

La qualificazione delle stazioni appaltanti. La luce in fondo al tunnel normativo*

Luigi Donato – Marco Macchia**

Sommario: 1. Premessa. – 2. L'impostazione originaria del Codice dei contratti pubblici. L'art. 38 (Qualificazione delle stazioni appaltanti e centrali di committenza) e il nesso con l'art. 37 (Aggregazioni e centralizzazione delle committenze). – 3. La bozza di dPCM del 2018 per la definizione dei requisiti tecnico-organizzativi per l'iscrizione nell'elenco delle stazioni appaltanti qualificate (art. 38, comma 2). Le ragioni del fallimento. – 4. Le ripetute modifiche legislative alla ricerca di una soluzione. – 5. L'approccio del PNRR (D.L. 31 maggio 2021, n. 77, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 luglio 2021, n. 108). L'art.11. L'art 52 (esclusione dei comuni non capoluogo, contra FAQ del Min. Lavoro). – 6. Le linee guida ANAC (Prima fase, interlocutoria) 30 marzo 2022 e relativa Relazione del 27 giugno 2022. – 7. I principi della legge delega (21 giugno 22, n. 78) art.1 lett. c). L'obiettivo della riduzione del numero delle stazioni appaltanti; lo strumento degli incentivi. – 8. Le prospettive future.

1. Premessa

Il presente lavoro è stato predisposto in una fase peculiare del lungo cammino normativo di riforma della disciplina degli appalti pubblici, avviato con gli interventi di semplificazione del 2019/2021 e sfociato nel 2022 nell'approvazione della Legge 21 giugno 2022, n. 78 recante "Delega al Governo in materia di contratti pubblici".

Lo studio si colloca, infatti, nella fase di attesa della prima bozza del nuovo Codice a cura della Commissione istituita su richiesta del Governo, con decreto del 4 luglio 2022 del Presidente del Consiglio di Stato Franco Frattini, con l'incarico di formulare il progetto del decreto legislativo sulla disciplina dei contratti pubblici, entro il prossimo 20 ottobre.

* Nota per il Gruppo di studio Astrid ***La riforma del codice degli appalti pubblici (decreti delegati)***, coordinato da Vincenzo Cerulli Irelli e Giulio Napolitano, 5 ottobre 2022.

** Benché il lavoro sia frutto di una riflessione comune, i paragrafi 1, 2, 3, e 6 sono da attribuire a Luigi Donato, mentre i paragrafi 4, 5 e 7 sono di Marco Macchia. Il paragrafo 8, invece, è scritto a quattro mani.

Sul tema del sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti la fase normativa in corso eredita, in realtà, un travagliato percorso normativo mai conclusosi, caratterizzato da rigidità ed ostacoli, ma anche, da ultimo, arricchito da indicazioni concrete da parte dei soggetti pubblici interessati, coinvolti dall'ANAC per contribuire al dibattito sulle possibili soluzioni da adottare.

In questo quadro l'analisi svolta appare utile come contributo al percorso normativo avviato, in particolare per le fasi della disciplina secondaria e applicativa che seguiranno la nuova versione dell'attuale art. 38 del Codice, nonché altresì come chiave di lettura per quello che sarà sul punto il progetto di decreto legislativo.

2. L'impostazione originaria del Codice dei contratti pubblici. L'art. 38 (Qualificazione delle stazioni appaltanti e centrali di committenza) e il nesso con l'art. 37 (Aggregazioni e centralizzazione delle committenze)

Nel corso dei lavori preparatori del Codice del 2016, e ancora più dopo la sua emanazione, il tema che ha maggiormente tenuto banco è stato quello del numero ritenuto eccessivo delle stazioni appaltanti. A fronte del susseguirsi di statistiche inquietanti sulla frammentazione della domanda pubblica si è a suo tempo puntato su due soluzioni convergenti (artt. 37 e 38 del Codice). La prima era quella delle centrali di committenza¹ e delle aggregazioni (in particolare per i comuni non capoluogo di provincia), la seconda quella della qualificazione delle stazioni appaltanti. Ma – via via offuscatosi nel tempo il dibattito sul numero delle stazioni appaltanti – entrambe le soluzioni sono rimaste inattuata².

¹ I compiti delle centrali di committenza sono indicati dall'art. 37 e consistono in: aggiudicare appalti, stipulare ed eseguire i contratti per conto di amministrazioni ed enti; stipulare accordi quadro ai quali possono ricorrere le stazioni appaltanti qualificate; gestire sistemi dinamici di acquisizione e mercati elettronici.

² La regola delle aggregazioni e della centralizzazione rientra tra quelle "sospese" dal decreto "Sblocca-cantieri" (D.L. 18 aprile 2019, n. 32), mentre la qualificazione delle

La riforma del 2016 mirava, in realtà, ad introdurre un innovativo meccanismo di selezione naturale per l'evoluzione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza, incidendo, in misura significativa, sui profili organizzativi delle pubbliche amministrazioni e introducendo un processo di miglioramento continuo per usufruire delle maggiori capacità operative attribuite in base al livello di qualificazione raggiunto; ciò anche con l'incentivo di poter maturare ulteriori requisiti premianti (pure previsti dall'art. 38 del Codice).

Il nesso tra i due ingranaggi era costituito dal comma 3 dell'art. 37 secondo il quale le stazioni appaltanti non in possesso della qualificazione *ex art. 38*³ potevano procedere all'acquisizione di forniture, servizi e lavori solo ricorrendo ad una centrale di committenza ovvero mediante aggregazione con una o più stazioni appaltanti aventi la qualifica necessaria.

I comuni non capoluogo di provincia erano vincolati a procedere secondo una delle seguenti modalità: a) servirsi di una centrale di committenza (o di un soggetto aggregatore qualificato); b) utilizzare un'unione di comuni qualificata come centrale di committenza, ovvero associarsi o consorzarsi in una centrale di committenza; c) ricorrere alla stazione unica appaltante costituita presso province o città metropolitane ai sensi della legge 7 aprile 2014, n. 56.

Il meccanismo della qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza viene dall'art. 38 fondato su un elenco pubblico istituito presso l'ANAC; non era prevista una qualificazione unica ma una serie di possibilità distinte, articolate in rapporto ad ambiti di attività e a bacini territoriali nonché alla tipologia e complessità del contratto e per fasce d'importo. Quest'ultima ripartizione appare particolarmente significativa e, al contempo, risulta

stazioni appaltanti non è stata realizzata in mancanza del necessario decreto governativo di attuazione (cfr. *infra*).

³ In base all'art. 37 le stazioni appaltanti non qualificate potevano comunque procedere direttamente e autonomamente all'acquisizione di forniture e servizi di importo inferiore a 40.000 euro e di lavori di importo inferiore a 150.000 euro, nonché attraverso ordini a valere su strumenti di acquisto messi a disposizione dalle centrali di committenza.

coerente con l'approccio generale della normativa che ripartisce le stesse tipologie di procedure (più o meno complesse) utilizzabili proprio in base al valore del *procurement*.

È prevista l'iscrizione di diritto nell'elenco per il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, compresi i Provveditorati interregionali per le opere pubbliche, per CONSIP S.p.a., INVITALIA - Agenzia nazionale per l'attrazione degli investimenti e lo sviluppo d'impresa S.p.a., nonché i soggetti aggregatori regionali.

Fin qui l'impostazione di base.

La parte più complessa (ma al contempo anche piuttosto astratta) riguarda la definizione dei requisiti tecnico organizzativi per l'iscrizione nell'elenco.

Intanto la fonte normativa prevista per la fissazione dei requisiti di qualificazione dipende da un ingranaggio non semplice: si tratta di un decreto del Presidente del Consiglio dei ministri (dPCM), da adottarsi, su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti e del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro per la semplificazione della pubblica amministrazione, dopo aver sentito l'ANAC e la Conferenza Unificata (tutto questo sarebbe dovuto avvenire entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del Codice del 2016). Come noto non si è mai riusciti ad ultimare tale *iter* con successo (cfr. par. 2), ma forse era prevedibile in anticipo visto che avere il consenso dei Comuni a limitare la loro stessa autonomia nella gestione delle gare appare molto poco probabile.

Sono poi fissati anche dei criteri generali (a dire il vero poco incisivi e forse inutili) da rispettare: qualità, efficienza e professionalizzazione, e, per le centrali di committenza, anche il carattere di stabilità delle attività e il relativo ambito territoriale.

La qualificazione riguarda tutte le attività che si snodano lungo il processo di acquisizione di un bene, servizio o lavoro ma si ripartisce in relazione a tre ambiti specifici: a) capacità di programmazione e progettazione; b) capacità

di affidamento; c) capacità di verifica sull'esecuzione e controllo dell'intera procedura, ivi incluso il collaudo e la messa in opera.

Ulteriore ripartizione riguarda i requisiti necessari per conseguire la qualificazione (sempre in relazione ai tre diversi ambiti); sono indicati requisiti di base (che intuitivamente sono senz'altro necessari) e requisiti premianti (che però non è indicato, neanche per larga massima, quali vantaggi possono comportare per le stazioni appaltanti più "dotate" e che hanno investito in organizzazione e risorse umane).

I requisiti di base sono: 1) disporre di strutture organizzative stabili deputate ai tre ambiti in cui si ripartisce la qualificazione; 2) avere nella struttura organizzativa dipendenti con specifiche competenze nelle attività del processo di acquisizione; 3) essere dotati di un sistema di formazione ed aggiornamento del personale; 4) aver svolto un (certo) numero di gare negli ultimi tre anni con indicazione di tipologia, importo e complessità, numero di varianti approvate, verifica sullo scostamento tra gli importi posti a base di gara e consuntivo delle spese sostenute, rispetto dei tempi di esecuzione delle procedure di affidamento, di aggiudicazione e di collaudo; 5) rispetto dei tempi previsti dalla normativa per i pagamenti di imprese e fornitori ovvero secondo gli indici di tempestività (decreto attuativo dell'art. 33 del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33).

I requisiti premianti, nella versione originaria del Codice, sono i seguenti: 1) valutazione positiva (e si direbbe pienamente discrezionale) dell'ANAC in ordine all'attuazione di misure di prevenzione dei rischi di corruzione e promozione della legalità; 2) certificazione di un sistema di gestione della qualità (UNI EN ISO 9001) degli uffici e dei procedimenti di gara; 3) disponibilità di tecnologie telematiche nella gestione di procedure di gara⁴; 4)

⁴ In realtà la digitalizzazione delle procedure di tutti i contratti pubblici era già prevista dall'art. 44 del Codice; la disponibilità di tecnologie telematica è stata comunque poi trasferita dai requisiti premianti a quelli di base dal D.L. 16 luglio 2020, n. 76 (cfr. par. 3).

livello di soccombenza nel contenzioso; 5) applicazione di criteri di sostenibilità ambientale e sociale nell'attività di progettazione e affidamento. Dall'intreccio dei diversi requisiti si desume che nel disegno del Codice del 2016 la qualificazione si ripartisce in un multiplo di caselle che danno origine ad un numero potenzialmente molto elevato di diverse capacità operative; tutto questo da stabilire nel dPCM.

Oltre al dPCM è prevista, poi, un'ulteriore normativa applicativa affidata all'ANAC per stabilire le modalità attuative del sistema. Si parte dal termine congruo per dotarsi dei requisiti necessari alla qualificazione e dalla facoltà per l'ANAC di prevedere casi in cui può essere disposta la qualificazione con riserva per il tempo necessario alla stazione appaltante o alla centrale di committenza per acquisire la capacità tecnica ed organizzativa richiesta. In ogni caso la qualificazione conseguita opera per la durata di cinque anni e può essere rivista (in sede di controllo) da parte di ANAC o su richiesta della stazione appaltante (verosimilmente per ampliarne la sfera di attività).

Per dare effettività al sistema – una volta entrato in vigore – vi è la norma di chiusura secondo la quale le stazioni appaltanti non possono ottenere dall'ANAC il codice identificativo gara (CIG) per l'acquisizione di beni, servizi o lavori non rientranti nella qualificazione conseguita. Per l'ANAC viene quindi previsto, di fatto, l'importante funzione di controllo di consentire l'accesso al mercato dei contratti pubblici solo alle amministrazioni in grado di operare in modo professionale ed affidabile.

3. La bozza di dPCM del 2018 per la definizione dei requisiti tecnico-organizzativi per l'iscrizione nell'elenco delle stazioni appaltanti qualificate (art. 38, comma 2). Le ragioni del fallimento

Nel corso dei lavori normativi per l'attuazione del sistema di qualificazione si è arrivati ad uno schema di decreto diffuso in allegato alla nota prot. 0004669 del 7 febbraio 2018 dell'Ufficio Legislativo del Ministero delle Infrastrutture

e dei Trasporti; nello schema sono indicati i requisiti tecnico-organizzativi per l'iscrizione nell'elenco, le modalità attuative del sistema di attestazione della qualificazione, le modalità relative agli aggiornamenti e alle revoche dell'iscrizione (oltre che l'indicazione della data ipotetica di entrata in vigore)⁵.

Coerentemente con l'art. 38 anche nello schema la qualificazione si articola in ambiti e livelli.

Gli ambiti, a loro volta, sono distinti, in generale, in base alle attività (programmazione e progettazione; gestione e controllo della fase di affidamento; gestione e controllo di esecuzione, collaudo e messa in opera) e, limitatamente alle centrali di committenza, anche su base territoriale (nazionale; macroregionale; regionale; una o più aree vaste).

I livelli di qualificazione (per valore) sono quattro sia per lavori e servizi connessi (base di gara da 150.000 euro a un milione; fino alla soglia comunitaria di 5.225.000 euro; fino a 20 milioni; oltre 20 milioni o per lavori complessi) sia per forniture e servizi (con soglie di 40.000 euro; di un milione; di 5 milioni; oltre 5 milioni).

Per il collegamento tra i livelli e i singoli requisiti, come indicati dall'art. 38 del Codice, le cose si complicano.

Per le strutture organizzative stabili non sono richieste caratteristiche particolari, salvo un generico riferimento ad un organico adeguato. Ma già per il numero minimo e per le caratteristiche dei titoli di studio e professionali degli addetti compare un'elencazione puntuale che, per i lavori, parte dal primo dei quattro livelli (con un amministrativo e due tecnici) e passa per i due intermedi fino a quello superiore (con 25 tra laureati e diplomati con esperienza pluriennale). In parallelo, per servizi e forniture si inizia dal livello

⁵ Si riconferma che l'iscrizione nell'elenco non è necessaria per le acquisizioni di servizi e forniture sotto la soglia di 40.000 euro e per i lavori sotto quella di 150.000 euro, oltre che per tutti gli ordini su strumenti di acquisto delle centrali di committenza.

base (sempre con tre esperti) fino al quarto (dove i diversi esperti devono però essere in numero di trenta).

Per il requisito della formazione è, poi, contemplata una maggiore autonomia della stazione appaltante il cui compito è quello di dotarsi di un programma che preveda per il personale almeno trenta ore in materie pertinenti con le attività del *procurement*.

L'esperienza della struttura è dimostrata dall'aver svolto (nell'ultimo quinquennio) un certo numero di gare (di valore corrispondente al livello di qualificazione al quale si mira). Il numero non è elevato: per i lavori, a seconda dei livelli, 5/3/2/2; per servizi e forniture dal livello base fino a quello superiore 15/12/10/8. Occorre poi che non vi siano state contestazioni (o che ne sia emersa l'infondatezza); che eventuali soccombenze siano state limitate; che siano stati adempiuti gli obblighi di redazione dei documenti programmatori. Ancora è necessario il rispetto dei tempi di avvio delle iniziative previste nell'elenco annuale (con bando o lettera d'invito) e di quelli tra l'aggiudicazione e la stipula del contratto (per almeno l'80% delle procedure). Se si concorre per l'ambito di attività c), relativo alla gestione e controllo di esecuzione, collaudo e messa in opera, va dato conto di misure idonee ad assicurare il rispetto dei tempi di esecuzione e di collaudo nonché delle procedure relative alle varianti; infine, lo scostamento dei costi finali rispetto al contratto non deve superare il 30%.

Nello schema non viene preso in considerazione il requisito, pure indicato dall'art. 38 del Codice, del rispetto dei tempi per i pagamenti di imprese e fornitori. Legittimo il dubbio che si tratti di una scelta (obbligata) collegata al diffuso ritardo di molte amministrazioni nei pagamenti che le avrebbe, in grande numero, escluse perfino dalla qualificazione di base.

Dal *mix* tra ambiti e livelli conseguiti si ricava, dunque, in base allo schema, la qualificazione in concreto. Viene data la possibilità alle stazioni appaltanti che non sono singolarmente in possesso di tutti i requisiti di aggregarsi con

altre; in questo modo il soggetto aggregato beneficia della somma dei requisiti dei partecipanti. E comunque il numero delle stazioni appaltanti si riduce.

I requisiti premianti indicati nello schema ripropongono semplicemente le indicazioni del Codice per la valutazione (discrezionale) dell'ANAC sulla prevenzione dei rischi di corruzione, per le certificazioni di qualità, per le tecnologie telematiche nella gestione delle procedure, per i criteri di sostenibilità ambientale e sociale, per l'utilizzo della modellazione elettronica per l'edilizia e le infrastrutture.

La calibratura del livello di soccombenza ritenuto accettabile è, invece, indicata più in dettaglio e si articola sul 20/30% della media dei contenziosi; per la fase esecutiva il limite massimo di soccombenza è fissato nel 10% del *petitum* ovvero nel 25% dell'importo contrattuale.

Lo schema propone anche una soluzione, di non facile interpretazione, per il "premio" nel caso di soddisfacimento dei requisiti premianti optando per uno "sconto" del 20% sulle soglie previste per i diversi livelli di qualificazione.

Si tratta di una impostazione senza dubbio "semplice", ma al tempo stesso non particolarmente interessante per le stazioni appaltanti che semplicemente potrebbero già essere soddisfatte del livello standard conseguito in relazione alle loro esigenze di spesa e potrebbero trovare non conveniente investire in modifiche organizzative, tecnologia, risorse umane per ottenere un vantaggio operativo senza dubbio, in molti casi, limitato.

Di certo molto più stimolante per le stazioni appaltanti sarebbe stato introdurre nello schema di dPCM delle premialità in termini di semplificazione dell'*iter* del *procurement*, specie nel periodo precedente alle robuste iniziative, a partire dal 2019, volte a congelare le norme maggiormente onerose, ad alleggerire degli oneri, ad ampliare la discrezionalità delle amministrazioni.

Tra i motivi del fallimento della proposta contenuta nello schema il più evidente è stato il mancato parere della Conferenza Unificata che, va ricordato, è espressione delle autonomie locali e, in particolare, delle regioni

e dei comuni italiani, sicuramenti attestati su una posizione di resistenza al cambiamento nella direzione della selezione conseguente al sistema di qualificazione.

Ma va sottolineata l'estrema complessità della normativa prevista sia dall'art. 38 sia, ancor di più, dallo schema di dPCM; in particolare la ripartizione per ambiti territoriali delle centrali di committenza appare di sapore fortemente burocratico e impone scelte rigide alle stazioni appaltanti, mentre per il buon funzionamento del mercato degli appalti sarebbe piuttosto preferibile una maggiore autonomia nello scegliere, anche di volta in volta, la centrale più efficiente e, soprattutto, più esperta per lo specifico oggetto del *procurement*. In conclusione, al quesito su come mai i meccanismi per la qualificazione concepiti fino al 2018 non si siano realizzati sembra ragionevole rispondere che, di certo, un ostacolo robusto va rintracciato nella complessità, nell'astrattezza e nella natura formale di molte delle previsioni normative, sia a livello primario che di disciplina secondaria.

4. Le ripetute modifiche legislative alla ricerca di una soluzione

A dimostrazione di tale complessità normativa, il legislatore è più volte intervenuto per razionalizzare e semplificare questo sistema reputazionale che consente di valutare le amministrazioni, al fine di rendere concretamente operativo tale meccanismo volto a premiare le stazioni appaltanti che dimostreranno di essere preparate e capaci di programmare, affidare e verificare l'esecuzione di un contratto di appalto, avendo titolo per bandire gare ad evidenza pubblica.

L'art. 8, comma 5, lett. a), n. 1), del D.L. 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla L. 11 settembre 2020, n. 120, ritocca in più profili il testo dell'art. 38.

Elimina, innanzitutto, il riferimento agli "ambiti di attività" nel primo comma, laddove si precisava che "la qualificazione è conseguita in rapporto agli ambiti

di attività, ai bacini territoriali, alla tipologia e complessità del contratto e per fasce d'importo". Detti ambiti sono identificati, come accennato, con la capacità di progettazione, la capacità di affidamento mediante gara, la capacità di verifica sull'esecuzione e controllo dell'intera procedura, ivi incluso il collaudo e la messa in opera. Con tale modifica non si intende allora negare che la qualificazione riguardi direttamente la progettazione, l'aggiudicazione o l'esecuzione, ma solo specificare che all'interno di ogni ambito si terrà conto per differenziare e graduare la valutazione del bacino territoriale (elemento ad ogni modo scivoloso in ragione della libertà di circolazione da garantire a livello europeo), della tipologia del contratto e delle fasce d'importo.

Trasforma poi la richiesta obbligatoria di un parere all'ANAC e alla Conferenza unificata sul dPCM di definizione dei requisiti tecnico organizzativi per l'iscrizione all'elenco in applicazione dei criteri di qualità, efficienza e professionalizzazione, con la necessità di un'intesa, il che implica un maggiore coinvolgimento sul tema dell'autorità indipendente di vigilanza e delle autonomie locali.

Sempre l'art. 8 – in un'ottica di perfezionamento dell'articolato – elimina dalle attività oggetto del processo qualificatorio la "programmazione", limitandosi a considerare tra gli atti propedeutici alla gara unicamente la "progettazione". Si tratta di una modifica che coglie certamente nel segno, poiché gli strumenti programmatori, come ad esempio la dichiarazione di pubblica utilità di un bene ovvero la valutazione di impatto ambientale nell'ambito della programmazione delle opere pubbliche non presentano elementi in comune rispetto all'unicità strutturale del processo di acquisizione di un bene, servizio o lavoro. Non solo. Gli atti di programmazione del fabbisogno di beni e servizi sono adottati dalle pubbliche amministrazioni sulla base di una previsione dei fabbisogni futuri in una logica di gestione interna delle risorse. Ne consegue che i dati in essi riportati non sono né

immodificabili, potendo essere aggiornati in relazione alle esigenze emerse successivamente alla loro adozione, né delegabili a soggetti esterni.

Oltre a ciò, viene significativamente ampliato il novero dei soggetti qualificati in via automatica. Per un verso, ai sensi del comma 3-bis sia le *centrali di committenza* che i *soggetti aggregatori* (tutti, dal momento che quelli regionali di cui all'art. 9 D.L. n. 66/2014 e le città metropolitane sono già qualificati di diritto) sono spontaneamente, in ragione della loro missione istituzionale, qualificati tanto nella progettazione quanto nell'aggiudicazione. Mentre per quanto riguarda l'esecuzione questi soggetti, che naturalmente operano nel settore in nome e per conto di altre amministrazioni, la norma si preoccupa di precisare che il controllo in esecuzione potrà essere effettuato direttamente dalle amministrazioni acquirenti dei beni, servizi e lavori a patto che siano qualificate in detto ambito. A parere di chi scrive, appare una precisazione inutile e dannosa, perché meramente ripetitiva del meccanismo già indicato nella norma, e non chiarificatrice rispetto alla qualificazione nell'ambito di esecuzione che comunque centrali di committenza e soggetti aggregatori sembra debbano “guadagnare”.

Per un altro verso, gli artt. 7, comma 1, D.L. 6 novembre 2021, n. 152⁶, e 16-bis, comma 8, D.L. 21 ottobre 2021, n. 146⁷ aggiungono alla categoria dei qualificati “di diritto”, in ragione della loro specializzazione operativa, prima Difesa servizi S.p.A. e poi l'Agenzia del demanio. Per queste figure organizzative, insomma, il legislatore non ritiene necessario che vi sia un controllo *ex ante* né un monitoraggio da parte dell'ANAC sull'idoneità e sulla preparazione degli uffici rispetto all'acquisizione di beni e servizi.

Tornando al D.L. n. 76/2020 si interviene altresì sui requisiti di base, ossia quelli che sembrano non poter mancare da parte di una stazione appaltante per ottenere la qualificazione. Già con il D.Lgs. n. 56/2017 erano stati aggiunti tra

⁶ Convertito, con modificazioni, dalla L. 29 dicembre 2021, n. 233.

⁷ Convertito, con modificazioni, dalla L. 17 dicembre 2021, n. 215.

i requisiti di base il numero di gare svolte nel quinquennio, il numero di varianti approvate, la verifica sullo scostamento tra gli importi posti a base di gara e il consuntivo delle spese sostenute, il rispetto dei tempi di esecuzione delle procedure di affidamento, di aggiudicazione e di collaudo, nonché l'assolvimento degli obblighi di comunicazione dei dati negli archivi ANAC, e per i lavori la trasmissione dei dati per le procedure di monitoraggio sullo stato di attuazione delle opere pubbliche e di verifica dell'utilizzo dei finanziamenti nei tempi previsti. Con quest'ultima previsione si include anche la disponibilità di piattaforme telematiche nella gestione di procedure di gara. È chiaramente un profilo necessario se si pensa che, nel PNRR, la digitalizzazione rappresenta sia un asse strategico sia una specifica missione (intitolata Digitalizzazione, innovazione, competitività, cultura e turismo), ma costituisce altresì uno strumento funzionale alla realizzazione di ulteriori cinque missioni che costituiscono il Piano. Contestualmente, dunque, la disponibilità di tecnologie telematiche nella gestione di procedure di gara è eliminata dall'elenco dei requisiti premianti.

Nel complesso le ripetute modifiche legislative non appaiono sufficienti a sbloccare questo meccanismo superando l'arretratezza del sistema amministrativo italiano. In sostanza, esse non appaiono adeguate a trasformare la disciplina della qualificazione delle stazioni appaltanti da compito amministrativo indifferenziato in una «funzione specializzata – un mestiere, si direbbe nel settore privato – che richiede il possesso di specifici requisiti. Fra questi, innanzitutto, lo sviluppo di una cultura non solo giuridica, ma anche professionale, economica e tecnica, misurata e calibrata sulle dimensioni delle gare e sulla qualità e natura dei beni o delle prestazioni da acquisire o delle opere da realizzare»⁸.

⁸ Così in L. Torchia, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: regole, procedimento, processo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 608.

5. L'approccio del PNRR (D.L. 31 maggio 2021, n. 77, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 luglio 2021, n. 108). L'art. 11. L'art 52 (esclusione dei comuni non capoluogo, contra FAQ del Min. Lavoro)

Nell'architettura del PNRR è inserita tra le riforme abilitanti la semplificazione del quadro normativo in materia di appalti pubblici, quale obiettivo essenziale per l'efficiente realizzazione delle infrastrutture e per il rilancio dell'attività edilizia. Tra le misure urgenti si rappresenta la necessità di individuare un termine massimo per aggiudicare i contratti, riducendo i tempi tra la pubblicazione del bando e l'aggiudicazione, nonché misure per il contenimento dei tempi di esecuzione del contratto. Per realizzare questi obiettivi uno degli strumenti che viene segnalato è proprio la "riduzione del numero e qualificazione delle stazioni appaltanti", quale criterio reputazionale comparabile con quello messo in atto per le imprese, con cui si valuta la professionalità e la capacità di corretto adempimento, ma applicato stavolta ad amministrazioni pubbliche.

Si riprende, in tal modo, l'idea originaria contenuta nel Codice dei contratti pubblici del 2016. Il sistema di qualificazione appare funzionale – o comunque strettamente collegato – all'obiettivo di ridurre il numero delle stazioni appaltanti (censite all'incirca in oltre trentamila), nonché di consentire la gestione di contratti di maggiore complessità⁹. In questo modo, l'ambito entro cui ciascuna amministrazione può svolgere funzioni di stazione appaltante viene circoscritto *sul piano soggettivo*, imponendosi alle amministrazioni un ulteriore onere quale quello di conseguire la qualificazione e delimitando a importi economici ridotti gli appalti che possono essere affidati da amministrazioni non qualificate.

Parallelamente, mediante il D.L. 31 maggio 2021, n. 77, contenente le misure più urgenti per la messa in opera del PNRR, si interviene per il rafforzamento

⁹ Sul punto, M. Macchia, *La qualificazione delle amministrazioni appaltanti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 50 ss.

della capacità amministrativa delle stazioni appaltanti. Da un lato, l'art. 10 in un'ottica di accelerazione della realizzazione degli investimenti pubblici previsti dal PNRR dispone che le pubbliche amministrazioni possono avvalersi del supporto tecnico-operativo di società *in house* qualificate ai sensi dell'art. 38, mediante apposite convenzioni.

Tale attività di supporto copre anche le fasi di definizione, attuazione, monitoraggio e valutazione degli interventi e comprende azioni di rafforzamento della capacità amministrativa, anche attraverso la messa a disposizione di esperti particolarmente qualificati, il che permette nuove immissioni di risorse umane nella gestione operativa dei fondi europei.

Da un altro lato, si prevede un protocollo di stretta collaborazione con la società Consip. Per aumentare l'efficacia e l'efficienza dell'attività di approvvigionamento e garantire una rapida attuazione delle progettualità del PNRR e degli altri interventi ad esso collegati, Consip mette a disposizione delle pubbliche amministrazioni specifici contratti, accordi quadro e servizi di supporto tecnico. Per le medesime finalità, la società Consip realizza un programma di informazione, formazione e tutoraggio nella gestione delle specifiche procedure di acquisto e di progettualità per l'evoluzione del Sistema Nazionale di *e-Procurement* e il rafforzamento della capacità amministrativa e tecnica delle pubbliche amministrazioni. Sotto questo profilo, Consip si coordina con le centrali di committenza regionali per le attività degli enti territoriali di competenza. In particolare, questa collaborazione trova applicazione anche per le acquisizioni di beni e servizi informatici e di connettività effettuati dalla Sogei, per la realizzazione e implementazione dei servizi delle pubbliche amministrazioni affidatarie in ottemperanza a specifiche disposizioni normative o regolamentari. Allo stesso modo, la Presidenza del Consiglio dei ministri si avvale della società Difesa servizi, in qualità di centrale di committenza, per l'espletamento delle procedure di gara relative all'infrastruttura digitale e di rete.

Parallelamente si insiste a livello organizzativo sulla aggregazione della domanda pubblica. L'art. 52, difatti, dispone che, nelle more dell'entrata in vigore di una disciplina diretta ad assicurare la riduzione, il rafforzamento e la qualificazione delle stazioni appaltanti, per le procedure afferenti alle opere PNRR e PNC, i comuni non capoluogo di provincia procedono all'acquisizione di forniture, servizi e lavori, oltre che secondo le modalità indicate dal citato articolo 37, comma 4, attraverso le unioni di comuni, le province, le città metropolitane e i comuni capoluogo di provincia. Per tale via, mediante un modello di cooperazione amministrativa tra amministrazioni aggiudicatrici, si stabilisce comunque una trasformazione della funzione appalti, poiché la stessa tende ad essere affidata per le stazioni appaltanti più piccole a soggetti terzi.

6. Le linee guida ANAC (Prima fase, interlocutoria) 30 marzo 2022 e relativa Relazione del 27 giugno 2022

6.1 Mentre era già in corso in Parlamento la discussione sulla legge delega per la riforma del Codice dei contratti pubblici¹⁰, l'ANAC ha pubblicato il testo di Linee guida in materia di qualificazione delle stazioni appaltanti (cd. "Prima fase", approvate il 30 marzo 2022 con Deliberazione n. 141). In realtà, nonostante la denominazione del documento, non si tratta già di indicazione operative ma di una tappa interlocutoria rivolta agli *stakeholders*, ai quali è stato richiesto di trasmettere (entro il 10 maggio 2022) contributi utili per la predisposizione (prevista per fine settembre) sia di un documento definitivo di taglio normativo, sia di una quantificazione del numero potenziale (ma non vincolante) di quelle che saranno le future stazioni appaltanti qualificate. Visto il particolare momento delle Linee guida, è la stessa ANAC a precisare, doverosamente, che il sistema di qualificazione delineato è destinato ad essere

¹⁰ L. Donato, *Prime note sull'avvio della riforma degli appalti pubblici. Dopo la delega gli impegni da mantenere*, in *Astrid Rassegna* n. 10/22.

operativo solo una volta entrata in vigore la futura disciplina riformata degli appalti pubblici.

Data la finalità del documento e il particolare momento di passaggio, il testo riprende, in buona misura, la vecchia bozza di dPCM (cfr. par.2) e lascia ampi spazi a future proposte, dopo la prima fase di approfondimento. Sono quindi descritti gli ambiti e i livelli di qualificazione per le stazioni appaltanti e le centrali di committenza e si ipotizzano i pesi relativi per ciascuno dei requisiti previsti dall'articolo 38 del Codice¹¹.

Si prevede di ridurre (sempre rispetto alla bozza del dPCM) le fasce per la qualificazione da quattro a tre, distinguendo i requisiti necessari per i lavori rispetto a quelli per i servizi e le forniture. Ne consegue che una stazione appaltante potrebbe essere qualificata solo per uno dei due settori. Altra segmentazione riguarda la qualificazione tra l'affidamento e l'esecuzione dei contratti. Sul punto, però, i requisiti previsti non sembrano poi sufficientemente diversificati.

Da segnalare che tra i requisiti premianti un (piccolo) passo avanti in termini di concretezza riguarda la valutazione positiva dell'ANAC sulle misure di prevenzione dei rischi di corruzione per la quale si fa riferimento ai contenuti della Piattaforma di acquisizione dei Piani Triennali per la Prevenzione della Corruzione e della Trasparenza.

Le modalità concrete di calcolo dei punteggi per i diversi requisiti dovrebbero essere poi precisate al termine della fase di consultazione e attraverso elaborazioni basate sui dati della Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici, gestita, come noto, dalla stessa ANAC. In definitiva, l'Autorità punta, prudentemente, a fissare i parametri dei diversi livelli solo dopo aver ottenuto

¹¹ A parte i requisiti vincolanti, senza i quali l'iscrizione non è possibile, si tratta, in sintesi, dei seguenti punteggi: per il personale con specifiche competenze 20 punti su 100; per la formazione 20 punti; per il numero di gare nel quinquennio 40 punti; per le comunicazioni all'ANAC 5 punti; per la piattaforma telematica 10 punti; per stato di attuazione di opere pubbliche e utilizzo finanziamenti 5 punti.

indicazioni sufficienti dalle stazioni appaltanti chiamate alla consultazione. Infatti, in realtà, i dati di rilievo statistico (numero delle gare bandite, stato di attuazione delle opere pubbliche e utilizzo dei finanziamenti nei tempi previsti) sarebbero già in possesso della stessa ANAC o della Ragioneria Generale dello Stato.

Resta di fondo il dubbio di come mai l'ANAC sia partita avviando una fase di predisposizione della normativa secondaria senza attendere almeno l'approvazione della legge delega che, ovviamente, è chiamata a fare da guida prima ad un (auspicato) nuovo testo dell'art. 38 e poi alle disposizioni di attuazione, alle quali le Linee guida cercano di spianare la strada.

In effetti una motivazione forte c'è ed è connessa all'approvazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza da parte del Consiglio dell'Unione europea che prevede, espressamente, la realizzazione del sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti tra gli obiettivi da raggiungere attraverso leggi, regolamenti e provvedimenti attuativi, (Riforma 1.10 – Milestone – M1C1 – 71). L'iniziativa dell'ANAC, quindi, anche se non corrisponde a pieno al *target* europeo, costituisce comunque un ragionevole e concreto avanzamento da ricomprendere nei rendiconti del PNRR, pur nella fase di instabilità normativa del Codice.

6.2 Ma, quasi per una sorta di eterogenesi dei fini, l'iniziativa dell'ANAC, anche se motivata da obiettivi contingenti, può risultare molto utile in una prospettiva più ampia in quanto il successivo documento datato 27 giugno 2022 (Relazione sullo stato di attuazione del sistema di qualificazione trasmessa alla Cabina di Regia di cui all'articolo 212 del Codice dei contratti pubblici¹²) riporta gli articolati contributi di 80 soggetti interessati (in larga

¹² Nella terza parte del documento viene dettagliata la “metodologia sperimentale” utilizzata per la verifica dei requisiti con l'indicazione dei diversi pesi per quelli “non vincolanti”, cfr. precedente nota 1. Per completezza si segnala che nella parte quarta vengono descritti i principali criteri della legge delega 21 giugno 2022, n. 78, emanata nel frattempo, che pone sullo sfondo i due obiettivi complementari dello sfoltimento del numero delle stazioni appaltanti e del loro rafforzamento organizzativo e professionale.

misura enti locali); le indicazioni sembrano confermare il gradimento per sistema di *rating* prospettato, in linea generale, dall'ANAC che, attenuando il rigore insito nella formulazione originaria dell'art. 38, non esclude stazioni appaltanti per la mancanza di un solo requisito e incentiva a migliorare nel tempo il punteggio acquisito¹³.

Nella Relazione l'ANAC ha sottolineato che alcune delle proposte pervenute non sono realizzabili a quadro legislativo invariato. L'argomento appare controverso perché se da un lato i lavori in corso per l'attuazione della delega di riforma del Codice sembrerebbero l'occasione naturale per modificare anche la normativa primaria, dall'altro la prospettiva di un nuovo governo dopo le elezioni politiche potrebbe rimettere in discussione l'intero iter della riforma avviata.

In ogni caso, emerge la richiesta di un maggior collegamento tra i requisiti normativi e le caratteristiche tecniche delle diverse stazioni appaltanti operanti nel settore; così per le centrali di committenza (dando rilievo all'aggregazione della domanda, alle gare per conto di altre amministrazioni, alla committenza ausiliaria) e per l'ipotesi di enucleare requisiti ad hoc per i servizi di architettura e ingegneria. E ancora per le richieste di incentivare (consentire) che la fase dell'esecuzione possa essere affidata ad altre stazioni appaltanti (e non alla centrale di committenza utilizzata), di chiarire gli aspetti della dotazione del personale e della relativa formazione, di consentire tempi più lunghi per acquisire i requisiti tecnici e informatici necessari.

Oggetto di critica è stato l'obbligo per le stazioni appaltanti qualificate di avere personalità giuridica, apparso penalizzante per i Comuni che operano anche associandosi, consorziandosi o attraverso convenzioni (cfr. art. 37 del

¹³ Secondo il modello (pragmatico, ma non privo di rischi) ipotizzato dall'ANAC, per raggiungere il punteggio complessivo di base, che verrà poi quantificato, il difetto di un requisito può essere compensato dal punteggio ottenuto per altri. I requisiti vincolanti sarebbero così esclusivamente l'iscrizione nell'Anagrafe Unica delle Stazioni Appaltanti (AUSA), la forma giuridica e la disponibilità di una piattaforma telematica nella gestione delle procedure di gara.

Codice) e per le Province che svolgono le funzioni di Stazione Unica Appaltante (SUA). La risposta dell'ANAC sul punto appare convincente¹⁴; la personalità giuridica è necessaria per garantire la stabilità dell'organizzazione e la disponibilità di risorse umane e strumentali e per evitare il risultato paradossale dell'aumento di un numero erratico di stazioni appaltanti.

Ugualmente ragionevole è la precisazione dell'ANAC secondo cui non è necessario che la stazione appaltante sia proprietaria di una piattaforma telematica ma è sufficiente che ne abbia la disponibilità, ad esempio attraverso specifiche convenzioni con soggetti terzi, a condizione che, in ogni caso, tutte le informazioni sulla programmazione, sulla scelta del contraente, sull'aggiudicazione e sull'esecuzione siano trasmesse alla Banca Dati Nazionale dei Contratti pubblici.

Focalizzando l'attenzione sui requisiti di base, meritano attenzione i profili organizzativi, della formazione, del numero di gare svolte, del numero delle varianti e degli scostamenti rispetto agli importi a base di gare e ai tempi di esecuzione e collaudo previsti.

Per il primo aspetto sembra da escludere un approccio formale che non ricomprenda nel computo del personale gli addetti che operano nell'acquisizione o nell'esecuzione dei contratti ma sono in forza ad uffici diversi rispetto a quello specifico delle gare o acquisti. Sempre sul tema, per altro verso, non viene invece accolta qualche critica al criterio nel numero minimo di personale che comporterebbe il rischio di assegnazioni fittizie o che sarebbe in contraddizione con il principio della rotazione.

Indubbiamente, poi, la formazione può essere difficile da giudicare ma non può essere lasciata all'autogestione dei singoli dipendenti in quanto tocca all'amministrazione predisporre un programma di informazione, formazione e tutoraggio.

¹⁴ Un'apertura da parte dell'ANAC riguarda ad esempio, in presenza di vincoli di stabilità, i consorzi interuniversitari.

Nelle osservazioni pervenute il numero delle gare aggiudicate (anziché di quelle svolte) viene considerato da solo inadeguato per non tener conto della complessità, della specificità e di altre caratteristiche o difficoltà di realizzazione delle procedure che non siano imputabili alla stazione appaltante. L'ANAC conviene sull'opportunità di prevedere correttivi, ma non di optare per il riferimento alle gare svolte, ipotesi che finirebbe per premiare le amministrazioni che hanno avviato male i bandi. Accetta anche che le varianti non addebitabili alle stazioni appaltanti, ma ad esempio alle norme introdotte per la pandemia, non possano costituire elemento di penalizzazione.

Questo, in sintesi, per i requisiti di base. Per quelli premianti l'ANAC si limita a riferire sulle principali osservazioni, senza prendere posizione; anche questo è un segnale della difficoltà di definire una strategia efficace per l'utilizzo di meccanismi di premialità volti a garantire ed incentivare la qualificazione delle stazioni appaltanti. Comunque sia, le indicazioni opportunamente espresse dagli *stakeholders* riguardano i dubbi sulla valutazione (discrezionale) da parte dell'ANAC delle misure di prevenzione dei rischi di corruzione e promozione della legalità, l'opportunità di inserire più tipi di certificazioni di qualità, la difficoltà di valutare il livello di soccombenza per i tempi necessari per ottenere il passaggio in giudicato di una sentenza e per la diversa incidenza per ciascuna stazione appaltante in rapporto al diverso numero di gare.

Per i criteri di sostenibilità ambientale e sociale nell'attività di progettazione e affidamento si è suggerito di non prendere in considerazione anche quelli obbligatori, come le clausole sociali; stesso ragionamento per il ricorso al BIM già reso obbligatorio dal decreto del MIT n. 560/2017.

Come emerge dalla sintetica descrizione operata le considerazioni svolte sia dai partecipanti alla consultazione sia dall'ANAC convergono verso un modello meno astratto rispetto a quello della precedente bozza di dPCM

esaminato nel precedente par. 2). L'ANAC ha indicato il 30 settembre 2022 per la pubblicazione del Testo finale delle Linee guida e per individuazione del numero reale delle stazioni appaltanti potenzialmente qualificate in attuazione della disciplina predisposta.

La seconda parte della Relazione riguarda proprio le manifestazioni d'interesse per la qualificazione pervenute, utili non tanto per acquisire una prima indicazione (apparsa, in realtà, poco attendibile) delle stazioni appaltanti candidate alla qualificazione stessa ma soprattutto per verificare la capacità dei requisiti di base e premianti di cogliere la realtà delle amministrazioni che operano nel settore del *procurement*.

Hanno risposto all'appello 1.893 stazioni appaltanti, per il 41,2% del Nord (il 10,7% "non classificato") e per il 41% comuni (circa il 17% sono amministrazioni centrali).

In prima battuta sono state scartate n. 453 stazioni appaltanti per mancanza della qualifica di amministrazione aggiudicatrice o di una struttura organizzativa stabile ovvero di una piattaforma telematica. Dall'analisi delle rimanenti n. 1.440 risulta un numero di dipendenti e di addetti alla struttura del procurement molto vario, che corrisponde alle caratteristiche delle diverse amministrazioni.

Trattandosi di autodichiarazioni, potrebbero essere improntati ad un certo ottimismo i positivi livelli emersi di professionalizzazione (esperienza più del 70% del totale dipendenti) e di formazione (38% quella di base, ma solo 12,7% quella specialistica e 5,3% quella avanzata).

Per i requisiti premianti risulta molto basso in media il possesso di una certificazione UNI EN ISO 9000 (11,4%, solo 2,1% nelle Isole).

6.3 Per la messa a regime del futuro sistema (che non è possibile prevedere se e quando potrà avvenire) l'ANAC tira un po' le somme del lavoro di analisi svolto. Qualche spunto di maggior rilievo merita di essere segnalato.

Il controllo sui requisiti dovrebbe guardare alla sostanza per evitare che il sistema finisca per trasformarsi in una mera lista di adempimenti formali.

Andrebbe riletta la previsione del “taglio orizzontale” che impedisce ai Comuni non capoluogo di provincia di curare i contratti di importo maggiore optando, piuttosto, per un sistema aperto “meritocratico”.

Potrebbe essere differenziato il regime dei requisiti per le centrali di committenza e le stazioni appaltanti e anche per settori di attività o merceologici nonché tra contratti di appalto e contratti di concessione o di partenariato pubblico privato.

7. I principi della legge delega (21 giugno 22, n. 78) art.1 lett. c). L’obiettivo della riduzione del numero delle stazioni appaltanti; lo strumento degli incentivi

È noto che le scarse dotazioni tecniche delle amministrazioni, l’impoverimento delle culture specialiste e il deficit nell’attività organizzativa e gestionale degli apparati pubblici, rappresentano alcuni degli elementi che svolgono oggi una funzione impeditiva, ossia di freno all’affidamento e all’esecuzione di contratti pubblici¹⁵. Per questa ragione, in coerenza con gli

¹⁵ Come nota S. Cassese, *Amministrazione pubblica e progresso civile*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, 141 ss., «L’amministrazione ha, direttamente o indirettamente, governato la dotazione infrastrutturale del Paese per almeno un cinquantennio (si pensi solo alla rete ferroviaria nel periodo che va dal 1861 al 1905, data del riscatto delle concessioni). Ha più tardi provveduto, anche in questo caso, sia direttamente sia indirettamente, ad altre infrastrutture (si pensi solo a quelle del Mezzogiorno, mediante l'apposita Cassa, istituita nel 1950, o alla rete autostradale dorsale - Autosole, realizzata in 8 anni). Negli ultimi decenni, è invece emerso un deficit infrastrutturale. Il livello di dotazione media di infrastrutture dell'Italia risulta di cinque punti inferiore alla media dei cinque Paesi più evoluti d'Europa. Tra il 2007 e il 2016, il settore delle costruzioni ha subito una contrazione di circa il 37 per cento. I tempi medi di realizzazione delle opere sono cresciuti: 15 anni per una grande opera, di cui 8 per i tempi amministrativi. Secondo l'Istat, gli investimenti pubblici realizzati negli ultimi anni sono diminuiti del 5 per cento. I pagamenti per la realizzazione di infrastrutture, dal 2004, si sono dimezzati. È significativo notare che, mentre sono diminuiti i contratti pubblici per lavori, sono aumentati quelli per forniture e servizi amministrativi: l'amministrazione acquista invece di far fare. Dei 37 miliardi e mezzo del Fondo di sviluppo e coesione stanziati per il 2014-2020, nel 2019 risultavano impegnati poco meno del 12 per cento e spesi poco meno del 3 per cento. Un riscontro di

obiettivi del PNRR il legislatore, nella delega per la riscrittura delle regole sugli appalti pubblici, ripone particolare attenzione al tema della qualità delle stazioni appaltanti. Basti notare che, tra i numerosi principi e criteri direttivi della delega, quest'ultimo è posto quasi all'esordio, ossia alla lett. c) dell'art. 1.

Sono due le equazioni che ispirano il criterio direttivo menzionato. Da un lato, il rafforzamento del sistema di qualificazione delle amministrazioni va di pari passo con (anzi serve a conseguire) la loro riduzione numerica, ovvero l'accorpamento e la conseguente riorganizzazione. Nell'idea del legislatore, insomma, qualificare serve a ridurre, e ad imporre alle amministrazioni che non superano l'esame il trasferimento delle relative competenze di progettazione, affidamento ed esecuzione. Si tratta in altre parole dello stesso obiettivo (non realizzato) che aveva l'esecutivo nel 2016.

Da un altro, il sistema della qualificazione pubblica va perfezionato con l'introduzione di *incentivi* all'utilizzo delle centrali di committenza e delle stazioni appaltanti ausiliarie per l'espletamento delle gare pubbliche. Il che implica l'approntamento di efficaci sistemi di cooperazione amministrativa al fine di superare lo schema tradizionale in base al quale la singola amministrazione indice una gara per soddisfare i propri bisogni.

Sul tema delle stazioni appaltanti ausiliarie vale la pena soffermarsi. A regime – quando entrerà in vigore il sistema di qualificazione – le amministrazioni non qualificate dovranno rivolgersi necessariamente a stazioni qualificate, a centrali di committenza ovvero a soggetti aggregatori qualificati, i quali potranno (oltre a stipulare accordi quadro o gestire sistemi dinamici di acquisizione) aggiudicare appalti, stipulare ed eseguire contratti per conto di

questa stasi dell'amministrazione contraente o banditrice si può notare nella crescita del fatturato estero delle imprese italiane di costruzione. Quello delle maggiori 43 imprese di costruzione si è quintuplicato dopo il 2004. Quello dei principali 4 gruppi è nettamente superiore al fatturato estero delle imprese di altri Paesi con analoghe cifre di affari. Insomma, come i laureati italiani, così anche le imprese italiane di costruzione vanno all'estero per cercare lavoro». Sul tema si v. altresì B.G. Mattarella, *La centralizzazione delle committenze*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 613 ss.

altre amministrazioni. Nondimeno, però, va precisato che l'attribuzione delle funzioni di committenza può avvenire solo a favore di un soggetto pubblico. È impedito, infatti, ad un ente pubblico di "trasferire" tale funzione ad un soggetto privato che non sia organismo di diritto pubblico, perché ciò appare difforme dal modello legale e in contrasto con i principi sovranazionali in tema di affidamento "pro-concorrenziale" di servizi comunque suscettibili di determinare un vantaggio economico. Discorso diverso, invece, vale per l'attività di committenza ausiliaria che può essere affidata a privati in senso pieno. Il riferimento alle attività ausiliarie suole indicare alcune specifiche funzioni di supporto svolte dalle centrali rispetto alle attività di committenza, in particolare con riferimento alle infrastrutture tecniche necessarie all'attività contrattuale, alla consulenza sullo svolgimento e l'articolazione delle procedure concorsuali, allo svolgimento delle attività preparatorie delle gare, nonché alla gestione delle procedure medesime in nome e per conto della stazione appaltante.

La vera novità della delega è, invece, che per la prima volta si immagina la qualificazione delle stazioni appaltanti anche per i settori speciali, correggendo in tal modo l'approccio della disposizione contenuta nell'art. 38, comma 10, del Codice dei contratti pubblici. È rimessa poi al legislatore delegato la definizione delle modalità di monitoraggio dell'accorpamento e della riorganizzazione delle stazioni appaltanti; il potenziamento della specializzazione del personale operante nelle stazioni appaltanti, anche mediante la previsione di specifici percorsi di formazione, con particolare riferimento alle stazioni uniche appaltanti e alle centrali di committenza che operano a servizio degli enti locali.

8. Le prospettive future

Dall'analisi svolta sembra si possano facilmente enucleare alcuni punti chiave che il dibattito svoltosi negli anni ha evidenziato affinché il sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti sia efficace e efficiente.

Innanzitutto, va chiarito che la qualificazione appare necessaria. Anzi indispensabile. Non vi può essere un salto di qualità nel mercato del *procurement* senza un controllo nella fase di accesso non solo dal lato degli operatori privati ma anche – e a maggior ragione – da quello della parte pubblica cui è affidata la responsabilità della correttezza e utilità della spesa. In questa prospettiva, dovrebbe essere valorizzato il ruolo di arbitro dell'ANAC nel controllare l'ingresso in campo prima del fischio d'inizio della gara. Puntare su questo ruolo potrebbe anche consentire un'opportuna maggiore autonomia alle stazioni appaltanti (più professionali, efficienti, affidabili), nel gestire il processo del *procurement* nel modo ritenuto più appropriato in funzione delle esigenze pubbliche. L'ANAC dovrebbe, conseguentemente, disporre di adeguati poteri di controllo informativo sui soggetti, da esercitare a monte, evitando di puntare troppo su linee guida, atti di *soft law*, raccomandazioni, forme di collaborazione diretta con le amministrazioni, se non di cogestione. Queste attività, infatti, oltre a spingere nella direzione opposta rispetto alla semplificazione normativa auspicata, sono espressione di un sistema orientato sulla de-responsabilizzazione delle amministrazioni (ritenute in generale poco affidabili) e sull'idea che il sistema degli appalti possa funzionare meglio ove eterodiretto. In sintesi, un uso non moderato delle linee guida può andare nella direzione opposta rispetto alla scelta della qualificazione delle stazioni appaltanti; per converso l'attuazione del sistema di qualificazione, e la conseguente affermazione di una maggiore discrezionalità, renderà non necessarie queste forme di interventi, con una semplificazione di non poco conto.

Si reputa, poi, necessario sciogliere preliminarmente un nodo essenziale. Qual è la funzione essenziale del sistema di qualificazione? La riduzione numerica

delle stazioni appaltanti ovvero invece la valorizzazione della loro efficienza e la logica della prevalenza del risultato secondo forma di legittimazione detta da *output*? La domanda appare pertinente poiché gli obiettivi enunciati nei documenti preparatori sono diversi. Mentre il legislatore – come emerge dall’analisi svolta – ha fatto più volte riferimento alla qualificazione come un percorso diretto ad una significativa diminuzione delle amministrazioni appaltanti; la logica seguita dall’ANAC sembra divergente, giacché come la stessa afferma: “il modello proposto sembra avere una serie di vantaggi in tema di flessibilità dello strumento (ad esempio, si attribuisce un punteggio a ogni stazione appaltante, si evita di escludere una stazione appaltante dalla qualificazione per la carenza di un solo requisito, si creano percorsi per cui risulta possibile salire di livello rispetto ad altri strumenti) e di incentivi di miglioramento della capacità di acquisto e di esecuzione delle stazioni appaltanti, che può essere subito valutato con un incremento del punteggio conseguito”.

Forse la verità sta allora nel mezzo, nel senso che la qualificazione non va intesa in assoluto come uno strumento per ridurre, quanto piuttosto per migliorare le capacità di acquisto e di esecuzione. Perciò l’obiettivo finale non è quello di riuscire a contare con una mano quanti soggetti pubblici sono in grado di bandire, ma quanti sono in grado di farlo bene.

Il sistema attuale e anche quello prospettato dall’ANAC sembrano in realtà piuttosto complessi nel loro funzionamento, il che può essere verosimilmente fonte di contenziosi riguardo alle iscrizioni (o meno), nonché di problematiche applicative di non agevole soluzione, con il rischio, quindi, dell’apertura di un nuovo fronte in sede di giustizia amministrativa. Una semplificazione delle regole appare opportuna, eppure la stessa legge delega non induce a un eccessivo ottimismo in quanto all’art. 1, comma 2, lett. c) nel far riferimento alla ridefinizione della disciplina in materia di qualificazione delle stazioni appaltanti indica anche il criterio del “rafforzamento”. Quest’ultimo dovrebbe

essere inteso – coerentemente con gli obiettivi dell'accorpamento e della riorganizzazione con modalità di maggiore efficienza – come un irrobustimento dei requisiti (di base) per ottenere la qualificazione, ma non va sottaciuto il pericolo che, piuttosto che la qualità (dell'organizzazione/professionalità), l'indicazione della delega possa essere declinata in termini di complessità dei requisiti e/o dell'iter per l'iscrizione nel futuro elenco.

Tra gli elementi di rigidità emersi nella vicenda normativa descritta nei precedenti paragrafi si ricorda la scelta della limitazione per i comuni non capoluogo di provincia ad operare in autonomia (in base all'art. 37, comma 4, sospeso, in via sperimentale, ex art. 1 della legge 14 giugno 2019, n. 55 di conversione del DL. Sbloccacantieri) e la loro esclusione dagli appalti del PNRR (ex art. 52 del D.L. 77/2021). Inoltre nella bozza di dPCM (cfr. par. 2) i requisiti relativi alla professionalità e alle gare svolte erano ipotizzati secondo un criterio quantitativo, di certo più facile da conseguire in funzione delle via via maggiori dimensioni dell'amministrazione interessata. Il rischio è che risultino privilegiate in tale sistema le stazioni appaltanti grandi, che non sono necessariamente le più professionali e neanche per definizione le più corrette. Viceversa, stazioni appaltanti minori ma ben organizzate potrebbero essere penalizzate. Sembrerebbe quindi opportuno che le scelte future relative ai requisiti di base tengano anche conto di un criterio di proporzionalità.

L'evoluzione in corso tende, inoltre, verso un meccanismo di qualificazione articolato su livelli e attività, in coerenza con la complessità delle fasi e degli oggetti specifici del *procurement*. In questa logica sembra meritevole di approfondimento il quesito se il concreto livello di professionalità delle centrali di committenza¹⁶ possa essere uguale (o anche inferiore) rispetto a

¹⁶ Come ricordato nel par. 3, ai sensi del comma 3-bis dell'art. 38 vigente sia le centrali di committenza che i soggetti aggregatori sono già qualificati tanto nella progettazione quanto nell'aggiudicazione. In questo quadro normativo è possibile che una centrale di committenza qualificata dalla legge non abbia, in concreto, i requisiti che saranno in futuro previsti come obbligatori dalla disciplina rivolta alle stazioni appaltanti. Le osservazioni

quello delle richiesto alla generalità delle stazioni appaltanti. In particolare, andrebbe tenuto conto del ruolo e della responsabilità proprie delle centrali di committenza; un “malfunzionamento” di un appalto ascrivibile ad una centrale rischia, infatti, di avere anche un effetto “sistemico” ripercuotendosi sulle scelte di altre amministrazioni che, ad esempio, contavano su una convenzione o un accordo quadro. E la stessa affidabilità del sistema degli appalti può essere intaccata. Viceversa, una gara non coronata di successo gestita da una stazione appaltante si riflette negativamente solo su questa (salvo in caso di appalti congiunti). Un sostegno a questa impostazione emerge anche dall’ultima parte dell’art. 1, comma 2, lett. c) della legge delega n. 78/22 ove, nel prevedere specifici percorsi di formazione si fa particolare riferimento “alle stazioni uniche appaltanti e alle centrali di committenza che operano a servizio degli enti locali”.

È opportuno, per giunta, che il sistema dei livelli di qualificazione sia coerente con le scelte che verranno fatte a regime sulle soglie delle diverse procedure di gara, che al momento (fino al 30 giugno 2023) sono largamente orientate verso gli affidamenti diretti e verso le procedure negoziate senza bando rendendo le gare pubbliche nettamente minoritarie. Ragionare su un impianto di qualificazione complesso e costoso per poi renderlo operativo solo per poche fattispecie non appare una scelta ragionevole.

Vale infine la pena di considerare che il meccanismo di qualificazione dovrebbe essere caratterizzato da una impronta dinamica, magari anche puntando ad una diversificazione nel regime giuridico tra centrali di committenza e stazioni appaltanti, ragionando in ipotesi su requisiti più stringenti per le centrali (visto che lavorano per altre amministrazioni), mentre requisiti più flessibili per le stazioni appaltanti le quali invece rischiano in

contenute nel testo, che valgono ora per la fase dell’esecuzione, assumerebbero una portata più ampia ove nel decreto legislativo tale qualificazione “automatica” venga in qualche modo rivalutata.

proprio. Appare opportuno, altresì, che il sistema sia orientato ad incentivare le stazioni appaltanti ad investire in organizzazione, risorse, tecnologia digitale per scalare la piramide delle diverse qualificazioni. Sotto questo profilo, si auspica che gli incentivi a migliorare siano concreti ed effettivi, e siano tali da offrire adeguate garanzie all'ANAC sulla qualità e robustezza dell'organizzazione delle amministrazioni appaltanti nel tempo, anche mediante scambi informativi con altre autorità.

Non vi è dubbio, in conclusione, che sperimentare un sistema teso a misurare la fiducia nell'operato delle amministrazioni nella logica della prevalenza del risultato rimane una sfida ostica, ma allo stesso tempo avvincente, e nessuno vorrebbe che ciò comportasse nei fatti una eccessiva mortificazione della discrezionalità amministrativa e tecnica delle singole amministrazioni. Il sistema della qualificazione potrà, allora, essere davvero efficace laddove venga articolato in base a due principi di fondo: la fiducia nelle stazioni appaltanti (coerentemente con il rafforzamento e la digitalizzazione della pubblica amministrazione) e la discrezionalità amministrativa e tecnica (come chiave di volta dell'efficienza delle procedure e del buon funzionamento della spesa pubblica). L'affermazione di questi principi nel decreto legislativo di riforma della materia avrebbe il grande pregio di porre un argine, anche per il futuro, ai rischi di dirigismo e di rigore formalistico e di privilegiare l'obiettivo del risultato del *procurement* in termini di qualità e di tempi di realizzazione.