

PREMESSA

Il volume raccoglie le lezioni in materia di contrattualistica pubblica tenute da magistrati amministrativi, avvocati ed esperti del settore, all'interno del ciclo di incontri denominato "Tavole rotonde di diritto amministrativo" previsto tra le attività di approfondimento del corso di Diritto amministrativo II che ho tenuto negli anni accademici 2017/2018 e 2018/2019 presso il "Dipartimento di giurisprudenza, economia, politica e lingue moderne" dell'Università Lumsa di Roma (laurea magistrale in giurisprudenza).

Il programma del corso incentrato sul processo amministrativo è arricchito da un parte monografica dedicata agli appalti pubblici, e in particolare al contenzioso in materia.

La scelta contenutistica si lega ad una considerazione di ordine pratico e a due di ordine teorico.

Sul piano pratico il contenzioso appalti rappresenta una percentuale rilevante dei processi inanzi al giudice amministrativo e in un corso sul processo amministrativo un approfondimento specifico sugli appalti è di sicura utilità per la formazione degli studenti.

Sul piano teorico, invece, la scelta si lega innanzitutto alla considerazione che gli appalti pubblici e le relative categorie dogmatiche offrono, forse più che in altri ambiti, la possibilità di approfondimenti in termini di teoria generale sui profili di diritto sostanziale maggiormente coinvolti nelle controversie giurisdizionali, e ciò consente una più piena comprensione sul piano teorico anche degli strumenti processuali.

Inoltre nel settore del contenzioso appalti, avvocati e giudici operano in un quadro normativo frutto molto spesso di equilibri precari tra interessi contrastanti, destinati presto a cambiare, che lo rendono fluido e mutevole.

Ciò oltre che ad aumentare il contenzioso, amplifica il ruolo di entrambi: dell'avvocato nella ricerca di linee interpretative originali ma coerenti nella tutela degli assistiti; del giudice, chiamato, più che in altri settori, ad un'opera di creazione e integrazione del diritto, e quindi in un certo senso a supplire a scelte regolatorie incerte e instabili.

In un simile contesto, un corso dedicato al processo amministrativo con uno specifico *focus* sul contenzioso appalti, arricchito dallo studio dei profili di ordine sostanziale che ne sono coinvolti, può contribuire a comprendere più approfonditamente gli strumenti processuali anche sul piano della loro dinamica reale di funzionamento.

Nell'attuale contesto di stabile mutevolezza della normativa sugli appalti pubblici, il volume, diretto agli studenti della laurea magistrale in giurisprudenza, dopo un mia riflessione che cerca di mettere in evidenza le cause dell'incertezza normativa, offre alcuni approfondimenti su tematiche specifiche di ordine sostanziale e processuale in materia di procedure ad evidenza pubblica.

Si tratta di tematiche molto delicate alcune delle quali hanno dato luogo a contrasti di giurisprudenza anche tra giudice nazionale ed europeo. Mi riferisco, ad esempio, alla que-

stione del rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale, su cui la Corte di Giustizia è tornata a pronunciarsi da ultimo il 5 settembre 2019, oppure alla questione della immediata impugnabilità del bando di gara che è stata di recente di nuovo oggetto di rinvio all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, così come le questioni della responsabilità precontrattuale e dell'autotutela decisoria nelle procedure di gara.

La selezione degli argomenti da inserire nel volume è stata effettuata in ragione degli approfondimenti di teoria generale che questi offrono, sia sul piano sostanziale, sia su quello processuale, tenendo tuttavia presente anche le esigenze didattiche.

La scelta ha quindi necessariamente carattere stipulativo e sacrifica molte altre tematiche in materia egualmente rilevanti. In ogni caso il volume cerca di tenere insieme esigenze didattiche e necessità di approfondimento scientifico.

Ringrazio gli autori dei contributi presenti nel volume, in primo luogo, per il loro intervento alle citate "Tavole rotonde di diritto amministrativo", poi per aver svolto il più gravoso compito di trasformare il loro intervento in un testo che rielabora ed approfondisce i contenuti della lezione, e infine per la rinnovata disponibilità a partecipare agli incontri previsti anche nell'anno accademico che sta per iniziare.

Il mio contributo iniziale sulla instabilità della normativa in materia di appalti pubblici e i contributi del dr. A. Cacciari (sulle problematiche legate ai termini decadenziali nelle procedure di gara), dell'avv. F. Dinelli (sull'immediata impugnazione del bando di gara), del dr. A. Giani (sul principio di rotazione), dell'avv. A. Grazzini (sui ricorsi incrociati escludenti), dell'avv. F. Grassi (sulla legittimazione ad agire dell'Anac), e dell'avv. F. Salierno (sui criteri di valutazione delle offerte) sono confluiti anche in un volume più ampio, intitolato "Contratti delle pubbliche amministrazioni. Questioni attuali", e già pubblicato dalla Giappichelli, frutto di una riflessione più generale in materia di contratti delle pubbliche amministrazioni e curato insieme a G.M. Caruso e D. D'Alessandro, colleghi del mio Dipartimento di Scienze politiche e sociali dell'Università della Calabria che ne ha finanziato la pubblicazione.

Sono invece inediti il mio contributo sulla responsabilità precontrattuale nelle procedure di gara e i contributi sulle clausole di esclusione e sull'autotutela nei contratti pubblici, scritti rispettivamente dall'avv. G. Befani e dall'avv. F. Grassi, che approfitto per ringraziare anche per la loro preziosa collaborazione alle attività legate al corso.

Roma, 27 settembre 2019

Danilo Pappano

CAPITOLO I
LA STABILE MUTEVOLEZZA DELLA DISCIPLINA
DEGLI APPALTI PUBBLICI

Danilo Pappano *

SOMMARIO: 1. 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 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.

1. *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 cc.dd. operazioni di *spending review* e i periodici interventi di ordine puntuale o più ampio, apportate sulla base di quanto stabilito con le annuali manovre finanziarie o con decreti-legge dal forte impatto mediatico³. In attesa dell'esercizio della citata delega e del nuovo codice, si

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

Il lavoro ripropone con modifiche e diverso titolo il capitolo introduttivo del volume *“Contratti delle amministrazioni pubbliche. Questioni attuali”*, a cura di G.M. Caruso, D. D'Alessandro, D. Pappano, Giappichelli, 2019.

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 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

è da ultimo ampiamente modificato il quadro normativo mediante il d.l. n. 32/2019⁴, 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 materia⁵, che restituisca "*alle disposizioni semplicità e chiarezza di linguaggio*"⁶, 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*"⁷; 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 (...)*"⁸, che promuova "*la discrezionalità e la responsabilità delle stazioni appaltanti*"⁹.

disciplina in tema di esclusione per gravi illeciti professionali (art. 80, co. 5, lett. c), 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 150.000 ed inferiori a 300.000 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 1.000 a 5.000 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 d.l. 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.

⁴ 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".

⁵ 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 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, nonché del d.lgs. 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.

⁶ 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".

⁷ Si tratta del criterio direttivo dell'art. 1, co. 2, lett. a) del disegno di legge delega.

⁸ Così il criterio direttivo dell'art. 1, co. 2, lett. d) del disegno di legge delega, che aggiunge "al fine di ridurre 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".

⁹ 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 mede-

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 comunitario¹⁰, è stato adottato in una logica analoga di riordino di parte della materia¹¹, ma sulla base di ulteriori motivazioni economiche, e in particolare l'obiettivo è di incidere sull'aumento del prodotto interno lordo del Paese¹².

L'incertezza programatoria 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).

Come è evidente anche soltanto le vicende più recenti, finora sinteticamente descritte,

sime 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 realizzata nel decreto-legge sblocca cantieri e nella relativa legge di conversione.

¹⁰ 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, 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.

¹¹ 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 edilizi 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".

¹² 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.

segnalano un quadro normativo molto complesso e frastagliato, frutto di una continua stratificazione della normativa determinata da un ininterrotto ma disordinato “flusso legislativo”¹³ 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 italiano¹⁴.

In 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”¹⁵. 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.

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*”¹⁶, 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

¹³ 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, 9 luglio 2019.

¹⁴ 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>. La Relazione annuale al Parlamento dell'ANAC sull'attività svolta nel 2018 (presentata il 6 giugno 2019, e a cui si rinvia per la lettura della dettagliata analisi), evidenzia un valore complessivo degli appalti di importo pari o superiore a 40.000 euro per entrambi i settori ordinari e speciali nel 2018 attestatosi 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.

¹⁵ 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 D. PAPPANO (coord. a cura di), *Il diritto amministrativo nell'evoluzione della scienza giuridica. Saggi e scritti scelti di G. Rossi*, Torino, 2019 voll. I, II, III.

¹⁶ 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.

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 paese¹⁷.

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 contenuto¹⁸.

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, fini-

¹⁷ 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).

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 artt. 103, primo comma, e 125 e modifiche agli artt. 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 [5532].

¹⁸ 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 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.

scono 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 decennio¹⁹. Se si guarda agli ultimi 30 anni, il pacchetto di direttive del 92-93 è stato abrogato integralmente 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. 50/2016²⁰.

¹⁹ 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)”.

²⁰ 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 2004/17/CE (relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori, di forniture e di servizi) e la 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 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, sull’aggiudicazione dei contratti di concessione, la 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio sugli appalti pubblici (che abroga la direttiva 2004/18/CE), e la 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”.

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 comunitaria²¹.

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 interroga sulla possibilità di una "codificazione" in materia, essendo sicuramente da escludere quella in senso tradizionale²².

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 e 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

²¹ 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. Rispetto a questo obiettivo e questo lasso di tempo limitato, si articolano poi le scelte normative interne, sia in riferimento alla specifica attuazione della normativa europea, sia rispetto alla regolamentazione degli ambiti non coinvolti da questa e di competenza nazionale.

²² Sul punto v. ancora C. CONTESSA, *Codice dei contratti pubblici: è il caso di riscriverlo?*, cit., soprattutto 6 e 7.

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 ciò può penalizzare l'ordinamento nazionale anche 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*)²³. Senza arrivare ad una simile soluzione, pur auspicata in dottrina²⁴, può però rilevare che l'atteggiamento del legislatore 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"²⁵ (c.d. divieto di *gold plating*), che tuttavia, se lo si intende in senso restrittivo²⁶, 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,

²³ Si tratta del "Public Contracts Regulations 2015 (PCR 2015)" entrato in vigore il 26 febbraio 2015, ed è già previsto entro il 2015 l'avvio dell'analogo *iter* di attuazione anche per le concessioni e le *utilities* (13); 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.

²⁴ 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 necessario 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'iper regolamentazione 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".

²⁵ Art. 1, co. 1, lett. a) della legge delega.

²⁶ 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 rilevi 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 (sentenza 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.

ma imposto dal legislatore interno, rappresenta *tout court* un inutile appesantimento della normativa perché può essere giustificato dalla tutela di specifici interessi²⁷. La vera *ratio* dell'istituto dovrebbe essere riferita allora 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 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 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

²⁷ 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)".

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 di attuazione 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 prefe-

renziale e generale, relegando ad eccezione il criterio del prezzo più basso²⁸. 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 motivare²⁹, 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 susseguitesì a distanza di poco tempo con riguardo alle soglie di cui all'art. 36 del Codice n. 50/2016 per i contratti di cui il 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)³⁰, nella legge di bilancio 2019 che solo per il 2019 modifica ulteriormente le soglie e il numero di operatori da invitare³¹, nel 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 negoziata³², e infine nella legge di conversione del citato decreto che ripristina la soglia di 150.000 euro per l'affidamento diretto di lavori.

Si pensi ancora alla tormentata disciplina del subappalto³³, 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%³⁴. Con ciò peraltro non si è data una risposta ade-

²⁸ 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.

²⁹ V. il co. 9-*bis* introdotto nell'art. 36, d.lgs. n. 50/2016. Il comma fa però salvi i contratti di cui al co. 3 dell'art. 95 del Codice.

³⁰ In particolare l'art. 35, 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.

³¹ L'art. 1, co. 912, legge 30 dicembre 2018, n. 145 (bilancio 2019), ora abrogato, aveva innalzato ulteriormente 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 e i contratti pubblici di cui al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, e fino al 31 dicembre 2019".

³² 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.

³³ 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, d.lgs. n. 50/2016.

³⁴ Art. 1, co. 18, primo periodo, legge n. 55/2019.

guata ai rilievi mossi dalla Commissione europea con la diffida del gennaio del 2019 citata in precedenza che ne ha contestava la legittimità. E da ultimo la Corte di Giustizia (sentenza 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 2020³⁵.

Si pensi infine con riferimento ai problemi di ordine processuale alle vicende del rito c.d. super accelerato. L'istituto, introdotto dall'art. 204 del Codice n. 50/2016³⁶, 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 procedura³⁷ 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 2019³⁸. L'istituto, la cui compatibilità con la normativa europea è stata affermata dalla Corte di Giustizia³⁹, e sul quale pendeva però una questione di incostituzionalità per violazione del diritto di difesa⁴⁰, è stato ora

³⁵ In particolare l'art. 105, co. 6, 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.

³⁶ L'art. 204 del Codice n. 50/2016 aveva introdotto il co. 2-*bis* nell'art. 120 c.p.a., d.lgs. n. 104/2010.

³⁷ 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.

³⁸ Sul punto si rinvia al contributo di A. Grazzini contenuto in questo volume e a A. CACCIARI, *Morte dell'incidentale paralizzante* (12 ottobre 2019), in www.giustizia-amministrativa.it.

³⁹ La Corte di Giustizia, ord. 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, Sez. I, ord. 17 gennaio 2018, n. 88.

⁴⁰ La questione di incostituzionalità era stata sollevata dal Tar Puglia, Sez. III, ord. 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.

stato abrogato dal d.l. n. 32/2019 (sblocca cantieri)⁴¹, 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 si sia sbagliato poi 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.

3.2. *L'instabilità derivante dalla temporanea prevalenza di un interesse sugli altri imposta da fattori esogeni*

In un quadro di debolezza decisionale, nel quale il legislatore sembra sempre più navigare a vista, un ulteriore motivo di fibrillazione è dato dal verificarsi di fattori esogeni che determinano la prevalenza di un profilo sull'altro e fanno pendere il piatto della bilancia verso la tutela di una esigenza specifica. Gli interventi normativi diventano meno compromissori, è più facile vincere le opposte resistenze, ma tutto ciò accade in una dimensione emergenziale, piuttosto che in esecuzione di un preciso disegno di riforma da attuare.

Ciò è accaduto per effetto della recente crisi-economica finanziaria che, come noto, riducendo le risorse finanziarie a disposizione, ha imposto la riduzione drastica e in tempi brevi della spesa pubblica. L'alluvione normativo di taglio della spesa pubblica, previsto negli interventi di c.d. *spending review*, ha investito anche la materia dei contratti delle pubbliche amministrazioni con l'obiettivo di determinare risparmi di spesa, tanto che la dottrina ha sì è interrogata sul piano scientifico sugli effetti della *spending review* sulla materia⁴².

La c.d. normativa della crisi si è però mossa in un quadro di emergenza nel quale le differenti modifiche normative hanno perseguito principalmente l'obiettivo di contenimento della spesa prima di quello di un complessivo riordino, contribuendo così a rendere ancor più fluido il quadro.

Tra i vari esempi, è illuminante la disciplina dell'istituto dell'aggregazione degli acquisti delle pubbliche amministrazioni che è stato molto potenziato: si è allargato l'obbligo di servirsi delle convenzioni Consip o di quelle concluse a livello locale, o di ricorrere al Mercato elettronico della pubblica amministrazione (c.d. Mepa); si sono introdotte forme obbligatorie di aggregazione per i Comuni non capoluogo; si è cercato di ridurre il numero delle stazioni appaltanti mediante l'istituzione di un elenco di 35 soggetti aggregatori; per le categorie merceologiche non coperte dalle convenzioni Consip, si è introdotto lo stru-

⁴¹ L'art. 1, co. 4, d.lgs. n. 32/2019 ha abrogato i co. 2-bis e 6-bis dell'art. 120 c.p.a. (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.

⁴² Per un'interessante analisi sulla tensione tra *spending review* e concorrenza nella disciplina degli acquisti della pubblica amministrazione e in generale degli appalti pubblici, si veda F. FRACCHIA, *I contratti pubblici come strumento di accentramento*, in M. CAFAGNO-F. MANGANARO (a cura di), *L'intervento pubblico nell'economia*, Firenze, 2016, 375 ss. (anche in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, 1529 ss.). Sull'impatto della crisi sulla disciplina degli appalti pubblici si veda F. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ (a cura di), *El impacto de la crisis en la contratación pública (España, Italia y Francia)*, Madrid, Thomson Reuters-Aranzadi, 2015.

mento dei c.d. prezzi di riferimento, individuati dall'ANAC; inoltre si è introdotto un sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti, esteso anche alle centrali di committenza, al fine di ridurre il numero complessivo delle stazioni appaltanti.

Ne è derivato successivamente al 2012 un aumento del valore medio dei lotti di gara e una riduzione del numero delle procedure⁴³.

Quanto il potenziamento dell'aggregazione degli acquisti sia stato lo strumento strategico di una precisa politica di riassetto della domanda di acquisti pubblici, o quanto piuttosto sia stato imposto o favorito da fattori esogeni come la crisi economica o dai vincoli di bilancio europei, è difficile stabilirlo, tuttavia, un dato di fatto è che con l'allentarsi della crisi economico-finanziaria (o della sua percezione) alcune scelte o non sono state attuate o sono oggetto di ripensamento. Non si è attuato, ad esempio, il sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti, punto qualificante della strategia di riduzione del numero delle stazioni appaltanti, insieme al potenziamento delle centrali di committenza; si è ad esempio aumentata la soglia che consente di non ricorrere al Mepa, e anche nel recente decreto-legge sblocca cantieri è prima venuto meno l'obbligo di aggregazione per Comuni non capoluogo, che poi con la legge di conversione n. 55/2019 è stato reintrodotta ma sospesa fino al 31 dicembre 2020⁴⁴.

È evidente come l'incertezza in ordine agli obiettivi da perseguire, e in particolare riguardo ad una aggregazione "necessitata", ma perché favorita dall'emergenza, e non perché considerata meccanismo strutturale di riorganizzazione della domanda di acquisto della pubblica amministrazione, non può che produrre quell'altalena normativa fonte di contraddizioni, difficoltà operative e contenziosi⁴⁵.

3.3. *L'instabilità derivante dalla irrequieta lotta alla corruzione*

Analoghi effetti di sbilanciamento della normativa sulla tutela di un interesse specifico si sono prodotti anche in materia di lotta alla corruzione nell'ambito degli appalti pubblici.

⁴³ Nel quadriennio 2011-2014 il numero complessivo delle procedure di gara si è ridotto del 5% soprattutto in virtù di una riduzione delle procedure di importo compreso tra 40.000 e 150.000 euro (-11%). Il valore medio dei lotti è cresciuto del 33%, passando da 600.000 euro a oltre 800.000 euro. Le procedure relative ad appalti di importo superiore a 25 milioni di euro sono cresciute del 16% in numero e di quasi il 65% in valore; si veda sul punto M. BARBA, *La centralizzazione degli acquisti pubblici*, in M. BRUSONI-N. CUSUMANO-V. VECCHI (a cura di), *Gli acquisti pubblici. Un approccio manageriale per la gestione del cambiamento*, Milano, Egea, 2016, 117 ss. dati citati sono a 141).

⁴⁴ Sul tema degli acquisti aggregati delle pubbliche amministrazioni, sia consentito il rinvio D. PAPPANO, *The italian experience of aggregation in public authority procurement*, in *Revista Catalana de Dret Públic*, (58), 182-194. <https://doi.org/10.2436/rcdp.i58.2019.3178>; ID., *L'aggregazione degli acquisti delle pubbliche amministrazioni tra disciplina europea e nazionale: alla ricerca di un difficile equilibrio*, in G.M. CARUSO, D. D'ALESSANDRO, D. PAPPANO, *Contratti delle pubbliche amministrazioni. Questioni attuali*, Torino, 2019, 133 ss.; ID., *Las adquisiciones centralizadas de la administración pública entre exigencia de racionalización del gasto e medidas anticrisis*, in F. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ (a cura di), *El impacto de la crisis en la contratación pública (España, Italia y Francia)*, cit., 397 ss.

⁴⁵ Del resto nel disegno di legge delega per un nuovo Codice (citato nel par. 1), uno dei criteri direttivi mira a "riordinare e riorganizzare l'attuale disciplina concernente le centrali di committenza e i soggetti aggregatori, con riferimento agli obblighi e alle facoltà inerenti al ricorso agli strumenti di acquisto e negoziazione messi a disposizione dagli stessi e provvedere all'introduzione di strumenti di controllo sul rispetto della disciplina in materia di razionalizzazione della spesa per gli acquisti delle pubbliche amministrazioni" (art. 1, co. 2, lett. m).

Come noto negli ultimi anni l'ordinamento italiano si è dotato di una disciplina di contrasto alla corruzione, non solo con riguardo agli appalti pubblici, e ciò sia sul fronte della sua prevenzione, sia sul fronte della sua repressione.

A partire dal 2012, nel quadro di una disciplina organica diretta a prevenire la corruzione, l'Autorità nazionale anticorruzione ha assunto un ruolo rilevante nell'ambito dell'ordinamento e si è dato vita ad un quadro regolatorio che, secondo i componenti del Consiglio dell'Autorità, “non ha confronto in nessuna istituzione di contrasto alla corruzione di altri Paesi”, che “la Francia ha considerato (...) come un modello al quale ispirarsi (...); la stessa Unione europea ha individuato l'ANAC come detentrica di un *know how* da utilizzare nei Paesi dei Balcani occidentali, in vista di una loro adesione all'Unione”⁴⁶.

La spinta per una disciplina più efficace e severa è stata alimentata dalla convinzione che l'Italia sia un paese “corrotto”, che il fenomeno abbia un costo rilevante per il sistema, stimato in 60 miliardi di euro⁴⁷, e che rappresenta quindi un serio ostacolo allo sviluppo del paese. Abbondano le classifiche internazionali che collocano l'Italia in una posizione molto arretrata rispetto agli altri paesi europei, così come le notizie di cronaca giudiziaria relative a fenomeni di ruberia e di malversazioni nelle amministrazioni pubbliche.

Tutto ciò ha contribuito ad alimentare un consenso unanime attorno ad un nemico da abbattere e alla individuazione di strumenti normativi e organizzativi diretti a sconfiggerlo.

In materia di contratti pubblici, si è seguita una strada diversa rispetto quella seguita a partire dalla legge n. 109/1994 (c.d. legge Merloni) che, emanata nel periodo di Tangentopoli, aveva puntato per contrastare la corruzione, sulla limitazione della discrezionalità in capo alle stazioni appaltanti⁴⁸, e nella stessa direzione si era posto, come noto, il Codice n. 163/2006.

L'irrigidimento delle procedure amministrative e dei modelli contrattuali, la creazione di automatismi decisionali che garantissero l'oggettività della decisione e che mettessero al riparo dal rischio di un improprio esercizio della discrezionalità, avevano infatti deter-

⁴⁶ Il giudizio lusinghiero è contenuto nella lettera dei Componenti del Consiglio dell'Autorità nazionale anticorruzione inviata al quotidiano *Il Foglio*, pubblicata il 31 gennaio 2017, in risposta alle critiche di S. Cassese sul ruolo e sull'utilità dell'ANAC, espresse nell'articolo “Cantone a giudizio” pubblicato da *Il Foglio* il 24 gennaio 2017. Il testo integrale della lettera, a firma dei consiglieri M. Corradino-F. Merloni-I. Nicotra-N. Parisi pubblicata solo parzialmente dal quotidiano citato è disponibile all'indirizzo: https://www.anticorruzione.it/portal/public/classic/Comunicazione/Interventi/_dettaglio?id=f3e92ffe0a7780422eaf91063feb278.

⁴⁷ Si tratta di un dato contestato sulla cui genesi e infondatezza si rinvia a L. RICOLFI-C. GUIDONI, *Il pregiudizio universale*, Bari, Laterza, 2016. Si veda anche M. MAZZONI-A STANZIANO-L. RECCHI, *Rappresentazione e percezione della corruzione in Italia. Verso una strumentalizzazione del fenomeno*, in *Comun. pol.*, vol. I, 2017, 99 ss. Tra gli studi sui costi della corruzione si rinvia a N. FIORINO, E. GALLI, *La corruzione in Italia. Un'analisi economica*, Bologna, 2013; L. HINNA-M. MARCANTONI, *Corruzione. La tassa più iniqua*, Roma, 2013.

⁴⁸ Come evidenziato da G. FIDONE, *La corruzione e la discrezionalità amministrativa: il caso dei contratti pubblici*, Relazione al Seminario “Prevenzione della corruzione nella riforma della p.a. e nella nuova disciplina degli appalti pubblici”, Roma 9 novembre 2015 (disponibile all'indirizzo: <http://www.osservatorioappalti.unin.it/content.jsp?id=31&page=1#2015>), “Per vent'anni la tendenza del Legislatore, a partire dai noti fatti di Tangentopoli, è stata quella di contrastare la corruzione attraverso la privazione in capo ai funzionari pubblici della discrezionalità necessaria per fare scelte efficienti, attraverso l'irrigidimento delle procedure di acquisto e dei modelli contrattuali. Il Legislatore si è dunque sostituito all'Amministrazione, predeterminando procedure di gara e modelli contrattuali rigidi (che continuano a moltiplicarsi) che quest'ultima si trova solo ad applicare senza possibilità di fare le scelte opportune per il caso concreto. La discrezionalità amministrativa è stata, dunque, ritenuta occasione di corruzione”.

minato disfunzioni ed inefficienze, che hanno fatto maturare la convinzione della necessità di un ripensamento dell'intera materia, ma sul presupposto che "il perseguimento dell'efficienza e il contrasto della corruzione necessitano di misure diverse da quelle basate sulla privazione della discrezionalità amministrativa"⁴⁹.

Il cambio di rotta si è basato sulla convinzione che un aumento di efficienza avrebbe comunque comportato indirettamente una diminuzione della corruzione che è facilitata dall'inefficienza o comunque è parte del fenomeno.

La soluzione che si è seguita, come noto, è stata di aumentare gli spazi di discrezionalità delle stazioni appaltanti abbandonando la rigidità delle procedure e dei modelli contrattuali, tuttavia prevedendo funzioni di regolazione di competenza dell'Autorità nazionale anticorruzione, da svolgere mediante "meccanismi di regolazione flessibili", e in particolare le c.d. linee-guida, che affiancassero e accompagnassero le stazioni appaltanti nell'adozione delle loro decisioni concrete. Nel tempo ciò avrebbe dato origine a *best practices* contribuendo a ridurre fenomeni di malversazioni, relegandoli solo a quelli "*neutrali*" rispetto all'efficienza e "al raggiungimento dell'interesse pubblico legato alla realizzazione di buone opere con una spesa contenuta"⁵⁰.

Oltre che sul fronte della prevenzione del fenomeno corruttivo, si è intervenuti con decisione anche sul fronte della sua repressione mediante una apposita legge conosciuta con il nome, dal forte impatto mediatico, di "spazza corrotti". La legge, oltre ad inasprire le pene, a prevedere sanzioni accessorie di incapacità di contrattare con la p.a., anche perpetua⁵¹, ha esteso ai reati contro la p.a. l'applicazione di alcuni strumenti di indagine, quali l'agente sotto copertura e il c.d. captatore informatico, che finora erano consentiti nelle indagini collegate a reati connessi a criminalità organizzata di tipo mafioso⁵².

È evidente che gli operatori vivano con insofferenza l'assetto che si è venuto determinando costruito principalmente sotto il faro del contrasto alla corruzione, e anche la necessità di tutti gli adempimenti diretti ad assicurare la trasparenza e connessi alle funzioni

⁴⁹ Così G. FIDONE, *La corruzione e la discrezionalità amministrativa: il caso dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 3/2015, 326.

⁵⁰ Così ancora G. FIDONE, *La corruzione e la discrezionalità amministrativa: il caso dei contratti pubblici*, cit., 327. Sulla corruzione nell'ambito degli appalti pubblici *ex multis* si rinvia a M.A. SANDULLI-A. CANCRINI, *I contratti pubblici*, in F. MERLONI-L. VANDELLI (a cura di), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, Firenze, Passigli Editori, 2010, 437 ss.; G.M. RACCA, *La prevenzione e il contrasto della corruzione nei contratti pubblici* (art. 1, co. 14-25, 32 e 52-58), in B.G. MATTARELLA (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013; M. CLARICH, *The rules on public contracts in Italy after the Code of Public Contracts*, in *Italian Journal of public law*, 2013 43-56. A. VANNUCCI, *Il lato oscuro della discrezionalità. Appalti, rendite e corruzione*, in G.D. COMPORTE (a cura di), *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, Napoli, 2011; S. TORRICELLI, *Disciplina degli appalti e strumenti di lotta alla corruzione*, in *Dir. amm.*, 2018, 953-978.

⁵¹ Si tratta di una pena accessoria inflitta dal giudice penale che varia a seconda dell'entità della condanna; da 5 a 7 anni se la condanna è alla reclusione fino a 2 anni; perpetua se la condanna supera i 2 anni di reclusione. Si tratta di un'evenienza non difficile da verificarsi considerati i minimi edittali previsti per i reati contro la p.a. Con sintesi giornalistica e in modo improprio si indica con il nome di "*daspo* per i corrotti", richiamando il nome della misura amministrativa di divieto di assistere a manifestazioni sportive di competenza del Prefetto.

⁵² È curioso constatare la sfiducia per la pubblica amministrazione alla base dell'opera legislativa che porta a considerare ogni ufficio pubblico alla stregua di una potenziale associazione a delinquere, da trattare con gli strumenti utilizzati per quelle di stampo mafioso. Per un commento critico si rinvia a T. PADOVANI, *La spazza-corrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, in *Arch. pen.*, n. 3, 2018, 1 ss.

dell'ANAC, inizia a far emergere la convinzione che “l'esigenza di anti-corruzione stia diventando uno strumento di anti-efficienza, con i corollari della stagnazione delle opere pubbliche, dell'allungamento delle decisioni e dell'imposizione di obblighi amministrativi spesso macchinosi anche su amministrazioni minori”⁵³.

Si tratta di una sorta di eterogenesi dei fini della disciplina che si registra nell'applicazione concreta della c.d. *soft law*: se lo scopo era quello di aumentare l'efficienza (e con ciò contribuire a ridurre la corruzione) la normativa sconta la critica di produrre invece inefficienza, analogamente a quanto accaduto in passato con la logica della limitazione della discrezionalità amministrativa. E da questo punto di vista, lo stesso meccanismo della regolamentazione flessibile, e delle linee-guida, alcune vincolanti e alcune non vincolanti, un modello che potrebbe definirsi di “*discrezionalità assistita*”, invece che favorirne l'esercizio ha finito per parcellizzare la cornice normativa delle singole procedure, amplificandone l'incertezza e favorendo soprattutto nei casi di linee-guida non vincolanti, nei soggetti che gestiscono le procedure, fenomeni di c.d. burocrazia difensiva, come meccanismo di difesa rispetto ad un rischio di responsabilità penale e contabile percepito come troppo alto⁵⁴.

Come è stato evidenziato, una normativa anche in tema di contratti “scritta dall'angolo visuale della corruzione (...) fa perdere di vista gli altri obiettivi”⁵⁵, e non può che essere fonte di disfunzione.

In realtà, bisogna chiedersi se un simile sbilanciamento sia necessitato dalla reale consistenza del fenomeno o se questo non sia invece sovradimensionato.

È noto che i metodi scientifici per misurare la corruzione variano⁵⁶, ma ciò che è certo

⁵³ Così S. CASSESE, *Cantone a Giudizio*, articolo pubblicato sul quotidiano *Il Foglio*, 24 gennaio 2017. Il rischio che la normativa anticorruzione induca a rivolgere l'attenzione non più all'efficacia dell'attività da svolgere ma all'organizzazione in sé è evidenziato da F. FRACCHIA, *L'impatto delle misure anticorruzione e della trasparenza sull'organizzazione amministrativa*, in *Dir. econ.*, 2015, n. 3, 498 secondo cui “invece di agire, l'amministrazione impiega parte del proprio tempo soprattutto a organizzarsi, posto che senza risorse aggiuntive, deve ora attendere incombenze assai più gravose rispetto al passato”.

⁵⁴ Del resto di fronte al moltiplicarsi delle richieste di parere, sul sito dell'ANAC è stato pubblicato il comunicato del Presidente (del 16 novembre 2016, quindi dopo soli 7 mesi di vigenza del Codice n. 50/2016) “Indicazioni operative in merito all'esercizio della funzione consultiva diversa dal precontenzioso svolta dall'Autorità nazionale anticorruzione” nel quale si precisa che “l'esigenza si giustifica sia con il notevole incremento numerico delle richieste di parere sia con l'equivoco che sembra essersi ingenerato sulla funzione dell'attività in esame; essa non può né deve essere intesa come una forma di consulenza data ai richiedenti ma come un'attività strettamente connessa alle funzioni di vigilanza e regolazione che l'Autorità è chiamata a svolgere”.

⁵⁵ Così S. CASSESE, *Cantone a Giudizio*, cit. L'autore sottolinea come “nei 220 articoli della disciplina degli appalti l'anticorruzione sia evocata 95 volte” e afferma nettamente che “la legislazione degli ultimi anni è sostanzialmente ispirata al principio del sospetto generalizzato, che è l'anticamera dell'autoritarismo”. L'autore continua sottolineando che “creando questo *moloch*, la classe politica si è sgravata del compito della buona amministrazione: a tutto pensa l'ANAC. Si è ripetuto quel che si è fatto per la mafia. Si sono creati gli specialisti dell'antimafia. Ma se gli specialisti non ci dicono neppure quale è la diffusione della malattia, non sapremo mai neppure quanto efficace è la loro azione. Così si produce un circolo vizioso: si evoca l'uomo nero, si invoca il cavaliere bianco, ci si affida a lui, ci si libera dell'impegno collettivo, solidale, di tutti, di ridurre (...) la corruzione”.

⁵⁶ Per un approfondimento sul punto, e in particolare sulle questioni metodologiche connesse all'elaborazione degli strumenti di misurazione della corruzione, sui profili di *policy* legati alle diverse modalità di misurazione della corruzione, e su alcune sperimentazioni concrete di strumenti di misurazione basati sull'utilizzo di diverse basi di dati oggi disponibili, si rinvia al volume M. GNALDI-B. PONTI, *Misurare la corruzione oggi. Obiettivi, metodi, esperienze*, Milano, Franco Angeli, 2018.

è che le diverse classifiche internazionali periodicamente pubblicate si basano su indici che non fotografano il fenomeno reale ma la sua “percezione” (c.d. *perception based*)⁵⁷. È evidente che le politiche legislative che si basano sulla percezione di un fenomeno rischiano di squilibrare eccessivamente la disciplina sui profili che lo coinvolgono e le scelte messe in campo sono destinate inevitabilmente presto o tardi ad essere rimate. Non è un caso se le critiche al ruolo dell’ANAC sono divenute meno timide e anche nella legislazione più recente si assiste ad un primo suo depotenziamento che riguarda per ora i poteri di regolazione. La legge di conversione⁵⁸ n. 55/2019 del decreto-legge sblocca cantieri ha fatto la scelta di tentare di ritornare, come era in passato, ad un “*regolamento unico recante disposizioni di esecuzione, attuazione e integrazione*” del Codice dei contratti pubblici, inserendo nell’art. 216 del d.lgs. n. 50/2016 un nuovo co. 27-*octies*⁵⁹, con ciò superando in parte il meccanismo delle linee guida dell’ANAC e dei decreti ministeriali che perderanno efficacia dalla entrata in vigore del nuovo regolamento⁶⁰.

Con riferimento alle linee guida che si prevede saranno superate dalla data di entrata in vigore del regolamento, il comma citato indica espressamente la linea guida n. 3, sui contratti sottosoglia⁶¹, e la n. 4, sui compiti del RUP⁶², aggiungendo poi che cesseranno di avere efficacia le altre linee guida “vertenti sulle materie indicate come oggetto del regolamento, nonché quelle che siano in contrasto con le sue disposizioni”⁶³. Così sarà supera-

⁵⁷ È il caso dell’indice della percezione della corruzione (CPI – *Global corruption perception index*) stilato ogni anno da *Transparency International*, associazione non governativa contro la corruzione, e che consiste in una rilevazione basata su questionari mediante interviste ad uomini di affari, operatori e gente comune sulla loro percezione del fenomeno. Secondo l’ultimo rapporto pubblicato nel gennaio del 2019 l’Italia è al 52° posto (nel 2018 era al 55° e nel 2017 al 60°) su 180 paesi monitorati nel mondo. L’indice assegna un punteggio che va da 0 (massimo livello di percezione della corruzione) a 100. Nel rapporto 2019 è la Danimarca a posizionarsi al primo posto nella classifica mondiale con un punteggio di 88, la Svizzera è al 3° posto con un punteggio di 85. L’Italia con 52 punti si colloca al di sopra della media mondiale (43 punti), ma al di sotto della media europea che è di 66. La Francia ha un punteggio di 72 (21° posto in classifica, la Spagna di 58 (41° posto), la Germania e la Gran Bretagna entrambe di 80 (11° posto).

⁵⁸ Si noti peraltro che l’approvazione della legge di conversione si è svolta senza l’audizione dell’ANAC di fronte alle Commissioni riunite VIII (Lavori pubblici, comunicazioni) e XIII (Territorio, ambiente, beni ambientali), in sede referente, a differenza degli altri attori, istituzionali e non, del settore, che hanno presentato memorie (es. Corte dei Conti, Associazione nazionale dei comuni, Confindustria, Associazione nazionale costruttori, Confederazione nazionale artigiano).

⁵⁹ Il nuovo co. 27-*octies* all’art. 216 del Codice è previsto dall’art. 1, co. 20, lett. gg), punto 4, legge di conversione n. 55/2019.

⁶⁰ Il comma citato prevede che l’adozione del regolamento unico avvenga entro 180 giorni dall’entrata in vigore “della presente disposizione”, e la legge di conversione non specifica se il *dies a quo* sia rappresentato dall’entrata in vigore del decreto legge o della legge di conversione. Nel primo caso il termine di entrata in vigore del regolamento sarebbe il 16 ottobre 2019 (cioè 180 giorni partire dal 19 aprile 2019), nel secondo caso invece il termine sarebbe posticipato al 16 dicembre 2019 (cioè 180 giorni a partire dal 18 giugno 2019). Tuttavia va ricordato che, a prescindere dalla soluzione da preferire, si è di fronte ad un termine ordinatorio.

⁶¹ Linea guida che ha fonte nell’art. 36, co. 7, d.lgs. n. 50/2016 richiamato espressamente.

⁶² Linea guida che ha fonte nell’art. 31, co. 5, d.lgs. n. 50/2016 richiamato espressamente.

⁶³ È previsto il superamento anche di decreti ministeriali di vario tipo cui il Codice n. 50/2016 aveva demandato l’attuazione di particolari ambiti: in particolare il citato nuovo co. 27-*octies* dell’art. 216 prevede espressamente che cesseranno di aver efficacia decreto del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti (2 dicembre 2016 n. 263) sui requisiti di qualificazione per l’affidamento dei lavori di architettura e ingegneria (previsto dall’art. 24, co. 2 del Codice n. 50/2016), il decreto del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti (10

ta, ad esempio, anche la linea guida n. 1 sull'affidamento dei servizi di architettura ed ingegneria, materia ora indicata come di competenza del regolamento unico, e altre potrebbero venire meno per effetto di disposizioni contrarie nel futuro regolamento.

Le materie oggetto del regolamento unico sono state espressamente indicate solo nella legge di conversione⁶⁴ che, rispetto al testo del decreto-legge, ha così meglio definito il ruolo del regolamento unico e al contempo ampliato la dimensione del superamento delle linee guida ANAC.

In ogni caso, la disciplina di attuazione che si prefigura a regime si articolerà comunque in un sistema misto: al regolamento unico che regolerà le materie indicate, si aggiungeranno i decreti e le linee guida e gli altri strumenti di regolazione previsti dal Codice n. 50/2016 e non superati dal regolamento unico, senza dimenticare tuttavia, che con lo sblocca cantieri si decide il ritorno al regolamento unico, quando il quadro regolatorio di attuazione definito dal Codice n. 50/2016 non è stato ancora compiutamente completato, e alcuni ambiti sono ancora regolati, per effetto delle discipline transitorie, dalla normativa risalente ai decreti di attuazione del Codice n. 163/2006, o dei suoi correttivi⁶⁵.

Al fine di limitare l'ulteriore fluidità del quadro, la legge di conversione del decreto n. 32/2019 ha tuttavia precisato che fino all'entrata in vigore del regolamento è escluso il potere di modifica dei decreti e delle linee guida destinati a perdere efficacia con l'entrata in vigore del regolamento unico. In ogni caso, tanto nel "diritto transitorio", quanto a regime, un problema per gli operatori sarà l'individuazione della disciplina applicabile, e questo è un dato che la dice lunga sulla qualità del quadro regolatorio complessivo che si è deter-

novembre 2016, n. 248) relativo all'elenco delle opere per le quali siano necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico e di rilevante complessità, nonché ai requisiti di specializzazione per la loro esecuzione (previsto dall'art. 89, co. 11 del Codice), il decreto del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti (7 marzo 2018, n. 49) su modalità e tipologie del controllo tecnico contabile effettuato dal Direttore dei lavori (previsto dall'art. 111, co. 1 e 2 del Codice), il decreto del Ministero dei beni culturali (22 agosto 2017) che si riferisce ai requisiti di qualificazione dei direttori tecnici ed esecutori di lavori su beni culturali (come previsto dall'art. 146, co. 4 del Codice), ai livelli e contenuti della progettazione di lavori concernenti beni culturali (come previsto dall'art. 147, co. 1 e 2) e al collaudo di interventi su beni culturali (come previsto dall'art. 150, co. 2 del Codice).

⁶⁴ Il nuovo co. 27-*octies* dell'art. 216, d.lgs. n. 50/2016 prevede che "il Regolamento reca, in particolare, disposizioni nelle seguenti materie: a) nomina, ruolo e compiti del responsabile del procedimento; b) progettazione di lavori, servizi e forniture, e verifica del progetto; c) sistema di qualificazione e requisiti degli esecutori di lavori e dei contraenti generali; d) procedure di affidamento e realizzazione dei contratti di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie comunitarie; e) direzione dei lavori e dell'esecuzione; f) esecuzione dei contratti di lavori, servizi e forniture, contabilità, sospensioni e penali; g) collaudo e verifica di conformità; h) affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria e relativi requisiti degli operatori economici; i) lavori riguardanti i beni culturali.

⁶⁵ Ad esempio, è il caso dei contenuti dei tre livelli progettuali, che dovevano essere regolati da un decreto del Ministero delle infrastrutture e trasporti, su proposta del Consiglio superiore dei lavori pubblici, (di concerto con il Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare e del Ministro dei beni e delle attività culturali e del turismo) previsto dall'art. 23, co. 3. Il Codice n. 50/2016 (art. 216, co. 4), prevede che fino alla data di entrata in vigore del decreto continuano ad applicarsi le disposizioni di cui alla parte II, titolo II, capo I e titolo XI, capi I e II, nonché gli allegati o le parti di allegati ivi richiamate, con esclusione dell'art. 24 (cioè il progetto preliminare, il progetto definitivo ed il progetto esecutivo) del d.P.R. n. 207/2010, che è un regolamento di attuazione del vecchio Codice. In ogni caso, il decreto sblocca cantieri ha da ultimo già superato la normativa del Codice n. 50/2016 non ancora attuata, demandando la materia al nuovo regolamento unico, e quindi fino alla sua entrata in vigore, l'ambito rimarrà ancora regolato dalla normativa di attuazione del vecchio Codice.

minato per effetto della instabilità delle scelte normative che in questo ambito sembrano procedere secondo un moto circolare: l'introduzione di un sistema di regolamentazione flessibile era infatti stato favorito anche dal giudizio negativo sull'iper-regolamentazione della precedente esperienza dell'unico regolamento di attuazione n. 207/2010 del Codice del 2006 (e in passato del d.P.R. n. 554/1999), che ora invece è proposto come la soluzione alle disfunzioni connesse al sistema impropriamente chiamato di c.d. *soft law*.

È però difficile prevedere i futuri sviluppi anche perché non si possono escludere ulteriori ripensamenti.

4. *Considerazioni conclusive*

La disciplina degli appalti pubblici vive in una dimensione di perenne riforma e come in altri settori dell'ordinamento sconta alcuni vizi che ne condizionano il successo. Come è emerso dai precedenti paragrafi un primo elemento di difficoltà è l'impostazione di breve periodo, per la verità in parte condizionata dalla derivazione europea della disciplina. Tuttavia anche all'interno dell'orizzonte temporale limitato definito dalla disciplina comunitaria, le scelte sono estremamente cangianti e contraddittorie perché rispondono ad esigenze che si impongono nell'immediato, ma che cambiano con il mutare delle stesse o con la prevalenza di esigenze differenti. Questa impostazione di breve periodo delle singole scelte di contemperamento tra interessi, che come si è visto a volte non supera nemmeno i 60 giorni previsti per la conversione in legge di un decreto-legge, è anche il frutto di una debolezza delle forze politiche che non effettuano reali scelte di sintesi, ma finiscono per "voler accontentare tutti gli interessi", così perseguendo obiettivi il più delle volte contraddittori. È evidente invece che il successo di ogni disciplina (o della riforma di quella precedente) passa per scelte, di responsabilità della politica, di contemperamento tra le diverse esigenze che siano ragionevolmente stabili e condivise. L'assenza di una linea d'azione univoca contribuisce ad alimentare l'idea che siano sempre necessarie nuove riforme quasi che queste rappresentino un valore in sé, piuttosto che per il loro contenuto, oppure che basti l'approvazione di una nuova legge per determinare reali cambiamenti, molte volte prescindendo da una valutazione dei risultati della disciplina precedente. I processi regolativi e la loro assimilazione da parte degli amministratori nella coscienza collettiva hanno invece bisogno di tempi lunghi di sedimentazione ed ogni nuova riforma necessita di tempo per essere metabolizzata da parte degli operatori, soprattutto quando la riforma coinvolge il loro bagaglio culturale, professionale e comportamentale⁶⁶.

Le riforme sono necessarie quando imposte dall'esigenza di agganciare la modernità, e non sempre devono imporre "rivoluzioni copernicane" o omnicomprensive⁶⁷; invece la volatilità delle scelte finisce per confinare le nuove misure nella dimensione che è stata defi-

⁶⁶ Sull'esigenza che nelle dinamiche di cambiamento si trovi un giusto equilibrio fra evoluzione normativa e stabilità della stessa si esprime anche chi propone una valorizzazione in chiave di autonomo principio della "incertezza", cfr. D. D'ALESSANDRO, *Crisi e diritti fondamentali: l'incertezza come principio dell'ordinamento?*, in AA.VV., *Diritti sociali e crisi economica. Problemi e prospettive*, Torino, 2015, 481 ss., particolarmente 510.

⁶⁷ L'espressione è di G. ROSSI, *Diritto dell'ambiente e teoria generale del diritto*, Relazione al convegno in onore di S. Grassi, Pisa, 4 dicembre 2017, ora in *Ridiam.it*, 2018.

nita “nuovismo”⁶⁸, nella quale la riforma della normativa si pone come valore in sé, a prescindere dai reali contenuti.

In un simile contesto le nuove norme sono destinate a restare inattuata, con persistenza della precedente disciplina o di quella transitoria, o ad essere superate dalla ulteriore nuova disciplina quando ancora non si è conclusa la loro attuazione, oppure ad essere confinate in un irrealizzabile libro dei sogni.

Anche la più recente riforma in cantiere diretta all'introduzione di una nuova disciplina degli appalti pubblici, una parte della quale anticipata dal decreto n. 32/2019, sblocca cantieri, non sembra sottrarsi alla logica descritta. Il disegno di legge delega di cui si è dato conto nel primo paragrafo, da un lato presenta criteri direttivi che sottolineano le difficoltà dell'attuale disciplina, dall'altro individua criteri di tale ampiezza che in parte coincidono con quelli della precedente legge delega n. 11/2016 che ha portato al Codice n. 50/2016, e rispetto ai quali è difficile non essere d'accordo⁶⁹.

Chi non condivide la necessità di una disciplina che sia “semplice e chiara nel linguaggio”, che “assicuri tempestività ed efficienza”, che sia caratterizzata da “coerenza logica e giuridica”, che “promuova la discrezionalità e la responsabilità delle stazioni appaltanti” e al tempo stesso “rafforzi la certezza e la prevedibilità delle relative decisioni”?

Si tratta di obiettivi che rappresentano da tempo il cuore pulsante del settore ma per il loro raggiungimento il vero cantiere da riorganizzare e modernizzare è proprio quello della sua disciplina. C'è bisogno però di un legislatore che come un direttore dei lavori capace si assuma le proprie responsabilità con scelte che assicurino una ragionevole stabilità del quadro regolatorio, che consentano di superare la condizione di perenne provvisorietà della disciplina e che non la confinino come accaduto con gli interventi normativi più recenti in una incerta e rarefatta dimensione di sospensione e al contempo di attesa.

⁶⁸ “L'approccio novista consiste nel dare veste di “rivoluzione copernicana” a ogni novella normativa, nel non coglierne i profili di continuità rispetto alla concettualità precedente e anzi di radicamento nella stessa. Così, ad esempio, sono stati impostati gran parte dei contributi scientifici sul procedimento amministrativo dopo la legge n. 241/1990, dimenticando che la teoria del procedimento era già giunta a maturazione negli anni precedenti. Cadono inevitabilmente in questo errore coloro che sentono il bisogno di fondare ogni loro ragionamento su qualche comma di legge”, così G. ROSSI, *Diritto dell'ambiente e teoria generale del diritto*, cit.

⁶⁹ Ad esempio, l'art. 1, co. 1, lett. d), legge n. 11/2016 prevedeva tra i criteri di delega una “ricognizione e riordino del quadro normativo vigente nelle materie degli appalti pubblici e dei contratti di concessione, al fine di conseguire una (...) razionalizzazione del complesso delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative vigenti e un più elevato livello di certezza del diritto e di semplificazione dei procedimenti (...)”.