e forniture.

Ma, in una siffatta, nuova, ottica, la domanda che ci si pone è in che modo, e se siano, adeguatamente, salvaguardati i beni per i quali la precedente disciplina dell'ordinamento (legge Merloni) era stata emanata.

La domanda che ci si pone, infatti, è se, per avventura, con la nuova disciplina prevista nel codice, occasionata ed ispirata dalle direttive comunitarie, non si corra il rischio di una non adeguata tutela dei beni del corretto agire della Pubblica amministrazione e della corretta gestione delle pubbliche risorse con il pericolo cioè che questi beni divengano recessivi e possano essere travolti dalla nuova disciplina essenzialmente ispirata alla tutela della concorrenza che è un bene previsto soprattutto per

le imprese.

Così c'è da domandarsi se una limitata attenzione alla esigenza di un buon funzionamento delle pubbliche amministrazioni che, insieme all'impresa, sono le protagoniste del settore, dal momento che si ha riguardo ad appalti pubblici, alla domanda pubblica del mercato - quella, cioè, condizionata dall'immissione da parte di soggetti pubblici delle dette ingenti pubbliche risorse - non porti ad una loro debolezza e quindi ad uno stato di inferiorità di esse. In un contesto attento prevalentemente al mercato, l'aspetto organizzatorio pubblico di questo assume una minore valenza, ma esso può risolversi, a ben vedere, in un pregiudizio per lo stesso mercato qualora si sia in presenza di un protagonista pubblico, detentore delle risorse da immettere sul mercato, ma sostanzialmente debole rispetto ai soggetti che hanno interesse e legittimazione all'utilizzo delle pubbliche risorse.

Di preoccupazioni di questo genere si è fatto carico anche il parere del Consiglio di Stato allorché afferma che "non può sottacersi che, con il nuovo quadro normativo delineato dal codice, possano derivare nuovamente gli inconvenienti cui le limitazioni della legge 109 del 1994 avevano inteso porre riparo e che non possono essere sottovalutati nel nuovo contesto amministrativo e sociale".

Ed è per questo che il Consiglio di Stato afferma che appare quanto mai necessaria l'adozione di ogni strumento di garanzia ed, in particolare, quella previsione, anche normativa volta ad assicurare la generalizzazione ed il potenziamento della vigilanza, in tutti i settori interessati dalla direttiva, in capo all'Autorità dei lavori pubblici.

Ma quest'ultima, a sua volta, nel nuovo contesto, muta o comunque ulteriormente articola la sua funzione. Essa viene a porsi non più come Autorità di vigilanza sul corretto funzionamento del settore ai fini dell'osservanza, in esso, delle regole, non solo legislative, di correttezza e buon andamento, ma viene, soprattutto, a porsi, anch'essa, come garante della concorrenza e dei nuovi valori che, con le direttive, vengono particolarmente esaltati e per la cui tutela, appunto, la funzione dell'Autorità, nell'ambito della stessa norma, è prevista.

5. Certo, il rischio di una minore tutela di esigenze pubblicistiche si pone.

Si pensi alla progettazione, che la legge Merloni voleva rimessa alla sola pubblica amministrazione affinché questa rimanesse padrona dell'idea e del progetto di realizzazione, con tutte le relative conseguenze. Ora essa, in taluni casi, nel suo stadio di progettazione definitiva e poi esecutiva, è rimessa alla stessa impresa (appalto integrato).

Si pensi all'ipotesi del dialogo competitivo, istituto eccezionale e che tanta discussione sollevò anche in sede comunitaria, durante i lavori preparatori della direttiva.

Con questo nuovo istituto, infatti, sembra che sempre più ci si avvia alla nuova configurazione dei lavori pubblici non più prodotti di un peculiare monopolio, ideativo, finanziario ed esecutivo, del pubblico, ma prodotto della partecipazione, nell'interesse pubblico, del privato.

Il lavoro pubblico (o di interesse pubblico, come significativamente dice proprio la norma sul project financing - art. 37 bis) si presenta cioè sempre più come il prodotto di un partenariato pubblico-provato.

Non più la realizzazione di un lavoro o di un'opera da parte di una pubblica amministrazione con risorse pubbliche, donde la necessità di una disciplina pubblicistica, di stampo quasi (o senza quasi) di contabilità pubblica, ma un intervento di politica economica di cui è protagonista la Pubblica Amministrazione, ma, con essa, e forse più che di essa, il mondo economico, e gli attori principali di questo, che sono le imprese.

Da qui il cambio di prospettiva per gli interessi da tutelare e la relativa disciplina da porre in essere: una disciplina non più a tutela predominante della Pubblica Amministrazione, ma di tutela dell'economia e dell'impresa e, quindi, della concorrenza.

Da qui, altresì, regole procedurali soprattutto volte a garantire la concorrenza e, a mezzo di essa, la iniziativa economica privata.

In un tale contesto, tuttavia, non vanno pretermesse le ragioni dell'Amministrazione, la quale, come si è detto, nella procedura del dialogo competitivo, resta la "domina" dell'operazione soprattutto perché - a differenza di quanto accade nel project financing - sono sue le risorse che vengono impiegate.

Le due esigenze che, pertanto, nell'applicazione di questo istituto, occorre tutelare sono quella della concorrenza e quella della tutela delle ragioni dell'amministrazione.

Le esigenze della concorrenza sono tutelate con la garanzia della parità di trattamento, tra tutti gli offerenti, di fornire in modo non discriminatorio, informazioni che possano favorire alcuni offerenti rispetto ad altri, ovvero, ancor prima, con il rigoroso rispetto delle condizioni in presenza delle quali il dialogo competitivo è ammesso, ovvero con il "dialogare continuo" con i partecipanti abbandonando

l'intento di acquisire, nella prima fase, una "bozza di valutazione" o redazione di capitolato di oneri, consentendo, invece, che la proposta sia progressivamente integrata e perfezionata, sino al momento della conclusione del dialogo, ovvero, infine, con la selezione dei criteri.

Le esigenze della pubblica amministrazione sono tutelate attraverso la indicazione, nel bando o nel documento descrittivo, dell'esigenza pubblica per la quale occorre prevedere ed eseguire l'opera: quest'esigenza può essere modificata e adeguata attraverso il dialogo, ma deve rimanere nel dominio dell'amministrazione.

Inoltre, rientrano sempre nella tutela della pubblica amministrazione, il "diritto" di proseguire il dialogo sino al suo compimento, la facoltà, inoltre, di ridurre il numero delle soluzioni, la facoltà dell'amministrazione di far chiarire, precisare, perfezionare le offerte.

6. Si pensi, altresì, sempre nell'ottica di un rischio di una minore tutela dell'interesse pubblico, alla disciplina del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa che nel nuovo testo diviene di generale applicazione.

E' questa una vicenda che meriterebbe di essere esaminata a parte anche per le modalità in cui essa si è sviluppata nel nostro ordinamento e, ancor prima, in quello comunitario a seguito della sentenza del 7 ottobre 2004 della Corte di Giustizia.

Sta di fatto che l'attuale disciplina limitava il ricorso ad un tale criterio - che si era appalesato all'epoca di tangentopoli come lo strumento al quale soprattutto si era fatto ricorso per il conseguimento di illeciti profitti - solo a casi determinati (opera a prevalente componente tecnologica, appalto concorso, affidamento di concessione mediante licitazione privata). Essa, invece, viene ora posta, sul fondamento della citata sentenza della Corte di giustizia, sullo stesso piano del criterio del prezzo più basso, nel quale, com'è noto, non vi è quell'ampia discrezionalità che è presente, invece, nel criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Per quest'ultima, poi, si moltiplicano altresì i parametri per la sua valutazione: (prima i parametri erano solo quattro: prezzo, valore tecnico ed estetico delle opere, tempo di esecuzione, costo di utilizzazione e manutenzione, ora i criteri sono una decina (prezzo, qualità, pregio tecnico, caratteristiche estetiche e funzionali, caratteristiche ambientali, costi di utilizzazione e manutenzione, redditività, servizio successivo alla vendita, assistenza tecnica, data di consegna, impegno in materia di pezzi di ricambio, sicurezza dell'approvvigionamento) inseriti, peraltro, nella norma (art. 84) a titolo solo esemplificativo.

Si è in presenza, pertanto, di un incremento notevole della discrezionalità della pubblica amministrazione.

Si corre pertanto il rischio di un ritorno a precedenti inconvenienti, donde la necessità di una vigilanza sull'uso di questa discrezionalità.

7. Con riguardo invece alle opportunità che con il nuovo codice si presentano, senza dubbio la più importante di essa è quella della visione unitaria ed unificata della materia, vale a dire delle numerose leggi speciali di settore in modo da desumere da essa principi di fondo ed idee regolative generali che guidino l'interprete e diano unità e coerenza alla disciplina.

Quello di un codice dei contratti pubblici, è, invero, un'esigenza da tempo avvertita nel nostro ordinamento.

In particolare, essa fu esplicitamente avvertita per i lavori pubblici, ma, deve ritenersi, che essa valga, altresì, per le forniture ed i servizi.

In particolare, l'unificazione in un unico testo della disciplina e delle problematiche che riguardano non solo i lavori pubblici, ma, altresì, i servizi e le forniture, contribuirà a riportare anche la disciplina e la sistemazione, normativa e concettuale di questi due ultimi settori, alla stregua della più elaborata sistemazione che da tempo si è avuta per i lavori pubblici.

Un progresso di disciplina e sistemazione, quindi, è da ritenere che si conseguirà nella materia, il che non potrà non favorire questi settori anche dal punto di vista economico.

E' invero noto che uno dei maggiori costi e delle maggiori remore per varie attività economiche, nel nostro ordinamento, è dato proprio dalla incertezza delle discipline giuridiche da applicare e dal sovrapporsi di normative di varia provenienza.

Aver fatto chiarezza in questo settore e conferito al settore stabilità non può non essere di giovamento al settore stesso. In questi sensi, com'è noto, la "codificazione" di questi ultimi anni è stata intesa soprattutto come un'operazione economica. Essa in questi sensi fu vista sin dalle prime leggi sulla semplificazione e, in particolare, dalle legge di semplificazione del 2002. Non a caso, i primi "codici",

specie dal punto di vista della delega, si ebbero in settori economici: proprietà intellettuale, consumatori, assicurazioni, etc..

Inoltre, si dà luogo alla previsione stabile di procedure la quale non potrà non provocare una facilitazione nella prassi con comprensibile beneficio dell'economicità ed efficienza dei lavori.

Il rinvio, infine, ad un codice unico con ripartizione destinata nel tempo a diventare standardizzata non può essere che un evidente aiuto per gli operatori del settore.

8. Una opportunità che il codice offre e che non va pretermessa è quella di esaltare le funzioni di vigilanza dell'Autorità nel settore, pervenendo, così, ad una stabilità dal punto di vista ordinamentale sul momento conclusivo ed apicale del settore.

Questo, infatti, con il nuovo codice, avrebbe al suo vertice un'Autorità indipendente, cui sono rimesse funzioni di vigilanza non solo a tutela del corretto uso delle risorse e della trasparenza della pubblica amministrazione, ma, altresì, della concorrenza e, con essa, del buon funzionamento del mercato.

La previsione di un'Autorità che vigili sull'osservanza delle normative del settore è prevista, com'è noto, dalle direttive comunitarie ed essa, nell'ottica di queste normative, è posta appunto a tutela della concorrenza.

In tal modo, come innanzi si è detto, nuove funzioni si assegnano all'Autorità prevista a suo tempo dalla legge Merloni per la tutela di altri beni, per così dire di ambito più amministrativo o pubblicistico. L'ampliamento della sfera della discrezionalità che innanzi si è vista per la pubblica amministrazione ed il passaggio di tutto il sistema da un sistema più rigido ad uno più elastico postula - ed ha richiesto - l'aumento delle possibilità di intervento e dei poteri dell'Autorità.

Pertanto il codice prevede, per l'Autorità, diversi nuovi compiti che comportano una diversa organizzazione di essa e dei suoi uffici ed, in particolare, dell'Osservatorio.

Le disposizioni più importanti e più innovative che riguardano l'Autorità e l'Osservatorio, sono contenute ed esse sono previste, ad esempio, nell'articolo 6 nel quale, al comma 5, si stabilisce che l'Autorità "vigila sui contratti pubblici, anche d'interesse regionale, di lavori, servizi e forniture nei settori ordinari e nei settori speciali".

In proposito si pone il quesito se l'Autorità vigila anche sui lavori relativi a infrastrutture strategiche e insediamenti produttivi (parte II, titolo III, capo IV): sembra che la risposta debba essere positiva.

Al comma 7, lettera m), poi, si innova in ordine ai poteri di vigilanza sul sistema di qualificazione, prevedendosi l'annullamento oppure la sospensione delle attestazioni e al comma 7, lettera n) si stabilisce che l'Autorità esprime pareri non vincolanti in ordine a questioni insorte nello svolgimento di gara, configurandosi in tal modo una specie di precontenzioso sua pure attutito.

Si pensi, altresì, alle norme nelle quali si stabilisce che, nell'ambito dell'Autorità, opera l'Osservatorio, i cui compiti previsti per questa struttura sono diversi e più ampi di quelli previsti dalla legge n. 109/94 e s. m. e molto importante, in proposito, è la disposizione del comma 10 secondo la quale il regolamento dovrà disciplinare le modalità di funzionamento del sito informatico presso l'Osservatorio prevedendo archivi differenziati per i bandi, gli avvisi e gli estremi dei programmi non ancora scaduti e per atti scaduti, stabilendo altresì il termine massimo di conservazione nell'archivio degli atti scaduti, nonché un archivio per la pubblicazione di massime tratte da decisioni giurisdizionali e lodi arbitrali.

9. La seconda opportunità che il codice offre è quella di una maggiore tutela della concorrenza e di una tutela altresì maggiore delle imprese. Infatti, viene anzitutto risolto il problema della disciplina dei contratti misti con una soluzione in sintonia con la disciplina comunitaria.

Sono poi disciplinati i contratti che avevano dato luogo a problemi come quelli relativi ai servizi al pubblico di trasporto mediante autobus, degli appalti aggiudicati a scopo di vendita o locazione a terzi, di contratti di sponsorizzazione.

Vengono poi introdotti istituti nuovi che di certo favoriscono lo sviluppo delle imprese come i sistemi dinamici di acquisizione, ovvero possono essere di tutela per le piccole medie imprese, come l'accordo-quadro e le centrali di committenza.

Per l'affidamento della progettazione poi sono previste garanzie per le gare e una disciplina ad hoc è prevista per i contratti sottosoglia.

Ed è nell'ambito dello stesso codice che sono disciplinati i contratti di lavoro per servizi e forniture nei settori speciali di rilevanza comunitaria nonché di quelli sottosoglia.

10. Ma, tra rischi ed opportunità, tra luci ed ombre, resta l'opera notevole, la raccolta di normativa a tutto campo, che, con la stesura del codice, è stata operata..

Come pure qualche lacuna, molto eclatante ma non inconsapevole e politicamente significativa, occorre colmare: si pensi alla disciplina degli affidamenti in house.

Ma, nel complesso, rimane l'imponenza dell'opera, la raccolta, in un unico volume, di tutte le discipline, e le più varie, in tema di lavori, forniture e servizi.

L'operatore, pertanto, che pur in diversi settori e in varie materie, potrà comunque rifarsi al Codice e trovare in esso le sue norme.

Questo, pertanto, nel suo complesso, offre uno sguardo d'insieme: ciò è importante al fine di comprendere un messaggio unico, se non uniforme, che da esso può farsi discendere. Un messaggio, non sempre percepibile da singole leggi tra di loro separate e vaganti per conto proprio nell'ordinamento.

Il codice potrà pur essere meglio modellato, rettificato, smussato e riplasmato in qualche aspetto o per qualche parte: ma al corpus del codice, nel suo insieme, è bene augurare lunga vita affinché anche il tempo contribuisca ad un ulteriore assestamento della normativa e ad una sempre maggiore certezza.

--- *** ---

(*) Intervento al Master in e-procurement organizzato dalle Facoltà di Economia, Giurisprudenza ed Ingegneria dell'Università di Tor Vergata di Roma, 31 marzo 2006.<

