

Il difficile bilanciamento tra tutela della concorrenza e semplificazione delle procedure ad evidenza pubblica, nel dialogo tra legislatore e giurisprudenza

Gabriele Serra

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Funzione e principi sottesi alla normativa sull'evidenza pubblica. – 3. Recenti percorsi giurisprudenziali dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (e non solo). – 4. La "semplificazione" della disciplina nazionale sulle procedure ad evidenza pubblica: il d.l. n. 32/2019, conv. in l. n. 55/2019 c.d. sbloccacantieri. – 5. Il d.l. n. 76/2020, conv. in l. n. 120/2020 c.d. semplificazioni. – 5.1. Le procedure sotto soglia e sopra soglia nel d.l. n. 76/2020 c.d. semplificazioni. – 5.2. Conclusione dei contratti pubblici, ricorsi giurisdizionali e sospensione dell'esecuzione dell'opera nel d.l. n. 76/2020 c.d. semplificazioni. – 6. Alcune prime questioni interpretative del d.l. n. 76/2020 c.d. semplificazioni. – 7. Conclusioni.

1. *Premessa*

Come noto, è stato recentemente convertito, con la legge 11 settembre 2020, n. 120, il d.l. n. 76/2020 c.d. semplificazioni, che il Governo ha adottato per far fronte alle ricadute economiche e sociali, particolarmente drammatiche, a causa dell'emergenza sanitaria in atto derivante dalla pandemia da Covid-19.

In detto provvedimento, proprio perché ritenuta materia centrale per sostenere l'economia del Paese in siffatte circostanze, il Capo I è dedicato alle procedure ad evidenza pubblica, la cui disciplina viene modificata in vari aspetti, al dichiarato fine di accelerare e semplificare le gare, tanto mediante norme che troveranno applicazione solo fino ad una certa data (31 dicembre 2021), quanto mediante modifiche a regime.

Ciò che questo lavoro si propone di fare non consiste però in un esame dettagliato e particolareggiato delle singole previsioni del citato d.l. n. 76/2020 semplificazioni in materia di procedure ad evidenza pubblica (artt. 1-9), bensì inda-

gare gli attuali rapporti tra i principi fondanti la materia dei contratti pubblici e le riforme nazionali in materia.

In tal senso, è possibile considerare le novità introdotte in materia di contratti pubblici dal d.l. semplificazioni nel rapporto con i principi che presiedono la disciplina, di derivazione eurounitaria, della contrattualistica pubblica, anche alla luce della giurisprudenza più recente, in particolare dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, che consente di vagliarne l'attuale portata e il rilievo interpretativo di detti principi, che, lo si anticipa, è creduto assolutamente centrale, laddove appaiono estranei rispetto all'intervento legislativo del 2020 e, a ben vedere, già al precedente d.l. n. 32/2019 c.d. sblocca-cantieri.

Dal confronto dei due percorsi, paralleli e contestuali, giurisdizionale e legislativo, è possibile cogliere l'assoluta complessità della normazione di un settore, quale quello della contrattualistica pubblica, a cui sono sottesi un relevantissimo numero di interessi. È dunque straordinariamente attuale – e l'analisi che si condurrà pare mostrarlo in termini evidenti – l'insegnamento di quella autorevole dottrina per cui è necessario, quale atteggiamento iniziale, una «predisposizione verso soluzioni miti, comprensive di tutte le ragioni che possono rivendicare buoni principi a proprio favore»¹.

2. *Funzione e principi sottesi alla normativa sull'evidenza pubblica*

Il diritto eurounitario, in ragione della volontà di realizzare il mercato unico europeo, è intervenuto sul settore della contrattualistica pubblica, dapprima sulla disciplina sostanziale, in quanto è stato necessario consentire l'ingresso di nuovi valori e, correlativamente, sulla tutela degli interessi ad essi collegati.

Infatti, è noto che, prima di tale intervento, nella legislazione nazionale sulla contabilità di Stato, che disciplinava le procedure ad evidenza pubblica, l'interesse prevalentemente protetto fosse quello, pubblico, di natura patrimoniale della stazione appaltante, teso ad ottenere la migliore qualità al minor prezzo; la *ratio* era dunque quella del raggiungimento del massimo risultato con il minor dispendio di risorse finanziarie².

¹ G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, 1992, Torino, 168.

² Cfr. F. Forte, *Tutela giurisdizionale delle imprese nel mercato degli appalti pubblici tra giurisdizione soggettiva ed oggettiva. Il modello processuale ed i profili critici*, tesi di dottorato, Università degli Studi di Siena – Foggia, a.a. 2017-2018, 12. In tal senso, pur se la procedura di gara doveva già svolgersi tenendo in considerazione la tutela della concorrenza, evidenzia M. D'Alberti, *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2008, 297 ss., che il significato che assumeva la messa in concorrenza nelle prime leggi di contabilità di Stato «era totalmente diverso rispetto a quello che sarebbe stato proprio delle norme di diritto comunitario poi recepite dagli Stati membri». In tema v., *ex multis*, F. Cortese, *Diritto eurounitario dei con-*

A fronte di tale sistema, come detto, l'intervento del legislatore europeo è stato originato dalla volontà di realizzare un mercato comune europeo, che, nell'ambito commerciale ed industriale, significa eliminare atteggiamenti protezionistici nei confronti degli operatori economici nazionali, in modo da favorire l'apertura del mercato degli appalti pubblici a tutte le imprese comunitarie. Dunque, il mercato unico europeo è realizzabile attraverso la garanzia della libera concorrenza tra tutte le imprese comunitarie, che, a sua volta, impone il rispetto dei principi della *par condicio competitorum* e della trasparenza³.

Ciò che preme evidenziare è che, quindi, attraverso gli interventi del diritto europeo, peraltro sviluppatisi progressivamente, ma costantemente, a partire dagli anni '70 fino alle direttive più recenti del 2014, le procedure ad evidenza pubblica divengono strumento per soddisfare la libera circolazione di beni e servizi e la concorrenza tra gli operatori a livello europeo, garantendo così, in via prioritaria, il libero mercato, attraverso un incremento delle garanzie di pubblicità e trasparenza.

Viene perciò a ribaltarsi la prospettiva che presiedeva la disciplina delle leggi di contabilità dello Stato, in quanto la nuova disciplina è volta, principalmente, a soddisfare la libertà di concorrenza nel mercato comune, laddove l'interesse patrimoniale della stazione appaltante è solo secondariamente considerato.

Dunque, la procedura di gara risulta funzionalizzata, in via principale, alla tutela del gioco concorrenziale in ambito europeo, dal momento che diventa prevalente la garanzia della liberalizzazione del mercato, ossia dell'apertura dello stesso a tutte le imprese comunitarie nel rispetto della libertà di concorrenza in condizioni di parità e trasparenza⁴.

Per comprendere ancor meglio le vicende in esame, è di interesse richiamare una rilevante distinzione, proposta da autorevole dottrina, tra concorrenza intesa in senso ampio, di sistema, "macro"; ed una intesa in senso particolare, limitata alla singola procedura ad evidenza pubblica, "micro"; per usare le parole dell'Autore, «nella dimensione "macro" la pubblica amministrazione può essere conside-

tratti pubblici, in M.A. Sandulli, R. De Nictolis (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2019, Vol. I, 99 ss.

³ Cfr. F. Forte, *op. cit.*, 14. Rileva, F. Astone, *Il diritto europeo dei contratti pubblici e la sua trasposizione nell'ordinamento interno*, Roma, 2010, 35, che «la liberalizzazione degli appalti pubblici rivestiva, infatti, la massima importanza, sia sotto il profilo economico generale, sia sotto il profilo più specifico della integrazione europea, nella prospettiva della creazione di un grande spazio economico».

⁴ Cfr. M. D'Alberti, *op. cit.*, 298-299. Sul tema v., senza pretesa di esaustività, A. Lalli, *Disciplina della concorrenza e diritto amministrativo*, Napoli, 2008, 398 ss.; S. Simone, L. Zanettini, *Appalti pubblici e concorrenza*, in L. Fiorentino (a cura di), *Lo Stato compratore*, Bologna, 2007, 119 ss.; R. Caponigro, *Il rapporto tra tutela della concorrenza ed interesse alla scelta del miglior contraente nell'impugnazione degli atti di gara*, in *www.giustamm.it*; F. Fracchia, L. Gili, *Ordinamento dell'unione Europea, mercato, risorse, pubbliche e contratti della pubblica amministrazione. Profili sostanziali e processuali*, 2013; A. Massera, *Lo Stato che contratta e che si accorda: vicende della negoziazione con le PP.AA., tra concorrenza per il mercato e collaborazione per il potere*, 2011.

rata come un agente che opera “nel mercato”; in quella “micro” come un agente che crea artificialmente un mercato in relazione al singolo atto di scambio al quale sono interessate una pluralità di controparti (concorrenza «per il mercato»)⁵.

Peraltro, tali nozioni ben possono essere lette congiuntamente, in quanto la somma delle singole gare esperite, attraverso le quali si realizzano piccoli ambiti di concorrenza e che le stazioni appaltanti costruiscono in applicazione della normativa europea e nazionale, dovrebbe accrescere la concorrenza nella sua dimensione “macro”. Infatti procedure aperte, trasparenti, gestite in modo imparziale hanno effetti positivi a livello di sistema in termini di efficienza e di competitività e, nella prospettiva europea, possono dare un impulso alla crescita del mercato unico⁶.

In tale visione allora, si propone una lettura della concorrenza non più come un “principio guida” dell’attività delle stazioni appaltanti, bensì come la conseguenza applicativa dei principi di imparzialità e di parità di trattamento, di pubblicità e di trasparenza al singolo atto di scambio⁷.

Deve peraltro correttamente rilevarsi che, come evidenziato anche dalla medesima dottrina, le più recenti direttive europee in materia (2014/24/UE, 2014/25/UE, 2014/26/UE), al cui recepimento si è proceduto con l’attuale *corpus* normativo che regola le procedure ad evidenza pubblica in Italia, il d.lgs. n. 50/2016 (Codice dei Contratti Pubblici), paiono porre la concorrenza non più quale obiettivo primario della normativa in tema di procedure ad evidenza pubblica⁸.

Esse riconoscono come gli appalti pubblici siano anche uno strumento per realizzare una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva con l’obiettivo di accrescere l’efficienza della spesa pubblica, di favorire la partecipazione alle gare delle piccole e medie imprese, di conseguire obiettivi a valenza sociale⁹.

⁵ M. Clarich, *Contratti pubblici e concorrenza*, Relazione al 61° Convegno di studi amministrativi su *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell’economia e contrasto alla corruzione*, Varenna 17-19 settembre 2015, in *Astrid Rassegna*, n. 19/2015, 4.

⁶ Così ancora M. Clarich, *op. ult. cit.*, 35.

⁷ M. Clarich, *op. ult. cit.*, 13, che utilizza, per sostenere tale impostazione sul piano del diritto positivo, l’art. 18 della direttiva 2014/24/UE: «Il primo paragrafo prescrive alle amministrazioni aggiudicatrici di trattare gli operatori economici «su un piano di parità e in modo non discriminatorio» e di agire «in maniera trasparente e proporzionata». Il paragrafo aggiunge poi che la concezione della procedura di appalto (cioè in pratica il bando e gli altri documenti che costituiscono la *lex specialis*) non deve avere l’intento «di limitare artificialmente la concorrenza». Chiarisce nell’ultimo periodo che quest’ultima evenienza si verifica laddove «la concezione della procedura sia effettuata con l’intento di favorire o svantaggiare indebitamente taluni operatori economici». In buona sostanza le tre proposizioni contenute nell’articolo danno vita a una sequenza logica di tipo circolare che muove dal principio della parità di trattamento e di non discriminazione, si sviluppa attraverso il riferimento alla concorrenza e si conclude ancorando l’intento di alterare quest’ultima a una presunzione che richiama indirettamente proprio i principi della parità di trattamento e di non discriminazione enunciati nella prima parte della disposizione».

⁸ Cfr. M. Clarich, *op. ult. cit.*, 2.

⁹ Considerando 2 direttiva 2014/24/UE.

In linea con la strategia Europa 2020 infatti, le nuove direttive prescrivono che «la ricerca e l'innovazione, comprese l'ecoinnovazione e l'innovazione sociale, sono uno dei principali motori della crescita futura e sono state poste al centro della strategia Europa 2020 per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva. Le autorità pubbliche dovrebbero utilizzare gli appalti pubblici strategicamente nel miglior modo possibile per stimolare l'innovazione»¹⁰.

Tali più recenti esigenze sociali ed ambientali, incidono senz'altro sulla disciplina delle procedure ad evidenza pubblica, in particolare con riferimento ai criteri di aggiudicazione e alle condizioni di esecuzione dell'appalto, nonché al *life-cycle costing*, per tale intendendosi il costo complessivo di un bene, servizio o lavoro comprensivo non solo degli oneri legati alla fase prodromica di realizzazione dello stesso, ma anche di quelli collegati alla successiva di fase di utilizzo, anche sotto il profilo dei costi energetici, di manutenzione e smaltimento¹¹.

Ma, come esplicitato dalle stesse direttive, la necessaria considerazione di tali recenti interessi generali, riscontra comunque un limite invalicabile, costituito dalla circostanza per cui «i criteri di aggiudicazione non hanno l'effetto di conferire all'amministrazione aggiudicatrice una libertà di scelta illimitata. Essi garantiscono la possibilità di una concorrenza effettiva [...]»¹². Inoltre e nella medesima direzione, se è pur vero che «le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero avere la facoltà di ricorrere a criteri di aggiudicazione o condizioni di esecuzione dell'appalto riguardanti lavori, forniture o servizi oggetto dell'appalto pubblico sotto ogni aspetto e in qualsiasi fase dei loro cicli di vita [...]», nondimeno «le amministrazioni aggiudicatrici non dovrebbero avere la facoltà di imporre agli offerenti di attuare una determinata politica aziendale di responsabilità sociale o ambientale»¹³.

Sulla base di tali articolate vicende normative europee e considerazioni dottrinali, mi pare emerga un sistema che, per quanto si possa anche non considerare la concorrenza tra le imprese tutelata, in quanto tale, dalla disciplina normativa, poiché sarebbe invero il riflesso dei più generali principi di trasparenza, non discriminazione e imparzialità, nondimeno l'interesse degli operatori economici allo svolgimento di una procedura ad evidenza pubblica, *lato sensu*, "aperta", appare senz'altro posto a fondamento della normativa europea in tema di appalti pubblici.

¹⁰ Considerando 47 direttiva 24/2014/UE.

¹¹ Cfr. F. De Peppo, *La disciplina degli appalti e la semplificazione del Codice dei contratti pubblici nelle ultime riforme*, in L. Donato (a cura di), *Gli appalti pubblici tra istanze di semplificazione e normativa anticorruzione. Alla ricerca di un equilibrio tra legalità ed efficienza. Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale*, n. 89 – giugno 2020, 92, che evidenzia peraltro che «nel disegno finalistico delle direttive europee, l'attivazione del mercato e la sua integrità (attraverso la richiesta di requisiti morali per gli operatori) nonché la promozione della concorrenza sembrano costituire interessi intermedi, mentre gli interessi finali (espliciti) riguardano la promozione dell'innovazione e dello sviluppo economico, la tutela ambientale, la tutela sociale e dei lavoratori».

¹² Art. 67, par. 4, direttiva 2014/24/UE.

¹³ Considerando 97 direttiva 2014/24/UE.

E ciò pure nella consapevolezza che le recenti istanze di valorizzazione di distinti interessi generali, quali le esigenze sociali ed ambientali sopra richiamate, abbiano trovato ingresso nelle direttive del 2014, in quanto esse non dimenticano di evidenziare come la concorrenza effettiva tra le imprese debba sempre essere salvaguardata e costituisca limite alla discrezionalità dell'amministrazione nel prescegliere criteri di selezione dell'offerta eccessivamente valorizzanti altre esigenze¹⁴.

Mi pare dunque attuale la considerazione, proposta da autorevole dottrina, per cui non è solo la stazione appaltante a perseguire un interesse pubblico, ma anche i partecipanti alla gara sono portatori di interessi che assurgono al rango di interessi pubblici perché tutelati in via primaria dalle norme¹⁵.

D'altronde, la stessa Corte Costituzionale ha avuto modo di evidenziare l'intima connessione tra la concorrenza e i principi europei sopra richiamati, laddove ha affermato che la tutela della concorrenza «si concretizza, in primo luogo, nell'esigenza di assicurare la più ampia apertura del mercato a tutti gli operatori economici del settore in ossequio ai principi comunitari della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi. Si tratta di assicurare l'adozione di uniformi procedure di evidenza pubblica nella scelta del contraente, idonee a garantire, in particolare, il rispetto dei principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di proporzionalità e di trasparenza»¹⁶.

Se può essere perciò pur vero che anche nella visione della Corte Costituzionale la concorrenza rappresenta una espressione di sintesi, di rinvio, ai principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di proporzionalità e di trasparenza¹⁷, ciò non sposta la rilevanza delle argomentazioni sin qui svolte ai fini della nostra analisi.

Ciò che infatti preme evidenziare, indipendentemente dal rapporto che intercorre tra la clausola della tutela della concorrenza e i principi europei ora richiamati, è come tali riferimenti abbiano determinato l'insorgere di una cate-

¹⁴ Sembra muoversi in senso, almeno parzialmente, difforme M.P. Chiti, *Principi*, in M.A. Sandulli, R. De Nictolis (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2019, Vol. I, 285 ss., il quale evidenzia comunque come la valorizzazione di diversi interessi di natura ambientale, sociale e di innovazione contenuti nelle direttive del 2014 non pongono in discussione i principi generali dell'UE fondanti la normativa sui contratti pubblici, né avrebbero potuto farlo, stante il rango di principi generali di questi ultimi, contenuti nei Trattati o elaborati dalla Corte di Giustizia. Nondimeno, evidenzia l'A., come la concorrenza perda il rango di principio primario, pur rimanendo uno dei principi, laddove viene altresì valorizzato il principio dell'efficiente spesa pubblica, per il quale l'A. richiama addirittura un recupero della configurazione contabilistica della disciplina (in part. 300-302).

¹⁵ Cfr. E. Follieri, *La prospettiva amministrativistica sugli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture*, in *Foro amm. - Tar*, 2004, 2761.

¹⁶ Corte cost., 23 novembre 2007, n. 401, in www.cortecostituzionale.it. Sulla visione pro-concorrenziale della disciplina dei contratti pubblici v. recentemente Corte cost., 27 maggio 2020, n. 100, in www.cortecostituzionale.it.

¹⁷ M. Clarich, *op. cit.*, 15.

ria di interesse pubblico tutelato direttamente dalla disciplina sui contratti pubblici, tanto europea quanto nazionale, che si concretizza in capo ai singoli operatori economici.

Da ciò peraltro discende un secondo aspetto delle questioni in esame, rappresentato dal versante, consequenziale, di carattere rimediale, della necessità che tali nuovi interessi codificati, a livello sostanziale, dalla normativa europea via via succedutasi nel tempo, possano ricevere una completa ed effettiva tutela giurisdizionale.

È in questa direzione infatti che, come peraltro noto, si deve allora brevemente ricordare che il legislatore europeo ha adottato le direttive ricorsi di prima generazione 89/665/CEE (per i settori ordinari) e 92/13/CEE (per i settori speciali), consapevole che per assicurare l'effettività della normativa comunitaria (c.d. effetto utile del diritto comunitario) fosse necessario affiancare alla disciplina sostanziale dettata per le gare pubbliche rimedi, giurisdizionali e non, tesi a garantire il rispetto integrale della normativa sostanziale. Difatti, i principi di trasparenza e di non discriminazione, finalizzati a realizzare la libera concorrenza nel mercato degli appalti pubblici, sarebbero rimasti lettera morta se non fossero stati previsti rimedi rapidi ed efficaci diretti a contrastare le violazioni del diritto comunitario e della normativa nazionale di recepimento¹⁸.

Su tali basi dunque, si è sviluppato il principio di effettività della tutela giurisdizionale, anche con riferimento alle situazioni giuridiche soggettive di matrice eurounitaria, che ha condotto, anche sulla scorta dell'elaborazione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, il legislatore europeo ad introdurre normative di natura processuale nella materia degli appalti pubblici¹⁹.

Ed è proprio a seguito delle direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE, che hanno fatto ingresso nel nostro sistema processuale la tutela cautelare *ante causam* e il risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi, poi estesi a tutto il processo amministrativo²⁰.

Ciò che maggiormente preme evidenziare in questa sede sono soprattutto le ragioni e le finalità che il legislatore europeo, sin dalle primigenie direttive ricorsi, ha posto a fondamento del suo intervento in materia e che ha ritenuto baluardi imprescindibili per garantire che le imprese potessero agire a tutela di quegli interessi generali di cui sopra si è trattato.

¹⁸ Cfr. F. Forte, *op. cit.*, 19 e ss. ed ivi ampia bibliografia sul tema; nonché F. Cortese, *op. cit.*, 129-135.

¹⁹ Cfr., in particolare, M.P. Chiti, *L'effettività della tutela giurisdizionale tra riforme nazionali e influenza del diritto comunitario*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 499 ss. e M. Ramajoli, *Un diritto processuale europeo in materia di appalti pubblici?* in *www.giustamm.it*.

²⁰ In tema v. L. Daniele, *Diritto dell'Unione europea e processo amministrativo italiano: note introduttive*, in C. Schepisi (a cura di), *L'impatto del diritto dell'Unione europea sul processo amministrativo*, Napoli, 2013, 1 ss.

Ed allora, vale richiamare l'esigenza di assicurare un «un ricorso efficace e, in particolare, quanto più rapido possibile»²¹, ma anche la previsione di poteri che permettano di «prendere con la massima sollecitudine e con procedura d'urgenza provvedimenti provvisori intesi a riparare la violazione o impedire che altri danni siano causati agli interessi coinvolti, compresi i provvedimenti intesi a sospendere o a far sospendere la procedura di aggiudicazione pubblica di un appalto o l'esecuzione di qualsiasi decisione presa dalle autorità aggiudicatrici»²².

Ancora, la successiva direttiva ricorsi c.d. di seconda generazione 2007/66/CE, ha chiarito come, in presenza di un contratto stipulato sulla base di una aggiudicazione illegittima per violazione grave del diritto comunitario, in linea di principio «la privazione di effetti è il modo più sicuro per ripristinare la concorrenza e creare nuove opportunità commerciali per gli operatori economici che sono stati illegittimamente privati delle possibilità di competere [...]»²³.

In linea con le considerazioni sopra svolte, in dottrina si è sottolineato come tale norma consentirebbe sia la soddisfazione dell'interesse pubblico allo svolgimento di una procedura rispettosa dei principi di trasparenza e non discriminazione, che l'interesse del privato alla stipulazione del contratto, con conseguente coincidenza del raggiungimento dell'interesse pubblico e di quello privato. Pertanto, «è come se quest'ultimo interesse si pubblicizzasse, perché coincide con la soddisfazione dell'interesse pubblico alla tutela della concorrenza e diventa, perciò, pubblico e, conseguentemente, tutelato dalle norme in via primaria»²⁴.

Provando a trarre alcune conclusioni di principio, deve ritenersi che, pur con le precisazioni sopra svolte, la tutela della concorrenza e dell'apertura delle procedure ad evidenza pubblica a tutti gli operatori economici di un determinato settore rivesta un rilievo fondamentale in seno alla disciplina eurounitaria, anche alla luce dei principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di proporzionalità e di trasparenza, dei quali l'esigenza di concorrenza può essere letta come conseguenza e dunque espressione di sintesi.

Ciò in ragione del fatto che, tramite essi, si è consentita o comunque facilitata la realizzazione di un mercato comune europeo, che non può esistere in assenza di libera circolazione di persone, servizi e beni e, in materia commerciale e industriale, di imprese che partecipino alle procedure selettive per la stipula di pubblici contratti a parità di condizioni.

²¹ Art. 1, par. 1, direttiva 89/665/CEE e già il II Considerando della direttiva 89/665/CEE.

²² Art. 2, par. 1, lett. a), direttiva 89/665/CEE.

²³ Considerando 14 direttiva 2007/66/UE.

²⁴ F. Forte, *op. cit.*, 57, che richiama anche la posizione di E. Follieri, *I poteri del giudice amministrativo nel decreto legislativo 20 marzo 2010, n. 53 e negli artt. 120-124 del codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 1073.

Tale esigenza perciò ha natura e portata generale, costituisce un interesse pubblico sotteso alla disciplina in esame, con la peculiarità che di esso si fanno portatori i singoli operatori economici che partecipano alle gare pubbliche, in quanto coincide con il loro interesse all'aggiudicazione dell'appalto. Per tali ragioni, assume rilievo centrale la predisposizione di strumenti di tutela, anche giurisdizionale, che consentano al singolo di contestare, in maniera rapida ed efficace, le violazioni del diritto europeo che presidiano, appunto, l'esigenza di concorrenza.

Questi principi assumono una particolare rilevanza assiologica, in quanto possono fornire coordinate interpretative sulla cui base leggere le riforme nazionali che hanno interessato la materia degli appalti pubblici, utilizzando una delle tradizionali quattro funzioni dei principi generali – interpretativa, integrativa, direttiva o programmatica, limitativa del potere – proposte dalla più autorevole dottrina²⁵, fungendo perciò da chiave interpretative delle specifiche previsioni modificative o derogatorie delle norme del Codice dei Contratti Pubblici, che resta, sulla base delle considerazioni svolte, animato dalle finalità sin qui esaminate.

3. *Recenti percorsi giurisprudenziali dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (e non solo)*

Prima di esaminare l'approccio del legislatore nazionale della riforma alla materia in esame, può essere utile ripercorrere brevemente alcune rilevanti decisioni della giurisprudenza, in particolare dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, rese nell'arco dell'ultimo anno solare e, dunque, parallelamente alla gestazione delle normative semplificatorie, le quali, si ritiene, utilizzano proprio i citati principi al fine di prescegliere una determinata opzione interpretativa delle norme del Codice dei Contratti tra le diverse possibili e già prospettate dalla giurisprudenza.

Procedendo con analisi diacronica, in primo luogo la sentenza dell'Adunanza Plenaria, 21 maggio 2019, n. 8, aveva ribadito la centralità nel Codice dei Contratti Pubblici del criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa rispetto a quello – che deve essere considerato recessivo – del prezzo più basso²⁶.

La Plenaria, in particolare, nega cittadinanza a quell'orientamento giurisprudenziale che riteneva, in ragione di esigenze di accelerazione della procedura, che gli appalti di servizi, quand'anche ad alta intensità di manodopera, dovessero

²⁵ Ci si riferisce a V. Crisafulli, *Per la determinazione dei principi generali del diritto*, Milano, 1941; in tema v. anche F. Modugno, *Principi generali dell'ordinamento*, in *Enc. giur.*, Roma, 1991; E. Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949.

²⁶ V. Cons. Stato, ad. plen., 21 maggio 2019, n. 8, in *Foro Amministrativo (II)* 2019, 5, 790.

essere aggiudicati col criterio del minor prezzo se aventi caratteristiche standardizzate ai sensi dell'art. 95, comma 4, lett. b), del Codice, affermando, al contrario, che, in presenza di un appalto di servizi ad alta intensità di manodopera, sorge un obbligo speciale di utilizzo esclusivo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, il quale trova applicazione in forza della generale preferenza espressa del Codice per esso²⁷.

Dunque, già in questa prima decisione, sembra potersi ritenere che la Adunanza Plenaria sostenga che esigenze di semplificazione e accelerazione delle procedure non possano giustificare una pretermissione dei criteri fondamentali su cui si fonda la disciplina in materia di procedure ad evidenza pubblica.

Ma, ancor di più, alcune decisioni rese nell'anno in corso da parte dell'Adunanza Plenaria paiono attribuire nuova linfa ai principi di imparzialità, di parità di trattamento e di non discriminazione, di pubblicità e di trasparenza, nonché, correlativamente, alla garanzia di una tutela giurisdizionale effettiva.

Sotto il primo angolo prospettico, giova richiamare, in primo luogo, la sentenza 28 agosto 2020, n. 16, che, nel tracciare i confini applicativi della norma di cui all'art. 80, comma 5, lett. c-bis), Codice dei Contratti, in materia di trasgressione degli obblighi dichiarativi sui c.d. gravi illeciti professionali, chiarisce come le informazioni che devono essere rese dagli operatori «sono strumentali rispetto ai provvedimenti di competenza dell'amministrazione relativamente alla procedura di gara», con la conseguenza che, tanto in caso di omissione dichiarativa, quanto di informazioni false o fuorvianti, non si ha alcun meccanismo di automatismo espulsivo, essendo necessaria una valutazione, necessariamente rimessa all'amministrazione, circa l'incidenza di tali dichiarazioni sull'integrità ed affidabilità dell'operatore economico²⁸.

In tal senso allora, mi pare che la decisione della Plenaria valorizzi, a scapito di strumenti acceleratori e semplificatori, quale una espulsione automatica del concorrente che ometta o renda dichiarazioni false, il principio di massima tutela della concorrenza e del *favor participationis*, consentendo di spiegare un confronto competitivo pieno tra gli operatori economici interessati ad una determinata commessa pubblica sulla base di elementi di carattere sostanziale e non meramente formale.

Nondimeno, ancora in chiave di valorizzazione dei principi sostanziali eurounitari, la decisione dell'Adunanza Plenaria 16 ottobre 2020, n. 22, al fine di dichiarare la nullità della clausola del disciplinare di gara che subordini l'avvalimento dell'attestazione SOA alla produzione, in sede di gara, dell'attestazione

²⁷ In tema v., diffusamente, A. Gorgoglione, *Criteri di aggiudicazione degli appalti. Riflessioni a margine dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 21 maggio 2019*, n. 8, in www.giustamm.it, n. 7/2020.

²⁸ V. Cons. Stato, ad. plen., 28 agosto 2020, n. 16, in www.giustizia-amministrativa.it.

SOA anche della stessa impresa ausiliata, richiama proprio la *ratio* dell'istituto in questione, a cui è sottesa l'esigenza di soddisfare la massima partecipazione delle imprese alle procedure di gara, così garantendo una piena esplicitazione della concorrenza tra operatori²⁹.

Ancora, al confine tra la matrice sostanziale e quella processuale dei principi europei, può ritenersi posta nella medesima direzione la sentenza 2 aprile 2020, n. 10 dell'Adunanza Plenaria, che riconosce, nel silenzio della normativa, l'applicabilità della disciplina in materia di accesso agli atti a quelli relativi «alla fase esecutiva di un contratto pubblico da parte di un concorrente alla gara, in relazione a vicende che potrebbero condurre alla risoluzione per inadempimento dell'aggiudicatario e quindi allo scorrimento della graduatoria o alla riedizione della gara, purché tale istanza non si traduca in una generica volontà da parte del terzo istante di verificare il corretto svolgimento del rapporto contrattuale»³⁰.

A giustificazione di tale principio di diritto, la Plenaria valorizza esplicitamente i principi di trasparenza e di tutela della concorrenza per colmare la lacuna normativa, con passaggi che vale la pena richiamare: si legge nella decisione infatti che «è vero che il codice dei contratti pubblici, pur nell'esigenza che l'esecuzione dell'appalto garantisca la qualità delle prestazioni, menziona i principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza solo in riferimento alla fase pubblicistica dell'affidamento di appalti e di concessioni, ma non vi è dubbio che la fase dell'esecuzione [...] deve rispecchiare e rispettare l'esito della gara condotta secondo le regole della trasparenza, della non discriminazione e della concorrenza»; ciò proprio in quanto «l'attuazione in concreto dell'offerta risultata migliore, all'esito della gara, e l'adempimento delle connesse prestazioni dell'appaltatore o del concessionario devono dunque essere lo specchio fedele di quanto risultato all'esito di un corretto confronto in sede di gara, perché altrimenti sarebbe facile aggirare in sede di esecuzione proprio le regole del buon andamento, della trasparenza e, non da ultimo, della concorrenza, formalmente seguite nella fase pubblicistica anteriore e prodromica all'aggiudicazione».

E, muovendo pienamente dal piano sostanziale a quello processuale, si può richiamare la sentenza 2 luglio 2020, n. 12 dell'Adunanza Plenaria³¹, la quale, per quanto qui rileva, ha ritenuto di non condividere l'orientamento giurisprudenziale che aveva ritenuto che, per effetto del tenore letterale dell'art. 120, comma

²⁹ V. Cons. Stato, ad. plen., 16 ottobre 2020, n. 22, in www.giustizia-amministrativa.it.

³⁰ V. Cons. Stato, ad. plen., 2 aprile 2020, n. 10, in *Foro it.*, 2020, 7-8, III, 379. In dottrina v. A. Berti, *Note a margine della pronuncia dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato 2 aprile 2020, n. 10: la qualificazione dell'istanza di accesso ai dati e documenti amministrativi*, in www.giustizia-amministrativa.it; F. Fracchia, W. Giulietti, *Aspetti problematici dell'esecuzione nei contratti nel prisma della nuova giurisprudenza sull'accesso civico*, in *questa Rivista*, 2020, 2, 203-229.

³¹ V. Cons. Stato, ad. plen., 2 luglio 2020, n. 12, in *Foro it.*, 2020, 9, III, 437.

5, cod. proc. amm., il termine di impugnazione del provvedimento di aggiudicazione fosse sempre di trenta giorni e decorresse in ogni caso dalla ricezione della comunicazione dell'avvenuta aggiudicazione proveniente dalla stazione appaltante ovvero, in mancanza, dalla conoscenza dell'aggiudicazione che l'interessato abbia comunque acquisito per altra via³².

L'Adunanza Plenaria, richiama più volte proprio il principio di effettività della tutela giurisdizionale, per come declinato anche dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea: premesso infatti che «gli Stati membri hanno l'obbligo di istituire un sistema di termini di decadenza sufficientemente preciso, chiaro e prevedibile, onde consentire ai singoli di conoscere i loro diritti ed obblighi», evidenzia come la Corte UE abbia affermato che «i termini imposti per proporre i ricorsi avverso gli atti delle procedure di affidamento cominciano a decorrere solo quando il ricorrente è venuto a conoscenza o avrebbe dovuto essere a conoscenza della pretesa violazione», senza che possa essere considerata valida alternativa la proponibilità di motivi aggiunti, in quanto «gli offerenti sarebbero costretti a impugnare *in abstracto* la decisione di aggiudicazione dell'appalto, senza conoscere, in quel momento, i motivi che giustificano tale ricorso».

Conseguentemente, il supremo consesso conclude per ritenere che il termine di impugnazione degli atti di una procedura di una gara d'appalto, non possa che decorrere da una data ancorata all'effettuazione delle specifiche formalità informative di competenza della amministrazione aggiudicatrice, dovendosi comunque tenere conto anche di quando l'impresa avrebbe potuto avere conoscenza degli atti, con una condotta ispirata alla ordinaria diligenza e che a tal fine rilevi l'eventuale accesso agli atti eseguito ai sensi dell'art. 76, comma 2, Codice dei Contratti Pubblici.

Oltre alle richiamate decisioni dell'Adunanza Plenaria, che paiono delineare un percorso interpretativo del Codice dei Contratti Pubblici volto a valorizzare i principi europei fondanti il sistema in chiave interpretativa, anche la giurisprudenza di primo grado ha avuto modo di porsi in linea di continuità con tale impostazione.

Senza poter approfondire troppo l'indagine, è qui sufficiente richiamare l'orientamento giurisprudenziale che, in ordine alla possibilità che la stazione appaltante, nel definire i requisiti di partecipazione delle imprese al procedimento, possa limitare l'accesso alla gara ai raggruppamenti di imprese, ritiene di dover

³² Cfr. Cons. Stato, sez. V, 28 ottobre 2019, n. 7384, in www.giustizia-amministrativa.it, per cui «del resto la distinzione tra vizi evincibili dal provvedimento comunicato, per il quale il *dies a quo* avrebbe decorrenza dalla comunicazione dell'aggiudicazione, ed altri vizi percepibili aliunde, per i quali il termine di impugnazione comincerebbe a decorrere dal momento dell'effettiva conoscenza, non avrebbe riscontro nel diritto positivo». Per una completa rassegna degli orientamenti in merito emersi e delle questioni connesse si rimanda all'ordinanza di rimessione all'Adunanza Plenaria della sez. V, 2 aprile 2020, n. 2215, in www.giustizia-amministrativa.it.

escludere tale potere discrezionale dell'amministrazione, anche con riferimento agli appalti sotto soglia ai sensi dell'art. 36 Codice dei Contratti Pubblici.

Ciò proprio alla luce della «ratio del R.T.I., che è quella di ampliare la platea dei possibili concorrenti» ed è quindi un istituto diretto «a garantire alle imprese un ampio margine di libertà di organizzazione dei fattori produttivi, con effetti strutturalmente pro-concorrenziali, nonché di garanzia dell'imparzialità, della *par condicio*, di libera concorrenza, di non discriminazione e di proporzionalità. Si tratta, quindi, di un istituto «centrale» per la tutela della libera concorrenza e per l'applicazione del principio di «massima partecipazione»³³.

Infine, non può non farsi una brevissima menzione della recente giurisprudenza della Corte UE in relazione alla disciplina nazionale del subappalto, la quale ha ritenuto che la direttiva 2014/24/UE sia incompatibile con una normativa nazionale, quale l'art. 105 del Codice dei Contratti Pubblici, che, a pena di automatica esclusione dalla procedura di aggiudicazione dell'appalto, limita rigidamente al 30% la parte di prestazione che l'offerente è autorizzato a subappaltare a terzi, «anche nel caso in cui l'ente aggiudicatore sia in grado di verificare le identità dei subappaltatori interessati e ove ritenga, in seguito a verifica, che siffatto divieto non sia necessario al fine di contrastare la criminalità organizzata nell'ambito dell'appalto in questione», in quanto sarebbe possibile adottare misure meno restrittive della concorrenza e del pari idonee a raggiungere l'obiettivo di tutela dell'ordine pubblico perseguito dal legislatore italiano con il limite quantitativo citato al subappalto³⁴.

Peraltro, tali considerazioni erano già state espresse dalla Commissione Europea in sede di procedura di infrazione aperta nei confronti dell'Italia, ove veniva rilevato che «le direttive si basano sul principio secondo cui occorre favorire una maggiore partecipazione delle piccole e medie imprese (PMI) agli appalti pubblici, e il subappalto è uno dei modi in cui tale obiettivo può essere raggiunto. Conformemente a tale approccio, l'art. 63, paragrafo 2, della direttiva 2014/24/UE consente alle amministrazioni aggiudicatrici di limitare il diritto degli offe-

³³ TAR Liguria, sez. I, 9 maggio 2019, n. 421; nello stesso senso TAR Sardegna, sez. I, 29 ottobre 2020, n. 595, entrambe in www.giustizia-amministrativa.it.

³⁴ V. Corte di Giustizia UE, sez. V, 26 settembre 2019, n. 63, in *Foro Amministrativo (II)*, 2019, 9, 1422. Rileva G.A. Giuffrè, *Il subappalto dei contratti pubblici tra autonomia imprenditoriale e limiti di interesse pubblico*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2018, fasc. 1, 85 ss., che «la possibilità degli operatori economici aggiudicatari di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture di subaffidare a terzi l'esecuzione dei relativi contratti pubblici di appalto è stata tradizionalmente oggetto di discussione in considerazione della sua potenziale idoneità ad aggirare le regole di evidenza pubblica a tutela della concorrenza e della corretta gestione del denaro pubblico e, soprattutto, a favorire i fenomeni di infiltrazione mafiosa». In generale sul subappalto, v., solo tra i contributi più recenti, F. D'Alessandri, *Il subappalto nei contratti pubblici*, Roma, 2020; S. Fantini, *Subappalto*, in M.A. Sandulli, R. De Nicolis (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2019, Vol. IV, 47 ss.; A. Castelli, M. Loche, *L'istituto del subappalto nel sistema normativo italiano: tra dubbi interpretativi e problemi di conformità*, in *Urb. e App.*, n. 5/2020, 648-655.

renti di ricorrere al subappalto, ma solo ove siffatta restrizione sia giustificata dalla particolare natura delle prestazioni da svolgere»³⁵.

Quindi, anche nella più recente giurisprudenza di primo grado nazionale, nonché in quella della Corte di Giustizia UE, sembra emergere la centralità della tutela della concorrenza e dei principi ad essa correlati che si sono fin qui analizzati, quali criteri interpretativi al fine di definire l'ambito di applicazione degli istituti rilevanti in materia di procedure ad evidenza pubblica.

4. *La “semplificazione” della disciplina nazionale sulle procedure ad evidenza pubblica: il d.l. n. 32/2019, conv. in l. n. 55/2019 c.d. sblocca-cantieri*

Ciò posto, come detto, l'attuale disciplina nazionale delle procedure ad evidenza pubblica è affidata al d.lgs. n. 50/2016, con cui si è proceduto a recepire le più volte citate direttive 24/25/26/2014/UE³⁶.

In sede di premessa, si è anticipato che la pandemia in corso da Covid-19 ha spinto il legislatore nazionale a intervenire sulla disciplina in materia di appalti pubblici, per fronteggiare le ricadute economiche conseguenti alle misure restrittive adottate per fronteggiare il proliferare dei contagi.

In particolare, l'intervento del legislatore è volto a semplificare le procedure ad evidenza pubblica, con evidente intento acceleratorio di esse, anche mediante la predisposizione di deroghe all'applicazione del citato Codice dei Contratti Pubblici, quantomeno fino al 31 dicembre 2021, disponendo alcune modifiche definitive al testo del Codice dei Contratti Pubblici e introducendo, contestualmente, una normativa speciale con portata limitata e durata circoscritta nel tempo.

Si deve subito segnalare, prima di cercare di esaminare sistematicamente le modifiche introdotte dal d.l. n. 76/2020, che tale intervento è stato senz'altro agevolato e stimolato dalla pandemia da Covid-19, ma non pare tuttavia che di essa sia frutto esclusivo. Non si può infatti non evidenziare la linea di continuità, quantomeno sul piano delle finalità, che intercorre tra il nuovo d.l. n. 76/2020 e

³⁵ Commissione Europea, Costituzione in mora - Infrazione n. 2018/2273, C (2019), 452.

³⁶ Come rilevato in dottrina peraltro, «il testo normativo iniziale del codice ha, però, incontrato fin dalla sua entrata in vigore notevoli problemi applicativi dal momento che per un verso si è a lungo dibattuto su quale fosse la data esatta della sua concreta operatività (19 o 20 aprile 2016), mentre per altro verso, a distanza di sole poche settimane dalla sua promulgazione, veniva pubblicato in Gazzetta Ufficiale un comunicato di rettifica ove venivano riscontrati (e corretti) ben 181 errori formali tra i 220 articoli di cui si compone il codice. [...] Di conseguenza, sebbene il codice del 2016 fosse stato concepito sotto l'impegno e l'auspicio di contribuire in maniera strategica alla ripartenza del settore dei contratti pubblici, in realtà, si è registrata una fase intermedia di stallo che ha imposto prima l'approvazione del cosiddetto “correttivo” (previsto già nel testo della legge delega 28 gennaio 2016, n. 11) e successivamente di diversi e periodici altri interventi tampone» (M. Pani, *Il decreto sblocca-cantieri ed il suo regime transitorio*, in *Lexitalia.it*, 28 settembre 2019).

il d.l. n. 32/2019, conv. in l. 14 giugno 2019, n. 55 c.d. sblocca-cantieri, adottato dal precedente Governo ben prima dell'emergenza sanitaria in atto³⁷.

Non preme in questa sede analizzare compiutamente le singole previsioni del d.l. sblocca-cantieri, bensì porre l'accento sulla circostanza per cui il legislatore, pur in assenza del fenomeno pandemico ora in corso, aveva ritenuto necessario, per fronteggiare la difficile situazione economica, lavorativa e sociale del Paese, intervenire sulla disciplina dei contratti pubblici in senso derogatorio e semplificatorio³⁸.

Con il d.l. sblocca-cantieri, infatti, il legislatore aveva già sperimentato la tecnica della previsione di discipline normative «a tempo», poi riproposta, come anticipato, nel d.l. n. 76/2020; in particolare, lo sblocca-cantieri aveva disposto la sospensione dell'efficacia e dell'applicazione fino al 31 dicembre 2020 di diversi istituti del Codice dei Contratti, nonché l'introduzione di nuove norme anch'esse con efficacia limitata al 31 dicembre 2020³⁹.

Che la disciplina temporanea risultante dalla commistione tra norme sospese e nuove norme introdotte non guardi al solo stretto ambito temporale per cui ciò è disposto, è senz'altro confermato dalla circostanza per cui, almeno con riferimento alle norme sospese, l'art. 1, comma 2, prevede che «entro il 30 novembre 2020 il Governo presenta alle Camere 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 stessa».

Quanto alle nuove norme introdotte dal d.l. sblocca-cantieri, esse non sono esplicitamente soggette a tale riesame all'esito del periodo, eppur tuttavia, proprio anche alla luce del fatto che le stesse siano state adottate in un periodo non caratterizzato da un'emergenza sanitaria ed economica transitoria, quale quella derivante dalla pandemia, bensì per fronteggiare una ormai endemica crisi economica, pare assai probabile che le stesse verranno comunque vagliate nei loro effetti, per valutarne le ricadute pratiche.

Tale circostanza non è priva di rilevanza ai fini della nostra analisi, in quanto mostra una linea di tendenza del legislatore nazionale, anche a prescindere dalla pandemia, per cui il Codice dei Contratti Pubblici, costruito sull'impianto eurounitario ed ispirato, perciò, ai principi di cui prima s'è detto, possa costituire un freno, un ostacolo, allo sviluppo economico.

³⁷ Ripercorre le recenti riforme del Codice dei Contratti Pubblici F. Cusano, *La recente torre di Babele dei contratti pubblici: la pace sol cercando io vo'*, in *Federalismi.it*, n. 32/2020, 36-76.

³⁸ Sul d.l. sblocca-cantieri v. F. Caringella, M. Giustiniani (a cura di), *Il decreto sblocca cantieri. Commento organico alle novità introdotte nei contratti pubblici dal d.l. 18 aprile 2019, n. 32, convertito dalla l. 14 giugno 2019, n. 55*, Roma, 2019; A. Massari, *Gli appalti pubblici dopo il decreto «sblocca-cantieri» e le altre recenti novità*, Santarcangelo di Romagna, 2019; A. Iannotti Della Valle, *Prime riflessioni sul decreto legge «sblocca cantieri» in ottica eurounitaria e costituzionale*, in *RISE Giuridica*, Vol. I, num. I, 2019, 34 e ss.

³⁹ Cfr. ancora M. Pani, *Il decreto sblocca-cantieri ed il suo regime transitorio*, cit.

Tra le norme maggiormente rilevanti rispetto a tale impostazione legislativa introdotte dal d.l. sblocca-cantieri, vale menzionare la previsione, in sede di decretazione d'urgenza, del criterio di aggiudicazione del prezzo più basso per gli appalti sotto soglia comunitaria in via prioritaria, potendosi ricorrere al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa soltanto previa adeguata motivazione; disciplina poi mitigata in sede di conversione, ove si è prevista l'equiparazione del criterio del prezzo più basso con quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, essendo rimasta la preferenza per il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa solo per i contratti sopra soglia, ad eccezione dei servizi e delle forniture aventi caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato e non interessati da alta intensità di manodopera.

Tale disciplina, seppur non in contrasto frontale con l'art. 67, comma 1, direttiva 2014/24/UE⁴⁰, non può comunque dirsi ispirata dalla medesima *ratio* della norma europea e, nel raffronto con la giurisprudenza che, contestualmente, si era occupata della questione, *i.e.* la sentenza sopra citata sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 8/2019, si pone in termini limitativi dei principi in essa definiti.

Se è pur vero infatti che, da un lato, la previsione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa quale regola nei contratti sopra soglia è del tutto conforme alla statuizione esplicita della Plenaria, non è men vero che, in via generale, una gara che si fonda sul solo massimo ribasso comporta un aumento esponenziale dei rischi sull'affidabilità dell'offerta, «in quanto all'apparente immediato vantaggio per la stazione appaltante sovente segue una prestazione scadente e non rispondente al progetto di gara, dovuta altresì al fatto che l'operatore economico non riesce ad assicurarsi un adeguato profitto»⁴¹.

Il d.l. sblocca-cantieri ha poi previsto che, fino al 31 dicembre 2020, nelle procedure aperte è applicabile l'art. 133, comma 8, del Codice, ovvero il metodo della c.d. inversione procedimentale (precedentemente valevole per i soli settori speciali), quale strumento procedimentale utilizzabile anche nei settori ordinari sopra soglia, che consente alla stazione appaltante di esaminare prioritariamente le offerte rispetto alla verifica dell'idoneità degli ammessi.

Ora, se è pur vero che la norma può avere una portata meno dirompente di quel che sembra, se si pone mente al fatto che, al fine di verificare l'anomalia delle offerte è necessario comunque individuare ed esaminare la documentazione delle altre imprese ammesse, la sua rilevanza, ai nostri fini, si coglie sotto il profilo della filosofia di fondo che la anima e che pare porsi in contrasto con i principi della

⁴⁰ La norma citata dispone che «fatte salve le disposizioni legislative, regolamentari o amministrative nazionali relative al prezzo di determinate forniture o alla remunerazione di taluni servizi, le amministrazioni aggiudicatrici procedono all'aggiudicazione degli appalti sulla base dell'offerta economicamente più vantaggiosa».

⁴¹ Così A. Gorgoglione, *op. cit.*

trasparenza, non discriminazione e imparzialità, che si legano a doppio filo, come visto, alla concorrenza.

In questa direzione, infatti, la stessa Corte Costituzionale ha recentemente dichiarato l'illegittimità costituzionale, per violazione dell'art. 117, secondo comma, lett. e), Cost., di una legge regionale che estendeva il meccanismo di inversione procedimentale anche agli appalti sotto soglia.

Nel far ciò, peraltro, la Consulta ribadisce che anche le norme in tema di procedure sotto soglia sono riconducibili alla materia della tutela della concorrenza, «in quanto tale finalità può sussistere in riferimento anche ai contratti riconducibili alla prima di dette categorie [sotto soglia] e la disciplina stabilita al riguardo dal legislatore statale mira ad assicurare, tra l'altro, il rispetto dei principi generali di matrice comunitaria stabiliti nel Trattato e, in particolare, il principio di non discriminazione»⁴².

Inoltre, evidenzia come, pur esistendo un orientamento nella giurisprudenza amministrativa per cui l'inversione procedimentale dia luogo a mera irregolarità⁴³, da un lato, detto orientamento sia contraddetto da altra giurisprudenza⁴⁴, nonché che lo stesso orientamento riconosce comunque l'esistenza di un principio generale di sequenzialità logica e giuridica nell'esame della documentazione amministrativa e di quella relativa all'offerta, pur non facendone derivare dalla sua violazione una conseguenza invalidante.

Infine, vale sottolineare come il d.l. sblocca-cantieri sia intervenuto sull'istituto del subappalto, anche alla luce della procedura di infrazione aperta dalla Commissione, cui avrebbe poi fatto seguito la sopra citata giurisprudenza della Corte di Giustizia, anche se la novella, quale modifica più rilevante, innalza semplicemente il limite della quota subappaltabile dal 30% al 40%.

Come rilevato in dottrina, non pare che l'innalzamento del 10% del limite della quota subappaltabile possa superare i conflitti con il diritto eurounitario, che esigerebbe di non comprimere affatto il ricorso al subappalto, salve particolari ragioni relative alla peculiarità della prestazione da svolgere⁴⁵.

⁴² Corte cost., 6 marzo 2020, n. 39, in *www.cortecostituzionale.it*.

⁴³ Il riferimento è a Cons. Stato, sez. V, 2 settembre 2019, n. 6017, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁴⁴ Cfr. TAR Toscana, sez. II, 29 ottobre 2018, n. 1391; TAR Sardegna, 14 maggio 2003, n. 605; Cons. Stato, sez. II, parere 30 aprile 2003, n. 1036; Cons. Stato, sez. IV, 27 novembre 2000, n. 6306, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*. Questa giurisprudenza evidenzia, in particolare, come «la preventiva conoscenza dell'offerta economica è in grado di influire non solo sui giudizi da assegnare alla qualità delle offerte (che nel caso di specie non era oggetto di valutazione) ma anche sulle decisioni in merito all'ammissione dei concorrenti alla procedura, e ai fini dell'annullamento non è necessario dimostrare che tale possibilità si sia concretizzata essendo sufficiente la mera possibilità del suo avverarsi». Evidenzia altresì la dottrina il conseguente prevedibile aumento del contenzioso (si pensi al miglior offerente che si vede escluso a seguito della verifica dei requisiti), nonché la necessità di evitare che offerte di soggetti evidentemente privi dei requisiti contribuiscano a (ri) determinare la soglia di anomalia (M. Pani, *Il decreto sblocca-cantieri ed il suo regime transitorio*, cit., nota 29).

⁴⁵ Così A. Iannotti Della Valle, *op. cit.*, 40.

5. *Il d.l. n. 76/2020, conv. in l. n. 120/2020 c.d. semplificazioni*

Su tali basi è poi dunque intervenuta la recente adozione del d.l. n. 76/2020, convertito nella legge 11 settembre 2020, n. 120⁴⁶, che, pare di poter rilevare, si muove nella medesima direzione del d.l. n. 32/2019, alla ricerca di una modifica, tanto mediante normative speciali «a tempo», quanto mediante modifiche “a regime”, di alcuni istituti del Codice dei Contratti e del Codice del processo amministrativo, ritenuti eccessivamente gravosi per la pubblica amministrazione e per l’esecuzione degli appalti pubblici, con conseguenze perciò in tema di (minor) sviluppo economico del Paese.

Ai nostri fini, dunque di una analisi del rapporto tra gli interventi di riforma e i principi fondanti la normativa in materia di procedure ad evidenza pubblica, assumono preminente rilievo alcune disposizioni.

5.1. *Le procedure sotto soglia e sopra soglia nel d.l. n. 76/2020 c.d. semplificazioni*

In tal senso, il legislatore ha previsto una normativa derogatoria tanto per l’aggiudicazione dei contratti sotto soglia, quanto di quelli sopra soglia, «qualora la determina a contrarre o altro atto di avvio del procedimento equivalente sia adottato entro il 31 dicembre 2021» e, dunque, secondo la tecnica legislativa “a tempo”⁴⁷.

Quanto ai contratti sotto soglia, l’art. 1, comma 1, del d.l. semplificazioni, eliminando qualsiasi riferimento alle procedure aperte, indica come modalità per l’affidamento di tale tipologia di contratti quelle dell’affidamento diretto e quello della procedura negoziata senza pubblicazione del bando di gara. In tali casi, il legislatore prevede che la procedura di affidamento debba essere conclusa entro il termine di due mesi (affidamento diretto) o quattro mesi (procedura negoziata) dalla data di adozione dell’atto di avvio del procedimento, prevedendo, in caso di mancato rispetto di tale termine, la possibile rilevanza a fini della responsabili-

⁴⁶ Per un commento articolo per articolo v. C. Contessa, *Le novità del ‘Decreto semplificazioni’, ovvero: nel settore dei contratti pubblici esiste ancora un ‘Codice?’*, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴⁷ Sottolineano peraltro acutamente M. Pani, C. Sanna, *Gli appalti sotto soglia nel d.l. semplificazioni*, in Lexitalia.it, 16 novembre 2020, che «proprio questa finestra temporale, poi, allunga in misura variabile la vigenza temporale della prescrizione in commento atteso che la sua efficacia, o sarebbe meglio dire la sua scadenza, appare condizionata al livello di efficienza che la stazione appaltante riuscirà a dimostrare nella gestione della commessa oltreché ad eventi imprevisi e/o imprevedibili quali quelli scaturenti e connessi alla proposizione di eventuali atti di impugnazione davanti ai Tribunali amministrativi competenti. Di conseguenza se pure la prescrizione appare logica e condivisibile nella ratio di fondo che l’ha ispirata non può di converso essere celato che la stessa potrebbe risultare, sotto un profilo pratico, assoggettata ad un periodo temporale di ultrattività che, in ipotesi, si andrebbe ad affiancare con il reingresso dell’impianto di regole adottate *ab origine*».

tà erariale, se il mancato rispetto è imputabile al responsabile unico del procedimento, ovvero, se imputabile all'operatore economico, quale causa di esclusione dell'operatore dalla procedura o, in caso di tardivo avvio dell'esecuzione, di risoluzione del contratto per inadempimento.

Per gli affidamenti diretti peraltro, l'art. 1, comma 2, lett. a) innalza le soglie di valore, che passano da euro 40.000 a euro 150.000 per i lavori e a euro 75.000 per i servizi e le forniture e in tali ultimi casi non è necessaria la richiesta di più preventivi.

In dottrina, si è evidenziato che la scelta legislativa dunque è chiaramente nel senso di garantire la tempestività nell'affidamento e nell'esecuzione del contratto, anche laddove ciò comporti un sacrificio al sistema garantista della pluralità di concorrenti, giacché «nell'equilibrio tra il confronto concorrenziale con almeno due o più preventivi e quello della celerità del procedimento di appalto pubblico, il legislatore – limitatamente a questa speciale fase storica emergenziale – ha deciso di far pendere l'ago della bilancia verso questo secondo caso, con tutte le conseguenze che necessariamente ne derivano in termini di snellezza procedimentale pur con sacrificio dell'obbligo generale di trasparenza e pluralità di inviti/partecipanti»⁴⁸.

Quanto alle procedure negoziate senza pubblicazione del bando, l'art. 1, comma 2, lett. b) prevede la consultazione di un numero crescente di operatori da cinque fino a quindici al crescere del valore della commessa, prevenendo il rispetto del «criterio di rotazione degli inviti, che tenga conto anche di una diversa dislocazione territoriale delle imprese invitate, individuati in base ad indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici»⁴⁹.

In merito ai criteri di aggiudicazione, il d.l. semplificazioni conferma quanto previsto dal d.l. sblocca-cantieri sopra richiamato, per cui equipara il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa con quello del prezzo più basso, pur facendo salva, con un intervento operato solo in sede di conversione del decreto, che ha recepito sul punto le osservazioni dell'ANAC⁵⁰, l'applicazione dell'art. 95, comma 3, del Codice, con applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai casi ivi previsti.

Nondimeno, il d.l. semplificazioni ha poi previsto che, per gli affidamenti sotto soglia aggiudicati con il criterio del prezzo più basso, le stazioni appaltan-

⁴⁸ Così M. Pani, C. Sanna, *Gli appalti sotto soglia nel d.l. semplificazioni*, cit.

⁴⁹ Sul criterio di rotazione v., da ultimo, R. Giani, *Il principio di rotazione nell'aggiudicazione degli appalti pubblici*, in G.M. Caruso, D. D'Alessandro, D. Pappano (a cura di), *Contratti delle pubbliche amministrazioni. Questioni attuali*, Torino, 2019, 55-76.

⁵⁰ Cfr. ANAC, Testo scritto presentato dal Presidente f.f. dell'ANAC, Prof. Francesco Merloni, in occasione dell'audizione presso le Commissioni riunite 8^a Lavori pubblici, comunicazioni e 1^a Affari costituzionali del Senato della Repubblica, reperibile sul sito istituzionale dell'ANAC www.anticorruzione.it.

ti procedano all'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia, anche qualora il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque.

Tale esclusione automatica risulta peraltro applicabile, stante l'assenza di deroghe, anche agli appalti che presentino un interesse transfrontaliero, ponendo perciò problemi di compatibilità con il diritto europeo. Infatti, con la procedura di infrazione n. 2018/2273 la Commissione Europea aveva evidenziato l'incompatibilità dell'art. 97, comma 8, del Codice dei Contratti con le disposizioni UE, in quanto trovava applicazione a prescindere dal fatto che l'appalto presentasse o meno un interesse transfrontaliero certo e prevedesse una soglia riferita al numero delle offerte giudicata non sufficientemente elevata. Per superare tali criticità, l'articolo era stato modificato dall'art. 1, comma 20, lett. u), della l. n. 55 del 2019, di conversione del d.l. sblocca-cantieri, prevedendo che l'esclusione automatica potesse operare soltanto quando il criterio di aggiudicazione era quello del prezzo più basso e comunque per importi inferiori alle soglie di cui all'art. 35 e per affidamenti che non presentassero carattere transfrontaliero. Inoltre, era stato previsto che l'esclusione automatica non operasse quando il numero delle offerte ammesse è inferiore a dieci.

Di tale disposizione ha anche già fatto applicazione la giurisprudenza di primo grado, la quale ne ha peraltro fornito una interpretazione letterale e dunque assai incisiva sulla posizione dell'operatore economico che aveva presentato una offerta con percentuale di ribasso sotto la soglia di anomalia, avendo infatti chiarito che il tenore del comma 3 dell'art. 1 del d.l. n. 76/2020 non lascia margine di scelta alla stazione appaltante che in questo caso deve procedere all'esclusione automatica; e ciò poiché «se l'intero obiettivo della disciplina è quello di semplificare l'andamento delle gare [...], l'esclusione automatica sotto soglia risulta certamente coerente con tale obiettivo», pur evidenziando che al raggiungimento del medesimo obiettivo «non sembra funzionale, come reso evidente dal presente giudizio, il continuo e disallineato mutare della disciplina, con reiterata modifica dei valori di riferimento e delle tipologie di procedura, che inevitabilmente ingenera come più immediato effetto il disorientamento tanto delle stazioni appaltanti che degli operatori»⁵¹.

⁵¹ TAR Piemonte, sez. I, 17 novembre 2020, n. 736, in *www.giustizia-amministrativa.it*, ove si legge anche che «il legislatore, assumendo che l'efficacia della spesa pubblica – declinata in questo caso in termini di maggiore rapidità della sua erogazione – possa rappresentare, in una congiuntura di particolare crisi economica, una forma di volano dell'economia, ha introdotto una disciplina emergenziale, temporanea e derogatoria del codice dei contratti, con scadenza al 31.12.2021, la quale privilegia forme di gara più snelle e modalità di gestione «meccanica» di alcuni passaggi (quali, nel caso che interessa, il giudizio di anomalia condotto con esclusione automatica delle offerte anomale). Diversamente da quanto affermato in ricorso l'applicazione della disciplina emergenziale non è correlata nel testo di legge alle gare strettamente connesse all'emergenza sanitaria (distinzione che, per altro, rischierebbe di indurre ulteriori complicazioni e contenziosi volti a «perimetrare» cosa si inten-

Inoltre, la recente decisione ritiene che la previsione in discorso, sempre alla luce di una interpretazione letterale, debba essere applicata a tutti i settori e non solo alle gare strettamente connesse all'esigenza sanitaria, pur chiarendo come, nel caso sottoposto al suo esame, non si pongano questioni di compatibilità eurounitaria in ragione dell'assenza di prova dell'interesse transfrontaliero della procedura sotto soglia e comunque dovendosi considerare la natura temporalmente limitata della norma al 31 dicembre 2020.

In merito invece ai contratti sopra soglia comunitaria, il legislatore, sempre con riferimento alle procedure che prendano avvio entro il 31 dicembre 2021, detta due novità derogatorie di particolare rilevanza, oltre a prevedere, anche per essi, il termine entro cui devono concludersi le procedure, fissato in sei mesi, e la cui violazione determina le medesime conseguenze sopra viste in tema di contratti sotto-soglia (responsabilità erariale o esclusione/risoluzione a seconda dell'imputabilità alla p.a. o al privato).

In primo luogo, l'art. 2, comma 3, del d.l. semplificazioni prevede che l'affidamento possa avvenire mediante la procedura negoziata di cui all'art. 63 del Codice dei Contratti, per i settori ordinari, e di cui all'art. 125, per i settori speciali, previa pubblicazione dell'avviso di indizione della gara e nel rispetto del criterio di rotazione, quando per ragioni di estrema urgenza derivanti dagli effetti negativi della crisi causata dalla pandemia da Covid-19 o dal periodo di sospensione delle attività determinato dalle misure di contenimento adottate per fronteggiare la crisi, i termini, anche abbreviati, previsti dalle procedure ordinarie non possono essere rispettati ovvero nei casi, per vero assai limitati, di singoli operatori economici con sede operativa collocata in aree di preesistente crisi industriale complessa che, prima della dichiarazione dello stato di emergenza, avessero stipulato con le pubbliche amministrazioni competenti un accordo di programma.

Ma, ancor più rilevante in punto deroga alla concorrenza, è il disposto del comma 4 dell'art. 2 che, nei casi del citato comma 3, ma anche in ulteriori numerosissimi settori di grande rilevanza economica (quali edilizia scolastica, giudiziaria, sanitaria, ...) ⁵², prevede che gli affidamenti «operano in deroga ad ogni disposizione di legge diversa da quella penale, fatto salvo il rispetto delle disposizioni del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decre-

da per gare «connesse all'emergenza sanitaria») ma più genericamente all'emergenza economica indotta dall'emergenza sanitaria, quindi senza distinzione di settori».

⁵² L'art. 2, comma 4, fa riferimento ai «settori dell'edilizia scolastica, universitaria, sanitaria, giudiziaria e penitenziaria, delle infrastrutture per attività di ricerca scientifica e per la sicurezza pubblica, dei trasporti e delle infrastrutture stradali, ferroviarie, portuali, aeroportuali, lacuali e idriche, ivi compresi gli interventi inseriti nei contratti di programma ANAS-Mit 2016-2020 e RFI-Mit 2017 - 2021 e relativi aggiornamenti, nonché per gli interventi funzionali alla realizzazione del Piano nazionale integrato per l'energia e il clima (PNIEC), e per i contratti relativi o collegati ad essi settori dell'edilizia scolastica, universitaria, sanitaria, giudiziaria e penitenziaria».

to legislativo 6 settembre 2011, n. 159, nonché dei vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea, ivi inclusi quelli derivanti dalle direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE, dei principi di cui agli articoli 30, 34 e 42 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 e delle disposizioni in materia di subappalto».

Come è stato efficacemente notato⁵³, la norma ricalca quanto previsto dal d.l. 28 settembre 2018, n. 109, conv. in legge 16 novembre 2018, n. 130, afferente alla ricostruzione del ponte Morandi a Genova che, all'art. 1, comma 5, per le attività di demolizione, rimozione, smaltimento e conferimento in discarica dei materiali di risulta, nonché per la progettazione, l'affidamento e la ricostruzione dell'infrastruttura e il ripristino del connesso sistema viario, assegnava al Commissario straordinario il medesimo potere di deroga alle leggi vigenti, con il limite delle sole leggi penali, del codice delle leggi antimafia e dei vincoli di appartenenza dell'Unione Europea⁵⁴.

5.2. *Conclusioni dei contratti pubblici, ricorsi giurisdizionali e sospensione dell'esecuzione dell'opera nel d.l. n. 76/2020 c.d. semplificazioni*

L'altro ambito di maggiore rilevanza su cui è intervenuto il d.l. semplificazioni, rispetto alla tutela della concorrenza e alla correlata effettività *della tutela giurisdizionale*, è quello inerente alla conclusione del contratto e ai ricorsi giurisdizionali, per il quale l'art. 4 del d.l. detta alcune modifiche "a tempo" ed alcune modifiche "a regime".

Seguendo la tassonomia della norma, in primo luogo, l'art. 4, comma 1, modifica l'art. 32, comma 8, del Codice dei Contratti Pubblici, disponendo che la mancata stipulazione del contratto nel termine di sessanta giorni dall'aggiudicazione ivi previsto debba essere motivata con specifico riferimento all'interesse della stazione appaltante e a quello nazionale alla sollecita esecuzione del contratto e rilevi ai fini della responsabilità erariale e disciplinare del dirigente preposto; inoltre, specifica che la proposizione di un ricorso giurisdizionale non costituisce

⁵³ F. Di Matteo, *Misure di incentivazione degli investimenti pubblici: novità in tema di procedure di affidamento, criteri di selezione delle offerte e requisiti di partecipazione*, Relazione svolta al Corso di formazione «Le nuove regole in materia di appalti e di semplificazione amministrativa», organizzato in videoconferenza il 12 novembre 2020, in collaborazione tra la Scuola Superiore della Magistratura e l'Ufficio Studi, massimario e formazione della Giustizia Amministrativa.

⁵⁴ La norma era stata definita dall'allora Presidente dell'ANAC Raffaele Cantone, in sede di audizione davanti alle Commissioni congiunte VIII^A Ambiente, territorio e lavori pubblici e IX^A Trasporti, poste e telecomunicazioni della Camera dei deputati, «una disposizione che credo sia senza precedenti (la deroga a tutte le norme dell'ordinamento italiano, ad esclusione di quelle penali)», con la quale «si intende consentire al Commissario di muoversi con assoluta e totale libertà, imponendogli solo i principi inderogabili dell'Unione europea ed ovviamente i principi costituzionali». L'intero testo dell'audizione è consultabile in www.appaltiecontratti.it.

giustificazione per la mancata stipulazione, salvo che non operino i meccanismi di *stand still* di cui all'art. 32, commi 9 e 11, del Codice dei Contratti.

Particolarmente rilevante è poi quanto disposto ai commi 2 e 3 del citato art. 4 del d.l. semplificazioni, che operano una estensione applicativa di quanto dispone l'art. 125 cod. proc. amm., con riferimento, finora, alle sole infrastrutture strategiche.

La modifica è "a tempo" in quanto trova applicazione per i contratti sotto soglia e sopra soglia stipulati con le modalità in deroga previste dai citati artt. 1 e 2 del d.l. semplificazioni, per cui, come detto, la relativa disciplina è, allo stato, applicabile solo fino al 31 dicembre 2021.

In tal senso, in caso di impugnazione degli atti di tali procedure, il legislatore dispone l'applicazione dell'art. 125, comma 2, cod. proc. amm. (art. 4, comma 2, d.l. semplificazioni) e, con riferimento agli appalti sopra soglia aggiudicati mediante procedura negoziata per ragioni di urgenza causata dalla pandemia da Covid-19, dispone altresì l'applicazione dell'art. 125, comma 3, cod. proc. amm. (art. 4, comma 3, d.l. semplificazioni).

Dunque, il legislatore intende, in primo luogo ed in sede cautelare, rafforzare la valutazione del giudice amministrativo circa le conseguenze della eventuale sospensione dell'aggiudicazione sull'interesse nazionale alla prosecuzione dell'opera, nonché al necessario raffronto tra il pregiudizio irreparabile per il ricorrente e quello dell'aggiudicatario alla celere prosecuzione dell'opera (art. 125, comma 2, cod. proc. amm.); ma, ancor più rilevante, soprattutto sul piano dei principi generali in tema di procedure ad evidenza pubblica, è la scelta legislativa di prevedere, per gli appalti sopra soglia aggiudicati con procedura negoziata per ragioni di estrema urgenza derivanti dagli effetti negativi della crisi causata dalla pandemia da Covid-19, che alla sospensione o all'annullamento dell'aggiudicazione non faccia seguito la caducazione del contratto e il ricorrente possa conseguire solo la tutela risarcitoria per equivalente (art. 125, comma 3, cod. proc. amm.).

Per completezza, vale evidenziare che il legislatore modifica poi, nuovamente, l'art. 120 cod. proc. amm., che disciplina il rito processuale in materia di appalti pubblici, prescrivendo che il giudizio debba essere «di norma» definito in camera consiglio con sentenza in forma semplificata *ex* art. 60 cod. proc. amm., «qualora le parti richiedano congiuntamente di limitare la decisione all'esame di un'unica questione, nonché in ogni altro caso compatibilmente con le esigenze di difesa di tutte le parti in relazione alla complessità della causa»; inoltre, prescrive il deposito della sentenza entro quindici giorni dall'udienza di discussione e, per i casi più complessi, entro tale data il deposito del dispositivo, «indicando anche le domande eventualmente accolte e le misure per darvi attuazione», e

il deposito della sentenza entro il termine di trenta giorni (art. 4, comma 4, d.l. semplificazioni)⁵⁵.

Di interesse ai nostri fini è, in ultimo, la previsione di cui all'art. 5, comma 6, del d.l. semplificazioni, che fino al 31 dicembre 2021, ridisegna le cause di sospensione dell'esecuzione dell'opera pubblica, prescrivendo, quanto all'eventuale contenzioso giurisdizionale, che il giudice debba compiere le medesime valutazioni previste dall'art. 125, comma 2, cod. proc. amm., di cui, come visto sopra, l'art. 4, comma 2, ha previsto l'applicazione alle impugnazioni di atti di gara fino al 31 dicembre 2021.

Le due norme vanno lette in via coordinata e consequenziale, disciplinando, nel medesimo modo, i poteri del giudice di due contenziosi diversi e che intervengono in momenti diversi: l'art. 4, comma 2, si riferisce al contenzioso davanti al giudice amministrativo di impugnazione degli atti di gara e, in particolare, dell'aggiudicazione; l'art. 5, comma 6, al contenzioso, che in base alle regole di riparto di giurisdizione, dovrà tenersi davanti al giudice ordinario, relativo all'esecuzione del contratto e, in particolare, all'eventuale possibile sospensione dell'esecuzione dell'opera⁵⁶.

In tal senso infatti, la più recente giurisprudenza amministrativa che ha già avuto modo di occuparsi della norma di cui al citato art. 5, comma 6, ha chiarito che essa non trova applicazione in caso di impugnazione dell'aggiudicazione, in quanto va riferita all'ambito sostanziale del medesimo art. 5, *i.e.* i casi in cui o vi sia tra le parti una controversia sull'inadempimento contrattuale ai sensi dell'art. 5, comma 6, primo periodo, o una controversia su un provvedimento amministrativo di sospensione dei lavori disposto dal RUP ai sensi dell'art. 5, commi 1 e 2, e che «la citata previsione processuale extravagante dell'art. 5, comma 6, d.l. n. 76/2020 non incide sulle regole processuali contenute negli art. 120 e ss. c.p.a. in ordine alla sentenze di merito del giudice amministrativo sull'aggiudicazione degli appalti e sulla sorte del contratto»⁵⁷.

Così, il legislatore, per entrambi i momenti rilevanti dell'appalto, quello della scelta del contraente e quello dell'esecuzione dell'opera, pone quale interes-

⁵⁵ Per un commento v. M. Lipari, *Il nuovo rito appalti nel d.l. 16 luglio 2020, n. 76*, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁵⁶ Sul riparto di giurisdizione nei contratti pubblici cfr., da ultimo, Cass., ss.uu., 10 gennaio 2019, n. 489, in *Guida al diritto*, 2019, 14, 42, per cui in tema di appalti pubblici, anche a seguito della entrata in vigore del d.lgs. n. 104 del 2010 sono devolute alla cognizione del giudice amministrativo le controversie relative alla procedura di affidamento dell'appalto, mentre quelle aventi a oggetto la fase di esecuzione del contratto spettano alla giurisdizione del giudice ordinario, in quanto riguardanti un rapporto di natura privatistica caratterizzato dalla posizione di parità delle parti, titolari di situazioni giuridiche qualificabili come diritti e obblighi.

⁵⁷ Cons. Giust. Amm., decreto 14 novembre 2020, n. 795, in www.giustizia-amministrativa.it, che peraltro preferisce lasciare aperta la questione sul riparto di giurisdizione in tal caso, affermando che «essendo altresì da stabilire se in siffatte due evenienze la giurisdizione sulla controversia spetti al giudice ordinario ovvero al giudice amministrativo».

se primariamente rilevante la celere aggiudicazione ed esecuzione dell'opera, con eventuale sacrificio dell'interesse del ricorrente e del suo irreparabile pregiudizio, che deve essere valutato in rapporto con l'interesse pubblico alla quanto più rapida aggiudicazione ed esecuzione dell'opera, nonché, anche laddove si dovesse giungere ad una pronuncia di annullamento dell'aggiudicazione, la sua tutela potrebbe essere limitata al solo risarcimento per equivalente, in forza del disposto dell'art. 125, comma 3, cod. proc. amm., nei casi di contratti sopra soglia stipulati in via urgente a causa delle conseguenze negative della pandemia.

6. *Alcune prime questioni interpretative del d.l. n. 76/2020 c.d. semplificazioni*

Alla luce dell'analisi qui brevemente compiuta del d.l. semplificazioni, ma anche del precedente d.l. sblocca-cantieri, pare evidente la tendenza legislativa a voler porre a fondamento dell'intervento riformatore sulla normativa delle procedure ad evidenza pubblica esigenze di accelerazione nello svolgimento delle gare, consentendo alla stazione appaltante di derogare alla necessità di una consultazione ampia degli operatori economici potenzialmente interessati alla commessa.

Depongono chiaramente ed esemplificativamente, in tal senso, le previsioni dei due decreti-legge, l'ultimo dei quali con tendenza rafforzata a causa dell'aggravamento della crisi economica dovuta alla pandemia, che ampliano la possibilità per gli appalti sotto soglia di ricorrere all'affidamento diretto e alla procedura negoziata senza bando, nonché, ancor di più, le deroghe previste per gli appalti sopra soglia.

Tali misure si pongono in rapporto di tensione con i principi che hanno sempre presieduto la normativa in tema di contratti pubblici e segnatamente, quelli in apertura analizzati di imparzialità e di parità di trattamento, di pubblicità e di trasparenza, che consentono l'esplicitarsi della piena concorrenza tra le imprese.

Nella medesima direzione, le riforme nazionali muovono verso una correlata limitazione dei rimedi processuali attivabili dall'operatore economico che si ritenga leso dagli atti adottati dall'amministrazione nelle procedure di gara, prevedendo limitazioni alla tutela cautelare, alla possibilità di caducazione del contratto, con possibilità di ottenere la sola tutela risarcitoria, nonché al c.d. rito appalti, le cui tempistiche si muovono sempre più verso una decisione «rapida», che pare ignorare la complessità delle questioni che le gare pubbliche pongono.

Non può non notarsi dunque come se da un lato il legislatore europeo aveva fondato il suo intervento sulla necessità di tutelare la concorrenza e i principi di apertura delle pubbliche gare alle imprese, sia sul piano sostanziale che, di riflesso,

sul piano della effettività della tutela, in particolare giurisdizionale, in direzione speculare, ma contraria, il legislatore nazionale degli ultimi decreti interviene al fine di approntare deroghe ai meccanismi di tutela della concorrenza e della correlata effettività della tutela giurisdizionale, cogliendo anch'egli, anche se in chiave opposta, l'intimo legale che intercorre tra i due aspetti.

Eppure, come si è visto al precedente par. 3, la giurisprudenza intervenuta contestualmente e parallelamente all'adozione del d.l. semplificazioni, in particolare dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, che si è occupata nell'anno in corso di dirimere numerose questioni interpretative sulla disciplina del Codice dei Contratti Pubblici, pare aver assunto a criterio guida proprio quello della tutela dei principi fondamentali di trasparenza, pubblicità e non discriminazione, dunque di consentire una piena esplicazione della concorrenza, nonché la correlata esigenza di garanzia sul piano della tutela giurisdizionale.

Su tali basi, emerge allora la difficoltà, anche, di interpretazione di alcune disposizioni contenute nel d.l. semplificazioni.

In primo luogo, già i primi commentatori si sono posti l'interrogativo se, nella vigenza della descritta disciplina emergenziale, derogatoria delle disposizioni dell'art. 36, comma 2, del Codice dei Contratti Pubblici, per gli appalti di lavori di valore inferiore ad euro 150.000 e di servizi e forniture, sia obbligatorio procedere all'affidamento diretto oppure sia comunque ammessa la facoltà della stazione appaltante di scegliere le procedure semplificate o quelle ordinarie previste dal Codice dei Contratti Pubblici.

Alcuni infatti pare abbiano ritenuto che, in forza di tale novella e per il periodo della sua vigenza, temporalmente limitato fino al 31 dicembre 2021, debba ritenersi preclusa la possibilità di ricorrere a procedure aperte o ordinarie, dovendosi applicare il meccanismo di affidamento diretto⁵⁸.

Secondo diversa impostazione, propria anche dell'ANAC⁵⁹, tale possibilità deve considerarsi ammessa, in ragione della circostanza per cui l'art. 1 del d.l. n. 76/2020 è intervenuto a derogare il solo comma 2 dell'art. 36 del Codice dei Contratti, risultando perciò pienamente applicabile il comma 1 della norma, che dispone l'applicazione dei principi di economicità, efficacia, tempestività, correttezza, libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, rotazione e l'effettiva possibilità di partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese; di tal che, una interpretazione sistematica dovrebbe

⁵⁸ Cfr. M. Pani, C. Sanna, *Gli appalti sotto soglia nel d.l. semplificazioni*, cit., per i quali «scompare la procedura aperta od ordinaria, anche come mera facoltà, mentre si estende l'affidamento diretto, che risulta essere ancora più alleggerito rispetto ai vincoli originari dell'art. 36, comma 2 del codice dei contratti pubblici».

⁵⁹ Cfr. ANAC, Testo scritto presentato dal Presidente f.f. dell'ANAC, Prof. Francesco Merloni, in occasione dell'audizione presso le Commissioni riunite 8^a Lavori pubblici, comunicazioni e 1^a Affari costituzionali del Senato della Repubblica, reperibile sul sito istituzionale dell'ANAC www.anticorruzione.it.

condurre a riconoscere la perdurante facoltà, per le stazioni appaltanti, di operare con procedure aperte anche nei contratti sotto soglia⁶⁰.

Tale seconda opzione ermeneutica appare per vero maggiormente convincente, alla luce della citata funzione interpretativa dei principi fondanti la normativa sui contratti pubblici, in quanto rappresenta la migliore sintesi tra l'esigenza di semplificazione manifestata dal legislatore del 2020 con le ragioni di fondo che animano il Codice dei Contratti.

È dunque in una visione non solo sistematica, ma anche di *ratio legis* e di interpretazione c.d. per principi, che la seconda lettura proposta appare preferibile, poiché consente di operare una interpretazione della novella che sia coerente con l'intero impianto normativo in materia e con i principi su cui essa è stata costruita, garantendo comunque la possibilità che siano offerte agli operatori economici maggiori possibilità di partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica.

Ulteriore profilo interpretativo attiene poi alla riconosciuta possibilità per le stazioni appaltanti, secondo il c.d. modello Genova, di derogare, per l'affidamento di contratti in numerosi settori, a tutte le norme dell'ordinamento, salvo quelle penali, antimafia, nonché ai «vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea, ivi inclusi quelli derivanti dalle direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE, dei principi di cui agli articoli 30, 34 e 42 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 e delle disposizioni in materia di subappalto», secondo quanto disposto dal citato art. 2, comma 4, d.l. n. 76/2020.

Di tale norma infatti, l'ANAC ha già fornito una interpretazione assai restrittiva, in forza della quale «le stazioni appaltanti che opereranno nei settori indicati dal comma 4 dovranno applicare le direttive a partire dalla scelta della procedura che, in assenza di motivate ragioni in concreto, non potrà essere sempre la procedura negoziata senza bando. [...]»⁶¹.

Ora, se è senz'altro condivisibile l'impostazione di fondo di tale opzione interpretativa, che peraltro, come visto, è la medesima proposta in via generale in questo lavoro, detta lettura appare eccessivamente manipolativa della previsione normativa, forzando la lettera della legge che fa salvi i vincoli derivanti dall'appartenenza all'Unione Europea e conducendo ad un risultato interpretativo che, più che orientato alla tutela dei principi eurounitari di trasparenza, parità di trat-

⁶⁰ Cfr. A. Ruffini, *Decreto Semplificazioni: come cambiano le procedure di affidamento*, in *Urb. e App.*, n. 5/2020, 600.

⁶¹ ANAC, Testo scritto presentato dal Presidente f.f. dell'ANAC, Prof. Francesco Merloni, in occasione dell'audizione presso le Commissioni riunite 8^a Lavori pubblici, comunicazioni e 1^a Affari costituzionali del Senato della Repubblica, reperibile sul sito istituzionale dell'ANAC www.anticorruzione.it, 8, che evidenzia anche come tale lettura potrebbe trovare una conferma nel testo dello stesso comma 4 che dispone la deroga «per quanto non espressamente indicato dal presente articolo». Questo inciso consentirebbe, infatti, di ritenere applicabili ai settori del comma 4 le disposizioni del comma 2 che in materia di affidamento rinviano al d.lgs. n. 50/2016.

tamento e non discriminazione, risulta operare una, parziale, *interpretatio abrogans* della norma.

Pare più opportuno, allora, propendere per una interpretazione che, nella medesima direzione già vista in precedenza per i contratti sotto soglia, consenta comunque alla stazione appaltante di ricorrere alle procedure ordinarie e aperte, ma non imponga l'adozione di una apposita motivazione in concreto per ricorrere alla procedura negoziata senza bando, salvaguardando così anche la *voluntas legis*, sottesa all'intervento semplificatorio.

Ciò anche alla luce della circostanza per cui la normativa in questione dovrebbe avere una durata temporalmente limitata e volta a fronteggiare la situazione emergenziale in atto; d'altronde, laddove il legislatore ritenesse di poter estendere "a regime" tale modello, non pare sarebbe sufficiente ad evitare l'illegittimità costituzionale e comunitaria della norma neppure la lettura restrittiva (*rectius*: manipolativa) offerta dall'ANAC.

Infine, venendo al piano della effettività della tutela giurisdizionale, particolarmente delicata può apparire l'estensione, anch'essa temporalmente limitata, del meccanismo di cui all'art. 125, commi 2 e 3, cod. proc. amm., che come detto, impongono al giudice amministrativo, un rigoroso bilanciamento in sede cautelare e l'impossibilità di dichiarare la caducazione del contratto, riconoscendo al ricorrente il solo risarcimento per equivalente.

Una interpretazione che valorizzi i principi europei necessariamente impone, a monte, una lettura restrittiva delle ipotesi in cui tale estensione può operare, in particolare valutando restrittivamente le ipotesi in cui non sia possibile disporre la caducazione del contratto, *i.e.* i casi di aggiudicazione di appalto sopra soglia mediante procedura negoziata senza bando «per ragioni di estrema urgenza derivanti dagli effetti negativi della crisi causata dalla pandemia da COVID-19 o dal periodo di sospensione delle attività determinato dalle misure di contenimento adottate per fronteggiare la crisi», di cui all'art. 2, comma 3, del d.l. semplificazioni.

In dottrina, si è rilevato come, interpretando restrittivamente tale clausola aperta, la possibilità di riconoscere tutela solo in forma risarcitoria per equivalente, potrebbe non considerarsi in frontale contrasto con il diritto europeo, anche alla luce della sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea 4 luglio 2013 "Fastweb"⁶², che ha riconosciuto la possibilità di derogare, seppur in casi

⁶² Corte di Giustizia UE, sez. X, 4 luglio 2013, n. 100, in *Riv. It. Dir. Pub. Com.*, 2013, fasc. 3-4, 795, con nota di E.M. Barbieri, *Legittimazione ed interesse a ricorrere in caso di ricorsi reciprocamente escludenti dopo una recente pronuncia comunitaria*.

assai limitati, alla regola della dichiarazione di inefficacia del contratto in caso di violazione del diritto dell'Unione⁶³.

Ciò nondimeno, la stessa dottrina, condivisibilmente, non solo evidenzia la forte discrasia tra il principio fondamentale della tutela piena ed effettiva della concorrenza, attuato appunto mediante la possibilità di privare di effetti il contratto, e l'estensione del meccanismo che limita tale possibilità e riconosce il solo risarcimento per equivalente, ma altresì riconosce come la norma rischi di essere controproducente, in quanto l'esclusione del potere per il giudice amministrativo di valutare la possibilità che gli effetti del contratto siano o meno fatti salvi, come previsto in via generale, può condurre all'antieconomico risultato per cui debbono restare salvi gli effetti di un contratto la cui esecuzione fosse ancora in fase embrionale, con conseguente doppio onere economico per la p.a. che, oltre a remunerare l'aggiudicatario illegittimo, sarà altresì tenuta a risarcire il danno al ricorrente vittorioso⁶⁴.

7. Conclusioni

Provando a trarre delle conclusioni in merito alle considerazioni sin qui svolte, deve senz'altro riconoscersi come le più recenti riforme legislative si pongano in senso distonico rispetto ai principi generali, in particolare europei, che presidiano la materia dei contratti pubblici e, in particolare, quello della tutela della concorrenza, anche a volerlo leggere quale conseguenza o sintesi dei principi di imparzialità e di parità di trattamento, di pubblicità e di trasparenza.

Bisogna senz'altro riconoscere come la più recente ed autorevole dottrina abbia evidenziato come le direttive del 2014 in materia, al cui recepimento si è proceduto con il Codice dei Contratti Pubblici del 2016, abbiano introdotto ulteriori interessi e principi rilevanti, in particolare di tutela ambientale, sociale e del lavoro ed anche il principio di efficienza ed efficacia della spesa pubblica⁶⁵.

E tuttavia, se pure così è, si è anche cercato di illustrare (v. *supra* par. 2), come, in primo luogo, il legislatore del 2014 abbia comunque richiamato la necessità che la valorizzazione di tali ulteriori interessi non costituisca una via per limitare la concorrenza, che dunque resta valore di grande rilievo; a sommo

⁶³ In termini si è espresso A. Travi, *Conclusioni dei contratti pubblici e ricorsi giurisdizionali: le novità processuali; risarcimento del danno versus caducazione e subentro*, Relazione svolta al Corso di formazione «Le nuove regole in materia di appalti e di semplificazione amministrativa», organizzato in videoconferenza il 12 novembre 2020, in collaborazione tra la Scuola Superiore della Magistratura e l'Ufficio Studi, massimario e formazione della Giustizia Amministrativa.

⁶⁴ Ancora A. Travi, *op. ult. cit.*

⁶⁵ Ci si riferisce alla già citata posizione di M.P. Chiti, *Principi, op. cit.*

parere di chi scrive infatti, più che aver perduto il carattere primario, come pure autorevolmente sostenuto, mi pare che la tutela della concorrenza abbia perduto il carattere sostanzialmente esclusivo di cui prima era portatore, in quanto viceversa sarebbe difficilmente spiegabile la sua connotazione di limite all'applicazione degli altri principi che le direttive gli riconoscono⁶⁶.

Peraltro, a mitigazione del contrasto, come rilevato efficacemente in dottrina, ciò che assume maggiore rilevanza è soprattutto una «sana» concorrenza, che si realizza proprio attraverso i molteplici profili relativi alla qualità delle prestazioni all'interno di relazioni contrattuali affidabili e sostenibili⁶⁷.

Ma, in ogni caso, ciò che maggiormente in questa sede si vuole evidenziare, è come una visione relazionale dei pur molteplici interessi oggi sottesi alla disciplina dei contratti pubblici non dovrebbe poter condurre ad interventi di riforma che pongano a loro fondamento uno solo di essi, quale quello all'accelerazione delle procedure di gara e alla loro semplificazione, come fatto dal legislatore del d.l. sblocca-cantieri e del d.l. semplificazioni. È proprio a ciò che, anzi, osta la presenza di numerosi principi che debbono ispirare la, difficile, normazione di un settore, quale quello della contrattualistica pubblica, di così cruciale rilevanza per la vita del Paese.

D'altronde, in questo senso, si pensi all'equiparazione tra i criteri di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa e del prezzo più basso operata dal d.l. semplificazioni per gli appalti sotto soglia, ove senz'altro il criterio del prezzo più basso semplifica e accelera la procedura, nonché determina una minor spesa pubblica, ma, al contempo, sacrifica del tutto gli interessi, diversi dalla concorrenza, di valorizzazione della ricerca e dell'innovazione posti a fondamento delle più recenti direttive europee.

È senz'altro vero che la disciplina introdotta col d.l. semplificazioni è figlia, dichiarata, della crisi economica derivante dalla emergenza sanitaria in atto, ma, come si è visto, nella medesima direzione il legislatore si era già mosso col precedente d.l. sblocca-cantieri, in quanto, a ben vedere, la recessione economica è in atto da ben prima della pandemia da Covid-19.

Dunque, come ha rilevato la citata giurisprudenza che ha fatto applicazione, peraltro assai rigorosa, della norma sull'esclusione automatica delle offerte anormali nei contratti sotto soglia, pare doversi evidenziare come tale deroga ai principi fondamentali della materia può, al più, essere considerata ammissibile quale deroga "a tempo", prevista, come più volte detto, fino al 31 dicembre 2021.

⁶⁶ Cfr. i già richiamati art. 67, par. 4, e Considerando 97 direttiva 2014/24/UE.

⁶⁷ Cfr. A. Massera, *Principi procedurali*, in M.A. Sandulli, R. De Nictolis (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2019, Vol. I, 341.

Non pare invece condivisibile che la visione semplificatrice, acceleratoria e derogatoria delle regole sull'evidenza pubblica, unicamente rinvenibile nei recenti interventi normativi di riforma, divenga *ratio* generale sulla cui base costruire e interpretare il sistema dei contratti pubblici e quello di tutela giurisdizionale ad esso correlato.

Pare allora preferibile, proprio alla luce di tutte le considerazioni sin qui svolte, offrire una lettura delle questioni interpretative che potranno sorgere, che, senza dimenticare le esigenze, pur certamente sussistenti e meritorie di considerazione, di semplificazione ed accelerazione delle gare pubbliche, non sacrifichino eccessivamente gli altri interessi generali che, in periodi ordinari, certamente devono essere considerati preminenti, tra cui in particolare le esigenze di imparzialità e di parità di trattamento, di pubblicità e di trasparenza⁶⁸.

In tal senso, paiono deporre anche tutte le decisioni esaminate, peraltro coeve agli interventi legislativi, della giurisprudenza ed in particolare dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, che, a fronte di diverse opzioni ermeneutiche, pare aver sempre optato per quella maggiormente conforme ai citati principi fondanti le procedure ad evidenza pubblica.

In conclusione, mi piace richiamare le considerazioni espresse della Presidente emerita della Corte Costituzionale, Prof.ssa Marta Cartabia, all'indomani della cessazione del suo mandato, che, pur riferite all'attività della Consulta, *mutatis mutandis*, mi pare possano guidare tanto il legislatore, quanto gli interpreti, nell'opera di "formazione"⁶⁹ del diritto, anche e forse soprattutto nella materia dei contratti pubblici, alla luce dei tanti interessi rilevanti: «ogni punto di vista illumina l'uno o l'altro degli aspetti dei problemi del decidere, gettando un fascio di luce. È nell'intrecciarsi dei vari fasci di luce che si delinea l'immagine nella sua complessità. Nessuno può conoscere da solo, occorre incrociare le prospettive»⁷⁰.

⁶⁸ Descrive diffusamente la necessità del bilanciamento tra i vari principi nel settore dei contratti pubblici A. Massera, *Principi procedurali*, cit., 345 e ss., cui si rinvia anche per numerose applicazioni concrete.

⁶⁹ Si utilizza, evidentemente, il termine "formazione" del diritto quale figlio spurio del noto concetto di «formante» del diritto, elaborato da R. Sacco, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1980, 3.

⁷⁰ M. Cartabia, intervista in *La Repubblica*, 13 settembre 2020. Non dissimile è l'insegnamento espresso da Corte cost., 15 maggio 2013, n. 85, in www.cortecostituzionale.it, per cui «tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre «sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro» (sentenza n. 264 del 2012). Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe «tiranno» nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona».

Il difficile bilanciamento tra tutela della concorrenza e semplificazione delle procedure ad evidenza pubblica, nel dialogo tra legislatore e giurisprudenza

Il presente scritto affronta il problematico rapporto tra la tutela della concorrenza e dell'apertura delle procedure ad evidenza pubblica con le esigenze di semplificazione ed accelerazione delle stesse, alla luce del recente d.l. n. 76/2020, conv. in l. 120/2020 c.d. semplificazioni. In tal senso allora, e con approccio idealmente dialogico tra giurisprudenza e legislatore, in primo luogo, richiamati gli interessi generali e le ragioni di fondo sulla cui base, dapprima a livello europeo, e poi nazionale, si è proceduto a definire una compiuta normativa in materia di procedure ad evidenza pubblica, si esaminano i più recenti arresti, resi nell'anno in corso, della giurisprudenza, in particolare dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, che, nel risolvere alcuni nodi interpretativi, paiono ispirati da una costante valorizzazione degli interessi generali sottesi alla normativa in esame. Colta così la portata dei principi e richiamata la funzione interpretativa degli stessi, si compie una *overview* delle principali novità introdotte col d.l. c.d. semplificazioni (e già col precedente d.l. n. 32/2019 c.d. sblocca-cantieri) nella materia in esame, in chiave acceleratoria delle procedure e derogatoria di previsioni del d.lgs. n. 50/2016, anche in rapporto al Codice del processo amministrativo. Così, in conclusione, si pongono al confronto i diversi approcci tenuti, contestualmente, dalla giurisprudenza e dal legislatore della riforma e rispetto alle *rationes* giustificatrici della stessa disciplina delle procedure ad evidenza pubblica, provando a trarre anche alcune indicazioni interpretative *pro futuro*.

The difficult balance between the protection of competition and the simplification of public procedures, in the dialogue between legislature and jurisprudence

The paper deals with the problematic relationship between the protection of competition and the opening of public procedures with the need of their simplification and acceleration, considering the recent Law Decree no. 76/2020, converted into Law 120/2020 so-called simplifications. In this direction, and with an ideally dialogic approach between jurisprudence and legislature, first of all, having recalled the general interests and the underlying reasons on which, first at European level, and then at national level, it has proceeded to define a comprehensive legislation on public procedures, it examine the most recent decisions, made in the current year, of the jurisprudence, in particular of the Plenary Assembly of the Council of State, which seems to be inspired by a constant enhancement of the general interests underlying the legislation in this matter. After that, the article makes an overview of the main innovations introduced with the so-called simplification law (and already with the previous law decree no. 32/2019) in this matter, in terms of acceleration of the procedures and derogation of the provisions of Legislative Decree no. 50/2016, also in relation to the administrative process code. Thus, in conclusion, the article compares the different approaches of the jurisprudence and the legislator, also trying to draw some interpretative indications for the future.