

PREMESSA

Il volume nasce dalle riflessioni in tema di contratti pubblici svolte dai tre curatori con studiosi e operatori del settore a partire da un convegno presieduto dal professor Giampaolo Rossi e svoltosi nel settembre del 2017 presso la Scuola Superiore di Scienze delle Amministrazioni Pubbliche dell'Università della Calabria, e poi continuate in seguito in successive occasioni di confronto.

Il titolo del convegno era “Contratti pubblici: questioni attuali”, e i relatori erano stati chiamati ad intervenire su alcune questioni oggetto di particolare fermento (criteri di aggiudicazione ed offerte anomale, centralizzazione degli acquisti della p.a., c.d. rito superaccelerato, gratuità nei contratti pubblici, acquisto e cessione di partecipazioni sociali, accesso agli atti di gara, ecc.).

Si era deciso di procedere rapidamente alla pubblicazione dei lavori in un volume collettaneo.

Ci si è resi conto tuttavia che il titolo “questioni attuali”, molto efficace per un convegno, è invece rischioso per un libro in materia perché la instabilità della disciplina e la relativa evoluzione giurisprudenziale sono tali da rendere complicato conciliare l'attualità di tutti i contributi del volume con i tempi di scrittura e di pubblicazione, e ciò anche quando il volume non si pone come strumento di semplice informazione e aggiornamento, ma ha carattere di maggiore approfondimento scientifico.

Nelle more della preparazione del volume alcune delicate questioni in esso trattate sono state oggetto di rinvio alla Corte di Giustizia (es., la questione del rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale, quella della compatibilità col diritto europeo del rito c.d. superaccelerato), o all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (es. la questione del controllo congiunto nel caso di *in house* con partecipazioni pulviscolari, quella dell'indicazione degli oneri di sicurezza, e quella dell'immediata impugnabilità del bando di gara) o alla Corte costituzionale (es. la questione della legittimità costituzionale del rito c.d. superaccelerato).

Intanto, a gennaio 2019 è intervenuta la diffida della Commissione all'Italia circa la violazione del diritto europeo degli appalti, che ha coinvolto altri contributi contenuti nel volume (es. i limiti al subappalto e all'avvalimento, gli obblighi di evidenza pubblica con riferimento agli oneri di urbanizzazione a scomputo).

Da ultimo, poi, il quadro è stato rimaneggiato dal d.l. n. 32/2019 (c.d. sblocca cantieri) e dalla sua legge di conversione n. 55/2019, e si è così chiesto agli autori di tenerne conto posticipando ulteriormente la data di uscita del volume. Anche durante il lavoro di correzione delle bozze, due sentenze della Corte di Giustizia del 5 e del 26 settembre 2019 (causa C-333/2018, e causa C-63/18) hanno riguardato rispettivamente la tematica dei ricorsi incrociati escludenti e quella dei limiti al subappalto, entrambe trattate nel volume.

L'instabilità e l'incertezza dell'assetto normativo hanno stimolato una riflessione sulle

cause che le determinano svolta nel capitolo introduttivo scritto da Danilo Pappano, che inquadrando le principali ragioni della instabilità della normativa e dando conto dei lavori in corso nel “cantiere” della disciplina dei contratti pubblici, funge anche da presentazione al volume.

I 19 contributi presenti nel volume per quanto di loro interesse sono quindi aggiornati alle vicende più recenti che hanno coinvolto la disciplina e da ultimo al decreto sblocca cantieri e alla sua legge di conversione.

I contributi peraltro dovevano essere 20, tuttavia dopo l’abrogazione da parte dell’art. 120, co. 2-*bis* del Codice del processo amministrativo, si è deciso di eliminare il contributo sul rito c.d. superaccelerato; la tematica è però trattata nei suoi profili più generali e di diritto transitorio sia nel contributo sui c.d. ricorsi incrociati escludenti (scritto dall’avv. A. Grazzini), sia nel contributo sui termini decadenziali in materia di appalti pubblici (scritto dal dr. A. Cacciari).

Il volume, in ogni caso, non ha l’obiettivo di presentarsi come libro di aggiornamento sull’ultima disciplina, quanto piuttosto di dare conto problematicamente di alcune questioni poste dalla disciplina degli appalti pubblici nelle quali peraltro sono prefigurati i principali profili di criticità alla base degli ultimi (solo cronologicamente) tentativi di riforma, individuandone dove possibile, le eventuali linee di continuità con la normativa precedente.

Rende, 27 settembre 2019

I CURATORI

CAPITOLO I

GLI APPALTI PUBBLICI TRA NOVISMO E MODERNITÀ:
UNA DISCIPLINA SENZA CENTRO DI GRAVITÀ

*Danilo Pappano**

SOMMARIO: 1. Premessa: l'instabilità della disciplina degli appalti pubblici nelle vicende più recenti. – 2. L'orizzonte di durata finora temporalmente limitato della normativa europea in tema di appalti pubblici. – 3. Gli appalti pubblici tra complessità e complicazione: le principali fibrillazioni della normativa interna. – 3.1. L'instabilità derivante dalla volontà di massimizzazione di tutte le istanze anche quando contrastanti. – 3.2. L'instabilità derivante dalla temporanea prevalenza di un interesse sugli altri imposta da fattori esogeni. – 3.3. L'instabilità derivante dalla irrequieta lotta alla corruzione. – 4. Considerazioni conclusive: la riforma degli appalti pubblici tra novismo e modernità.

1. *Premessa: l'instabilità della disciplina degli appalti pubblici nelle vicende più recenti*

La disciplina dei contratti pubblici stenta a trovare una dimensione stabile.

Negli ultimi quindici anni si sono succeduti due codici, con relativi decreti correttivi¹; non si è ancora completata l'attuazione del Codice n. 50/2016 ed è già in cantiere un disegno di legge delega² di riforma della materia che mira ad un ulteriore riordino delegando il governo ad emanarne un terzo.

Tutto ciò senza considerare la disordinata opera di modifica connessa alle cosiddette operazioni di *spending review*³ e i periodici interventi di ordine puntuale o più ampio, ap-

* Professore di Diritto Amministrativo e di Finanza e contabilità pubblica presso l'Università della Calabria.

¹ Per il Codice n. 50/2016, il riferimento è al d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56 “*Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50*” (c.d. “decreto correttivo”), entrato in vigore il 20 maggio 2017, che si compone di 131 articoli, modifica oltre 120 articoli su 220 del Codice n. 50/2016 e ve ne aggiunge due nuovi, gli artt. 117-*bis* e 113-*bis*. Come noto, invece, il Codice n. 163/2006 era stato interessato da ben 3 decreti correttivi, e in particolare il d.lgs. 26 gennaio 2007, n. 6 (“*Primo decreto correttivo*”); il d.lgs. 31 luglio 2007, n.113 (“*Secondo decreto correttivo*”), il d.lgs. 11 settembre 2008, n. 152 (“*Terzo decreto correttivo*”).

² Approvato dal Consiglio dei Ministri in una prima versione nel dicembre del 2018 e modificato nella seduta n. 48 del 28 febbraio 2019, e recante “Delega al Governo per la semplificazione, la razionalizzazione, il riordino, il coordinamento e l'integrazione della normativa in materia di contratti pubblici”.

³ Ci si riferisce in particolare al d.l. 7 maggio 2012, n. 52 (convertito con modifiche dalla legge di conversione 6 luglio 2012, n. 94 s.m.i., c.d. 1^a *spending review*); al d.l. 6 giugno 2012, n. 95, (convertito con legge 7 agosto 2012, n. 135, s.m.i., *Disposizioni urgenti per la revisione della spesa con invarianza dei servizi ai cittadini*”, c.d. 2^a *spending review*); al d.l. n. 24 aprile 2014, n. 66, convertito in legge 23 giugno 2014,

portate sulla base di quanto stabilito con le annuali manovre finanziarie o con decreti-legge dal forte impatto mediatico⁴. In attesa dell'esercizio della citata delega e del nuovo codice, si è da ultimo ampiamente modificato il quadro normativo mediante il d.l. n. 32/2019⁵, anch'esso caratterizzato dalla suggestiva denominazione di "sblocca cantieri", convertito in legge 14 giugno 2019, n. 55.

Se si leggono i criteri direttivi del disegno di legge delega e la parte del decreto-legge sblocca cantieri che ne motiva l'urgenza, la sensazione che se ne ricava è che il legislatore parta dal presupposto che la legislazione ora vigente sia la peggiore possibile e che vada immediatamente in parte modificata, in attesa della successiva disciplina di riordino con il nuovo codice.

Il disegno di legge delega mira infatti ad un riassetto complessivo della materia⁶, che restituisca "*alle disposizioni semplicità e chiarezza di linguaggio*"⁷, che coordini il testo delle disposizioni vigenti (...) apportando le opportune modifiche normative volte a *garantire o migliorare la coerenza giuridica, logica e sistematica della normativa*"⁸; che assicuri "*l'efficienza e la tempestività delle procedure di programmazione, di affidamento, di gestione, e di esecuzione degli appalti pubblici e dei contratti di concessione* (...) "⁹,

n. 89 (*Misure urgenti per la competitività e la giustizia sociale*) che contiene ulteriori misure di riduzione della spesa (c.d. 3^a *spending review*). Tutti hanno riguardato anche la materia dei contratti pubblici con interventi più o meno disordinati.

⁴ Nella molteplicità di interventi normativi che contengono modifiche puntuali, si ricordano quelli più recenti. In particolare il d.l. 14 dicembre 2018, n. 135 (c.d. "Semplificazioni"), che ha nuovamente inciso sulla disciplina in tema di esclusione per gravi illeciti professionali (art. 80, co. 5, lett. c), del d.lgs. n. 50/2016) imponendo anche sotto soglia alla stazione appaltante di motivare specificamente l'eventuale esclusione, valutando in concreto le caratteristiche e l'entità della violazione, anche in ragione del tempo trascorso dalla violazione e della relativa gravità. La legge 30 dicembre 2018, n. 145 (legge di bilancio 2019) ha modificato per il solo 2019 le soglie per l'affidamento diretto dei lavori, prevedendo l'innalzamento della soglia per l'affidamento diretto per importi pari o superiori a 40.000 euro ed inferiori a 150.000 euro, previa consultazione di almeno 3 operatori economici, nonché l'innalzamento della soglia della procedura negoziata con almeno 10 operatori per importi pari o superiori a 150000 ed inferiori a 300000 euro; come noto peraltro, le citate soglie sono state oggetto di nuova modifica nello sblocca cantieri. Inoltre la legge di bilancio 2019 ha previsto per gli acquisti di beni e servizi, l'innalzamento da 1000 a 5000 euro della soglia da cui scatta l'obbligo di ricorso al Mepa. Inoltre il d.l. 4 ottobre 2018, n. 113 (c.d. "decreto sicurezza") ha introdotto una nuova fattispecie di procedura negoziata, e il decreto legge 28 settembre 2018, n. 109 (c.d. decreto Genova) che ha introdotto l'archivio informatico nazionale delle opere pubbliche, ulteriore banca dati per alcune tipologie di opere.

⁵ D.l. 18 aprile 2019, n. 32 recante "Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana, e di ricostruzione a seguito di eventi sismici".

⁶ L'art. 3, co. 1, lett. i) del disegno di legge delega prevede che il Governo provvede al riassetto della materia dei contratti pubblici, nel rispetto delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE, 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, e 2009/81/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 luglio 2009, anche al fine di coordinare le predette norme con la legge 7 agosto 1990, n. 241 e col codice civile, adottando un nuovo codice dei contratti pubblici in sostituzione del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, nonché del decreto legislativo 15 novembre 2011, n. 208, ovvero modificandoli per quanto necessario". È curiosa la soluzione di prevedere l'alternativa tra l'emanazione di un nuovo Codice oppure la modifica di quello esistente.

⁷ Si tratta del criterio direttivo previsto dall'art. 1, co. 2, lett. c) del disegno di legge delega che continua: "nonché ragionevoli proporzioni dimensionali quanto al numero degli articoli, dei commi e delle parole, privilegiando, ove possibile, una disciplina per principi e indicando nella rubrica di ciascun articolo il corrispondente articolo delle direttive europee cui è data attuazione".

⁸ Si tratta del criterio direttivo dell'art. 1, co. 2, lett. a) del disegno di legge delega.

⁹ Così il criterio direttivo dell'art. 1, co. 2, lett. d) del disegno di legge delega, che aggiunge "al fine di ridur-

che promuova “*la discrezionalità e la responsabilità delle stazioni appaltanti*”¹⁰.

Il d.l. n. 32/2019 c.d. sblocca cantieri, convertito in legge, al di là di alcuni interventi puntuali diretti ad evitare l’apertura di procedure di infrazione a livello comunitario¹¹, è

re e rendere certi i tempi di realizzazione delle opere pubbliche, compresi le infrastrutture e gli insediamenti prioritari per lo sviluppo del paese, nonché di esecuzione dei servizi e delle forniture, limitando i livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive europee”.

¹⁰ Così il criterio direttivo dell’art. 1, co. 2, lett. a) del disegno di legge delega che aggiunge “anche nell’ottica di assicurare maggiore flessibilità nell’utilizzo delle procedure di scelta del contraente, fornendo alle medesime stazioni appaltanti misure e strumenti di supporto attraverso il potenziamento dell’attività di vigilanza collaborativa e consultiva delle competenti autorità amministrative indipendenti nonché delle altre amministrazioni pubbliche”.

Il disegno di legge delega reca nel complesso 21 criteri direttivi e demanda l’attuazione del nuovo Codice ad un regolamento unico ai sensi della legge n. 400/1988 del quale indica espressamente le relative materie (art. 1, co. 7 del disegno di legge delega), operazione quest’ultima inserita nel decreto legge sblocca e nella relativa legge di conversione. Il disegno di legge richiede tra l’altro che il nuovo Codice preveda “discipline opportunamente differenziate applicabili ai contratti pubblici di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, nonché ai contratti da svolgersi fuori dall’Unione europea, ispirate alla massima semplificazione e rapidità, e una disciplina specifica per i contratti attivi” (art. 1, co. 2, lett. a); razionalizzi “i metodi di risoluzione delle controversie, anche alternativi ai rimedi giurisdizionali, riducendo gli oneri di impugnazione degli atti delle procedure di affidamento (art. 1, co. 2, lett. h); rafforzi “la certezza e la prevedibilità delle decisioni delle stazioni appaltanti nell’applicazione della disciplina attraverso atti interpretativi dell’Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) di natura non regolamentare e non vincolante, volti a chiarire la portata e le ricadute organizzative degli adempimenti stabiliti dai decreti di cui al co. 1, nonché la vigilanza collaborativa e l’attività consultiva su istanza delle singole stazioni appaltanti o degli operatori economici (art. 1, co. 2, lett. d); riordini e riorganizzi “l’attuale disciplina concernente le centrali di committenza e i soggetti aggregatori” (art. 1, co. 2, lett. m); preveda “l’obbligo per le pubbliche amministrazioni di rendere facilmente conoscibili e accessibili le informazioni, i dati da fornire e la relativa modulistica, anche adeguando, aggiornando e semplificando il linguaggio, nonché adottando moduli unificati e standardizzati che definiscono esaustivamente, per tipologia di procedimento, i contenuti tipici e la relativa organizzazione dei dati” (art. 1, co. 2, lett. p); elimini “i livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti per l’adeguamento alla normativa europea, salvo che la loro perdurante necessità sia motivata dall’analisi di impatto della regolamentazione (AIR) dei relativi decreti legislativi” (art. 1, co. 2, lett. o); armonizzi, semplifichi e razionalizzi “la disciplina dei controlli, ad eccezione di quelli fiscali, sulle imprese e i professionisti” (art. 1, co. 2, lett. r); preveda “l’obbligo, per le pubbliche amministrazioni, di procedere al monitoraggio e al controllo telematico a consuntivo del rispetto dei tempi di conclusione dei procedimenti amministrativi di competenza” (art. 1, co. 2, lett. s); semplifichi e acceleri “le procedure di spesa e contabili nel rispetto dei principi e delle regole stabiliti dalla legge 31 dicembre 2009, n. 196, eliminando gli adempimenti meramente formali e favorendo la tempestività dei pagamenti da parte delle pubbliche amministrazioni, ferma restando la verifica sulla sussistenza delle occorrenti risorse finanziarie” (art. 1, co. 2, lett. t); diffonda la “cultura digitale e favorisca la partecipazione di cittadini e imprese ai procedimenti amministrativi innanzitutto attraverso dispositivi mobili, nel rispetto della disciplina in materia di tutela dei dati personali e tenendo conto delle esigenze di sicurezza cibernetica, individuando azioni di divulgazione e educazione all’utilizzo dei servizi digitali pubblici e privati e incentivando le amministrazioni pubbliche a utilizzare tecniche di gestione di progetto per lo sviluppo di progetti di digitalizzazione e innovazione” (art. 1, co. 2, lett. z).

¹¹ Ci si riferisce alla Lettera del 24 gennaio 2019 di costituzione in mora del Governo italiano da parte della Commissione europea “per la mancata conformità alle direttive del 2014 in materia di contratti pubblici di diversi articoli del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, come modificato dal d.lgs. 19 aprile 2017, n. 57, nonché dell’art. 16, co. 2-bis, del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, in relazione alle opere di urbanizzazione”.

Come noto, la Commissione ha contestato la violazione del diritto comunitario con riferimento a più previsioni del Codice n. 50/2016. Il decreto sblocca cantieri ha tenuto conto e superato solo alcuni dei rilievi avanzati dalla Commissione.

Innanzitutto, con riferimento al subappalto, la Commissione ha censurato il limite al ricorso al subappalto previsto nel massimo 30% dell’importo complessivo del contratto (artt. 105, co. 2 e 5 del Codice n. 50/2016) che secondo la Commissione non risulta compatibile con i principi fondamentali contenuti nelle direttive del 2014 che

stato adottato in una logica analoga di riordino di parte della materia¹², ma sulla base di

impongono di facilitare la partecipazione delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici, anche mediante il subappalto, perché la limitazione è “*fissata in maniera del tutto astratta e prescindendo dal carattere essenziale o meno delle prestazioni e dalle reali capacità dei subappaltatori*”. Per le stesse ragioni la Commissione ha contestato la previsione che impone (art. 105, co. 19 del Codice n. 50/2016) nella parte in cui impone il divieto generale per i subappaltatori di fare a loro volta ricorso ad altri subappaltatori (il cosiddetto subappalto a cascata). È stata oggetto di censura anche la previsione dell’obbligo in sede di offerta dell’indicazione della terna dei subappaltatori (art. 105, co. 6 del Codice n. 50/2016) che non è invece escluso nemmeno “quando gli offerenti non intendono far ricorso ad alcun subappaltatore o anche quando ne occorrono meno”. Infine la Commissione ha censurato l’art. 105, co. 4, lett. a) che subordina la possibilità da parte della stazione appaltante di autorizzare i soggetti affidatari ad affidare in subappalto le opere o i lavori, i servizi o le forniture compresi nel contratto, alla condizione che l’affidatario del subappalto non abbia partecipato alla procedura per l’affidamento dell’appalto. La legge di conversione dello sblocca cantieri ha ora confermato l’esistenza del limite percentuale del 30% aumentandolo peraltro al 40% fino al 31 dicembre 2020. Quanto all’obbligo di indicazione della terna di subappaltatori in sede di offerta, la legge di conversione ne ha confermato l’obbligatorietà qualora gli appalti di lavori servizi e fornitura siano di importo superiore alle soglie di cui all’art. 35 indipendentemente dall’importo a base di gara, riguardino le attività maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa, tuttavia ha sospeso l’efficacia della norma fino al 31 dicembre 2020. Va tuttavia rilevato che sarà necessario un ulteriore ripensamento della normativa perché la Corte di Giustizia, con sentenza del 26 settembre 2019 (causa C-61/2018), ha dichiarato incompatibile con il diritto europeo la normativa nazionale italiana che prevede il limite al subappalto fissato nel 30% del valore del contratto.

Con riguardo alle ipotesi di esclusione dalla procedura di gara, la Commissione ha censurato la disciplina sull’esclusione per violazioni gravi, definitivamente accertate, degli obblighi relativi al pagamento di imposte, tasse o contributi previdenziali per violazioni definitivamente accertate previste dall’art. 80, co. 4 del Codice n. 50/2016 che secondo la Commissione non vanno intese come quelle contenute in sentenze o atti amministrativi non più impugnabili come previsto dall’art. 80, co. 4 del Codice n. 50/2016, perché secondo la Commissione deve potersi escludere un operatore economico che ha violato gli obblighi relativi al pagamento di imposte o contributi previdenziali qualora tale violazione – pur non essendo stata stabilita da una decisione giudiziaria o amministrativa avente effetto definitivo – possa essere comunque dimostrata dalla stazione appaltante. Analoga la posizione della Commissione in caso di esclusione per risoluzione anticipata di un precedente contratto (art. 80, co. 5, lett. c) del Codice n. 50/2016) perché nella versione vigente prima della modifica operata dal d.l. 14 dicembre 2018, n. 135, nel caso di “offerenti che abbiano contestato in giudizio la risoluzione anticipata di un precedente contratto di appalto o concessione, preclude alle stazioni appaltanti ogni valutazione circa l’affidabilità di tali offerenti sino a quando il giudizio non abbia confermato la risoluzione anticipata”.

In tema di criteri di valutazione delle offerte, la Commissione ha contestato la disciplina dell’art. 97, co. 8 (del Codice n. 50/2016) che come noto consente quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso e comunque per importi inferiori alle soglie comunitarie, di prevedere l’esclusione automatica dalla gara delle offerte anomale, ma non nel caso in cui le offerte sono inferiori a 10. La Commissione censura la norma sia “perché si applica a prescindere dal fatto che l’appalto presenti o meno un interesse transfrontaliero certo, sia perché la soglia di dieci offerte non sembra essere sufficientemente elevata, con riferimento, in particolare, alle grandi amministrazioni aggiudicatrici, alle quali pure si applica”.

Altri rilievi hanno riguardato le norme che prevedono limiti all’avvalimento, e in particolare l’art. 89, co. 6 (del Codice n. 50/2016) nella parte in cui impone il divieto del c.d. avvalimento a cascata, cioè il divieto per il soggetto delle cui capacità l’operatore intende avvalersi di affidarsi a sua volta alle capacità di un altro soggetto; l’art. 89, co. 11 (del Codice n. 50/2016) che non ammette l’avvalimento qualora nell’oggetto dell’appalto e della concessione di lavori rientrano opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali, che superino il 10% dell’importo totale, ritenuto lesivo del principio di principio di proporzionalità; l’art. 89, co. 7 (del Codice n. 50/2016) che “non consente, a pena di esclusione, che della stessa impresa ausiliaria di avvalga più di un concorrente, ovvero che partecipino sia l’impresa ausiliaria, sia quella che si avvale dei requisiti”.

Con riguardo alla determinazione del valore degli appalti attribuiti per lotti, la Commissione ha censurato quanto previsto dall’art. 35, co. 9, lett a), e co. 10, lett. a) del Codice n. 50/2016 che consente di individuare il valore stimato della totalità dei lotti solo quando gli appalti vengano aggiudicati contemporaneamente per lotti separati. Secondo la Commissione “aggiungendo la qualifica ‘contemporaneamente’, la normativa italiana sem-

ulteriori motivazioni economiche, e in particolare l'obiettivo è di incidere sull'aumento del prodotto interno lordo del Paese¹³.

L'incertezza programmatica è tale che nel procedimento di conversione in legge, il citato d.l. n. 32/2019, nella parte relativa agli appalti pubblici, è stato ulteriormente modificato con l'introduzione di un nuovo art. 1 (*"Modifiche al codice dei contratti pubblici e sospensione sperimentale dell'efficacia di disposizioni in materia di appalti e di economia circolare"*) che sospende fino al 31 dicembre 2020 a titolo sperimentale molteplici disposizioni del Codice n. 50/2016, e ciò al fine di "rilanciare gli investimenti pubblici, facilitare l'apertura dei cantieri per la realizzazione delle opere pubbliche (...) nelle more della riforma complessiva del settore" e comunque "nel rispetto dei principi e delle norme sancite dall'Unione Europea (...)".

Nella fase finale della sperimentazione (che in una prima avventata proposta avrebbe dovuto riguardare addirittura l'intero codice), entro il 30 novembre 2020 il Governo dovrà presentare una relazione "sugli effetti della sospensione per gli anni 2019 e 2020, al fine di consentire al Parlamento di valutare l'opportunità del mantenimento o meno della sospensione" (art. 1, co. 2)¹⁴.

bra aver ristretto l'applicabilità dell'obbligo di computare il valore complessivo stimato della totalità dei lotti", in violazione del diritto comunitario. La legge n. 55/2019 di conversione dello sblocca cantieri (art. 1, co. 20, lett. g) ha ora cancellato la parola "contemporaneamente" dai due articoli citati.

Infine la Commissione ha censurato anche la violazione degli obblighi di evidenza pubblica nel caso di lavori da effettuare a scapito degli oneri di urbanizzazione. In questo caso la censura riguarda l'art. 16 del Testo Unico sull'edilizia (d.P.R. n. 380/2001). Sul punto per un'ampia analisi della questione si rinvia al contributo di G. Befani contenuto nel presente volume.

¹² Tra le motivazioni indicate nel decreto sono indicate la "straordinarietà ed urgenza di semplificare le procedure, di emanare disposizioni volte a favorire la crescita economica e a dare impulso al sistema produttivo del Paese, mediante l'adozione di misure volte alla semplificazione del quadro normativo e amministrativo connesso ai pubblici affidamenti, concernenti, in particolare la disciplina dei contratti"; (...) operare in termini di maggiore semplificazione ed accelerazione per l'affidamento dei contratti pubblici (...); semplificare le procedure di approvazione dei progetti al fine di pervenire al celere utilizzo delle risorse finanziarie destinate all'esecuzione di interventi infrastrutturali indifferibili"; (...) emanare disposizioni in materia di semplificazione e accelerazione per la realizzazione di interventi di edilizia in zone sismiche (...); far fronte a problemi di coordinamento tra la disciplina del codice dei contratti pubblici e le disposizioni normative in tema di fallimento, concordato preventivo, amministrazione controllata e liquidazione coatta amministrativa delle imprese nell'ottica di fornire adeguata tutela alle attività imprenditoriali in momentanea sofferenza garantendo, al contempo, la salvaguardia degli interessi erariali".

¹³ Secondo quanto previsto dal DEF 2019 (approvato ad aprile 2019) mediante un miglioramento del quadro regolatorio del settore delle costruzioni dovrebbero determinarsi le condizioni per una sua ripresa. L'obiettivo è di determinare, attraverso il decreto legge sblocca cantieri e il diverso decreto legge "crescita" (d.l. 30 aprile 2019, n. 34, conv. dalla legge 28 giugno 2019, n. 58), un aumento di crescita aggiuntiva del PIL reale nel 2019, che determini una crescita dello 0,2% in termini reali e dello 1,2% in termini nominali.

¹⁴ La necessità di superare il codice degli appalti pubblici e l'approvazione dell'emendamento presentato in sede di conversione del decreto legge sblocca cantieri n. 32/2019, diretto a sospendere il Codice (poi ridimensionato nella sua ampiezza nell'approvazione finale) sono state alimentate anche da campagne di stampa, e in particolare dalla campagna "Ora basta! Aboliamo il codice degli appalti", avviata alla fine di gennaio 2019 dal quotidiano "L'opinione" (www.opinione.it), e sostenuta da alcuni studi legali e dall'ANCE, per "sensibilizzare i lettori sulle sottovalutate controindicazioni catastrofiche del codice degli appalti sulle opere pubbliche, grandi e piccole". A livello mediatico, peraltro, il d.l. n. 32/2019 ha assunto la denominazione dell'iniziativa "Sbloccacantieri", avviata ad aprile 2018 dall'ANCE, e volta a censire le opere pubbliche bloccate (si veda il sito internet www.sbloccacantieri.it).

Come è evidente anche soltanto le vicende più recenti, finora sinteticamente descritte, segnalano un quadro normativo molto complesso e frastagliato, frutto di una continua stratificazione della normativa determinata da un continuo ma disordinato “flusso legislativo”¹⁵ e non certo di un progetto prefigurato con obiettivi chiari. È naturale allora interrogarsi sulle ragioni di un simile assetto, tanto più in un settore che rappresenta in termini economici più del 10% del PIL italiano¹⁶.

La realtà la disciplina degli appalti pubblici è caratterizzata da una sua naturale complessità perché vi è sottesa una pluralità e diversità di interessi contrastanti che devono trovare una composizione ragionevolmente stabile nella scelta regolatoria.

Chi ha cercato di individuarne una chiave di lettura efficace ha fatto riferimento ai binomi rigidità-elasticità, da un lato, e garanzia-efficienza, dall'altro. “L'iter procedimentale propedeutico alla stipulazione del contratto (ma anche la fase di sua esecuzione) risponde ad esigenze di garanzia, ma si scontra con esigenze di elasticità dell'azione amministrativa, le quali richiedono che l'amministrazione operi in tempi rapidi. Il problema è di bilanciare le esigenze di garanzia e quelle di elasticità dell'azione amministrativa e nell'evoluzione della disciplina, di volta in volta, a seconda che sia prevalso il peso dell'una o dell'altra esigenza, si è data preferenza ai profili di rigidità o a quelli di elasticità”¹⁷. Nella graduazione tra i due poli, un ruolo non secondario è svolto dall'interesse alla tutela del mercato e dall'interesse all'utilizzo razionale delle risorse pubbliche posto dalle esigenze di equilibrio dei bilanci pubblici.

¹⁵ L'espressione è di Luigi Giampaolino e utilizzata nella presentazione del convegno IGI, “La conversione dello sblocca cantieri: problematiche e prospettive” tenutosi a Roma presso il Tar Lazio, il 9 luglio 2019.

¹⁶ Secondo le stime della Commissione Europea, il mercato degli appalti pubblici è valso in Europa 1.924,1 miliardi di euro/anno (media anni 2012-2015). L'Italia rappresenta il quarto mercato, con 170,7 mld/anno, dietro Germania (434,7), Francia (316,6) e Regno Unito (309,5). L'incidenza sul PIL della spesa per appalti pubblici è pari al 13% (media europea anni 2012-2015); per l'Italia tale valore è di circa il 10,5%. I dati sono tratti da *Public procurement indicators 2015*, pubblicato il 19 dicembre 2016, e disponibile all'indirizzo <http://ec.europa.eu/DocsRoom/documents/20679/attachments/1/translations/en/renditions/native>.

Secondo la Relazione annuale dell'ANAC al Parlamento sull'attività svolta nel 2018 (presentata il 6 giugno 2019), il valore complessivo degli appalti di importo pari o superiore a 40.000 euro per entrambi i settori ordinari e speciali nel 2018 si è attestato attorno ai 139,5 miliardi di euro. La relazione evidenzia che “si registra un leggero aumento dei valori del mercato rispetto al precedente anno del 5,3% e un importante aumento del 38,7% rispetto alla flessione negativa avutasi nel 2016 per l'entrata in vigore del nuovo Codice. Il leggero aumento della domanda (pari al 5,3% rispetto all'anno precedente) ha coinvolto in particolare i settori dei servizi e dei lavori. Nello specifico, il settore dei servizi (pari a circa 66,8 miliardi di euro) fa registrare un aumento del valore complessivo del 13,6% rispetto al precedente anno e di ben il 46,9% rispetto al valore minimo del quinquennio 2014-2018 (avutosi nel 2015 e pari a circa 45,5 miliardi di euro). (...) Il settore maggiormente in espansione in termini percentuali è quello dei lavori, che raggiunge nel 2018 il massimo della serie storica (pari a circa 32,3 miliardi di euro) facendo registrare un aumento di ben 37,8% rispetto al precedente anno. Questo è dovuto soprattutto ad alcuni rilevanti appalti avutisi nei settori speciali (pari a circa 3 miliardi di euro) e relativi alla realizzazione di linee ferroviarie ad alta velocità. Una contrazione si ha, invece, nei volumi del settore delle forniture che, dopo un importante aumento avutosi nel 2017, pari a circa 50,3 miliardi di euro, passano a circa 40,5 miliardi di euro nel 2018, diminuendo del 19,4% rispetto al precedente anno” (pp. 124 e 125 della Relazione disponibile all'indirizzo <https://www.anticorruzione.it/portal/public/classic/Attivitadocumentazione/Pubblicazioni/RelazioneParlamento>).

¹⁷ Così G. ROSSI, *Principi di diritto amministrativo*, Torino, 2010. Il tema è stato trattato dall'autore anche in altri lavori, per i quali si rinvia ora a *Il diritto amministrativo nell'evoluzione della scienza giuridica. Saggi e scritti scelti di G. Rossi* (coord. a cura di D. PAPPANO), Torino, 2019, voll. I, II, III.

È evidente che se cambia continuamente il punto di equilibrio tra le diverse esigenze sottese alla normativa perché non esiste una linea di sviluppo di lungo periodo, la conseguenza è che la “complessità” della materia, di per sé inevitabile, diventa “complicazione”¹⁸, e si amplificano le incertezze e le disfunzioni (es. lentezza delle procedure, ritardo o mancata realizzazione delle opere, ecc.) verso cui l’insofferenza è unanime; da parte delle imprese che le individuano come motivo di ostacolo allo sviluppo, da parte dei cittadini e utenti che ne soffrono le conseguenze sul piano della qualità dei servizi offerti. E ciò fino all’exasperazione di arrivare (confondendo il rimedio con la causa) a mettere in discussione i meccanismi di tutela previsti a favore dei partecipanti alle gare in caso di illegittimità della procedura; in questo senso vanno ad esempio le contestazioni mosse al giudice amministrativo percepito in qualche caso come ostacolo allo sviluppo del paese¹⁹.

Insofferenza non minore mostrano gli operatori chiamati a gestire le procedure che di fronte al rischio di responsabilità (erariale o penale) finiscono col difendersi semplicemente non decidendo. Proprio in materia di appalti pubblici si evidenzia più che in altri ambiti, il fenomeno della c.d. “burocrazia difensiva”, che rallenta e ostacola il corretto ed efficiente svolgimento dell’azione amministrativa, tanto da potersi chiedere se per l’operatore la procedura non si sia trasfigurata da strumento per la realizzazione di un obiettivo (realizzazione dell’opera nel rispetto delle regole) ad obiettivo essa stessa, a prescindere dal suo reale contenuto²⁰.

¹⁸ Il riferimento è alla relazione tenuta da M. BOMBARDELLI, *Alcune considerazioni sulla complessità amministrativa (... che è diversa dalla complicazione!)* al seminario su “La complessità amministrativa”, tenutosi a Firenze il 6 giugno 2018, disponibile sul blog *Ridiam.it*. Sulle ragioni della complessità, si veda anche G. ROSSI, *La complessità amministrativa*, in *Ridiam.it*, 25 gennaio 2018. Si veda più in generale, anche se in una prospettiva differente, L. TORCHIA, *I nodi della complessità amministrativa*, Napoli, 2016.

¹⁹ È evidente che qui si finisce per confondere rimedio con la causa: l’incertezza normativa e i suoi effetti non possono essere addebitati al giudice amministrativo, peraltro in un giudizio nel quale sul piano sostanziale, molto spesso il conflitto di interessi da cui origina la controversia non coinvolge direttamente la pubblica amministrazione procedente, ma si pone principalmente tra l’aggiudicatario e il (o i) ricorrente(i). In questo senso, G. ROSSI, *Giudice e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, n. 4/2012, 1227.

La proposta di abolizione ritorna ciclicamente nel dibattito politico. Nella scorsa legislatura è stata presentata il 5 dicembre 2016 alla Camera dei Deputati anche una proposta di legge costituzionale n. 4162, rubricata “*Abrogazione degli articoli 103, primo comma, e 125 e modifiche agli articoli 100, 111 e 113 della Costituzione. Soppressione della magistratura amministrativa*”, sulla quale si veda G. GARGANO, *A margine di una recente disegno di legge costituzionale di iniziativa parlamentare in tema di uni(cità) della giurisdizione*, in *Giustamm.it*, n. 3, 2017. Nel 2013 era stata avanzata da R. PRODI, *Più risorse abolendo Tar e Consiglio di Stato*, in un articolo pubblicato il 13 agosto 2013 sui quotidiani *Il Messaggero*, *Il Mattino* e *il Gazzettino*. Pur premettendo di non essere un giurista, Prodi sottolineava come “il ricorso a questi tribunali è diventato un fatto normale ogni volta in cui si procede a un appalto o che sia pronunciato l’esito di un concorso pubblico o una qualsivoglia decisione che abbia un significato economico. Il tutto senza sostanziali limiti al ricorso. Il quale blocca regolarmente e per anni gli investimenti infrastrutturali, ferma per periodi quasi indefiniti i concorsi universitari e viene usato per scopi che il buon senso ritiene del tutto estranei a un’efficace difesa dei diritti. (...) Il ricorso al Tar è diventato un comodo e poco costoso strumento di blocco contro ogni decisione che non fa comodo, penetrando ormai in ogni aspetto della vita del paese. La conseguenza è che, in presenza di un’eterna incertezza, i capitali e le energie umane fuggono dall’Italia verso luoghi nei quali quest’incertezza non esiste”.

²⁰ Il riferimento è a M. CAFAGNO, *Contratti pubblici, responsabilità amministrativa e “burocrazia difensiva”*, in *Dir. econ.*, 2018, n. 3, 625-657. Sulla rilevanza della percezione della responsabilità da parte del funzionario nell’ambito del giudizio di comparazione, sia consentito il rinvio a D. PAPPANO, *Potere amministrativo e responsabilità civile. La riconsiderazione delle categorie dogmatiche*, Napoli, 2008, spec. cap. III.

In una ricerca in tema di responsabilità amministrativa di fronte alla Corte dei Conti è stato evidenziato che

Tutte queste disfunzioni contribuiscono in modo graduale alla formazione del consenso intorno a soluzioni normative che, al di là della loro efficacia reale, sono percepite il più delle volte come la “svolta necessaria”, come il “cambio di paradigma” nella gestione della materia. E invece la conseguenza è che si modifica semplicemente di nuovo il quadro normativo non lasciando quel tempo di sedimentazione necessario perché la regola venga acquisita ed assimilata da chi è chiamato ad attuarla. Ogni riforma infatti ha bisogno di tempi di assestamento e invece, in assenza di scelte che assicurino una stabilità di lungo o medio periodo, è destinata se non a fallire, a mostrare evidenti limiti.

Nei successivi paragrafi si cercherà di mettere in evidenza le oscillazioni continue del baricentro della normativa degli appalti pubblici e la mancata individuazione in sede politica di un punto di equilibrio nel contemperamento dei diversi interessi. È però necessario premettere una precisazione in ordine all’orizzonte temporale nel quale la normativa in tema di appalti pubblici ha finora operato per effetto della sua derivazione comunitaria. Il legislatore interno infatti è in parte condizionato dalle modifiche della materia che si susseguono a livello europeo, e che, come si spiegherà meglio nel successivo paragrafo, finiscono di fatto per delimitare “a monte” la prospettiva di lungo periodo delle scelte del legislatore interno.

2. *L’orizzonte di durata finora temporalmente limitato della normativa europea in tema di appalti pubblici*

La stabilità delle scelte normative in materia di appalti pubblici è condizionata da una caratteristica propria e immanente al sistema delle fonti in materia, le cui regole sono in prevalenza di derivazione comunitaria. È stato evidenziato che la normativa europea finora ha proceduto per periodi di consolidamento di dieci anni della disciplina sugli appalti, passati i quali e verificati i risultati prodotti dalla normativa, si è proceduto a livello europeo all’emanazione di nuove direttive che hanno definito il quadro del successivo decennio²¹. Se si guarda agli ultimi 30 anni, il pacchetto di direttive del 92-93 è stato abrogato integral-

in realtà, all’interno del “rischio dell’attività” posto a carico degli agenti pubblici esiste un’antinomia tra il “rischio reale” di essere condannato a risarcire il danno cagionato alla pubblica amministrazione e il “rischio percepito” dal funzionario di una tale evenienza. Ne deriva un assetto nel quale la configurazione della responsabilità amministrativa, e la scelta di politica legislativa di non porre a carico del funzionario i danni derivanti da condotte lievemente colpose, anziché porsi come una ragione di stimolo per l’attività degli agenti pubblici, diventa un disincentivo fonte di disfunzione, in tal senso G. BOTTINO, *Il rischio e la responsabilità amministrativa*, Napoli, 2017, spec. 448 ss.

²¹ Il profilo è sottolineato da C. CONTESSA, *Codice dei contratti pubblici: è il caso di riscriverlo?*, disponibile in www.giustizia-amministrativa.it (gennaio 2019) che esprime così forti perplessità sulla opportunità dell’emanazione di un nuovo codice degli appalti quando già sono passati 5 anni dalle direttive del 2014 attuate dopo 2 anni dal Codice n. 50/2016. L’autore evidenzia che “considerati i tempi per l’esercizio della delega legislativa, un ipotetico nuovo testo (...) non potrebbe vedere la luce prima dell’estate (o dell’autunno) del 2020. Solo a quel punto potrebbe aprirsi la partita per l’adozione della disciplina subprimaria, la quale richiederebbe a propria volta non meno di un ulteriore biennio circa per essere completata. Ne consegue che – ammesso che tutte le tempistiche ipotizzate fossero rispettate – il settore nazionale degli appalti e delle concessioni riuscirebbe a trovare un suo assetto (pressoché) stabile non prima della seconda metà del 2022. Tuttavia, in quel momento storico saranno stati ormai avviati da tempo i negoziati per l’adozione del prossimo ‘pacchetto’ normativo UE (la cui adozione si collocherà prevedibilmente fra il 2022 e il 2024)”.

mente dalle direttive del 2004, e quest'ultime sono poi state sostituite integralmente dalle direttive del 2014 tuttora in vigore e attuate dopo 2 anni con il Codice n. 50/2016²².

Ciò è coerente con l'obiettivo principale della normativa europea, che va tenuto presente dagli interpreti, è quello della creazione di un "mercato comune" degli appalti pubblici, e del progressivo avvicinamento delle legislazioni nazionali, attraverso la regolamentazione fatta per periodi definiti, alla fine dei quali verificare lo stato dell'arte, e programmare la regolamentazione del successivo periodo, anche sulla base di quanto intanto emerso nelle esperienze nazionali e non ancora oggetto di regolamentazione comunitaria²³.

La normativa degli appalti pubblici ha quindi alla base un disallineamento di fondo tra la *ratio* della disciplina europea e la *ratio* della disciplina interna: la prima, animata dalla creazione e difesa del mercato comune degli appalti pubblici, mette l'accento sulla tutela della concorrenza e sulla limitazione della discrezionalità degli Stati e delle stazioni appaltanti in un equilibrio definito a favore dell'emersione sempre maggiore di spazi di mercato.

La seconda, al contrario, nel quadro dei vincoli europei che ne individuano i limiti, è chiamata a fare quelle scelte che invece realizzano in concreto l'equilibrio tra l'esigenza di rispetto di regole e procedure e l'esigenza che l'opera pubblica (nel caso di appalto di lavori) sia realizzata in tempi brevi o comunque ragionevoli, o che il servizio (nel caso di appalti di servizi) sia svolto con efficienza e secondo standard di qualità, o che il bene o il prodotto (in caso di appalti di forniture) abbia caratteristiche adeguate che soddisfino efficacemente le esigenze per cui viene acquisito.

Questo periodo di relativa stabilità, che rappresenta (o almeno ha rappresentato finora) un "dato di fatto" del settore, se letto in termini di teoria delle fonti rappresenta certamente un *handicap* per lo sviluppo di scelte di lungo periodo e va tenuto presente quando ci si

²² Il riferimento è alle direttive 92/50/CE sugli appalti di servizi, 93/37/CE sugli appalti di lavori e 93/38/CEE sugli appalti nei cc.dd. 'settori esclusi', attuate singolarmente nell'ordinamento nazionale. Come noto la normativa è stata completamente sostituita dalle due direttive del 31 marzo 2004, la n. 2004/17/CE (relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori, di forniture e di servizi) e la n. 2004/18/CE (relativa alle procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali), attuate dal d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE). Quest'ultime sono state poi abrogate e sostituite dalle tre direttive del 26 febbraio 2014, la n. 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, la n. 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio sugli appalti pubblici (che abroga la direttiva 2004/18/CE), e la n. 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali (che abroga la direttiva 2004/17/CE). Come noto il legislatore ha dato attuazione alle direttive del 2014, utilizzando tutti i due anni previsti per l'attuazione, e in particolare ha impiegato circa 20 mesi solo per l'approvazione della legge di delega al governo all'attuazione, che è stata infatti adottata solo nel gennaio del 2016 (legge n. 11/2016), riducendo così i tempi per l'approvazione del decreto delegato a soli 4 mesi e restringendo fortemente il tempo per i pareri obbligatori prescritti, ad esempio del Consiglio di Stato, delle Commissioni Parlamentari, ecc.). Il d.lgs. n. 50/2016 è stato approvato il 18 aprile 2016 ed è entrato in vigore il giorno dopo, ed è curioso peraltro che abbia assunto la denominazione di "*Codice dei contratti pubblici*" solo con il relativo decreto correttivo del 2017. Infatti era in precedenza rubricato "Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture".

²³ Si pensi ad esempio al fenomeno degli acquisti aggregati e delle centrali di committenza, rilevanti in termini di tutela della concorrenza e del mercato, ma il cui sviluppo in alcuni stati, come ad esempio l'Italia, ha preceduto la disciplina europea che li ha regolati.

interroga sulla possibilità di una “codificazione” in materia, essendo sicuramente da escludere quella in senso tradizionale²⁴.

Tuttavia, è in questa consapevolezza, e basandosi su questo periodo da ritenere di “ragionevole stabilità”, che le politiche legislative interne dovrebbero orientarsi verso scelte certe nella individuazione del punto di equilibrio tra le opposte esigenze sottese alla regolamentazione della materia degli appalti pubblici e tra i relativi contrastanti interessi coinvolti.

L’esperienza ha invece dimostrato che le scelte del legislatore interno si sono mosse, e continuano a muoversi, su orizzonti temporali molto più brevi; e il discorso non vale solo per il legislatore nazionale, ma anche per il legislatore regionale nei limiti in cui lo spazio di manovra della legge regionale non sia vincolato dalle scelte nazionali a tutela della concorrenza. Non sono mai infatti sufficientemente chiare le linee di fondo delle scelte normative: possono essere condizionate dalla sfiducia verso gli operatori e quindi amplificare i limiti alla discrezionalità delle stazioni appaltanti; oppure al contrario dalla necessità di difendere la elasticità decisionale delle stazioni appaltanti, e in questo caso le scelte oscillano tra il polo della garanzia-rigidità a quello della elasticità-efficienza. La tutela della concorrenza e del mercato può arrivare ad imporre limiti anche alle capacità di autoorganizzazione dell’ente. Inoltre, ulteriore motivo di instabilità delle scelte può essere determinato dal diverso peso di volta in volta attribuito ad interessi per così dire immanenti e trasversali alla materia, e antagonisti rispetto alla tutela della concorrenza, o all’esigenza di elasticità, quali ad esempio la lotta alla c.d. corruzione che negli appalti pubblici trova un significativo campo di azione, o l’interesse alla riduzione della spesa pubblica connessa ai vincoli di bilancio cui sono soggette le pubbliche amministrazioni. La mutevolezza delle scelte del legislatore interno rende così estremamente fluida la stessa attuazione della normativa europea e può penalizzare l’ordinamento nazionale nell’ambito della competizione tra i diversi ordinamenti che la normativa europea può determinare. Qui le scelte dei diversi paesi europei divergono, fino ad arrivare alla Gran Bretagna dove si è dato attuazione alle direttive europee in tema di contratti pubblici con la mera riproduzione del loro testo nella normativa interna (modello di recepimento c.d. *copy out*)²⁵. Senza arrivare ad una simile soluzione, pur auspicata in dottrina²⁶, può però rilevarsi che l’atteggiamento del le-

²⁴ Sul punto v. ancora C. CONTESSA, *Codice dei contratti pubblici: è il caso di riscriverlo?*, cit., soprattutto 6 e 7.

²⁵ Si tratta del “*Public Contracts Regulations 2015 (PCR 2015)*” entrato in vigore il 26 febbraio 2015. Il metodo del “*copy out*” è stato condiviso dalle principali associazioni di categoria e il testo finale è un regolamento di 122 norme che ricalcano in sostanza la direttiva 2014/24/UE. Come sottolineato da P. PALATINI, *Il processo di recepimento delle direttive in Gran Bretagna*, in A. PAJNO-L. TORCHIA (a cura di), *La nuova disciplina dei contratti pubblici: le regole, i controlli, il processo*, *Paper Astrid*, 2015, 53, «allo scopo di non ridurre, mediante l’imposizione di ulteriori vincoli normativi, la maggiore libertà di movimento e la discrezionalità offerta dal legislatore europeo, il metodo seguito nell’attuazione della direttiva è stato quello del cd. “*copy-out*”, ossia quello di ricopiare il testo stesso, ricalcandone forma e sostanza quanto più possibile, evitando così l’introduzione di ostacoli o limitazioni non necessari (...). Il risultato finale di questo procedimento è quindi un testo che ricalca, anche nella struttura, la direttiva 2014/24/UE. Si tratta di un regolamento composto da 122 disposizioni, a fronte dei 94 articoli della direttiva, che segue pedissequamente lo schema europeo, ad eccezione della Parte Terza, “*Remedies*”, non presente nel testo da recepire e dedicata agli aspetti processuali. Questa parte non è sostanzialmente nuova, in quanto riprende integralmente le previsioni della precedente regolamentazione, contenute nel PCR 2006».

²⁶ Secondo F. SCIAUDONE, *Le nuove direttive appalti e concessioni*, in C. FRANCHINI-F. SCIAUDONE (a cura di), *Il recepimento in Italia delle nuove direttive appalti e concessioni. Elementi critici e opportunità*, Napoli, 2015, 17) è “auspicabile – e non più rinviabile – un recepimento delle Direttive 2.0 orientato al “*copy out*”, e “con tale modalità, il legislatore nazionale recepisce le direttive europee, limitandosi a quanto strettamente ne-

gislatore italiano non è lineare. La legge delega n. 11/2016 ha infatti previsto tra i criteri direttivi il “divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive”²⁷ (c.d. divieto di *gold plating*), che tuttavia, se lo si intende in senso restrittivo²⁸, non è stato rispettato già nel codice, quando si sono introdotte regole e istituti non richiesti dalla normativa europea. È evidente che non tutto quanto non è richiesto dalle direttive, ma imposto dal legislatore interno, rappresenti *tout court* un inutile appesantimento della normativa perché può essere giustificato dalla tutela di specifici interessi²⁹. La vera *ratio* dell’istituto dovrebbe essere riferita invece alla necessità di evitare disallineamenti eccessivi tra la singola normativa nazionale e quelle degli altri Stati membri, soprattutto rispetto all’atteggiamento nei confronti dell’impresa pubblica e al diverso grado di tutela della concorrenza ed apertura dei mercati nazionali.

Eventuali eccessi di regolazione si scongiurano infatti con programmi di azione stabili e consapevoli da parte del legislatore: ciò può rendere addirittura inutili aprioristici divieti che, al contrario, rischiano di trasformarsi in fattori di ulteriore complicazione.

La disciplina degli appalti pubblici è destinata quindi a rimanere in una dimensione di

cessario rispetto all’impianto normativo europeo. I vantaggi che ne deriverebbero anche nel nostro ordinamento nazionale sono evidenti. In termini generali, la citata tecnica limita l’iperegolamentazione nazionale, crea condizioni maggiormente omogenee tra le discipline degli Stati membri, agevola l’attività d’impresa, riduce i problemi derivanti dal corretto recepimento delle direttive e tende in linea di principio a ridurre il fenomeno del contenzioso amministrativo, che molto spesso è originato proprio da problemi di coordinamento tra diritto nazionale ed europeo. Ma non solo. Il *copy out* consente di semplificare enormemente il recepimento dell’atto sovranazionale (anche in termini di brevità per il processo legislativo) e, al contempo, di ridurre la discrezionalità delle pubbliche amministrazioni, ma produce un effetto ulteriore: evita il troppo frequente ricorso alla legislazione speciale nel settore dei contratti pubblici, spesso giustificato proprio dalla necessità di superare la eccessiva rigidità delle procedure ordinarie introdotte”.

²⁷ Art. 1, co. 1, lett. a) della legge di delega.

²⁸ In questo senso violerebbe il divieto di *gold plating* la disciplina sotto soglia comunitaria, potendo lo stato membro anche non dettarne alcuna, fermo restando il rispetto dei principi del diritto comunitario e il divieto di discriminazioni in base alla nazionalità della libertà di stabilimento. Lo violerebbe la previsione che impone la quota che può essere oggetto di subappalto, censurata nella recente diffida della Commissione Europea, i cui rilievi non sono stati superati dallo sblocca cantieri e dalla sua legge di conversione che hanno solo portato la quota dal 30% al 40%, ma fino al 31 dicembre 2020, e che la Corte di Giustizia ha da ultimo dichiarato incompatibile con il diritto europeo (sent. 26 settembre 2019, causa C-61/18). Lo violerebbe la gran parte dell’art. 80 del Codice relativo ai requisiti di partecipazione previsti a pena di esclusione, la cui portata è molto più restrittiva di quanto richiesto dalle direttive. Lo violerebbero le norme che impongono in determinati settori la partecipazione di privati ai capitali di società pubbliche. Lo violerebbe la quasi totalità delle norme che impongono adempimenti e oneri connessi alla prevenzione della corruzione. E gli esempi potrebbero continuare.

²⁹ Come è stato evidenziato da L. TORCHIA, *La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari* (relazione al 61° Convegno di studi amministrativi di Varenna, 17-19 settembre 2015 su “La nuova disciplina dei contratti pubblici fra esigenze di semplificazione, rilancio dell’economia e contrasto alla corruzione”, disponibile all’indirizzo <https://images.irpa.eu/wp-content/uploads/2015/09/Torchia-Varenna-direttiva-appalti.pdf>) “una corretta e seria applicazione del divieto di *gold plating* richiederebbe che il legislatore delegato individuasse prima i livelli minimi e necessari di regolazione e misurasse contro questa ricognizione sia le misure già esistenti, per eliminare quelle sovrabbondanti, sia le misure di riordino e razionalizzazione, per evitare che esse riproducano un eccesso di regolazione. Il divieto si dovrebbe applicare, inoltre, alle norme di recepimento come a quelle di riordino, verificando anche se queste ultime siano tutte necessarie ai fini del recepimento o trovino comunque una loro specifica giustificazione. Le norme andrebbero valutate, inoltre, per l’impatto prodotto in passato (o, quando possibile, per l’impatto presumibile in futuro, ma questa seconda è una operazione assai più difficile)”. Si veda anche G. BRUZZONE-M. CASELLA-R. MARZULLI, *Portata del divieto di gold plating*, in A. PAJNO-L. TORCHIA (a cura di), *La nuova disciplina dei contratti pubblici: le regole, i controlli, il processo*, cit., 19 ss.

instabilità e incertezza se anche durante il limitato periodo di stabilità delineato dalla normativa europea, nella disciplina di attuazione e negli ambiti di competenza nazionale, il peso degli interessi contrapposti coinvolti non è adeguatamente governato da decisioni politiche del legislatore interno che si assumano la responsabilità di trovare un loro punto di equilibrio ragionevolmente stabile.

3. *Gli appalti pubblici tra complessità e complicazione: le principali fibrillazioni della normativa interna*

Se si guarda alla produzione interna delle regole in tema di contratti pubblici negli ultimi anni, la materia è stata caratterizzata da una irrequietezza di fondo che ha portato alla costruzione di un quadro normativo complicato frutto del susseguirsi delle diverse soluzioni normative e dei relativi periodi transitori

La volatilità delle scelte non può che compromettere la possibilità di delineare un quadro di interventi chiaro di cui possano beneficiare tanto le amministrazioni rispetto alla programmazione dei loro bisogni e attività, quanto le imprese rispetto all'elaborazione delle strategie imprenditoriali. L'incapacità di imporre il sacrificio di un dato interesse rispetto ad un altro antagonista rende eccessivamente compromissori gli interventi normativi decisi sulla base di equilibri precari destinati presto a mutare. E in assenza di un visione se non di medio-lungo periodo, almeno ragionevolmente stabile, i motivi di fibrillazione non possono che amplificarsi quando sulla scena irrompono fattori esogeni che impongono soluzioni normative emergenziali, percepite come indifferibili e necessarie; oppure quando si alimenta la convinzione negli addetti ai lavori e nell'opinione pubblica che l'inefficienza del settore abbia un colpevole ben determinato che va combattuto con fermezza, dando così luogo a soluzioni normative percepite come salvifiche.

Quando tutto ciò accade la normativa si sbilancia su uno specifico interesse che viene massimizzato con sacrificio di tutti gli altri diventando l'asse portante della normativa. Ma si tratta di un interesse solo temporaneamente prevalente o perché imposto da fattori esogeni transitori, o perché frutto di visioni palinogenetiche la cui carica innovatrice è destinata prima o poi ad attenuarsi, dando luogo prima a ripensamenti su aspetti specifici e, presto o tardi, ad un ritorno al passato.

Si pensi ad esempio a quanto è accaduto negli ultimi anni per effetto della crisi economica che ha reso prevalente anche in tema di appalti l'esigenza di riduzione della spesa e motivato una serie di norme orientate ad ottenere risparmi di spesa a prezzo di notevoli sacrifici di interessi differenti. Oppure a quanto sta accadendo intorno al fenomeno della corruzione, e all'esigenza di prevenirla, e sanzionarla, divenuta anche in materia di appalti pubblici un interesse centrale che ne ha in un certo senso sbilanciato l'assetto, dando luogo ad un potenziamento del ruolo dell'ANAC e dei relativi poteri, attraverso l'attribuzione ad essa di strumenti di regolazione flessibile, impropriamente definiti di *soft law*, che hanno rappresentato una delle principali novità del Codice n. 50/2016 in discontinuità netta rispetto alla precedente normativa. Dopo un periodo di attuazione, e l'emanazione di molte linee-guida ANAC, il decreto sblocca cantieri a soli tre anni dall'entrata in vigore del Codice n. 50/2016, ha previsto il superamento del meccanismo delle linee-guida e della pluralità di fonti di attuazione, recuperando il modello del regolamento unico come nella precedente normativa.

Nei prossimi paragrafi si darà conto delle principali fibrillazioni della normativa interna legate alla dinamica di questi fenomeni.

3.1. *L'instabilità derivante dalla volontà di massimizzazione di tutte le istanze, anche quando contrastanti*

Innanzitutto, l'assenza di una linea d'azione univoca fa sì che vengano accolte tutte le istanze, oppure quella che temporaneamente o apparentemente prevale sulle altre, con l'effetto di un rimaneggiamento continuo della disciplina sia su aspetti puntuali, sia su istituti più ampi e significativi, man mano che gli interessi, mediante attività di "lobbying", ottengono tutela. Non è un caso se le leggi di bilancio (e in passato le leggi di stabilità e finanziarie) contengono costantemente modifiche alla normativa. Le modifiche, come peraltro testimoniato da ultimo anche dalle più recenti vicende, hanno spesso portata breve, nel senso che novità presentate come epocali vengono poi contraddette a distanza di breve tempo, oppure, novità introdotte con decreto legge, e che quindi dovrebbero essere motivate da necessità e urgenza, a volte non superano il vaglio della legge di conversione, e così via.

Basta volgere l'attenzione alle vicende di alcuni istituti per rendersene conto e che rappresentano solo alcuni degli eclatanti esempi che si possono fare.

Si pensi a quanto accaduto con riferimento ai criteri di aggiudicazione, laddove dall'iniziale equivalenza del d.lgs. n. 163/2006 che poneva sullo stesso piano il criterio del prezzo più basso e quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, si è passati nel Codice n. 50/2016 all'adozione dell'offerta economicamente più vantaggiosa come criterio preferenziale e generale, relegando ad eccezione il criterio del prezzo più basso³⁰. Nel d.l. n. 32/2019 (sblocca cantieri) quest'ultimo è stato di nuovo assunto a regola, rispetto al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, divenuta eccezione da motivare³¹, tuttavia, con la legge di conversione n. 55/2019, i due criteri assumono di nuovo pari dignità rimettendo alla stazione appaltante la scelta tra l'uno o l'altro.

Si pensi ancora alle modifiche susseguites a distanza di poco tempo con riguardo alle soglie di cui all'art. 36 del Codice n. 50/2016 per i contratti il cui valore si pone al di sotto della soglia comunitaria. Dopo l'approvazione del Codice, l'articolo è stato oggetto di rimaneggiamento nel d.lgs. n. 56/2017 (c.d. correttivo)³², nella legge di bilancio 2019 che solo per il 2019 modifica ulteriormente le soglie e il numero di operatori da invitare³³, nel

³⁰ Ai sensi del Codice n. 50/2016, il criterio del prezzo più basso poteva essere utilizzato soltanto per: a) i lavori di importo pari o inferiore a 1.000.000 di euro, tenuto conto che la rispondenza ai requisiti di qualità è garantita dall'obbligo che la procedura di gara avvenga sulla base del progetto esecutivo; b) i servizi e le forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato; c) i servizi e le forniture di importo inferiore alla soglia di cui all'art. 35, caratterizzati da elevata ripetitività, fatta eccezione per quelli di notevole contenuto tecnologico o che hanno un carattere innovativo.

³¹ V. il co. 9-bis introdotto nell'art. 36 del d.lgs. n. 50/2016. Il comma fa però salvi i contratti di cui al co. 3 dell'art. 95 del Codice.

³² In particolare l'art. 35, del d.lgs. n. 57/2017, nell'affidamento di tali contratti secondo la modalità della procedura negoziata aumenta il numero degli operatori economici da invitare alla gara: da 5 ad almeno 10, per gli affidamenti di lavori di importo compreso fra euro 40.000 ed euro 150.000; e da 10 a 15 per i lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 1.000.000 di euro.

³³ L'art. 1, co. 912, della legge 30 dicembre 2018, n. 145 (bilancio 2019), ora abrogato, aveva innalzato ulte-

decreto sblocca cantieri, che abroga la deroga prevista dalla citata legge di bilancio e modifica ulteriormente, innalzandola a 200.000 euro, la soglia per l'affidamento dei lavori con procedura negoziata³⁴, e infine nella legge di conversione del citato decreto che ripristina la soglia di 150.000 per l'affidamento diretto di lavori.

Si pensi ancora alla tormentata disciplina del subappalto³⁵, dove le preoccupazioni legate alla lotta alla criminalità organizzata, non sono arrivate fino ad un irrealistico divieto, ma ne hanno tuttavia reso mobili gli oneri ad esso connessi e i limiti di ammissibilità fissati in percentuale dell'importo del contratto. Come noto, ai sensi dell'art. 105 del d.lgs. n. 50/2016 l'affidamento da parte dell'appaltatore a terzi dell'esecuzione di parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto d'appalto non poteva superare la quota del 30% dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture. La percentuale è stata innalzata dal d.l. sblocca cantieri al 50%, e ridotta ora, ma fino al 31 dicembre 2020, dalla legge di conversione n. 55/2019, al 40%³⁶. Con ciò peraltro non si è data una risposta adeguata ai rilievi mossi dalla Commissione europea con la diffida del gennaio del 2019 citata in precedenza che ne contestava la legittimità. E da ultimo la Corte di Giustizia (sent. 26 settembre 2019, causa C-63/18) ha ritenuto incompatibile con il diritto comunitario una normativa nazionale che limita al 30% la parte dell'appalto che l'offerente è autorizzato a subappaltare a terzi. Analogo il discorso con riferimento all'obbligo di indicare in sede di appalto una terna di subappaltatori contestato anch'esso dalla citata diffida della Commissione, e che è stato modificato nello sblocca cantieri e contestualmente sospeso fino al 31 dicembre 2020³⁷.

Si pensi infine con riferimento ai problemi di ordine processuale alle vicende del rito c.d. superaccelerato. L'istituto, introdotto dall'art. 204 del Codice n. 50/2016³⁸, equiparava *ex lege* i provvedimenti di ammissione a quelli di esclusione, imponendone l'immediata impugnazione entro 30 giorni dalla loro pubblicazione. Come noto, la sua introduzione mirava a definire la platea dei soggetti ammessi alla procedura prima dell'esame delle offerte e dell'aggiudicazione per evitare che questa fosse rimessa in discussione per motivi che concernessero i requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico professionali di partecipazione. Ciò avrebbe comportato maggiore certezza e celerità nello svolgimento della

riormente la soglia per l'affidamento diretto di lavori pubblici, nonché la soglia della procedura negoziata e ridotto il numero di operatori economici da invitare da 10 a 3. Ciò "nelle more di una complessiva revisione del codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, e fino al 31 dicembre 2019".

³⁴ Il d.l. n. 32/2019 per l'affidamento di lavori con procedura negoziata innalza la soglia da euro 150.000 a 200.000 e prevede l'obbligo di ricorrere alla procedura aperta per i lavori di importo pari o superiore a 200.000 euro e fino alle soglie di cui all'art. 35, del d.lgs. n. 50/2016.

³⁵ Disciplinato dall'art. 118 del Codice del 2006, più volte modificato dal susseguirsi dei vari correttivi e disposizioni speciali o derogatorie di cui al d.lgs. 31 luglio 2007, n. 113, al d.lgs. 11 settembre 2008, n. 152, alla legge 11 novembre 2011, n. 180, al d.l. 23 dicembre 2013, n. 145, convertito, con modificazioni, dalla legge 21 febbraio 2014, n. 9, e oggi ridisciplinato integralmente dall'art. 105, del d.lgs. n. 50/2016.

³⁶ Art. 1, co. 18, primo periodo, della legge n. 55/2019.

³⁷ In particolare l'art. 105, co. 6, del d.lgs. n. 50/2016, già modificato da d.lgs. n. 56/2017 (c.d. correttivo), è stato abrogato dal d.l. n. 32/2019 (in vigore dal 19 aprile 2019), e l'abrogazione non è stata confermata dalla legge di conversione n. 55/2019 in vigore dal 18 giugno 2019, che ai sensi dell'art. 1, co. 18, ha però sospeso l'efficacia fino al 31 dicembre 2020.

³⁸ L'art. 204 del Codice n. 50/2016 aveva introdotto il co. 2-*bis*, nell'art. 120 del Codice del processo amministrativo (d.lgs. n. 104/2010).

procedura³⁹ e contribuito anche a ridurre il fenomeno dei c.d. ricorsi incrociati escludenti che aveva dato origine ad un contrasto tuttora in essere tra il Consiglio di Stato e la Corte di Giustizia, la cui ultima pronuncia è del 5 settembre 2019⁴⁰. L'istituto, la cui compatibilità con la normativa europea è stata affermata dalla Corte di Giustizia⁴¹, e sul quale pendeva però una questione di incostituzionalità per violazione del diritto di difesa⁴², è stato ora stato abrogato dal d.l. n. 32/2019 (sblocca cantieri)⁴³, anche in ragione di alcune criticità emerse in sede di applicazione.

In tutti questi casi, e in molti altri che potrebbero farsi, che si sia sbagliato prima con una superficiale valutazione al momento della introduzione della normativa, o che sia sbagliato ora con abrogazioni o modifiche non sufficientemente ponderate, non è questa la sede per stabilirlo, tuttavia, ciò che è certo è che continue parentesi normative oltre a consumare *medio tempore* energie e risorse, lasciano in eredità complicate discipline transitorie che amplificano le incertezze.

³⁹ Come evidenziato dal Consiglio di Stato si tratta di un «nuovo modello complessivo di contenzioso a duplice sequenza, disgiunto per fasi successive del procedimento di gara, dove la raggiunta certezza preventiva circa la *res* controversa della prima è immaginata come presupposto di sicurezza della seconda», così Cons. Stato, Sez. V, 14 marzo 2017, n. 1059.

⁴⁰ La Corte di Giustizia (sent. 5 settembre 2019, causa C-333/18) ha stabilito che la normativa comunitaria relativa ai ricorsi in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici “osta a che un ricorso principale, proposto da un offerente che abbia interesse ad ottenere l’aggiudicazione di un determinato appalto, e che sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione del diritto dell’Unione in materia di appalti pubblici o delle norme che traspongono quest’ultimo, ed inteso ad ottenere l’esclusione dell’offerente, venga dichiarato irricevibile in applicazione delle norme o delle prassi giurisprudenziali procedurali nazionali disciplinanti il trattamento dei ricorsi intesi alla reciproca esclusione, quali che siano il numero di partecipanti alla procedura di aggiudicazione dell’appalto e il numero di quelli che hanno presentato ricorsi”. Sulla questione dei ricorsi incrociati escludenti si rinvia al contributo di A. GRAZZINI contenuto in questo volume e a A. CACCIARI, *Morte dell’incidentale paralizzante* (12/10/2019), in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴¹ La Corte di Giustizia, ordinanza 14 febbraio 2019, n. C-54/18, ha precisato che la normativa europea “non osta ad una normativa nazionale (...) che prevede che, in mancanza di ricorso contro i provvedimenti delle amministrazioni aggiudicatrici recanti ammissione degli offerenti alla partecipazione alle procedure di appalto pubblico entro un termine di decadenza di 30 giorni dalla loro comunicazione, agli interessati sia preclusa la facoltà di eccepire l’illegittimità di tali provvedimenti nell’ambito di ricorsi diretti contro gli atti successivi, in particolare avverso le decisioni di aggiudicazione, purché tale decadenza sia opponibile ai suddetti interessati solo a condizione che essi siano venuti o potessero venire a conoscenza, tramite detta comunicazione, dell’illegittimità dagli stessi lamentata”. La questione pregiudiziale era stata sollevata da Tar Piemonte, I, ordinanza 17 gennaio 2018, n. 88.

⁴² La questione di incostituzionalità era stata sollevata dal Tar Puglia, III, ordinanza 20 giugno 2018, n. 903 per contrasto con gli artt. 3, co. 1, 24, co. 1 e 2, 103, co. 1, 111, co. 1 e 2, 113, co. 1 e 2 e 117, co. 1, Cost. e 6 e 13 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali nella parte in cui la normativa onera l’impresa partecipante alla gara ad impugnare immediatamente le ammissioni delle altre imprese partecipanti alla stessa gara, pena altrimenti l’incorrere nella preclusione a far valere l’illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale.

⁴³ L’art. 1, co. 4, del d.lgs. n. 32/2019 ha abrogato i co. 2-*bis* e 6-*bis*, dell’art. 120 del Codice del processo amministrativo (d.lgs. n. 104/2010). In effetti, l’istituto aveva fatto emergere alcune difficoltà operative: si pensi all’ambito oggettivo di applicazione, al rapporto con le varie impugnazioni dell’aggiudicazione, al coordinamento con la tutela cautelare, alla definizione del contraddittorio, alla misura del contributo unificato.