

La necessità di riscrivere il codice dei contratti pubblici: i profili di criticità del settore degli appalti

di Giulia PAPA*

SOMMARIO: **1.** Premessa: il problema di codificazione del settore degli appalti. **2.** Il quadro normativo antecedente. **3.** Il nuovo codice degli appalti. **4.** Il parere del Consiglio di Stato sullo schema del codice dei contratti pubblici. **5.** Il primo correttivo al codice degli appalti. **6.** L'innovazione tecnologica nel codice. **7.** La questione sulle linee guida dell'A.N.A.C. **8.** Considerazioni finali.

ABSTRACT: *The main purpose of this paper is to briefly expose the main problems of the current public procurement code, that led to the crisis in the sector. In fact, the events between the Legislator and the Government have produced a hasty code. In particular, the article puts its focus on the regulatory framework for public procurement that has grown considerably in the following years. In this regard, the discipline that applies is uncertain and unclear and the original purpose of simplification has not been achieved. Moreover, the guidelines distort the structure of the sources of law.*

1. Premessa: il problema di codificazione del settore degli appalti.

Il settore degli appalti e delle concessioni è un settore estremamente complesso e difficile da codificare. Il suo codice non è mai risultato esente da aspetti di criticità, ma bisogna ammettersi che non sia mai esistito un codice dei contratti soddisfacente, a causa della poca chiarezza e della sovrabbondanza delle norme. Da tempo sono richiamati i profili di criticità del codice, in quanto è ritenuto uno dei principali motivi del malfunzionamento del settore degli appalti, a causa della sua rigidità¹. Per tale ragione il codice

* *Dottoressa in giurisprudenza L.U.I.S.S.*

¹ A tal proposito C. CONTESSA, *Dalla legge delega al nuovo 'Codice': opportunità e profili di criticità*, in www.giustiziaamministrativa.it, 2016, p. 2, sottolinea come tali profili di criticità traggano origine dalle scelte di fondo operate dal legislatore della delega. Nonostante la lunga gestazione e le buone intenzioni del legislatore, la legge delega presenta evidenti antinomie e incongruenze interne che si sono riverberate inevitabilmente sul testo del nuovo codice.

dovrebbe essere riscritto al fine di risollevere il settore degli appalti e delle concessioni, bloccato per la poca linearità espositiva.

I codici degli appalti che si sono susseguiti fino ad oggi, hanno avuto durata media di circa dieci anni, poiché si attende l'emanazione delle direttive U.E. per indirizzare il lavoro del Parlamento o del Governo da questo delegato². L'attuale codice è troppo farraginoso e dovrebbe essere semplificato eliminando le norme superflue e riscrivendolo. Va osservato che il codice diffonde tra gli operatori del settore un clima di confusione e perplessità.

Nelle pagine che seguono saranno svolte alcune considerazioni sulla materia dei contratti pubblici, che non è mai stata trattata in modo lineare e ciò causa un rallentamento per gli interventi infrastrutturali. Il mercato del *public procurement* è uno dei principali strumenti per realizzare le finalità di crescita economica e di innovazione tecnologica. Di conseguenza, in materia di politiche degli Stati, le problematiche connesse alle leggi in materia di procedure ad evidenza pubbliche assumono un importante ruolo.

2. Il quadro normativo antecedente.

Prima di procedere con gli elementi distonanti del settore degli appalti, giova analizzare "gli antenati" del codice del 2016. Negli anni '90 il nostro sistema ha regolamentato le pubbliche commesse in maniera rigorosa, per restringere la discrezionalità delle stazioni appaltanti a causa della corruzione e della criminalità organizzata in ambito dei lavori e dei servizi pubblici³. Per tale ragione è stata adottata la legge Merloni⁴. Si tratta di una legge che è stata valutata farraginoso e macchinosa, di difficile interpretazione per gli operatori economici e le stazioni appaltanti, attenta a curare di più gli aspetti formali che il perseguimento dei fini sostanziali⁵. Tale formalismo determina ripercussioni sull'economia dello Stato.

² Si v. R. DE NICTOLIS, *Il Codice dei contratti pubblici: la semplificazione che verrà*, in www.federalismi.it, 5 ottobre 2016, p. 1, la quale paragona il codice ad un vestito bucato e rattoppato che deve essere buttato e comprato uno nuovo.

³ Così A. BARGONE, *La DEFINIZIONE delle regole nei processi di acquisto delle amministrazioni pubbliche*, Milano: Edizioni giuridiche, economiche, aziendali dell'Università Bocconi e Giuffrè, EGEA, 1999, pp. 19-22.

⁴ Si v. G. SANTILLI, *Dalla Merloni ad oggi: venti anni persi*, in *Il sole 24 ore*, 18 novembre 2015.

⁵ P. BONACCI, *Il riordino normativo nel settore degli appalti di opere pubbliche*, in *Bollettino di informazioni costituzionali e parlamentari*, 1995, n. 1-3, p. 253-269.

La legge Merloni è stata sostituita dal codice dei contratti pubblici del 2006⁶, che inizialmente era accompagnato da un coro di consensi⁷. Nonostante quest'ultimo sia stato emanato sulla scorta di una legge delega a "maglie larghe"⁸, la normativa di settore è stata racchiusa in un unico testo di ben 257 articoli. Successivamente, il codice è stato modificato anche con norme contenute in altri atti normativi⁹.

L'adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha pronunciato 74 decisioni in materia di appalti dal codice del 2006¹⁰ al fine di risolvere incertezze e contrasti applicativi, in quanto l'apparato normativo risultava, alla vigilia del nuovo codice, molto complesso¹¹. È stato deciso di procedere alla stesura di un nuovo codice, in base ai criteri di semplificazione e trasparenza.

Una novità al mercato delle pubbliche commesse è derivata dall'attuazione di tre nuove direttive U.E. sugli appalti e concessioni pubblici, che hanno abrogato e sostituito la previgente disciplina comunitaria del 2004¹². La normativa sovranazionale impone, alla luce dei rigorosi criteri di effettività ed in base al dovere di leale cooperazione degli Stati in attuazione del diritto

⁶ M. SANTISE, *Coordinate ermeneutiche di Diritto amministrativo: 2017*, Giappichelli, Torino, 10 aprile 2017, p. 421. Sul punto anche R. GAROFOLI, M.A. SANDULLI (a cura di), *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005*, Giuffrè, Milano, 2005.

⁷ Analogamente C. CONTESSA, *Codice dei contratti pubblici: è il caso di riscriverlo ora?*, in *www.federalismi.it*, gennaio 2019, pp. 1-2, il quale ritiene il codice del 2006 un monumento di civiltà giuridica.

⁸ La legge delega n. 62 del 2005 era limitata a quattro commi e quattro principi direttivi.

⁹ A. MASSARI, *Guida al nuovo Codice dei contratti pubblici. Le novità del D.lgs. 18 aprile 2016, Edizione 50*, Maggioli Editore, Roma, p. 13 ricorda, oltre ai tre decreti legislativi correttivi, 52 atti normativi e sei regolamenti dell'Unione Europea.

¹⁰ I dati sono contenuti in R. DE NICTOLIS, *100 anni di Adunanze plenarie sui pubblici appalti (1919-2019) e verifica di perdurante attualità alla luce del codice dei contratti pubblici n. 50/2016*, in *www.giustiziamministrativa.it*, 2019, p. 1.

¹¹ Esso contava 630 articoli e 37 allegati. Inoltre, si aggiungevano: a) normative statali settoriali che danno luogo a "microsistemi": come gli appalti nel settore della difesa e sicurezza, d.lgs. n. 208 del 2011; appalti dei soggetti preposti ai servizi di informazione e sicurezza; regolamenti settoriali quali quelli per gli appalti della difesa e dei beni culturali; b) diverse fonti primarie; c) le leggi regionali in materia.

¹² F. MARTINES, *Le direttive UE del 2014 in materia di contratti pubblici e l'articolato processo di integrazione europea nel diritto interno degli appalti*, in *www.federalismi.it*, 3 giugno 2015, p. 3.

dell'Unione Europea¹³, una specifica disciplina sostanziale delle commesse pubbliche¹⁴.

A livello unionale, quando si disciplinano settori dinamici e che non possono essere sistematizzati in maniera definitiva, come quello degli appalti, è preferibile assicurare stabilità nel medio periodo a corpi normativi unitari, e non 'martoriare' i testi in vigore tramite interpolazioni continue, come succede nel nostro sistema. Queste ultime direttive hanno segnato il punto di arrivo del lungo processo di armonizzazione.

Contenutisticamente, novità importanti sono state registrate per quanto concerne la preparazione del contratto e la qualificazione delle imprese, in particolare in chiave di semplificazione: tramite, per esempio, la possibilità di verificare i requisiti una volta valutate le offerte oppure, ancora, tramite l'introduzione del documento unico europeo, che consiste in un'autodichiarazione aggiornata. Lo stesso vale per quanto concerne le procedure di scelta del contraente, in cui, purché sia salvaguardata la pubblicità, si coglie una nuova attitudine nei confronti delle negoziazioni; i criteri di aggiudicazione, dove si rimane ostili verso il prezzo più basso; l'esecuzione del contratto, nel cui ambito ci si occupa per la prima volta delle modifiche in corso d'opera¹⁵.

Le direttive, riconoscendo un ruolo centrale alle scelte delle amministrazioni aggiudicatrici, avrebbero potuto «imprimere alla disciplina degli appalti e delle concessioni una forgia di tipo sostanzialmente diverso»¹⁶ dal precedente contesto normativo italiano. Questa poteva essere un'importante occasione per recuperare il mercato dei contratti pubblici. Tuttavia, non è stato così.

Il legislatore interno non si è potuto sottrarre al vincolo imposto dalla normativa dell'Unione Europea e ha ottemperato sostituendo integralmente il *corpus* normativo nazionale su base pressoché decennale. La lunga e complessa legge delega del 2016 ha previsto, infatti, il «riordino» della disciplina vigente in materia di appalti, ma non si è posta il problema di

¹³ Si v. M. PANDOLFINO, *Il dialogo competitivo*, in F. SAITTA (a cura di), *Il nuovo codice dei contratti pubblici, di lavori, servizi e forniture*, CEDAM, Padova, 2008, p. 579.

¹⁴ P. MALANETTO, *La disciplina speciale dei contratti pubblici: procedure di affidamento, contratto ed esecuzione del rapporto tra diritto civile e diritto amministrativo. Problematiche attuali*, in www.giustiziaamministrativa.it, 18 aprile 2018, p. 1.

¹⁵ H. SIMONETTI, *Il nuovo quadro normativo dei contratti pubblici. La dialettica tra diritto euro-unitario e nazionale, linee generali e singole tipologie*, in www.giustiziaamministrativa.it, 17 aprile 2018, p. 17.

¹⁶ E. QUADRI, *Quale riorganizzazione per il codice degli appalti?*, in www.giustiziaamministrativa.it, 10 aprile 2019, p. 2.

consolidare o superare la disciplina vigente. In tale occasione, il Governo, nel recepire le direttive dell'Unione Europea, ha "accelerato" pur di rispettare il termine previsto, assorbendo il biennio assegnato per il recepimento delle direttive a causa delle vicende politiche cui è seguito il cambiamento del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti.

L'*iter* di approvazione della delega obiettivamente è stato troppo lungo perché l'Esecutivo potesse rispettare correttamente le linee di politica normativa ed economica imposte dalle direttive ed operare la riforma di un settore di cruciale importanza in modo ponderato¹⁷.

L'intento di tale legge è di perseguire la semplificazione e la velocizzazione delle procedure, salvaguardando sempre valori fondamentali quali la trasparenza, la prevenzione della corruzione e dell'infiltrazione della criminalità organizzata già previsti dal codice del 2006.

La delega ha introdotto, rispetto alle direttive, «ulteriori strumenti e istituti inediti, che, se ben declinati, potrebbero portare effettiva trasparenza e efficienza in un mercato non immune da vischiosità burocratica e illegalità»¹⁸, ma ha dato luogo ad un testo piuttosto lungo¹⁹.

Complessivamente, la legge delega contiene oltre 70 principi di delega. La scelta del legislatore di dettare criteri così dettagliati ha, di fatto, vincolato l'Esecutivo nella stesura del testo finale.

Dal punto di vista formale, la delega ha richiesto l'adozione di un unico testo normativo e previsto un codice snello, dovendosi assicurare un riordino complessivo e una drastica riduzione e razionalizzazione delle disposizioni. Dal punto di vista sostanziale, la delega ha demandato al Governo di recepire le direttive rispettando il divieto del *gold plating*²⁰, e di recepire gli strumenti di regolamentazione flessibile introdotti dalle direttive. Tuttavia, la legge delega

¹⁷ Come osserva R. DE NICTOLIS, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti* n. 5/2016, p. 8: «la legge delega coglie il recepimento delle tre direttive come occasione e sfida per un ripensamento complessivo del sistema degli appalti pubblici in Italia».

¹⁸ Così D. GAROFALO, *Appalti e lavoro: Volume primo. Disciplina pubblicistica*, Giappichelli, Torino, 23 gennaio 2018, p. 296.

¹⁹ Contiene delle regole più severe rispetto a quelle unionali, come la centralizzazione obbligatoria della committenza, la separazione tra progettazione ed esecuzione, il conto corrente dedicato, regole di rigore per gli appalti della protezione civile e per le concessioni autostradali, il dibattito pubblico sulle grandi opere.

²⁰ Di particolare attenzione è il «divieto di introduzione o di mantenimento di livello di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive». Sul punto: C. FRANCHINI, F. SCIAUDONE (a cura di), *Il recepimento in Italia delle nuove direttive appalti e concessioni. Elementi critici e opportunità*, ES, Napoli, 2015.

ha operato alcune eccezioni al divieto di *gold plating*, immettendo dei principi direttivi più incisivi²¹ che si muovono in una prospettiva di efficienza economica.

La delega ha considerato la spesa pubblica per i contratti anche come leva di politiche ambientali, sociali e del lavoro. Da qui vi sono stati altri principi sull'accesso alle gare delle micro, piccole e medie imprese, il dibattito pubblico sulla localizzazione dei grandi progetti, gli appalti riservati a categorie protette e l'obbligo di gare per lotti. Infatti, imponendo la gara suddivisa in lotti, cioè quando si riservano appalti a determinate categorie di operatori, non si hanno soltanto pesanti ricadute in termini di costi e di tempi di realizzazione delle gare, ma anche la diffusione di turbative e fenomeni corruttivi. Le gare per lotti hanno determinato fenomeni di bid rigging, che sono intese tra i concorrenti volte a una spartizione del mercato.

3. Il nuovo codice degli appalti.

Prima di affrontare la questione se oggi sia necessario riscrivere integralmente il codice degli appalti, occorre esaminare i difetti di esso e gli eventuali errori commessi dal legislatore o dal Governo. Il nuovo codice non si è limitato a trasporre le direttive europee, ma tocca anche aspetti non regolati dalle stesse e di cui offre soluzioni "endogene" quando non autarchiche, come in tema di responsabile unico del procedimento, commissioni giudicatrici e progettazione. Sin dal suo esordio, il nuovo codice è stato accolto da un coro unanime di voci di dissenso²².

²¹ L. CAPALDO, L. PAOLUCCI, *Introduzione al nuovo codice degli appalti: Le nuove regole per l'affidamento delle concessioni e dei contratti pubblici*, Key Editore, Milano, 14 giugno 2016, p. 14. Inoltre, A. MASSARI, *Guida al nuovo Codice dei contratti pubblici. Le novità del d.lgs. 18 aprile 2016*, Maggioli Editore, Roma, 2016, p. 10, coglie numerose novità di alcuni principi di delega: a) la riduzione del numero delle stazioni appaltanti e la loro qualificazione; b) l'albo dei commissari di gara esterni; c) la qualificazione degli operatori economici, affidata anche a criteri reputazionali e premiali; d) la standardizzazione delle procedure, con bandi tipo e piena informatizzazione delle gare; e) la tendenziale separazione tra chi progetta e chi esegue i lavori; f) la qualità della progettazione e ulteriori misure per eradicare le "varianti disinvolve"; g) l'affidamento con gara delle concessioni scadute e gli obblighi di esternalizzazione per i concessionari; h) ulteriori regole sul contenzioso; i) il rafforzamento e la modernizzazione della vigilanza.

²² Giuseppe Conte, durante il discorso alla Camera in occasione del voto di fiducia del 6 giugno 2018, ha enunciato le principali criticità connesse al funzionamento del d.lgs. n. 50 del 2016: «In Italia gli appalti non partono: abbiamo un Codice dei contratti pubblici che da due anni in pratica non viene applicato. (...) In questo momento le PP.AA. non sono nelle condizioni di poter serenamente operare (...) da un lato schiacciate dalla prospettiva di una responsabilità erariale e dall'altro schiacciate dalla prospettiva di una responsabilità penale. Oggi come oggi chi sta fermo

A quasi quattro anni di vigenza del nuovo codice il settore delle pubbliche commesse non ha ancora ottenuto il rilancio sperato, tanto da far ventilare il bisogno di modificare l'ordito normativo. Sono state proposte diverse indicazioni operative sulle modalità di riforma, ma una cosa è certa: bisogna eliminare l'eccesso di regolamentazione, in quanto porta incertezze nell'applicazione delle norme da parte delle pubbliche amministrazioni e degli operatori economici e allunga i tempi già di per sé non brevi di realizzazione delle opere pubbliche²³.

Altro aspetto di criticità è il fallimento dello scopo di recare una complessiva opera di riordino del quadro normativo vigente in materia di appalti pubblici e contratti di concessione, per perseguire una razionalizzazione dell'insieme delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative vigenti ed assicurare un elevato livello di certezza del diritto e la semplificazione dei procedimenti. In altre parole, si è contestato il fatto che il nuovo codice non ha fatto ciò che deve fare un codice²⁴. In genere, i grandi codici di settore, quali il Codice civile o il Codice penale, mirano a fissare una disciplina onnicomprensiva ed esaustiva della materia e ad avere durata indeterminata.

L'idea diffusa di codificazione implica un compendio organizzato di disposizioni che debbono possedere una serie di basilari caratteristiche, risultando «semplici, chiare, poche, brevi e succinte» e stabili nel tempo²⁵. Irti ha individuato la *ratio* della codificazione giuridica nella necessità di «mettere ordine nelle cose, cogliere fili sottili di raccordo, raggruppare le leggi con criteri di stabilità e unità»²⁶.

viene avvantaggiato (...) e si preferisce non avventurarsi nella gestione di procedure di gara che evidentemente espongono a rischi e ad insidie che non riescono ad essere gestite». Contrariamente, C. CONTESSA, *Codice dei contratti pubblici: è il caso di riscriverlo ora?*, in *www.giustiziaamministrativa.it*, gennaio 2019, ha evidenziato anche i punti di forza del nuovo testo: numerose disposizioni superano alcuni aspetti di criticità caratterizzanti la previgente normativa di settore, è raggiunto lo scopo di offrire agli operatori un testo unitario e di dimensioni inferiori al codice del 2006, la disciplina in tema di pianificazione, programmazione e progettazione degli interventi è più chiara e razionale, è superata la normativa speciale sulle 'grandi opere' che ha comportato la creazione di un 'sistema disciplinare parallelo'.

²³ In base al Rapporto sui tempi di attuazione e di spesa delle opere pubbliche del 2018: 4 anni per gli appalti minori; 7 anni per le opere di importo compreso tra i 500mila e i 50milioni di euro; 15 anni per gli appalti di valore più elevato. Senza interventi incisivi sulle procedure c'è il rischio che una quota significativa delle risorse disponibili non sia utilizzata.

²⁴ C. CONTESSA, *IDEM*, p. 5.

²⁵ Così G. TARELLO, *Codice – Teoria generale*, in: *Enciclopedia Giuridica Treccani*, 1988, vol. VI.

²⁶ Il riferimento è a N. IRTI, *Legislazione e codificazione*, in: *Enciclopedia Scienze sociali Treccani*, 1966 (*ad vocem*).

Il codice intende seguire in maniera dinamica la procedura di affidamento, iniziando dall'ambito e dalle esclusioni, poi passando per la disciplina delle stazioni appaltanti, la tipologia di procedure, i bandi e inviti, la commissione di gara, la qualificazione dei concorrenti, i criteri di selezione delle offerte, l'aggiudicazione, il subappalto e la fase esecutiva. Tale sistematica fa sorgere vari dubbi sul piano della correttezza stilistica e della tecnica di redazione del codice e sul piano della corretta individuazione delle norme che si applicano al di fuori dell'archetipo dei settori ordinari.

Ci sono altre problematiche di chiarezza delle regole. Dal lato formale, nel codice degli appalti ci sono degli articoli con troppi commi e commi con troppi periodi, laddove la guida alla redazione dei testi normativi auspica che ogni articolo non superi i dieci commi²⁷. Infatti, ciò non agevola la lettura del testo, rendendo di difficile esegesi i rinvii interni. Ad esempio, non sono particolarmente chiari il procedimento di approvazione dei progetti di opere pubbliche a causa dei reciproci rinvii tra il codice e la l. n. 241 del 1990²⁸ e nemmeno le regole sull'impugnazione cumulativa in caso di gara per più di un lotto. Le nuove regole potrebbero vivere difficilmente, considerando che la Corte di Giustizia dell'Unione Europea è inflessibile sull'effettività della tutela, come dimostra la sentenza *Puligienica* in materia di ordine di esame di ricorso principale e incidentale²⁹.

Dal punto di vista contenutistico, il codice ancora non si comprende e richiede ripetuti sforzi di esegesi l'ambito delle disposizioni applicabili ai settori speciali. Il nuovo codice non esaurisce tutta la materia dei contratti pubblici³⁰. Questi vuoti sono dovuti all'abrogazione delle vecchie regole e al rinvio a futuri atti attuativi, e non fanno credere che rispondano a una consapevole intenzione di semplificazione. Inoltre, considerando che il Parlamento si è recentemente auto-vincolato a non introdurre ulteriori livelli di regolazione e diversi rispetto a quelli di fonte unionale (il divieto di *gold plating* di cui si è parlato precedentemente), non è possibile stupirsi se nell'ambito del nuovo codice la

²⁷ Circolare della Presidenza del Consiglio dei ministri del 2 maggio 2001.

²⁸ Il codice degli appalti rinvia per la conferenza di servizi indetta per l'approvazione del progetto di opera pubblica agli artt. 14-*bis* e ss. l. n. 241 del 1990. Ma di approvazione di progetto di opera pubblica si occupa l'art. 14, l. 241/1990, non richiamato dal codice, e però fonte successiva e prevalente essendo stato novellato con la l. n. 127 del 2016.

²⁹ C.G.U.E., Grande Camera, 5 aprile 2016 C-689/13.

³⁰ Mancano la programmazione dei contratti, il giovane professionista nella compagine dell'operatore economico, collaudo per servizi e forniture, forme di comunicazione degli atti di gara.

disciplina riguardante la fase esecutiva dei contratti risulta lacunosa. Si tratta di una fase che precedentemente era regolata tendenzialmente in maniera compiuta, mentre adesso è racchiusa in circa 13 articoli. Nel complesso, il codice offre un quadro normativo parziale e molto sintetico dell'esecuzione dei contratti pubblici *tout court*.

Non sono considerate totalmente condivisibili le scelte del codice degli appalti sulla giustizia. Sono ampliate le eccezioni allo *standstill*, in modo tale da crearsi regimi processuali differenziati. È permessa l'esecuzione d'urgenza anche durante il termine di *standstill*, compromettendo la sua elusione. Inoltre, è stato imposto l'onere di impugnazione immediata delle altrui ammissioni e della propria esclusione, su cui alcuni interpreti hanno già espresso alcune riserve³¹.

Il nuovo codice si applica alle procedure bandite dopo la sua entrata in vigore, salvo alcune eccezioni. La mancata previsione di una disciplina transitoria, insieme alle novità apportate dal codice, ha frenato le stazioni appaltanti nell'indizione di nuove procedure, prima di metabolizzare le innovazioni introdotte. Ciò si è tradotto, riferendosi al 2016, «in una diminuzione dei valori di mercato intorno all'8,1% rispetto ai dati degli anni precedenti»³².

Infine, si nota che due elementi innovativi, quali la riduzione e qualificazione delle stazioni appaltanti e il *rating* di impresa, non sono ancora resi operativi.

4. Il parere del Consiglio di Stato sullo schema del codice dei contratti pubblici.

Come è stato riportato nei paragrafi precedenti, il codice è stato elaborato in circa un mese, dato che i tempi stretti per recepire la delega «hanno dettato una tabella di marcia veloce al Governo e agli organi consultivi»³³. Il Consiglio di Stato ha reso il suo parere in venticinque giorni, durante i quali è stata istituita una Commissione speciale.

³¹ Sul nuovo rito v. G. SEVERINI, *Il nuovo contenzioso sui contratti pubblici*, in www.giustiziaamministrativa.it, 3 giugno 2016; G. VELTRI, *Il contenzioso nel nuovo codice dei contratti pubblici: alcune riflessioni critiche*, in www.giustiziaamministrativa.it, 26 giugno 2016; M.A. SANDULLI, *Nuovi limiti alla tutela giurisdizionale in materia di contratti pubblici*, in www.federalismi.it, 29 luglio 2016; C. CONTESSA, *Commento all'articolo 205*, in C. CONTESSA E G. CROCCO, *Codice degli appalti e delle concessioni – Il d.lgs. 50/2016 commentato articolo per articolo*, Dei, Roma, 2016.

³² I dati sono riportati da H. SIMONETTI, *Il nuovo quadro normativo dei contratti pubblici. La dialettica tra diritto euro-unitario e nazionale, linee generali e singole tipologie*, in www.giustiziaamministrativa.it, 17 aprile 2018, p. 20.

³³ Parere Consiglio di Stato, comm. speciale, 1° aprile 2016, n. 855.

La redazione di un codice richiede, in genere, una durata alquanto lunga. I tempi stretti di elaborazione hanno determinato inevitabilmente alcune imprecisioni, che devono essere corretti per evitare dubbi di eccesso di delega³⁴.

Prima di tutto, il codice non ha preso né il nome della legge delega né quello suggerito dal Consiglio di Stato³⁵.

Passando alle questioni di carattere generale, si pone un problema relativo alla collocazione del codice nella gerarchia delle fonti di produzione del diritto di rango sovranazionale e costituzionale e di quelle di rango primario: rispetto delle direttive unionali, rispetto della legge delega sotto il profilo della mancata o dell'inesatta attuazione, rispetto delle competenze legislative regionali.

La prima questione è il rapporto tra direttive, legge delega e codice, rispetto al divieto di *gold plating*, che deve essere osservato anche in sede di adozione degli atti attuativi del codice. I principi della delega non sono stati tutti recepiti compiutamente. Il Consiglio di Stato, nel parere elaborato sulla bozza iniziale del nuovo codice, evidenzia come alcune norme sembrassero «comportare un aumento della regolamentazione rispetto a quanto richiesto dalle direttive europee, in contrasto con il divieto del cd. *gold plating*». L'accusa di operare il *gold plating* rispetto al "minimo comunitario", non può essere condivisa: il T.F.U.E. permette di limitare la concorrenza a tutela di altri interessi essenziali dello Stato e la competitività non può contrastare i valori affermati dal testo costituzionale, come ad esempio l'uguaglianza sostanziale. Ciò non toglie che i procedimenti amministrativi debbano avere regole snelle e univoche.

Proseguendo, è stato osservato che il mancato oppure l'incompleto recepimento di alcune parti della legge delega³⁶ appartiene alla scelta politica

³⁴ Dubbi di violazione della delega nascono in riferimento alla gara informale negli appalti sotto soglia con un numero minimo di tre concorrenti, in luogo del minimo di cinque fissato dalla delega, alla disciplina degli appalti della protezione civile e a quella del dibattito pubblico.

³⁵ Si legge nel parere: «il "nome di battesimo" dato al codice "codice degli appalti pubblici e delle concessioni", non appare esattamente corrispondente al contenuto dell'articolato, sotto un duplice profilo. Da un lato, l'aggettivo "pubblici" viene riferito solo agli appalti e non anche alle concessioni, laddove anche le concessioni sono pubbliche. Dall'altro lato, nel codice non sono disciplinati solo appalti e concessioni, ma anche altri tipi contrattuali. Anche se la nozione comunitaria di appalto è molto lata e ben più ampia della nozione italiana come desunta dal Codice civile, ciò nonostante nel codice in esame sono regolati tipi contrattuali che non vi rientrano. (...) Pertanto, il codice potrebbe più appropriatamente essere denominato o "codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture", ovvero, e preferibilmente, "codice dei contratti pubblici"».

³⁶ Il riferimento sono i conti correnti dedicati, alle concessioni del servizio idrico, agli obblighi di esternalizzazione e avvio tempestivo delle nuove gare per le concessioni nuove.

del Governo, che non è sindacabile in sede di parere di legittimità; ma l'omessa attuazione della delega non può essere rimediata tramite i decreti correttivi.

Sul lato stilistico, si rileva non soltanto la disomogeneità quantitativa delle varie parti³⁷, ma anche la ripetizione delle rubriche di articoli differenti con lo stesso nome³⁸ e la dubbia scelta stilistica di collocare il contezioso tra le disposizioni finali e transitorie.

Il codice pone un problema di "lingua comune" che va distinto dal "linguaggio comune". Poiché le direttive sintetizzano terminologie e regimi giuridici nazionali differenziati, i prodotti sono istituti ibridi, «che subiscono un'ulteriore ibridazione quando si innestano nei preesistenti tessuti nazionali»³⁹. Al codice si è posta l'alternativa tra tradurre la terminologia europea in quella nazionale oppure mantenere la lingua originale. Questo ha scelto la seconda soluzione, in condivisione con il Consiglio di Stato, dato che l'integrazione europea passa anche per un linguaggio giuridico comune⁴⁰. Tuttavia, tale lingua comporta uno "sconvolgimento culturale" e questioni esegetiche non di lieve momento. Infatti, è necessario cogliere la natura giuridica celata dietro una determinata terminologia.

Si può ora affermare che il codice è sulla buona strada per raggiungere il fine di semplificare. Tuttavia, un codice non basta. Il codice "semplificherà" al verificarsi di alcune condizioni. La prima sono le correzioni necessarie. Il Consiglio di Stato evidenzia che i tempi ristretti comporterebbero inevitabili errori e refusi e, quindi, auspica tre strumenti: *errata corrige* e/o avviso di rettifica; un primo correttivo in tempi brevi; un secondo correttivo a seguito di verifica di impatto. È già stato emesso un avviso di rettifica, con 185 correzioni, muovendosi nei limiti dell'errore materiale.

³⁷ Quella sulle infrastrutture prioritarie consta di soli tre articoli, quella degli appalti ordinari e nei settori speciali di oltre cento.

³⁸ Il parere del Consiglio di Stato, in parte inascoltato, chiede che gli articoli avessero rubriche individualizzate, e che non corrispondessero ad altri articoli dello stesso codice, come: artt. 1 e 164 "oggetto e ambito di applicazione"; artt. 59 e 123 "scelta delle procedure"; artt. 75 e 131 "Inviti ai candidati"; artt. 105 e 174 "subappalto"; artt. 99 e 139 "relazioni uniche sulle procedure di aggiudicazione degli appalti"; artt. 102 e 150 "collaudo".

³⁹ Così R. DE NICTOLIS, *EADEM*, p. 9.

⁴⁰ «I vantaggi di questa tecnica sono: la riduzione del rischio di una trasposizione infedele delle direttive e dei conseguenti contrasti esegetici (favorendo altresì il formarsi di una interpretazione uniforme a cura dei giudici nazionali e del giudice europeo), dall'altro il rafforzamento del processo di integrazione europea».

Un correttivo sarebbe inevitabile, in quanto sussistono questioni che potrebbero far sorgere incertezza e contenzioso⁴¹. Per un correttivo in senso lato sono necessari almeno due anni di applicazione e andrebbe a tal fine modificata la delega, in quanto dà soltanto un anno di tempo. La seconda condizione è la fase di successiva implementazione, che ha "rilevanza cruciale"⁴².

Successivamente, il parere ha analizzato le linee guida dell'A.N.A.C.. È necessario evitare che le linee guida, rispetto al vecchio regolamento, abbiano di diverso soltanto il nome. Anche per questo motivo il Consiglio di Stato chiede che questi atti siano corredati da analisi e verifica di impatto della regolamentazione: e non ne è l'equivalente solo l'audizione degli *stakeholders*. Il Consiglio di Stato, infine, ha espresso l'auspicio che il Governo possa sensibilizzare il Parlamento in ordine a un incremento fino due anni del termine per adottare altri decreti correttivi. Infatti, vi è la consapevolezza che la fissazione di un termine breve al fine di adottare i decreti correttivi se persegue l'intento di responsabilizzare il Governo e il Parlamento a sistematizzare compiutamente e in tempi ragionevoli la materia disciplinata. Sotto un altro aspetto non fa venire meno i bisogni di modifica che residuano anche dopo il più attento e meditato intervento di riforma.

5. Il primo correttivo al codice degli appalti.

Il nuovo decreto correttivo dà contenuti più ampi e articolati al codice dei contratti pubblici e merita di essere analizzato con l'attenzione propria degli interventi di grande impatto sistematico. Per circa un anno dall'entrata in vigore, il nuovo codice è stato 'senza nome', a differenza di quelli vecchi. La sua rubricazione ha avuto una storia tortuosa: la legge delega aveva previsto

⁴¹ La semplificazione appartiene a istituti che sono: qualificazione delle stazioni appaltanti; albo dei commissari di gara; qualificazione e criteri reputazionali degli operatori; piena informatizzazione delle procedure; bandi tipo.

⁴² «La rilevanza cruciale della 'fase attuativa' di qualsiasi processo di cambiamento ordinamentale (a maggior ragione se esso è rilevante quale quello in oggetto) è spesso ingiustamente e ingiustificatamente sottovalutata». Una riforma è tale soltanto se raggiunge un'effettiva attuazione in grado di migliorare il rapporto di cittadini e imprese con il pubblico potere, semplificare l'esercizio delle attività private e modificare favorevolmente l'economia e la qualità della vita. L'esperienza internazionale, in particolare in sede O.C.S.E., insegna che il successo o il fallimento di una riforma è legata alla sua attuazione successiva, attraverso le norme secondarie, la regolazione e i provvedimenti applicativi delle amministrazioni pubbliche. Questa attività deve essere il principale oggetto della fase di monitoraggio e di valutazione *ex post* dell'impatto della riforma.

che esso fosse rubricato "Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione". Alla fine, ha ricevuto un nome più lungo di quanto fosse necessario⁴³.

Grazie all'emanazione del decreto correttivo del 2017 il testo, conformemente alle dritte del Consiglio di Stato, è stato rubricato 'Codice dei contratti pubblici'. A partire da quel momento la titolazione non è mai stata più cambiata.

Il decreto del 2017 apporta varie modifiche al nuovo codice⁴⁴, sopprimendo la disposizione che riguarda le raccomandazioni vincolanti dell'A.N.A.C. e, al suo posto, istituendo un modello di legittimazione processuale speciale in capo all'Autorità di settore per i 'contratti di rilevante impatto e di gravi violazioni' del codice.

Oltre a tale primo (e unico) correttivo, le modifiche apportate al Codice sono limitate. Ciò dimostra, in particolare, una tendenza alla stabilità e alla certezza normativa, punto stabile per far sì che il mercato dei contratti pubblici possa subire un rilancio. Tale correttivo dà agli operatori del settore un testo più lineare rispetto al codice.

Con il decreto correttivo del 2017 sono consentite "integrazioni e correzioni", a seguito di un periodo di "sperimentazione applicativa". Tuttavia, lo strumento del correttivo non può modificare le scelte principali operate in sede di primo esercizio della delega, attuando una scelta di intervento diversa da quella del decreto che deve essere corretto.

Il Consiglio di Stato ha analizzato il decreto correttivo in modo approfondito con il parere del 30 marzo 2017, che chiarisce quali siano i contenuti 'in negativo' che un decreto correttivo non possa contenere. Il parere sullo schema di decreto correttivo al codice dei contratti pubblici ritiene che i correttivi al codice perseguano un effetto utile nel caso in cui intervengano dopo un congruo periodo di applicazione pratica, che è necessario per la compiuta verifica di impatto della regolamentazione. Nell'ipotesi di codici settoriali, specialmente se, come nel caso in oggetto, ci siano molti regimi transitori, un periodo ragionevole di osservazione, come detto nel precedente paragrafo, è di due anni. Lo scopo del correttivo rischia di essere vanificato

⁴³ "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".

⁴⁴ Così C. CONTESSA, *Il primo (e unico) correttivo al 'Codice dei contratti' Un passo avanti verso la semplificazione del sistema?*, in www.giustiziaamministrativa.it, 24 maggio 2017, p. 2.

qualora dovesse essere previsto un breve periodo. Pertanto, il Consiglio di Stato ha richiesto un incremento fino a due anni del termine per adottare altri correttivi.

Trattando dei contenuti di un decreto correttivo, il Consiglio di Stato, in primo luogo, ha chiarito che questo non possa costituire l'occasione per esercitare in modo tardivo parti della delega che non sono state esercitate 'in prima battuta' e quindi per ovviare all'incompletezza del testo di base che prevedeva l'adozione di una disciplina specifica per le concessioni nel settore idrico e che non rinviene una puntuale traduzione nel testo del codice: la lacuna in questione non poteva essere emendata con il nuovo testo il quale non vi ha provveduto.

In secondo luogo, lo strumento del decreto correttivo non può permettere una rimediazione degli orientamenti di massima che hanno ispirato la stesura del testo iniziale, ma deve limitarsi a svolgere una funzione completiva e integrativa delle scelte normative contenute nel testo oggetto di modifica.

Per quanto riguarda invece i contenuti positivi di un decreto correttivo, il Consiglio di Stato dice che può intervenire per assicurare la qualità formale del testo, «con l'eliminazione di illegittimità, refusi, difetti di coordinamento, errori tecnici, illogicità, contraddizioni, [apportando], previa verifica di impatto, le correzioni e integrazioni che l'applicazione pratica renda opportune».

È evidente che questi interventi siano propri dell'avviso di rettifica, ma anche che l'approvazione del decreto correttivo rappresenti un'importante occasione per procedere a una 'bonifica' dell'articolato, rappresentando un veicolo utile per questo scopo.

6. L'innovazione tecnologica nel codice.

Il codice degli appalti è caratterizzato da una crescita ipertrofica dell'inflazione normativa. Una buona normativa, efficace ma non inutilmente intrusiva è un fattore decisivo per il settore dei contratti pubblici. Infatti, l'inflazione normativa alimenta la corruzione, determina ingiustizie e ingessa le attività economiche ⁴⁵. Troppe norme, oppure norme confuse e contraddittorie

⁴⁵ Sul punto, F. BASSANINI, *Deregolazione, miglior regolazione e competitività del Paese*, in *La tela di Penelope. Primo rapporto Astrid sulla qualità della regolazione e la semplificazione burocratica*, a cura di A. NATALINI e G. TIBERI, Il Mulino, Bologna 2010.

equivalgono, non di rado, a nessuna norma e “la giungla legislativa produce quasi sempre l’incertezza del diritto, anticamera dell’illegalità”⁴⁶.

Naturalmente la complessità del fenomeno non va sottovalutata ed è correlato al problema della “crisi della legge” nelle democrazie contemporanee, originato da molteplici cause. Alcune tra esse sono generate dall’innovazione tecnologica.

L’Italia si sta muovendo verso l’ingegnerizzazione delle procedure ad evidenza pubblica e dei contratti pubblici e lo strumento del B.I.M. riveste rilevanza cruciale. La [direttiva](#) 2014/24/EU introduce il *Building Information Modeling*⁴⁷ come processo standard nella progettazione e realizzazione delle opere pubbliche. Il sistema B.I.M. è favorito al fine di accrescere l’efficacia e la trasparenza delle procedure di *Procurement*. Tramite tale strumento si realizza una collaborazione tra i vari soggetti coinvolti nella progettazione edilizia, considerando la necessità di dati delle infrastrutture, critici, aperti e riutilizzabili. Nella direttiva non è esplicitamente richiamato l’uso di particolari *software*, ma la creazione di metodologie di gestione e verifica dei dati che costituiscono il processo edilizio.

Il codice degli appalti e il c.d. decreto B.I.M. hanno definito le modalità e i tempi di progressiva introduzione del B.I.M. negli appalti pubblici. Il B.I.M. si sta diffondendo, ma ancora in maniera spontanea, graduale e sporadica, mancando ancora una metodologia uniforme e di ampie vedute. Tale situazione potrebbe essere dovuta al fatto che il mercato della progettazione è molto parcellizzato e, di conseguenza, il primo attore del processo, qualora non fosse “costretto dalla legge”, ha difficoltà ad investire maggior tempo e lavoro in una progettazione che porta vantaggi a coloro che se ne occuperanno delle fasi successive.

Il B.I.M. è in grado di ottenere un miglior livello di progettazione a costi e tempi di realizzazione inferiori, consentendo un’analisi e un controllo più analitici ed efficienti. Tramite il B.I.M. è possibile realizzare simulazioni e manipolazioni di modelli basati sulla realtà per gestire l’ambiente di costruzione secondo un processo decisionale ripetibile e verificabile, riducendo i rischi e

⁴⁶ F. BASSANINI, S. PAPARO, G. TIBERI, *Qualità della regolazione: una risorsa per competere*, in *ASTRID RASSEGNA* anno 1, n. 11 del 28 giugno 2005, p. 6

⁴⁷ Consiste in una metodologia di progettazione usata in ambito delle costruzioni basata sull’integrazione dei vari elementi progettuali che permette di realizzare digitalmente accurati modelli virtuali dell’opera da costruire che hanno con alta precisione la geometria e gli ulteriori dati necessari per la progettazione, la scelta del contraente, la costruzione e la gestione del ciclo della vita dell’opera.

migliorando la qualità delle azioni e dei prodotti a livello industriale⁴⁸. Un'ulteriore spinta all'adozione è attesa dalla previsione per il 2025 dell'obbligo di progettazione in modalità B.I.M. per tutte le opere pubbliche.

Un impegno nella definizione degli standard ed un'azione governativa molto incisiva nell'applicazione "di tempi reali di adozione da parte della Pubblica Amministrazione della normativa vigente, una robusta disseminazione della cultura B.I.M. che metta in risalto i vantaggi nel disporre di un ambiente numerico e sulle proprie modalità di applicazione, una chiara normativa relativa alle qualifiche professionali con una cultura della gestione e conservazione a norma dei modelli digitali, permetterebbe all'Italia di ottenere in maniera rapida una posizione di primo piano nell'adozione del B.I.M."⁴⁹.

7. La questione sulle linee guida dell'A.N.A.C.

Alla crescita della complessità normativa del nuovo codice contribuiscono il policentrismo normativo derivante dal crescente ricorso ad autorità di regolazione indipendenti⁵⁰. La disciplina di dettaglio o di semplice chiarimento è affidata a strumenti attuativi diversi dal regolamento. È assegnato all'A.N.A.C., tramite lo strumento delle linee guida, poiché più agile del tradizionale regolamento, un compito essenziale nella definizione della disciplina delle fonti normative secondarie⁵¹. La scelta di sostituire il pregresso modello regolamentare con un sistema attuativo più veloce è una novità, ma non fornisce agli operatori del settore elementi di chiarificazione.

L'A.N.A.C., oltre i vari poteri di controllo, raccomandazione, intervento cautelare, di deterrenza e sanzionatorio, ha quello di adottare gli atti di indirizzo, quali linee guida, bandi-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolamentazione flessibile, anche dotati di efficacia vincolante, comunque impugnabili innanzi agli organi di giustizia amministrativa.

La regolazione sub-primaria è demandata in maniera esclusiva a linee guida di

⁴⁸ Su questi temi cfr. S. VALAGUZZA, *Governare per contratto. Come creare valore attraverso i contratti pubblici*, Napoli, 2018, 184 e ss.; EASTMAN, TEICHOLZ, SACKS, LISTON, edizione italiana a cura di G.DI GIUDA e V. VILLA, *Il BIM. Guida completa al building information modeling*, Milano, 2016.

⁴⁹ D. CAMERINI, *Building Information Modeling (BIM): cos'è, stato di adozione in Italia e nel mondo*, in www.agendadigitale.eu, 16 ottobre 2019.

⁵⁰ G. TIBERI, S. NINATTI, *Lingua, normazione, inclusione sociale: quanto "accessibile" è la lingua del legislatore?*, in *L'uso della lingua negli atti e nella comunicazione dei poteri pubblici italiani*, a cura di P. BONETTI, Giappichelli, Torino, 7 dicembre 2016, p. 38

⁵¹ Così M. CHIARELLI, *La soft regulation e il caso delle nuove linee guida ANAC*, in www.federalismi.it, 6 febbraio 2019, p. 4.

carattere generale proposte dall'A.N.A.C. e approvate con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti. Tuttavia, non è chiarito in modo adeguato se il modello delle linee guida M.I.T./A.N.A.C. sia un modello tassativo di regolazione sub-primaria, un modello prevalente oppure un modello soltanto tendenziale. La legge di delega sembra deporre nel primo senso, ma l'analisi del nuovo codice sembra andare in un'altra direzione.

Analizzando il decreto delegato emerge che gli estensori non si siano ispirati al modello unico delle linee guida M.I.T./A.N.A.C., e che il nuovo codice riconosca una varietà di atti attuativi, caratterizzati da forma, contenuto e modalità di adozione totalmente diversi⁵². Ciò rappresenta un *vulnus* rispetto ai principi di semplificazione e razionalizzazione che hanno ispirato la legge delega.

Il nuovo codice contempla quattro diversi modelli di atti attuativi⁵³ rendendo difficile per l'interprete stabilire in quali ipotesi le linee guida siano idonee a recare prescrizioni di carattere vincolante per gli operatori. Si pone, dunque, la questione della natura giuridica dei provvedimenti ministeriali e dell'A.N.A.C., e, soprattutto, della loro collocazione nel sistema delle fonti del diritto. La costruzione di affidare a un atto atipico, adottato da un'autorità diversa dall'Esecutivo, l'introduzione di norme sub-legislative, comporta uno sconvolgimento dell'assetto ordinamentale delle fonti di diritto e impedisce un coerente e razionale inquadramento di esse all'interno del sistema. Le linee guida sono state previste come idonee a costituire diritti e obblighi in capo ai

⁵² Il nuovo codice prevede, inoltre, l'emanazione di: a) decreti del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti di concerto con il Ministero dell'economia e delle finanze, previo parere del CIPE e sentita la Conferenza unificata (art. 21, comma 8); b) decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, sentito il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare e il Ministro per i beni e le attività culturali, previo parere delle Commissioni parlamentari competenti (art. 22, comma 2); c) di decreti del Ministro delle infrastrutture e trasporti, su proposta del Consiglio superiore dei lavori pubblici, di concerto con il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare e del Ministro dei beni e delle attività culturali e del turismo (art. 23, comma 3); d) di decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro dei beni e delle attività culturali e del turismo, di concerto con il Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione e il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti (articolo 25, comma 13); e) di decreti del Ministro dei beni e delle attività culturali e del turismo, da adottarsi sentita una rappresentanza dei dipartimenti archeologici universitari (art. 25, comma 2).

⁵³ La distinzione è esposta da R. GRECO, *Il ruolo dell'Anac nel nuovo sistema degli appalti pubblici*, in www.giustiziaamministrativa.it, 29 dicembre 2016, p. 4: a) atti approvati con decreto del Ministro delle infrastrutture e trasporti, su proposta dell'A.N.A.C., previo parere dato dalle competenti commissioni parlamentari; b) atti vincolanti *erga omnes* adottati dall'A.N.A.C., e in particolare le linee guida; c) atti non vincolanti adottati dall'A.N.A.C.; d) le linee guida dell'A.N.A.C., in materia di qualificazione, adottate a seguito di un preventivo parere delle commissioni parlamentari.

destinatari⁵⁴.

Sul piano procedimentale, la delega non riporta alcuna disciplina, né opera un rinvio ad atti-fonte del Ministero o dell'A.N.A.C. stessa. Le linee guida di carattere vincolante integrano l'ordinamento giuridico con prescrizioni di carattere generale e astratto. Questi atti sono qualificati come 'regolamenti ministeriali', con le implicazioni di rispetto delle garanzie procedurali previste.

Sul piano sostanziale, le linee guida dell'A.N.A.C. non vincolanti sono inquadrabili come ordinari atti amministrativi, mentre le linee guida a carattere "vincolante" ed *erga omnes* e gli altri atti innominati con il medesimo carattere e riconducibili all'espressione "altri atti di regolamentazione flessibile" sono riconducibili al modello degli atti di regolazione delle Autorità amministrative indipendenti, che non sono regolamenti *stricto sensu* ma atti amministrativi generali e 'di regolazione'. Questa assimilazione permette di assicurare anche per tali provvedimenti dell'A.N.A.C.: il dovere di sottoporre le delibere di regolazione ad una preventiva fase di 'consultazione'⁵⁵; la necessità di dotarsi di strumenti come l'analisi di impatto della regolazione e la verifica *ex post* dell'impatto della regolazione, per i quali occorrerà sviluppare modelli *ad hoc* per l'A.N.A.C., sulla scorta di quanto già fanno le Autorità di regolazione; l'esigenza di adottare tecniche di codificazione delle delibere di regolazione per mezzo della concentrazione in "testi unici integrati" di quelle sulla stessa materia⁵⁶.

Un ulteriore motivo di criticità riguarda la conoscibilità e la reperibilità delle nuove linee guida, mentre il regolamento consentiva di reperire tutte le disposizioni di interesse emanate *uno actu*. Il nuovo modello di regolazione sub-primaria sarà costellato di disposizioni di varia natura e contenuto, emanate in momenti differenti e pubblicate con modalità diverse. Così facendo, il fine di una regolamentazione sintetica, unitaria e conoscibile rischia di

⁵⁴ C. DEODATO, *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?*, in www.giustiziaamministrativa.it, 28 aprile 2016, p. 10.

⁵⁵ Costituisce ormai una forma necessaria, strutturata e trasparente di partecipazione al *decision making process* dei soggetti interessati e che ha anche l'ulteriore funzione di fornire ulteriori elementi istruttori/motivazionali rilevanti per la definizione finale dell'intervento regolatorio.

⁵⁶ Tale strumento appare significativamente necessario per il settore degli appalti allo scopo di evitare il rischio di proliferazione delle fonti che si volevano ridurre e di perdita di sistematicità ed organicità dell'ordinamento di settore, violando in sede attuativa il vincolo a una "drastica riduzione" dello *stock* normativo imposto dalla delega.

perdersi. Laddove non sia definito l'ambito di ogni atto attuativo, si determina il rischio di sovrapposizioni.

Il Governo ha imposto all'A.N.A.C. di pubblicare gli strumenti di regolazione flessibile di sua competenza con modalità tali da rendere immediatamente accessibile alle stazioni appaltanti e agli operatori economici la disciplina applicabile a ciascun procedimento. Inoltre, al Governo è affidato il compito di curare la fase di attuazione del codice coordinando l'adozione di decreti e linee guida, della loro raccolta in testi unici organici e omogenei, per assicurarne la tempestività e la coerenza reciproca.

Il tema esaminato rappresenta uno di quelli sui quali si misurerà la capacità concreta del nuovo codice di perseguire in modo effettivo i fini di semplificazione e razionalizzazione del sistema. Ciò si realizzerà soltanto se la fase di adozione degli atti attuativi avverrà in modo tempestivo, ordinato e coordinato, sottoposto a canoni di *better regulation*.

Il 'mito' della *soft regulation* è complicato da conciliare con il settore degli appalti e delle concessioni poiché non gli fornisce un adeguato livello di certezza del diritto e di sicurezza negli scambi⁵⁷.

L'eccesso di flessibilità dello strumento e l'istituzione di un livello di regolazione che unisca la certezza delle fonti del diritto e l'elasticità degli schemi basati sulla *moral suasion* induce il sistema a ulteriori elementi di incertezza.

In alcune ipotesi le linee guida dell'A.N.A.C. sono state modificate varie volte⁵⁸, ponendo problematiche nella ricostruzione del regime giuridico applicabile simili a quelle poste dai tipici regolamenti. A questo punto, sarebbe auspicabile la reintroduzione del regolamento unico che aveva dato buona prova di sé nella vigenza della legge Merloni e del codice del 2006. Le linee guida non andrebbero perse, ma si potrebbero trasformare in proposizioni normative di carattere precettivo.

⁵⁷ Per esempio, se in una gara con importo a base d'asta pari a svariati milioni di euro si discute se un requisito di partecipazione possa valere anche come criterio di valutazione, la risposta deve essere affidata a una prescrizione chiara e univoca e non a uno strumento di regolazione flessibile. La flessibilità non può essere ammessa quando l'alternativa secca è fra una risposta affermativa e una negativa.

⁵⁸ Le linee guida del 26 ottobre 2016 n. 4 sugli affidamenti sottosoglia che sono già state modificate la prima volta nel marzo del 2018 e che risultano sottoposte a un secondo procedimento di modifica.

8. Considerazioni finali.

Il codice degli appalti non è un prodotto perfetto ed è necessario sostituirlo con uno radicalmente nuovo. Si tratta di un testo ambizioso e complesso, nel cui ambito non è agevole individuare precise ed univoche linee di indirizzo.

Sono varie le anomalie che riguardano il settore dei contratti pubblici: sovrabbondanza di norme, soggetti che fanno norme, stazioni appaltanti e operatori economici, eccesso di deroghe, tante giurisdizioni che si occupano di appalti e troppo contenzioso. Da come si evince nelle pagine precedenti, il codice degli appalti dovrebbe essere "messo a dieta" e, in particolare, i giuristi denunciano i vorticosi mutamenti delle regole come fattore di scarsa trasparenza, aumento di costi, rallentamento dell'economia, ed è per tale ragione che si è parlato di «selva oscura dei centomila codici»⁵⁹.

L'Associazione dei costruttori edili e quella dei Comuni italiani hanno elaborato nel luglio 2018 un documento in cui hanno presentato alcune proposte di revisione del codice, come il ritorno a un'unica fonte regolamentare⁶⁰, la qualificazione di diritto delle Città Metropolitane e delle Province come stazioni appaltanti e l'innalzamento dell'importo dei lavori aggiudicabili con il criterio del prezzo più basso⁶¹.

Il correttivo al codice poteva seguire due rami: o modificarne totalmente il testo con una nuova legge di delega, l'eliminazione integrale delle linee guida dell'A.N.A.C. e degli altri strumenti applicativi e il ripristino di un regolamento unico di attuazione, oppure apportare modifiche urgenti delle disposizioni più critiche e, in un secondo momento, e se non fosse stato sufficiente, si sarebbe effettuata una rivisitazione maggiore di tutto il codice. Sarebbe stato necessario un intervento di *drafting* normativo, che restituisse alle disposizioni più organicità e chiarezza lessicale. La scelta del primo caso poteva significare tornare al punto di partenza e per tale motivo più prudente risultava la seconda soluzione.

Nel frattempo, però, il sopraggiungimento della lettera del gennaio 2019 ha indotto il Governo a correre ai ripari. Essa riguarda la costituzione in mora del Governo italiano dalla Commissione europea per la mancata conformità alle direttive del 2014 in materia di contratti pubblici di diversi articoli del codice

⁵⁹ M. AINIS, *La selva oscura dei 100mila codici*, in *La Repubblica*, 24 agosto 2016.

⁶⁰ N. SAITTA, *Il senso di una codificazione*, in F. SAITTA (a cura di), *Appalti e contratti pubblici: Commentario sistematico*, Cedam, Milano, 26 aprile 2016.

⁶¹ cfr. rapporto sulla politica di bilancio 2019 dell'UPB gennaio 2019, in *www.upbilancio.it*.

degli appalti⁶². La Commissione ha deciso di aprire formalmente una procedura d'infrazione nei confronti dell'Italia, ritenendo che la nostra legislazione in materia di appalti non sia conforme alla normativa dell'U.E.. Questa è l'ennesima conferma di ciò che è denunciato da anni, cioè l'incapacità del codice degli appalti di riportare il settore dei lavori pubblici in Europa con regole semplici, chiare e trasparenti⁶³.

Il legislatore ha scelto di proporre al Parlamento un disegno di legge di delega⁶⁴, in cui fossero definiti i criteri direttivi della nuova riforma sugli appalti pubblici. L'art. 1, comma 1, registra l'incertezza delle modalità operative di essa, recitando: «Nell'esercizio della delega (...), il Governo provvede al riassetto della materia dei contratti pubblici (...) anche al fine di coordinare le predette norme con la legge 7 agosto 1990, n. 241 e con il 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».

Consapevole della lunghezza del percorso, il Governo ha pensato, intanto, di adottare un ulteriore decreto-legge, recante "disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici e misure per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali", che facesse delle modifiche più urgenti, noto anche come decreto sblocca cantieri.

L'intento del Governo è di apportare delle modifiche urgenti al codice degli appalti 'bypassando' l'iter avviato con la presentazione del disegno di legge delega. Intervenire in tale materia con dei decreti-legge, spesso modificati dalla legge di conversione, rischia di essere pericoloso, perché aggiunge ulteriore incertezza ad una situazione di per sé precaria. Tuttavia, il progetto del Governo sembrerebbe di sollecitare l'inizio dei lavori per un nuovo codice

⁶² Sono stati oggetto della costituzione in mora, in particolare: 1) l'art. 105, commi 2 e 5, del d.lgs. n. 50 del 2016, nella parte in cui fissa un limite obbligatorio all'importo del contratto di lavori, servizi e forniture che l'appaltatore può affidare a terzi, corrispondente al 30 % dell'importo complessivo del contratto; 2) l'art. 105, comma 6, del d.lgs. 50 del 2016, nella parte in cui impone l'obbligo di indicazione in sede di offerta della terna dei subappaltatori anche quando non intendono far ricorso ad alcun subappaltatore o anche quando ne occorrono meno; 3) l'art. 105, comma 19, del d.lgs. n. 50 del 2016, nella parte in cui impone il divieto generale per i subappaltatori di fare a loro volta ricorso ad altri subappaltatori; 7) l'art. 89, comma 6, del d.lgs. n. 50 del 2016, nella parte in cui impone il divieto per il soggetto delle cui capacità l'operatore intende avvalersi di affidarsi a sua volta alle capacità di un altro soggetto;

⁶³ G. BULA, *Riscrivere il Codice degli Appalti, ecco le priorità per uscire dallo stallo*, in www.agendadigitale.eu, 18 febbraio 2019.

⁶⁴ "Delega al Governo per la semplificazione, la razionalizzazione, il riordino, il coordinamento e l'integrazione della normativa in materia di contratti pubblici".

degli appalti e la redazione di un regolamento di esecuzione, attuazione e integrazione.

In questo modo, si potrebbe incidere il settore del *public procurement* senza pensare in modo sufficiente ai correttivi che bisogna introdurre, con il rischio che i medesimi debbano essere nuovamente modificati. Questo caso è foriero di gravi problemi per la stabilità del settore di mercato, che ha bisogno di punti solidi, in modo particolare nella disciplina in vigore, e di disposizioni normative la cui interpretazione sia consolidata, per permettere il regolare svolgimento delle gare, evitando interruzioni o rallentamenti dovuti a contenziosi o all'inerzia dei funzionari pubblici, timorosi di sbagliare di applicare le norme e di incorrere in procedimenti per responsabilità innanzi alla Corte dei conti.

Al riguardo si evidenzia come risulti di difficile comprensione immaginare una p.a., consapevole dell'imminente modifica delle norme, si distoglierebbe dalla propria quieta inerzia «per intraprendere la strada di una faticosa procedura ad evidenza pubblica, foriera di insidie per i possibili repentini mutamenti della disciplina normativa e dell'interpretazione giurisprudenziale agli stessi strettamente connessa»⁶⁵.

Il decreto-legge contiene un'importante riforma al codice degli appalti, modificando circa la metà degli articoli⁶⁶. La legge di conversione elimina le linee guida dell'A.N.A.C. e i Decreti Ministeriali e interministeriali emanati per sostituirli con un unico regolamento. La riforma mira a innovare le procedure di affidamento dei lavori, prevedendo, tra l'altro, la reintroduzione fino al 31 dicembre 2020 dell'appalto integrato senza il limite per i progetti definitivi approvati entro il 31 dicembre 2020 messi a gara per l'affidamento dei lavori entro i successivi 12 mesi. Nel testo attuale per gli appalti di lavori sopra soglia il progetto di fattibilità deve essere preceduto dal documento delle alternative progettuali⁶⁷. Nei restanti casi, come ad esempio il sottosoglia, è lasciata come una possibilità.

Tra le novità più importanti, si segnala l'obbligo, in relazione alla lettera di messa in mora della Commissione Europea, di computare il valore complessivo dei lotti per stabilire le procedure di gara da seguire quando i singoli lotti non vengono aggiudicati contemporaneamente.

⁶⁵ E. QUADRI, *EADEM*, p. 11

⁶⁶ R. BOND, *Gli affidamenti Sottosoglia dopo la conversione in legge del Decreto Sblocca Cantieri - Prima parte: i Lavori*, in *www.lavoripubblici.it*, 5 settembre 2019.

⁶⁷ E. D'ARCHIVIO, *Sblocca cantieri: tutte le novità dopo la legge di conversione*, in *Altalex*, 2 luglio 2019.

L'emendamento, con cui è stato temporaneamente disposto «nelle more della riforma complessiva del settore» la non applicazione «a titolo sperimentale» di alcune norme del codice degli appalti, fermo restando «il rispetto dei principi e delle norme sancite dall'Unione europea», presenta un carattere peculiare e una tecnica audace, ma poco utilizzata. La sospensione «sperimentale» è distinta da quella «semplice» in quanto è soggetta al meccanismo di monitoraggio previsto dall'art. 1 comma 2, che consiste nella relazione che l'Esecutivo dovrà presentare al Parlamento entro il 30 novembre 2020 «al fine di consentire al Parlamento di valutare l'opportunità del mantenimento o meno della sospensione». La sospensione «semplice» viene introdotta «dal comma 18, ultimo periodo, ove è stata ricollocata la riforma dell'art. 105 in materia di subappalto, che oggi prevede la temporanea non applicazione, ancora una volta fino al 31 dicembre 2020, del comma 6, nella parte in cui impone l'obbligo di indicazione della terna di subappaltatori»⁶⁸.

Il carattere sperimentale della legge è un aspetto interessante e curioso della riforma. A differenza delle leggi 'sperimentali' che sono provvisorie, le leggi 'tradizionali' tendono a durare nel tempo⁶⁹. La legislazione sperimentale è una legge 'a termine' in grado di raccogliere i dati e le informazioni necessari a valutare gli effetti scaturiti da una nuova normativa sui destinatari, per testare le reazioni dei privati prima di assumere la decisione definitiva. Essa è provvista di una clausola di valutazione volta a indicare i tempi e come siano verificati gli effetti spiegati dalla nuova disciplina. Questo monitoraggio legislativo, da un lato migliora la qualità dei testi, garantendo una scelta consapevole fra le diverse soluzioni proposte, dall'altro lato risulta problematico, sotto il profilo dei tempi e dei costi di realizzazione e della certezza del diritto.

La norma contenuta nell'art. 1, comma 1, del decreto sblocca cantieri ha i caratteri tipici di una legge sperimentale, poiché ha efficacia provvisoria (18

⁶⁸ E. ANFUSO, *Brevi note a margine del decreto-legge n. 32 del 2019: la sospensione "sperimentale" nel settore dei contratti pubblici*, in *Rivista A.I.C.*, fasc. 4/2019, 6 agosto 2019, p. 4.

⁶⁹ Le leggi sperimentali somigliano alle *sunset clause*, che sono norme che producono effetti automaticamente a una certa data oppure all'avverarsi di una certa condizione, salvo che il legislatore non disponga altrimenti. Così A. KOUROUTAKIS, *The constitutional value of sunset clauses: an historical and normative analysis*, London-New York, Routledge, 2017, p. 3. Le *sunset clause* sono uno strumento chiave nella promozione e diffusione della legislazione sperimentale. Così I. BAR-SIMAN-TOV, *Temporary Legislation, Better Regulation and Experimentalist Governance: An Empirical Study*, in *Regulation and Governance*, Hoboken, Wiley, giugno 2018, pp. 192-219.

mesi), ed è soggetta a una “verifica di impatto”, cioè la relazione governativa prescritta dal comma 2. L’uso del concetto ‘sperimentale’ per descrivere la sospensione introdotta dall’art. 1, non è un caso e nemmeno si tratta di un virtuosismo legislativo. Dichiarando esplicitamente il carattere sperimentale, il legislatore ha voluto mettere in chiaro che la sua intenzione fosse quella di mettere alla prova nel settore dei contratti pubblici la sperimentazione legislativa.

Però, a causa dell’incertezza causata dal monitoraggio legislativo e del carattere ‘negativo’ della sperimentazione, che ha ad oggetto non l’introduzione di una disciplina nuova, ma la sospensione di una parte della normativa previgente, si rischia di bloccare l’attività delle stazioni appaltanti⁷⁰, scontrandosi con lo scopo che la riforma dovrebbe conseguire, cioè l’apertura dei cantieri.

Le disposizioni del decreto sblocca cantieri dovrebbero favorire la crescita economica e dare impulso al sistema produttivo del Paese, tramite l’adozione di misure per semplificare il quadro normativo e amministrativo connesso ai pubblici affidamenti, che riguardano, in particolare, la disciplina dei contratti pubblici⁷¹. Lo scopo della riforma è soprattutto quello di velocizzare e snellire l’affidamento delle commesse pubbliche di valore minore, ma considerando i numerosi affidamenti che rientrano in tale valore, si rischia di sottrarre al mercato una notevole percentuale, con conseguenti ripercussioni sulla tutela del principio della libera concorrenza.

La corrente di opinione che dissente al testo del codice degli appalti così come è modificato, si è tradotta recentemente in richieste pressanti volte a una sua profonda revisione o a una sua prematura abrogazione, con totale sostituzione ad opera di un nuovo e salvifico testo entro il 2020. Si pone, dunque, la questione se oggi sia auspicabile l’abrogazione del codice degli appalti e la sua integrale riscrittura.

In particolare, ci si chiede se, nell’ottica del rapporto fra costi e benefici, convenga di più per gli operatori e il mercato lasciare in vigore un testo imperfetto, ma ormai metabolizzato e per il quale i costi di avviamento sono

⁷⁰ In questo senso S. RANCHORDAS, *The Whys and Woes of Experimental Legislation*, in *The Theory and Practice of Legislation*, vol. 1, 2013, p. 437, che sostiene come i destinatari di una norma sperimentale (e, quindi, esposta a facili e veloci mutamenti) non sono molto inclini a investire su di essa.

⁷¹ M. GUERRIERO, *Lo Sblocca cantieri è legge: il testo definitivo in Gazzetta*, in *www.biblus.net*, 20 giugno 2019.

stati ammortizzati dal sistema, oppure se sia preferibile azzerare tale criticabile disciplina e riscriverlo integralmente.

I costi per gli operatori connessi ad una nuova normativa di settore possono essere compensati dai miglioramenti marginali che potrebbe avere il settore adottando un nuovo codice? Per i motivi esaminati, risulta urgente e non più rinviabile una riscrittura integrale del codice. Servono una revisione complessiva con un articolato più semplice ed un regolamento attuativo dedicato ai lavori pubblici, in cui immettere la normativa di dettaglio e le linee guida A.N.A.C..

Il settore degli appalti è in crisi da tempo: ci sono più di quattrocento opere ferme sul territorio nazionale e sbloccare i cantieri significherebbe non soltanto risollevare l'economia, ma anche mettere in sicurezza i territori. Occorre varare un pacchetto di misure anticrisi da inserire in un decreto legge che faccia da ponte, valido finché il nuovo quadro a regime non sarà completato.

Nel caso di specie, il codice non è stato idoneo a conseguire i propri obiettivi di organicità e stabilità. I codici di settore dovrebbero stabilire una disciplina esaustiva e onnicomprensiva della materia, proiettata in un arco temporale indefinito, ma così non è stato. Come più volte sottolineato, il codice dei contratti pubblici ha "vita breve" rispetto ai grandi Codice civile o il Codice penale.

La stratificazione di nuove disposizioni non è un esercizio ottimale di attività normativa e complica il quadro normativo ponendo problemi di interpretazione e di rapporto fra le fonti del diritto. Le recenti iniziative normative hanno lo scopo di garantire un ragionevole livello di certezza e stabilità dei rapporti per un periodo di tempo adeguato, la chiarezza del diritto e la riduzione degli oneri regolatori che gravano su cittadini ed imprese.

Occorre evitare i carichi inutili o sproporzionati, rispetto agli interessi da tutelare, ai benefici e ai costi derivanti. È necessario trovare le forme di tutela più efficaci e al contempo meno onerose per la libertà dei cittadini. Bisogna intervenire sullo *stock* normativo, sftlire, semplificare e alleggerire i procedimenti.

Gli ostacoli potranno essere sconfitti solo se la qualità della regolazione e la semplificazione saranno l'oggetto di una politica di lungo periodo. La crisi economico-finanziaria offre al riguardo una straordinaria opportunità e, quindi, qualità della normazione e semplificazione diventano cruciali per il futuro.

