

L'avvio del nuovo Codice tra concorrenza, legalità e istanze di semplificazione: l'equilibrio instabile dei contratti pubblici

Francesco Vetrò, Giovanni Lombardo, Michela Petrachi*

SOMMARIO: 1. Premessa sul contratto pubblico: le ragioni (in pillole) di una evoluzione tormentata. – 2. La parabola evolutiva della disciplina dei contratti pubblici. – 3. L'opportunità di un'analisi di impatto delle novelle più significative al Codice (ancora) vigente. – 3.1. Le variabili considerate nell'analisi di impatto. – 3.2. I risultati dello studio d'impatto. Vantaggi e svantaggi, in (dis)equilibrio. – 4. L'evoluzione normativa nell'emergenza sanitaria. – 5. Considerazioni di sintesi: in corsa verso la semplificazione. – 6. Tre regole per migliorare le misure in materia di appalti, dal vecchio al nuovo Codice. – 7. Il nuovo Codice dei Contratti pubblici: la ricerca della semplificazione nella quantità, nella forma e nel contenuto delle disposizioni. – 8. Riflessioni conclusive: la semplificazione 'presa sul serio'.

1. *Premessa sul contratto pubblico: le ragioni (in pillole) di una evoluzione tormentata*

Il contratto rappresenta una «strada maestra»¹ dell'agire delle Amministrazioni pubbliche se sol si considera la significativa frequenza² del suo utilizzo³. Nondimeno, l'istituto ha da sempre sollecitato (e tutt'ora sollecita) una serie di considerazioni in ordine allo statuto normativo applicabile: pubblico oppure privato.

* Il presente contributo è frutto di una riflessione comune degli Autori e di una scrittura per lo più congiunta dei paragrafi di cui si compone. Al solo fine dell'attribuzione formale dell'apporto di ciascuno: si devono a Francesco Vetrò i paragrafi 1, 5 e 8, a Giovanni Lombardo i paragrafi 3, 3.1 e 3.2, 6 e a Michela Petrachi i paragrafi 2, 4 e 7.

¹ In questi termini v. M. D'Alberti, *La prolusione romana di Giannini*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 2018, 9, 12. Ivi l'Autore richiama le considerazioni di Massimo Severo Giannini, secondo cui «con l'avvento dello Stato pluriclasse i moduli convenzionali sono talmente aumentati in quantità e qualità che si può parlare di un diverso modo di amministrare»; sicché, «l'Amministrare per contratti» e la «ricerca del consenso» sono ormai strade maestre dell'agire pubblico.

² M.P. Chiti, *La pubblica amministrazione*, in *Diritto amministrativo europeo*, Padova, 1997, secondo cui la pubblica amministrazione ricorre frequentemente allo strumento dell'appalto per presidiare gli interessi di cui è depositaria e perseguire gli obiettivi per cui è preposta.

³ Negli ultimi venticinque anni il ricorso a questo istituto è stato massiccio, costituendo oltre il 15% del prodotto interno lordo degli Stati europei e una delle voci più significative della spesa pubblica nazionale; v., al riguardo, le considerazioni di F. Caringella, *Manuale ragionato di Diritto amministrativo*, Roma, 2021, 1109.

Del resto, la formula “contratto pubblico” palesa una eccentrica mescolanza: da una parte, il contratto rappresenta la più significativa attuazione del principio di autonomia negoziale stabilito nell’articolo 1321 del Codice civile; dall’altra, la pubblicità del soggetto contraente evoca il paradigma dell’azione amministrativa imperativa. Esso è, dunque, uno strumento di origine privatistica la cui disciplina è marcata, tuttavia, dalla natura pubblica di uno dei contraenti; il che rivela, poi, l’insistenza di quello strumento su un filo, teso tra diritto dei privati e diritto delle Amministrazioni pubbliche⁴.

Lungi dal rappresentare una discrasia⁵, quella mescolanza tiene in conto la duplice capacità d’agire, pubblica e privata, della pubblica Amministrazione⁶; quest’ultima, infatti, può esercitare anche l’autonomia negoziale in tutte le sue forme⁷, ovvero concludere contratti tipici o atipici, purché compatibili con lo scopo di tutela dell’interesse pubblico perseguito.

Per le ragioni su esposte in sintesi e, comunque, in ossequio al principio europeo di neutralità della soggettività pubblica⁸ sembra (più) corretto reputare che il contratto sia “del soggetto pubblico” piuttosto che pubblico: così arrivando alla conclusione che a quello strumento continui ad applicarsi il paradigma normativo privatistico, tipico della formula contrattuale. Proprio la selezione dello statuto privatistico della disciplina ha determinato via via un massiccio ricorso allo strumento del contratto nell’esercizio dell’azione pubblica: ciò per il convincimento che quello statuto garantisse all’operato amministrativo celerità e, in definitiva, maggiore efficienza⁹.

⁴ V. A. Zoppini, *Diritto privato vs diritto amministrativo (ovvero alla ricerca dei confini tra stato e mercato)*, in *Scritti in onore di Lucio Valerio Moscarini*, Roma, 2016, 516, secondo cui «pubblico e privato, se predicati dell’ordinamento giuridico, appaiono a tutta prima qualificazioni di fatti antitetici, la cui essenza è sovente racchiusa in diadi collocate agli antipodi: Stato e mercato, autorità e libertà, interesse generale e interessi particolari, potere e consenso».

⁵ Il termine discrasia è «un prestito dal greco antico *δυσκрасία*, parola composta dal prefisso *δυσ-* con valore negativo di ‘cattivo, difficile’ (collegato con la nozione di ‘irregolarità, difficoltà, alterazione, anomalia, male’), dal tema *κρα* del verbo *κράννυμι* ‘io mescolo’ e dal suffisso nominale *-σία* a indicare l’azione; il suo significato letterale era dunque di ‘cattiva mescolanza’, ‘cattivo temperamento’, ‘perturbamento’, in www.accademidellacrusca.it.

⁶ L’articolo 11 del Codice civile stabilisce, più in particolare, una libertà «condizionata» dell’Amministrazione pubblica poiché prevede che «le province e i comuni nonché gli enti pubblici riconosciuti come persone giuridiche, godono dei diritti secondo le leggi e gli usi osservati come di diritto pubblico». V. F. Caringella, *Manuale ragionato di diritto amministrativo*, cit., 1109.

⁷ L’autonomia negoziale dell’Amministrazione pubblica incontra un limite nella meritevolezza dello scopo: sicché sono vietati il gioco e la scommessa perché ritenuti non razionali ovvero i contratti finanziari ad alto rischio. Ulteriori limiti sono, poi, individuati dalle leggi che limitano opere pubbliche per ragioni di equilibrio di bilancio.

⁸ Secondo cui, in definitiva, la neutralità delle forme giuridiche delle soggettività dell’attività giuridica ha comportato la necessità di spostare l’attenzione sugli strumenti in concreto adoperati, e in particolare sulla presenza o meno di un procedimento capace di coinvolgere gli interessi di tutti coloro i quali entrino in contatto, diretto o indiretto, con l’attività concretamente svolta dall’Amministrazione pubblica.

⁹ In argomento v. M. Mazzamuto, *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Napoli, 2008; G. Rossi, *Pubblico e privato. Osservazioni di merito per evitare di “andare a farfalle”*, in *Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica. Atti del Convegno Annuale*, Milano, 27-29 settembre 2013, Napoli, 2014, 109. V. anche F. Gaspari, *Giurisdizione amministrativa e soggetti di diritto privato: l’esercizio del pubblico potere come paradigma sulla base del quale radicare la giurisdizione amministrativa*, in www.dirittoamministrativo.it secondo cui «nel nostro Paese, come è accaduto anche in altre realtà europee, l’Amministrazione degli ultimi anni è stata interessata da

Com'è ragionevole supporre, però, la corsa all'utilizzo dello strumento ha causato il frequente intervento del Legislatore con lo scopo di impedire sacche di azione amministrativa sottratte al vaglio della legalità (pubblicistica *ex art.* 97 della Costituzione) ovvero di chiarire i lati più oscuri della disciplina sull'argomento.

Interventi, questi, di sistema, provocati cioè dall'esigenza di assicurare che lo statuto privatistico fosse adeguatamente plasmato sul contratto stipulato dal soggetto pubblico. Nondimeno, l'intervento del Legislatore è stato dettato anche da esigenze contingenti: la crisi economica e, dunque, la improcrastinabile necessità di avviare i lavori nei cantieri, di dotare il Paese delle infrastrutture utili a competere a livello europeo; la pandemia e le sue ripercussioni sanitarie ed economiche.

Dunque, sulla materia il Legislatore è intervenuto più volte: sia per evitare, come anticipato, 'zone franche' nell'attività amministrativa, sottratte cioè al vaglio di legalità, sia per assicurare la competitività dello Stato-apparato sia, ancora, per fornire alle Amministrazioni gli strumenti per dotarsi tempestivamente dei dispositivi medico-sanitari e tecnologici per affrontare la pandemia.

Ne è derivata una normazione fluida e in continua evoluzione il cui comune divisore è stato rappresentato dall'intendimento del Legislatore di risolvere qualsivoglia forma di complessità con una previsione legislativa orientata alla semplificazione del procedimento amministrativo e, con esso, degli adempimenti a carico degli operatori e delle Amministrazioni pubbliche.

Per capire tuttavia se la semplificazione abbia rappresentato (e tutt'ora) rappresenti un'utopia, un obiettivo concreto oppure un inganno non resta che esaminare i plurimi interventi legislativi in cui è stata evocata e i relativi precipitati in concreto.

Tanto al fine di ricavare spunti utili di riflessione e di analisi anche della più recente riforma della materia, avviata con la Legge 21 giugno 2022 n. 78, recante «Delega al Governo sulla materia dei contratti pubblici» e allo stato trasfusa nello Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici, elaborato dal Consiglio di Stato¹⁰ e approvato dal Governo in via preliminare il 16 dicembre 2022, nel momento in cui si scrive all'esame delle Commissioni parlamentari¹¹.

un intreccio sempre maggiore tra le due aree del diritto e, in particolare, ad una propensione sempre maggiore verso il diritto privato, che ha contribuito, appunto, ad una minor nettezza di confini tra l'area del diritto pubblico e l'area del diritto privato. In particolare, questo intrecciarsi dei due diritti ricomprende, innanzitutto, il fenomeno dell'attività amministrativa di diritto privato, ovvero la preferenza per l'uso degli strumenti civilistici nelle attività delle pubbliche Amministrazioni; inoltre, dal diritto privato come strumento delle attività delle amministrazioni si è passati ad un ulteriore sviluppo, consistente nel ricorso al diritto privato anche nell'ambito dell'organizzazione amministrativa».

¹⁰ Con le modifiche apportate anche tenendo conto dei lavori del Tavolo Tecnico congiunto tra il Consiglio di Stato, la Presidenza del Consiglio dei Ministri, il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e le altre amministrazioni interessate. Il testo è consultabile sul sito della giustizia amministrativa: www.giustizia-amministrativa.it.

¹¹ Che dovranno esprimersi entro l'8 febbraio 2023.

2. *La parabola evolutiva della disciplina dei contratti pubblici*

È tormentata, come si è avuto modo di anticipare, l'evoluzione della disciplina dei contratti pubblici, attraversata da (almeno) due macro ondate: la prima, più risalente, di matrice interna; l'altra unionale.

La prima: è connotata dall'assenza, ancora, di una politica europea di integrazione. In questa fase sono molteplici i riferimenti nazionali ai 'contratti pubblici' racchiusi nel Decreto Regio n. 2440 del 18 Novembre 1923, denominato Legge di Contabilità di Stato; nel suo Regolamento attuativo, ossia nel Decreto Regio n. 827 del 23 Maggio 1924. In questa fase, l'intendimento del Legislatore era quello di garantire l'interesse pubblico attraverso il risparmio di spesa, assicurato dalla scelta del miglior offerente in termini di economicità e di efficacia dei lavori proposti.

La seconda: prende le mosse negli anni '90 con l'esordio delle prime direttive comunitarie in materia di appalti pubblici. Questo moto evolutivo è ancora in esercizio: pertanto, sono doverose alcune considerazioni più analitiche.

Negli anni '90 sono sopravvenute ben quattro direttive, tutte orientate all'instaurazione progressiva di un mercato senza frontiere, pur nel rispetto, per quanto possibile, delle prassi consolidate negli ordinamenti interni: la Direttiva 93/37/CEE, relativa agli appalti pubblici di lavori nei settori ordinari; la Direttiva 92/50/CEE inerente alla fornitura di servizi da parte di operatori privati nei confronti delle pubbliche amministrazioni; la Direttiva 93/36/CEE, relativa agli appalti pubblici di fornitura nei settori ordinari; infine le Direttive 90/53/CEE e 93/38/CEE, inerenti agli appalti degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni, c. d. settori esclusi.

Al livello nazionale, l'intervento normativo comunitario è stato seguito a cascata dalla Legge 11 febbraio 1994, n. 109 (c.d. Legge Merloni) e dai successivi Decreti legislativi di attuazione.

In questa (seconda) fase cambia in maniera significativa¹² l'approccio del Legislatore: non più soltanto proteso al risparmio della spesa pubblica, dunque contabilistico¹³, ma anche (e principalmente) proconcorrenziale. Il che, per le ragioni di celerità ed efficienza sopra accennate, ha affrettato la corsa all'impiego del contratto soprattutto per l'affidamento di servizi e forniture da parte delle pubbliche Amministrazioni a operatori economici privati.

A tanto deve aggiungersi che la Legge Merloni è entrata in vigore in una fase particolare della storia italiana, ossia nel periodo immediatamente successivo a 'Tangentopoli'; per questa ragione, quella Legge ha dato uno slancio significativo alla disciplina sulla contrattualistica pubblica in chiave anticorruptiva; essa è

¹² E consequenziale rispetto all'avvento della citata disciplina europea sui contratti pubblici.

¹³ Non a caso, come evidenziato, la prima normativa relativa (anche) al contratto stipulato dall'Amministrazione pubblica è nota come Legge di Contabilità di Stato.

attraversata, infatti, da una profonda *ratio* garantista della correttezza e della trasparenza dell'azione amministrativa, da una parte, e del mercato libero dall'altra.

A queste due anime devono essere ricondotte le disposizioni relative all'individuazione dell'Organismo di vigilanza, del Responsabile unico del procedimento e dell'Osservatorio dei lavori pubblici; nonché quelle inerenti alla previsione di cause tassative di estromissione dalla gara; al subappalto *et similia*.

Nondimeno proprio la "durezza" della Legge, nell'immediatezza salutata con favore, ha segnato ben presto il suo declino: l'imponente architave burocratica che l'ha connotata ha reso impervia la strada dei contratti pubblici, generando una progressiva e significativa diffidenza degli operatori economici verso la stipulazione di contratti con le Amministrazioni.

Allo scopo di snellire il procedimento evidenziale di affidamento dei contratti e, dunque, di superare il rischio via via più concreto di paralisi del settore, conseguente soprattutto al numero elevato di contenziosi pendenti, è intervenuta la Legge 21 dicembre 2001, n. 443 per la Realizzazione di Infrastrutture e degli Insediamenti produttivi strategici e di interesse nazionale¹⁴.

Con quest'ultimo intervento normativo il Legislatore ha inteso assicurare la sollecita realizzazione di infrastrutture a carattere strategico per consentire al Paese di partecipare ai "corridoi" europei per il movimento delle merci e delle persone¹⁵. A questo scopo il Legislatore ha introdotto norme puntuali in tema di finanza di progetto per finanziare e realizzare le infrastrutture anche con il contributo di fondi privati; di tempi di approvazione dei progetti preliminari/definitivi; di risoluzione delle interferenze con servizi pubblici e privati; ha assegnato al CIPE la competenza nella valutazione delle proposte dei promotori, di approvazione dei progetti e di vigilanza sulla esecuzione degli stessi.

Agendo in maniera mirata sul tempo del procedimento di affidamento, il Legislatore ha sacrificato, in pratica, l'esigenza di un elevato *standard* di correttezza dell'operato amministrativo, perseguita con la Legge Merloni, sull'altare della celerità.

In questo contesto caratterizzato da una ipertrofia normativa, sovranazionale e nazionale, è entrato, poi, in vigore il Decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (c.d. Codice dei contratti pubblici)¹⁶, il quale ha raccolto in un unico testo tutta la materia dei contratti pubblici.

Il Codice è apparso rivoluzionario perché ha racchiuso una materia frazionata in plurimi interventi normativi; da questo angolo visuale, la scelta legislativa è

¹⁴ Le infrastrutture che avrebbero dovuto avere una significativa accelerazione erano, in particolare: il sistema M.O.S.E., il Ponte sullo stretto di Messina, i sistemi ferroviario, stradale ed autostradale, i sistemi urbani e metropolitani, la rete metropolitana campana e i sistemi idrici.

¹⁵ Si rinvia ai corridoi che attraversano l'Italia: Berlino-Verona-Bologna-Roma-Napoli-Reggio Calabria-Palermo; Lisbona-Lione-Torino-Milano-Trieste-Kiev; Bari-Mar Nero; corridoio dei due mari, asse Rotterdam-Genova, individuati nella decisione del Parlamento europeo n. 884/2004/CE del 29 aprile 2004.

¹⁶ Poi, il suo Regolamento di esecuzione e di attuazione, D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207.

risultata trionfante perché ha fornito agli operatori giuridici ed economici un unico testo con il quale confrontarsi lungo l'intero *iter* di affidamento del contratto.

Volendo sviluppare, ora, un primo ragguaglio del passaggio da una prospettiva contabilistica a una pro concorrenziale è utile ricordare che, nella prima fase, erano previste soltanto quattro diverse modalità di scelta dell'operatore economico, l'asta pubblica o il pubblico incanto, la licitazione privata, l'appalto concorso e la trattativa privata; sovente aperte a pochi operatori economici e soprattutto connotate dalla flessibilità dell'oggetto della gara; nella seconda fase, invece, marcata dall'avvento della disciplina europea, diventa centrale l'attuazione della concorrenza. Di conseguenza, in questa fase il Legislatore nazionale ha dato ampio rilievo alle procedure competitive¹⁷, limitando e, addirittura, ostacolando con la previsione di misure sempre più restrittive il ricorso, ad esempio, alla costituzione di società *in house providing* sul presupposto che l'internalizzazione ostasse al libero mercato¹⁸.

Di interesse è anche la circostanza che proprio il predetto cambio di approccio ha provocato un contrasto tra Legislatore nazionale e Legislatore regionale, le cui competenze in materia di contabilità venivano via via erose.

In argomento, decisiva è stata la pronuncia della Corte costituzionale 23 novembre 2007 n. 401¹⁹, con cui la Corte ha respinto una serie di censure formulate dalle Regioni che lamentavano la lesione della propria competenza legislativa da parte del Codice. La Consulta ha ritenuto dirimente il tenore testuale dell'art. art. 117, com-

¹⁷ Tra cui, com'è noto, ricadono le procedure aperte, negoziata, ristretta nonché il sistema dinamico di acquisizione.

¹⁸ In argomento v. Cons. Stato, ordinanze di remissione ai sensi dell'art. 267 TFUE n. 138 del 7 gennaio 2019; n. 293 e n. 296 del 14 gennaio 2019. Con quelle ordinanze il Consiglio di Stato ha sollevato innanzi alla Corte di giustizia dell'Unione Europea due questioni pregiudiziali sulla esatta interpretazione dell'art. 12, par. 3, Dir. 2014/24/UE e, quindi, sulla compatibilità tra la normativa nazionale, secondo cui l'affidamento *in house* ha carattere residuale ed eccezionale, e il diritto europeo, viceversa ispirato al principio di libertà di organizzazione delle pubbliche amministrazioni. Più in dettaglio, i Giudici di Palazzo Spada hanno richiesto se le norme interne che esigono la dimostrazione dei vantaggi dell'affidamento *in house*, rispetto alle altre forme (artt. 192, c. 2, del d.lgs. n. 50 del 2016) nonché quelle che impongono il vincolo del perseguimento delle proprie finalità istituzionali delle partecipazioni e del controllo analogo congiunto in caso di affidamento *in house* a società pluripartecipata (art. 4, c.1 del d.lgs. n. 175 del 2016) siano compatibili con il diritto europeo. V., poi, Corte Giustizia UE sez. IX – 06 febbraio 2020, n. 89 con cui il Giudice europeo ha riscontrato le predette ordinanze. Secondo il Giudice europeo l'affidamento *in house* effettuato previa verifica dell'impossibilità di bandire una gara d'appalto è legittimo. A questa conclusione la Corte perviene ritenendo che gli Stati membri sono liberi di scegliere la modalità di prestazione dei servizi; secondo la Corte, cioè, salve le regole fondamentali del TFUE sulla libertà di circolazione delle merci, di stabilimento e di prestazione dei servizi e i principi di parità di trattamento e di non discriminazione, di proporzionalità e di trasparenza, il diritto unionale non obbliga gli Stati ad affidare a terzi ovvero a esternalizzare la prestazione di un servizio. Pertanto, gli Stati membri possono subordinare la scelta di ricorrere all'affidamento *in house* all'assenza di alternative ovvero alla impossibilità di indire una gara d'appalto e alla dimostrazione, da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, dei vantaggi per la collettività specificamente connessi al ricorso all'internazionalizzazione. In dottrina v. A. Meale, *Affidamenti in house e controllo societario - L'affidamento a società in house come eccezione all'esame della Corte di Giustizia*, in *Giur. It.*, 2020, 5, 1178; C.P. Guarini, *Una nuova stagione per l'in house providing? L'art. 192, co. 2, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, tra dubbi di legittimità costituzionale e sospetti di incompatibilità eurounitaria*, in *www.federalismi.it*, n. 8, 2019.

¹⁹ In *www.giurcost.it* con commento di R. De Nicolis, *Corte costituzionale n. 401/2007 in pillole*.

ma 2, lett. e) Cost., che riserva alla competenza esclusiva dello Stato la tutela della concorrenza e le libertà comunitarie di circolazione e stabilimento; ha valutato, dunque, superata la concezione “contabilistica” della disciplina dei contratti pubblici ed essenziale l’armonizzazione della disciplina interna, tra Regioni, con quella europea.

La decisione della Corte ha rappresentato un passo importante sulla strada dell’attuazione del diritto unionale dei contratti pubblici perché ha stigmatizzato la centralità dei Paesi membri nell’applicazione (conforme) del diritto europeo.

Occorre un balzo di dieci anni per approdare al vigente Codice dei Contratti pubblici, ossia al Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, con cui il Legislatore nazionale ha recepito le sopravvenute²⁰ direttive 2014/23/UE sull’aggiudicazione dei contratti di concessione, 2014/24/UE sugli appalti pubblici e 2014/25/UE sulle procedure d’appalto degli enti erogatori nei settori dell’acqua, dell’energia, dei trasporti e dei servizi postali.

Sulla portata del Codice dottrina e giurisprudenza si sono interrogate fin da subito, individuando significativi cambiamenti di prospettiva in ordine (1) alla procedura evidenziale e, in particolare, (2) ai criteri di valutazione dell’offerta nonché (3) al contenzioso e, ancora, (4) all’Autorità di vigilanza dei contratti pubblici.

Con riferimento al primo profilo, vale a dire alla procedura evidenziale, emerge con forza il carattere primario ed essenziale dell’affidabilità e della serietà dell’offerta e del proponente, valorizzata anche dalla previsione e dall’attuazione nel diritto giurisprudenziale del principio del soccorso istruttorio²¹. In argomento rileva il passaggio (normativo) da una procedura di gara al cui esito era selezionato l’operatore

²⁰ Rispetto alle direttive già richiamate: ossia la Direttiva 93/37/CEE, relativa agli appalti pubblici di lavori nei settori ordinari; la Direttiva 92/50/CEE inerente alla fornitura di servizi da parte di operatori privati nei confronti delle pubbliche amministrazioni; la Direttiva 93/36/CEE, relativa agli appalti pubblici di fornitura nei settori ordinari; infine le Direttive 90/53/CEE e 93/38/CEE, inerenti agli appalti degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni, c. d. settori esclusi.

²¹ Il principio ha fondamento nell’art. 6 comma 1, lettera b), della Legge 7 agosto 1990, n. 241 secondo cui «il responsabile del procedimento: [...] b) accerta di ufficio i fatti, disponendo il compimento degli atti all’uopo necessari, e adotta ogni misura per l’adeguato e sollecito svolgimento dell’istruttoria. In particolare, può chiedere il rilascio di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni o istanze erronee o incomplete e può esperire accertamenti tecnici ed ispezioni ed ordinare esibizioni documentali». In ossequio a un generale principio di prossimità della pubblica Amministrazione al privato amministrato, la richiamata disposizione individua gli adempimenti che il Responsabile può effettuare nel corso del procedimento al fine di evitare formali, in pratica evitabili arresti procedurali. Il che è in perfetta sintonia con l’idea di una effettiva leale collaborazione tra Amministrazione e amministrati. Più in generale, il soccorso istruttorio è un istituto che trova applicazione in relazione a qualunque procedimento amministrativo, incluso quello evidenziale di affidamento di un contratto pubblico. In questo settore, l’istituto è stato introdotto con la Direttiva del Consiglio n. 71/305/CEE del 26/07/1971, poi disciplinato dall’art. dell’art. 56, para 3, della Direttiva 24/2014/UE; infine, recepito in Italia dall’art. 83, comma 9, del D.Lgs. 50/2016. Esso è connesso alla disciplina del Responsabile unico del procedimento, il quale, al fine di colmare lacune documentali e, comunque, nel rispetto dei principi di *par condicio competitorum* e di imparzialità, può integrare la documentazione prodotta e rettificare le dichiarazioni o istanze erronee o incomplete che dovessero comparire nella fase istruttoria preordinata all’emanazione dell’atto finale. All’evidenza, il soccorso istruttorio non può essere applicato per ammettere domande di partecipazione radicalmente inidonee per essere ammesse, ma soltanto per consentire agli operatori economici, in sede di gara, di integrare eventuali domande di partecipazione incomplete e/o irregolari.

che aveva confezionato meglio la propria candidatura a una procedura in cui rileva piuttosto la domanda migliore, pur prescindendo dalle modalità di presentazione²².

Strettamente connesso al primo profilo è il secondo: ossia il passaggio da criteri di valutazione delle offerte prettamente quantitativi a criteri qualitativi, condizionati dall'utilità sostanziale e dalla sostenibilità ambientale²³.

Quanto al terzo profilo rileva il passaggio da una pluralità di stazioni appaltanti, anche di dimensioni particolarmente ridotte, a poche centrali di committenza capaci di gestire procedure più complesse.

In ordine, poi, agli ultimi due profili, è significativa l'evoluzione del contenzioso amministrativo in materia di contratti pubblici: la *ratio* sottesa alla previsione di una immediata impugnazione degli atti di ammissione/esclusione alla gara è strumentale a deflazionare il contenzioso ovvero a ridurre i relativi tempi al fine di non ostacolare la realizzazione di opere piuttosto che l'erogazione e/o la fornitura di servizi pubblici e di beni al pubblico.

Impatto significativo sul contenzioso ha anche l'odierna Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, ossia l'Autorità nazionale anticorruzione (di qui, ANAC)²⁴, la quale racchiude ora poteri di regolazione, di vigilanza, di sanzione

²² V. Tar Piemonte, Sezione I, 14 luglio 2020, decreto n. 354: in materia di accordo quadro per la fornitura di test rapidi sierologici per la rilevazione qualitativa di anticorpi IgG e IgM anti Sars Cov-2, pur evidenziando che, in corso di gara, la controinteressata aveva presentato documentazione scientifica *ad hoc* a supporto della qualità della propria proposta, tenuto conto che i prodotti dedotti in gara erano sperimentali sul mercato, il Tar ha ritenuto che, prima di escludere la Ricorrente, la stazione appaltante avrebbe «dovuto formulare la richiesta integrativa espressione del principio del soccorso istruttorio, di produzione di analoga documentazione alla ricorrente».

²³ Sull'inserimento di criteri ambientali di valutazione dell'offerta *leading case* è stato *Concordia Bus Finland*, deciso dalla Corte di giustizia europea con sentenza del 17.9.2002 (C-513/99): ivi, la Corte ha chiarito che il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa può avere un contenuto economico, sociale e ambientale: invero, secondo la Corte «il principio della parità di trattamento non osta a che siano presi in considerazione criteri collegati alla tutela dell'ambiente» a condizione che, com'è ovvio, questi siano connessi all'oggetto della procedura e, comunque, obiettivi e indistintamente applicabili a qualunque potenziale partecipante alla gara. Secondo il diritto giurisprudenziale europeo, le stazioni appaltanti potevano inserire criteri di valutazione non prettamente economici a condizione che essi non producessero effetti discriminatori nei confronti di offerenti provenienti da altri Stati membri e fossero adeguatamente pubblicizzati nel bando di gara. Al livello normativo nazionale, sovengono ora l'art. 34 del D.lgs. n. 50/2016 secondo cui le stazioni appaltanti contribuiscono al conseguimento degli obiettivi ambientali previsti dal piano di azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della pubblica Amministrazione attraverso l'inserimento all'interno della documentazione progettuale delle specifiche tecniche e delle clausole contrattuali previste nei criteri ambientali minimi stabiliti con decreto ministeriale in ordine alle diverse categorie d'appalto; e l'art. 71 di quel Codice stabilisce che i bandi debbono prevedere obbligatoriamente i criteri minimi ambientali di cui all'art. 34. E ancora, l'art. 80 del d.lgs. n. 50/16 introduce una nuova clausola di esclusione dalla gara: ossia la violazione degli obblighi in materia ambientale imposti dall'art. 34 dello stesso decreto. Sul tema degli appalti verdi v. F. De Leonardis, *Criteri di sostenibilità energetica e ambientale*, in M.A. Sandulli, R. De Nictolis (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2019; O. Hagi Kassim, *I criteri di sostenibilità energetica e ambientale negli appalti pubblici. L'emersione dell'istituto degli 'appalti verdi' nel panorama europeo e nazionale*, in *www.italiappalti.it*, 2017; A. Farì, *L'uso strategico dei contratti pubblici*, in M. Cafagno, F. Manganaro (a cura di), *L'intervento pubblico nell'economia*, Firenze, 2016; C. Viviani, *Appalti sostenibili, green public procurement e socially responsible public procurement*, in *Urb. e contr.*, 2016, 4; G. Fidone, *Gli appalti verdi all'alba delle nuove direttive: verso modelli più flessibili orientati a scelte eco-efficienti*, in *Riv. Trim. dir. pubbl. comunit.*, 2012, 819 ss.

²⁴ Sul solco tracciato dalla Legge n. 190 del 2012, che ha preso atto dell'esistenza di un 'fenomeno' corruttivo diffuso e ha avviato un processo finalizzato a risolvere il problema, basato su uno strumento – la prevenzione –

e di consulenza²⁵ e che nell'esercizio dei detti poteri è in costante dialogo con gli

diverso da quello sanzionatorio e processuale, il Legislatore ha declinato le funzioni dell'Autorità ed esteso il suo raggio di azione sia nella lotta alla corruzione sia nella regolazione del mercato dei contratti pubblici. Sull'argomento v. V.C. Benetazzo, *Gli appalti pubblici nel PNRR tra semplificazione e prevenzione della corruzione*, in www.federalismi.it, 29 dicembre 2021, 125, secondo cui «il reale spartiacque nelle strategie di contrasto ai fenomeni corruttivi è rappresentato dalla riforma introdotta con la l. 6 novembre 2012, n. 190 che, come noto, ha delineato un sistema integrato che affianca alla «leva tradizionale» composta da misure repressive di carattere penale una «leva nuova» fatta di misure preventive di carattere amministrativo. Trasparenza, inconfiribilità/incompatibilità di incarichi, conflitti di interesse, piani di prevenzione della corruzione, codici di comportamento, semplificazione e digitalizzazione, vigilanza sugli appalti, ecc., sono così divenuti i capitoli essenziali del nuovo paradigma preventivo, retto dal diritto amministrativo e declinato in una miriade di atti legislativi e strumenti di soft law: regolamenti, atti di indirizzo, linee guida». Il Legislatore ha, dunque, concentrato progressivamente in capo all'Autorità tanto la funzione di prevenzione della corruzione all'interno delle amministrazioni pubbliche, attraverso la diffusione della cultura della trasparenza, quanto la regolazione e la vigilanza del mercato dei contratti pubblici, sostituendo con l'Autorità sia la Commissione indipendente per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche sia l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici. Sulle finalità della Legge n. 190 v.: A. Police, *New instruments of Control over public Corruption: the Italian Reform to restore Transparency and Accountability*, in *Il Diritto dell' Economia*, 2015, 2, 190 ss.; G.M. Flick, *Governance e prevenzione della corruzione: dal pubblico al privato*, in www.giustamm.it, 2015, 11; F. Patroni Griffi, *Prefazione*, in Aa.Vv., *Il contrasto al fenomeno della corruzione nelle amministrazioni pubbliche. Commento alla Legge n. 190/2012 e decreti attuativi*, 2013, Roma, 1; B.G. Mattarella, *Le regole dell'onestà: etica, politica, amministrazione*, Bologna, 2007; M. D'alberti, *Corruzione «soggettiva» e «oggettiva»*, in M. D'alberti, R. Finocchi (a cura di) *Corruzione e sistema istituzionale*, Bologna, 1994, 13 ss.; M. Clarich, B.G. Mattarella, *La prevenzione della corruzione*, in B.G. Mattarella, M. Pelissero (a cura di), *La Legge anticorruzione*, cit., 59 ss.; F. Palazzo (a cura di) *Corruzione pubblica. Repressione penale e prevenzione amministrativa*, Firenze, 2011; F. Merloni, L. Vandelli (a cura di) *La corruzione amministrativa*, cit. Sull'Autorità Anticorruzione v.: C. Benetazzo, *ANAC e sistema europeo dei contratti pubblici*, Torino, 2020; R. Cantone, *Il sistema di prevenzione della corruzione*, Torino, 2020; R. Calzoni, *L'ANAC, la vigilanza sui contratti pubblici e le prospettive di riforma*, in *Nomos*, 2019, n. 1; C. Benetazzo, *I nuovi poteri regolatori e di precontenzioso dell'ANAC nel sistema europeo delle Autorità indipendenti*, in www.federalismi.it, 2018, n. 5; M. D'amico, *Amministrazione creatrice ed esecutrice del diritto*, in www.rivistaaic.it, 2018, n. 4; M. R. Calderaro, *La vigilanza e la regolazione nel Codice dei contratti pubblici: il controverso ruolo dell'ANAC*, in C. E. Gallo (a cura di), *Autorità e consenso nei contratti pubblici. Dalle direttive 2014 al Codice 2016*, II ed., Torino, 2017; R. Cantone, E. Carloni, *La prevenzione della corruzione e la sua Autorità*, in *Dir. pubbl.*, 2017, 3; C. Contessa, *Il ruolo dell'ANAC nel nuovo codice dei contratti*, in Istituto Enciclopedia italiana, *Il libro dell'anno di diritto 2017*, Roma, 2017; R. De nicolis, *I poteri dell'ANAC dopo il correttivo*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2017; M.C. Romano, *Il ruolo e le competenze dell'ANAC sui contratti pubblici*, in M. D'alberti (a cura di), *Corruzione e pubblica amministrazione*, Napoli, 2017; R. Calzoni, *Autorità nazionale anticorruzione e funzione di vigilanza collaborativa: le novità del Codice dei contratti pubblici*, in www.federalismi.it, 2016, 23; R. Cantone, C. Bova, *L'ANAC alle prese con la vigilanza sui contratti pubblici; un ponte verso il nuovo Codice degli appalti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 2; F. Di Cristina, *L'autorità nazionale anticorruzione nel diritto pubblico dell'economia*, in *Dir. econ.*, 2016, n. 2; R. Greco, *Il ruolo dell'ANAC nel nuovo sistema degli appalti pubblici*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2016; S. Licciardello, *Prime note sulla funzione di regolazione dell'ANAC nel nuovo Codice degli appalti*, in www.federalismi.it, 2016, 16; N. Longobardi, *Autorità indipendenti di regolazione dei mercati e autorità atipiche: l'Autorità nazionale anticorruzione*, in *Dir. e proc. amm.*, 2016, 823 ss.; F. Di Lascio, *I compiti dell'Autorità nazionale anticorruzione*, in B. Ponti (a cura di), *Nuova trasparenza amministrativa e libertà di accesso alle informazioni*, Rimini, 2016, 487 ss.; F. Di Cristina, *La nuova vita dell'Anac e gli interventi in materia di appalti pubblici in funzione anticorruzione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 1123 ss.; E. D'alterio, *Regolare, vigilare, punire, giudicare: l'Anac nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 499 ss.; F. Giuffrè, *Le autorità indipendenti nel panorama evolutivo dello stato di diritto: il caso dell'Autorità nazionale anticorruzione*, in I. Nicotra (a cura di), *L'Autorità nazionale anticorruzione. Tra prevenzione e attività regolatoria*, Torino, 2016, 9 ss.; R. Cantone, F. Merloni, *Presentazione*, in Id. (a cura di), *La nuova Autorità nazionale anticorruzione*, Torino, 2015, 2 ss.

²⁵ Per il potere di regolazione si rinvia, principalmente, all'attività interpretativa di disposizioni normative, attraverso la quale le Autorità indipendenti emanano «regole di condotta» per i soggetti vigilati. Così C. Celone, *La funzione di vigilanza e regolazione dell'Autorità sui contratti pubblici*, Milano, 2012, 64. Per un'analisi della nozione di regolazione v. anche M. Clarich, *I procedimenti di regolazione*, in Aa.Vv., *Il procedimento davanti alle Autorità*

operatori economici e con le stazioni appaltanti allo scopo di prevenire decisioni che aprirebbero, diversamente, fronti giurisdizionali con evidente ulteriore decorso di tempo utile al perseguimento dell'interesse pubblico²⁶.

Su impulso delle citate Direttive europee, che perseguono obiettivi ambiziosi come l'impiego efficiente delle risorse pubbliche, la concorrenza e la tutela delle piccole e medie imprese, l'utilizzo del contratto d'appalto come strumento di politica economica e sociale, dunque di coesione, la lotta alla corruzione attraverso la semplificazione, la trasparenza e l'accessibilità della normativa, il Codice restituisce un quadro regolatorio²⁷ che ha la *pretesa* di semplificare e snellire le procedure di affidamento del contratto nonché di assicurare valori come la flessibilità e la trasparenza dell'azione amministrativa, la prevenzione della corruzione, introducendo anche strumenti di maggiore rigore rispetto a quelli individuati nelle Direttive²⁸, senza però incorrere nel divieto di *gold plating*²⁹.

indipendenti (Quaderni del Consiglio di Stato), Torino 1999; S.A. Frego Luppi, *L'amministrazione regolatrice*, Torino 1999, 22. In argomento anche M. Ramajoli, *Procedimento regolatorio e partecipazione*, in E. Bruti Liberati, F. Donati (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Torino, 2010, 189 ss.; S. Cassese, *Regolazione e concorrenza*, in G. Tesaurò, M. D'Alberti, *Dalla regolazione alla concorrenza*, Bologna, 2000. In ordine, poi, al ruolo dell'Autorità nel mercato dei contratti pubblici v. V.B. Bonanno, *ANAC Legislatore uber alles - Il ruolo dell'ANAC nell'attuale sistema di regolazione degli appalti pubblici. Il caso della delibera n. 157/2016 in materia di subappalto necessario e contratti esclusi e le prospettive per l'attuazione della Legge n. 11/2016*, in www.lexitalia.it; I.A. Nicotra, *L'Autorità nazionale anticorruzione e la soft regulation nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in I.A. Nicotra (a cura di) *L'Autorità Nazionale Anticorruzione tra prevenzione e attività regolatoria*, Torino, 2016, 33 ss.; A. Ubaldi, *Commissioni di concorsi e gare d'appalto: indicazioni ANAC per la gestione del conflitto di interessi*, in www.quotidianogiuridico.it.

²⁶ V. E. Frediani, *Vigilanza collaborativa e funzione «pedagogica» dell'ANAC*, in www.federalismi.it, 6 dicembre 2017, il quale evidenzia che le più recenti riflessioni sull'Autorità inducono al «riconoscimento della circostanza per la quale il principio di leale collaborazione segni la complessiva attività di tale organismo» (2); sottolinea, poi, la «attitudine della figura della vigilanza collaborativa [di cui l'Autorità indipendente è espressione e, al tempo stesso strumento di esercizio: n.d.r.] a costituire un punto di osservazione per un possibile cambiamento di paradigma nel modo di agire dell'amministrazione pubblica».

²⁷ Per una complessiva analisi dei punti focali del Codice v. il Parere reso dal Consiglio di Stato 1° aprile 2016, n. 815. In chiave critica sulle tutele per i privati individuate nel nuovo assetto normativo v. M.A. Sandulli, *Nuovi ostacoli alla tutela contro la pubblica amministrazione (legge di stabilità 2016 e legge delega sul recepimento delle Direttive contratti)*, in www.federalismi.it, 20 gennaio 2016; *Le nuove misure di deflazione del contenzioso amministrativo: prevenzione dell'abuso di processo o diniego di giustizia?* in *Foro amm.-TAR*, 2012; *Il tempo del processo come bene della vita*, Relazione al 60° Convegno di Studi di Scienze Amministrative svoltosi a Varenna nel 2014, in www.federalismi.it, 2014; *Le modifiche introdotte dal d.l. n. 90 del 2014*, in *Libro dell'anno del diritto Treccani*, 2014; *Poteri dei giudici e poteri delle parti nei processi sull'attività amministrativa (dall'unificazione al Codice)*, in www.federalismi.it, 23 ottobre 2015.

²⁸ Sul convincimento che «il male è che c'è troppo di tutto: troppe regole, troppi regolatori, troppe stazioni appaltanti, troppe deroghe, troppe giurisdizioni e troppo contenzioso (civile, penale, amministrativo, contabile, se non si vogliono considerare anche i giudizi civili, costituzionali ed europei)». Così che «la cura (seguendo il principio metodologico del rasoio di Occam, tale per cui "*frustra fit per plura quod potest fieri per pauciora*") deve essere drasticamente e concretamente dimagrante. Ma a tal punto occorre chiedersi da dove sia necessario cominciare la dieta». V. F. Cusano, *La recente torre di Babele dei contratti pubblici: la pace sol cercando io vo'*, in www.federalismi.it, 18 novembre 2020, 70 e 71.

²⁹ In argomento noto e vivace è il dibattito giurisprudenziale, giunto al vaglio della Corte costituzionale che, con sentenza 27 maggio 2020, n. 100, ha stabilito che, nell'imporre, in caso di affidamento *in house*, un onere motivazionale supplementare circa le ragioni del mancato ricorso al mercato, l'art. 192, comma 2 del Codice non è in contrasto con il divieto di *gold plating*. La *ratio* del predetto divieto, che rappresenta un criterio direttivo nella Legge delega n. 11 del 2016, è quella di impedire l'introduzione legislativa di oneri amministra-

In quest'ottica evolutiva, fluida e continuativa del settore, importante è anche l'intervento del Legislatore del 2019: con il Decreto 18 aprile 2019, n. 32, cosiddetto Sblocca cantieri, il Legislatore ha inserito plurime novità all'interno del Codice dei contratti pubblici, sì da essere ritenuto un 'correttivo' al Codice stesso³⁰, allo scopo di favorire la crescita economica e sollecitare il sistema produttivo del Paese con l'adozione di misure, ancora, di 'semplificazione' del quadro e normativo e amministrativo³¹.

Quel Decreto, unitamente al sotteso intendimento del Legislatore di sostituire le Linee guida dell'ANAC con un ritorno a un Regolamento esecutivo, è stato criticato sia dalla dottrina³² sia dalla richiamata Autorità indipendente³³.

tivi e tecnici, ulteriori rispetto a quelli previsti dalla normativa comunitaria, idonei a ridurre la concorrenza in danno delle imprese e dei cittadini. Secondo la Consulta, la norma censurata è in sintonia con una logica di mercato e pro concorrenziale perché è strumentale ad ampliare il ricorso al mercato. Sebbene, è il caso di ricordare, per il diritto unionale il ricorso alla internalizzazione dei servizi non sia incompatibile con la disciplina europea a tutela della concorrenza, ma rappresenti piuttosto esercizio di discrezionalità legislativa.

³⁰ Ancorché intervenuto però dopo 3 anni dalla entrata in vigore del Codice.

³¹ In particolare le modifiche al Codice hanno riguardato il ritorno all'appalto integrato, l'eliminazione dell'albo dei commissari di gara, la sospensione della terna dei subappaltatori, il superamento delle Linee Guida ANAC e nuove regole di ingaggio per gli affidamenti. Inoltre, la sospensione dell'efficacia di alcune disposizioni codicistiche ha interessato: l'obbligo di utilizzo della centrale di committenza/stazione unica appaltante per i Comuni non capoluogo di provincia, di cui all'art. 37, comma 4, del D.Lgs. n. 50/2016; il divieto di affidamento congiunto della progettazione e dell'esecuzione, di cui all'art. 59, comma 1, quarto periodo, del D.Lgs. n. 50/2016; l'obbligo di utilizzo dell'Albo dei commissari di gara, di cui all'art. 77, comma 3, del D.Lgs. n. 50/2016, cit.; fermo restando l'obbligo di individuare i commissari secondo regole di competenza e trasparenza, preventivamente individuate da ciascuna stazione appaltante; le procedure di affidamento anche in caso di disponibilità di finanziamenti limitati alle sole attività di progettazione; l'introduzione della disciplina semplificata per i lavori di manutenzione ordinaria e straordinaria; il riconoscimento delle varianti al progetto definitivo approvato dal CIPE, le quali sono approvate esclusivamente dal soggetto aggiudicatore qualora non superino del 50% il valore del progetto approvato; la modifica del limite dei lavori in subappalto che sale al 40% dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture; la sospensione del comma 6 dell'art. 105 (indicazione della terna di sub appaltatori); la previsione della durata semestrale dalla data di rilascio dei certificati e altri documenti, presentati (anche) dai subappaltatori; il superamento, in parte, delle linee guida Anac e dei decreti attuativi (emanati ed ancora da emanare in attuazione del D.Lgs. n. 50/2016); l'affidamento di lavori: di importo tra i 40.000 euro e 150.000 euro, o alle soglie di cui all'articolo 35 per le forniture e i servizi, mediante affidamento diretto previa valutazione di tre preventivi, ove esistenti, per i lavori, e, per i servizi e le forniture, di almeno cinque operatori economici individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti; di importo tra i 150.000 euro e i 350.000 euro, mediante la procedura negoziata di cui all'articolo 63 previa consultazione, ove esistenti, di almeno dieci operatori economici; di importo tra i 350.000 euro e 1.000.000 di euro, mediante la procedura negoziata di cui all'articolo 63 previa consultazione, ove esistenti, di almeno quindici operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici; per affidamenti di lavori di importo pari o superiore a 1.000.000 di euro e fino alle soglie di cui all'articolo 35, mediante ricorso alle procedure di cui all'articolo 60, fatto salvo quanto previsto dall'articolo 97, comma 8.

³² Per una ricostruzione immediatamente successiva alla entrata in vigore del Decreto v. A. Iannotti Della Valle, *Prime riflessioni sul decreto legge "sblocca cantieri" in ottica euro unitaria e costituzionale*, in *www.rivista-giuridicaeuropea.it*. V. anche D. Bolognino, H. Bonura, A. Storto (a cura di), *I contratti pubblici dopo la conversione del decreto sblocca cantieri*, Piacenza, 2019; F. Caringella, M. Giustiniani (a cura di), *Il decreto sblocca cantieri*, Roma, 2019; G.A. Giuffrè, S. Tranquilli (a cura di), *Contratti pubblici: cosa cambia?*, Milano, 2019; M. Mariani, L. Spagnoletti, E. Toma (a cura di), *La legge sblocca cantieri*, Torino, 2019.

³³ V. ANAC in *Decreto legge 18 aprile 2019 n. 32 recante «Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici»*. *Prime valutazioni di impatto sul sistema degli appalti pubblici*, in *www.anticorruzione.it*.

Il filo conduttore delle critiche è rappresentato dal fatto che l'invocata semplificazione normativa e amministrativa è ben lontana dal realizzarsi; emerge, invece, un quadro normativo poco chiaro e in continuo divenire. Da qui discendono enormi difficoltà applicative per gli operatori del settore e, dunque, il rischio serio di una incidenza negativa sul corretto svolgimento del mercato degli appalti³⁴ e, in particolare, sul tempo di svolgimento delle procedure evidenziali oltre che di aggiudicazione, stipula ed esecuzione del contratto con conseguente ampliamento del numero di contenziosi. Da un altro, altrettanto rilevante, punto di vista, quell'incertezza giuridica e applicativa osta alla concorrenza e soprattutto allontana gli investimenti privati, anche esteri, sul mercato nazionale favorendo all'opposto fenomeni di *maladministration*³⁵ ovvero la commissione di eventi corruttivi.

Nella linea evolutiva della disciplina, infine, un banco di prova importante è stata l'emergenza sanitaria determinata dalla diffusione del virus Sars-Cov-2 (e della malattia Covid-19)³⁶. Come noto, l'epidemia ha 'travolto' tanto le Amministrazioni pubbliche, in particolare il Sistema sanitario nazionale, quanto le imprese, esponendole a numerosi rischi connessi alla salute dei lavoratori e alla commissione di illeciti³⁷.

³⁴ Così ANAC in *Decreto legge 18 aprile 2019 n. 32 recante* «Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici». *Prime valutazioni di impatto sul sistema degli appalti pubblici*, cit. Qui, l'Autorità si esprime in senso affatto critico nei confronti del Decreto evidenziando una serie di lacune: tra le modifiche al d.lgs. 50/2016 recate dal d.l. 32/2019 una delle più significative riguarda il ritorno ad un Regolamento unico attuativo del Codice, che includa e superi le Linee guida come atti applicativi del D.Lgs. n. 50/2016, già adottati dalla sua entrata in vigore al 2019. Ora, come noto, il Codice ha rinviato, per la definizione della disciplina di dettaglio su temi specifici, alla successiva adozione di provvedimenti attuativi, ossia linee guida e decreti ministeriali, destinati a sostituire il precedente regolamento (d.P.R. n. 207/2010). Sennonché, il Legislatore – denuncia l'Autorità – intende intervenire sul sistema del Codice e dei relativi atti attuativi quando, ancora, l'attuazione non è terminata e, tantomeno, implementata senza considerare, peraltro, che detto, nuovo, Regolamento non andrebbe neppure a sostituire tutte le Linee guida e i decreti indicati nel Codice, posto che alcune disposizioni contemplanti tali provvedimenti attuativi non sono state modificate, facendo quindi salva l'adozione dei predetti atti (ad es. art. 78 in tema di Albo dei commissari di gara; l'art. 80, comma 13, in tema di illecito professionale grave; art. 181 in tema di partenariato): il che avrebbe l'effetto di produrre ulteriore incertezza sulla disciplina.

³⁵ R. Cantone, *Il sistema della prevenzione della corruzione in Italia*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 3.

³⁶ In argomento v. M. Magri, *Il "collasso" del sistema degli appalti*, in *Istituzioni del Federalismo, Numero speciale I sistemi multilivello alla prova dell'emergenza*, 2020, 77 ss., che invita a «non dimenticare il parziale collasso di quel sistema, soprattutto nel momento iniziale della pandemia, in cui le difficoltà di acquisto da parte delle centrali di committenza e delle altre amministrazioni hanno suggerito di ripiegare su moduli di azione di stampo pubblicistico, autoritativi o consensuali, come le requisizioni doganali in proprietà, gli incentivi alla riconversione produttiva e le donazioni concordate con le organizzazioni di categoria. [...] È certo che senza questi mezzi complementari, senza una qualche misura di "cartellizzazione" dell'economia – e senza il mercato privato, che nel frattempo ha continuato a offrire i propri beni – la crisi del sistema degli appalti avrebbe probabilmente condotto al tracollo della sanità pubblica tout court» (77).

³⁷ Sull'argomento v. *Quali sono i nuovi rischi di corruzione durante l'emergenza Covid-19?*, in *www.transparency.it*. Ricerca condotta da Transparency International Italia. Da questa indagine è emerso che, durante l'emergenza, i settori in cui il rischio di corruzione è più elevato si sono rivelati (i) i contratti pubblici per la fornitura di dispositivi sanitari, (ii) la loro distribuzione tra il personale, (iii) la ricerca e la sperimentazione nonché (iv) il trattamento di dati particolari, clinici. Quanto ai contratti pubblici, Transparency ha evidenziato come il ricorso a procedure d'urgenza abbia moltiplicato i rischi, già esistenti nel settore, per effetto della compressione dei tempi e della concentrazione del potere decisionale e, a volte, della non conoscenza del fenomeno. Sulle

È emersa con vigore in questa fase la necessità di procedure adeguate ad accelerare l'approvvigionamento di beni, servizi e forniture da parte delle Amministrazioni pubbliche e, in particolare, di quelle incluse nel circuito del Servizio sanitario nazionale: dunque, l'esigenza di derogare ai procedimenti ordinari, assicurando procedure evidenziali semplificate, nella prima fase dell'emergenza, per accedere al mercato dei dispositivi di protezione individuale ovvero alle attrezzature mediche necessarie per la cura ospedaliera della patologia.

Poi, analoghe esigenze sono sopravvenute per favorire la ripresa economica del Paese.

Sono intervenuti, pertanto, due Decreti dedicati (ancora) alla Semplificazione: il Decreto Legge 16 luglio 2020, n. 76³⁸ e il Decreto Legge 31 maggio 2021, n. 77³⁹.

Il primo è stato emanato nel cuore dell'emergenza sanitaria e ha determinato un'accelerazione delle procedure evidenziali, consentendo un maggiore ricorso all'affidamento diretto e alle procedure negoziate e semplificate. Tra le novità più significative del Decreto sovengono quelle che hanno inciso sulla scelta della procedura evidenziale da parte della Stazione appaltante e sul tempo del procedimento: per i contratti d'appalto sotto soglia europea, quel Decreto ha previsto il ricorso all'affidamento diretto di servizi, lavori e forniture aumentando la soglia previgente; ha aumentato altresì i casi di ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando nel rispetto del criterio di rotazione degli inviti⁴⁰ e con individuazione degli operatori in base a indagini di mercato ovvero tramite elenchi di operatori economici; ha introdotto una stretta sui tempi delle procedure evidenziali, ovvero la relativa definizione nel termine da due a quattro mesi dal giorno di avvio del procedimento, introducendo una ipotesi di responsabilità erariale in caso di violazione del termine; ha contemplato la possibilità di ridurre ulteriormente i termini procedi-

relazioni tra emergenza sanitaria e diffusione di fenomeni di maladministration v. I.A. Savini, F. Vetrò, *Presidi di tutela della segnalazione meritevole e del segnalato nei settori pubblico e privato: stato dell'arte e prospettive* de iure condendo, in *Il Diritto dell'Economia*, 2021, 3, 145-187.

³⁸ Convertito con modificazioni in Legge 11 settembre 2020, n. 120.

³⁹ Convertito con modificazioni in Legge 29 luglio 2021, n. 108. Per un approfondimento v. C. Contessa, *Il sistema italiano del Codice dei contratti al tempo del PNRR. Quali scenari futuri?*, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴⁰ Sul principio di rotazione v. Cons. Stato, Sez. V, 22 febbraio 2021, n. 1515 secondo cui l'applicazione del principio invocato e applicato dall'art. 36 comma 1 del D.Lgs. n. 50/2016 è limitata alle procedure negoziate; l'art. 36, comma 2 del Decreto citato prevede infatti che le stazioni appaltanti hanno sempre la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie; dunque la norma introduce una contrapposizione tra procedure ordinarie aperte e procedure negoziate. In queste ultime, il principio di rotazione è il contrappeso rispetto alla facoltà attribuita all'Amministrazione appaltante di individuare gli operatori economici con i quali contrattare.

mentali, qualora ricorrano le ragioni di urgenza⁴¹ di cui agli articoli 60, comma 3⁴², 61, comma 6⁴³, 62, comma 5⁴⁴ e 74, commi 2 e 3 del Codice⁴⁵; per le verifiche anti-

⁴¹ In termini di urgenza è utile ricordare che il Codice disciplina puntualmente due ipotesi di procedure d'urgenza: la procedura senza previa pubblicazione del bando di cui all'art. 63 alla quale la Stazione appaltante può ricorrere (anche) «nella misura strettamente necessaria quando, per ragioni di estrema urgenza derivante da eventi imprevedibili dall'amministrazione aggiudicatrice, i termini per le procedure aperte o per le procedure ristrette o per le procedure competitive con negoziazione non possono essere rispettati. Le circostanze invocate a giustificazione del ricorso alla procedura di cui al presente articolo non devono essere in alcun caso imputabili alle amministrazioni aggiudicatrici»; nonché le procedure in caso di somma urgenza e di protezione civile di cui all'art. 163 del Codice; ivi il Legislatore ha stabilito che costituiscono ipotesi di urgenza «anche il verificarsi degli eventi di cui all'articolo 2, comma 1, della legge 24 febbraio 1992, n. 225 [ora art. 7 del Decreto Legislativo n. 1 del 2018; ossia: a) emergenze connesse con eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo che possono essere fronteggiati mediante interventi attuabili dai singoli enti ovvero amministrazioni competenti con poteri ordinari; b) emergenze connesse con eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo che per loro natura o estensione comportano l'intervento coordinato di più enti o amministrazioni e debbono essere fronteggiati con mezzi e poteri straordinari; c) emergenze di rilievo nazionale connesse con eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo che in ragione della loro intensità o estensione debbono, con immediatezza d'intervento, essere fronteggiate con mezzi e poteri straordinari da impiegare durante limitati e predefiniti periodi di tempo], ovvero la ragionevole previsione, ai sensi dell'articolo 3 della medesima legge [norma abrogata dal decreto legislativo n. 1 del 2018, rimasta senza riferimenti], dell'imminente verificarsi di detti eventi, che richiede l'adozione di misure indilazionabili, e nei limiti dello stretto necessario imposto da tali misure. La circostanza di somma urgenza, in tali casi, è ritenuta persistente finché non risultino eliminate le situazioni dannose o pericolose per la pubblica o privata incolumità derivanti dall'evento, e comunque per un termine non superiore a quindici giorni dall'insorgere dell'evento, ovvero entro il termine stabilito dalla eventuale declaratoria dello stato di emergenza di cui all'articolo 5 della medesima legge n. 225 del 1992 [ora art. 24 del decreto legislativo n. 1 del 2018]; in tali circostanze ed entro i medesimi limiti temporali le amministrazioni aggiudicatrici possono procedere all'affidamento di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture con le procedure previste nel presente articolo». Ambedue le ipotesi rappresentano all'evidenza lesioni alla concorrenza, calibrate però sulla estrema urgenza, la prima, e sulla somma urgenza, la seconda: sicché, tra le due procedure esiste una relazione di alternatività e una sorta di progressione dell'urgenza; le procedure, anch'esse graduate, contemplate nell'art. 163 citato sono applicate nei casi in cui l'omessa pubblicazione del bando non è sufficiente a gestire e superare la concreta emergenza. In ogni caso, il ricorso a quelle procedure è calibrato sulla non imputabilità all'Amministrazione procedente della responsabilità dell'accadimento nonché per un tempo circoscritto alla gestione e al superamento dell'emergenza stessa. In giurisprudenza v. Tar Lombardia, sez. I, 8 giugno 2020, n. 1006 in cui il Giudice amministrativo chiarisce che, anche in un contesto emergenziale, i principi di derivazione comunitaria dell'evidenza pubblica, in particolare i criteri fissati dall'art. 63, comma 2, lett. c), connessi – come anticipato – all'imprevedibilità dell'evento e alla non imputabilità dello stesso all'Amministrazione pubblica, rappresentano il paradigma normativo al quale l'azione amministrativa (di affidamento di un contratto) non può essere sottratta.

⁴² Secondo cui «le amministrazioni aggiudicatrici possono fissare un termine non inferiore a quindici giorni a decorrere dalla data di invio del bando di gara se, per ragioni di urgenza debitamente motivate dall'amministrazione aggiudicatrice, i termini minimi stabiliti al comma 1 non possono essere rispettati».

⁴³ Secondo cui «quando, per motivi di urgenza debitamente motivati è impossibile rispettare i termini minimi previsti al presente articolo, l'amministrazione aggiudicatrice può fissare: a) per la ricezione delle domande di partecipazione, un termine non inferiore a quindici giorni dalla data di trasmissione del bando di gara; b) un termine di ricezione delle offerte non inferiore a dieci giorni a decorrere dalla data di invio dell'invito a presentare offerte».

⁴⁴ Secondo cui «il termine minimo per la ricezione delle offerte iniziali è di trenta giorni dalla data di trasmissione dell'invito. I termini di cui al presente comma sono ridotti nei casi previsti dall'articolo 61, commi 4, 5 e 6».

⁴⁵ Secondo cui «se non è possibile offrire accesso gratuito, illimitato e diretto per via elettronica a determinati documenti di gara per uno dei motivi di cui all'articolo 52, comma 1, terzo periodo, le amministrazioni aggiudicatrici possono indicare nell'avviso o nell'invito a confermare interesse che i medesimi documenti saranno trasmessi per posta elettronica certificata o strumenti analoghi negli altri Stati membri ovvero, in caso di impossibilità, per vie diverse da quella elettronica secondo quanto previsto al comma 4. In tal caso, il termine per la presentazione delle offerte è prorogato di cinque giorni, tranne nei casi di urgenza debitamente dimostrati di cui agli articoli 60, comma 3, 61 comma 6 e 62, comma 5. Qualora non sia possibile offrire accesso gratuito, illimitato e diretto per via elet-

mafia riguardanti l'affidamento e l'esecuzione dei contratti pubblici aventi a oggetto lavori, servizi e forniture, ha previsto il rilascio di una informativa liberatoria provvisoria, la quale consente di stipulare, approvare o autorizzare i contratti e i subcontratti relativi a lavori, servizi e forniture sotto condizione risolutiva⁴⁶.

Ancora, per accelerare la realizzazione delle infrastrutture stradali, quel Decreto ha ammesso l'affidamento *in house* delle concessioni autostradali e ha stabilito che le procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture possano essere avviate anche in mancanza di una specifica previsione nei documenti di programmazione di cui all'articolo 21 del Codice.

Rilevanti sono anche le innovazioni apportate al regime processuale della materia: in sede di pronuncia cautelare, il Giudice deve tenere conto del preminente interesse alla sollecita realizzazione dell'opera e dell'interesse del soggetto aggiudicatore alla celere prosecuzione delle opere; se sussistono i presupposti, il Collegio adotta una decisione in forma semplificata in esito all'udienza camerale, pubblicando il dispositivo in tempi brevi. Ancora, si stabilisce per gli appalti connessi all'emergenza, che la tutela giurisdizionale è circoscritta a quella risarcitoria.

In pratica il Decreto ha esteso la disciplina già vigente in ordine alle infrastrutture strategiche di interesse nazionale⁴⁷.

Il Decreto ha innovato la materia anche con previsioni strutturali e di sistema, non legate, cioè, all'emergenza: tra queste, alcune novità hanno riguardato la certezza del tempo di stipulazione del contratto; la qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza; i motivi di esclusione dalla procedura, i criteri di selezione delle offerte e l'applicazione del soccorso istruttorio; infine, il subappalto e la finanza di progetto.

tronica a determinati documenti di gara perché le amministrazioni aggiudicatrici intendono applicare l'articolo 52, comma 2, del presente codice, esse indicano nell'avviso o nell'invito a confermare interesse quali misure richiedono al fine di proteggere la natura riservata delle informazioni e in che modo è possibile ottenere accesso ai documenti in questione. In tal caso, il termine per la presentazione delle offerte è prorogato di cinque giorni, tranne nei casi di urgenza debitamente dimostrati di cui agli articoli 60, comma 3, 61, comma 6 e 62, comma 5».

⁴⁶ Ferme restando, comunque, le ulteriori verifiche ai fini del rilascio della documentazione antimafia.

⁴⁷ Sull'argomento, l'art. 5, comma 6 del D.L. n. 76 del 2020 cit., convertito con modificazioni ha prescritto che «in sede giudiziale, sia in fase cautelare che di merito, il giudice tiene conto delle probabili conseguenze del provvedimento stesso per tutti gli interessi che possono essere lesi, nonché del preminente interesse nazionale o locale alla sollecita realizzazione dell'opera, e, ai fini dell'accoglimento della domanda cautelare, il giudice valuta anche la irreparabilità del pregiudizio per l'operatore economico, il cui interesse va comunque comparato con quello del soggetto pubblico alla celere realizzazione dell'opera. In ogni caso, l'interesse economico dell'appaltatore o la sua eventuale sottoposizione a procedura concorsuale o di crisi non può essere ritenuto prevalente rispetto all'interesse alla realizzazione dell'opera pubblica». La giurisprudenza ha, poi, circoscritto l'ambito applicativo della disposizione: v. C.G.A., decreto presidenziale 14 novembre 2020, n. 795 secondo cui, infatti, quella norma non si applica alle controversie relative agli esiti di una gara ovvero alla risoluzione del contratto, ma soltanto ai casi i casi in cui vi sia tra le parti una controversia sull'inadempimento contrattuale ai sensi dell'art. 5, comma 6, primo periodo; b) o una controversia su un provvedimento amministrativo di sospensione dei lavori disposto dal RUP ai sensi dell'art. 5, commi 1 e 2.

Il secondo Decreto, invece, è più recente ed è intervenuto sul solco tracciato dal primo, ma non ancora percorso in maniera adeguata, e soprattutto sul solco della perdurante crisi economica causata dalla pandemia: quel Decreto si inserisce, infatti, nella *governance* del Piano nazionale di Ripresa e Resilienza (di qui P.N.R.R.), che inerisce ai contratti d'appalto e alle concessioni⁴⁸. Tra le novità qui di rilievo sovengono gli interventi sulla procedura di affidamento diretto e senza previa pubblicazione del bando di gara: il Decreto ha previsto, cioè, che fino al giugno del 2023 è consentito l'affidamento diretto, anche senza consultazione di più operatori economici, per i lavori di importo inferiori a centocinquanta mila euro e per i servizi di ingegneria e architettura e le attività di progettazione di importo inferiore a centotrentanove mila euro; ancora, per i servizi di ingegneria e architettura e per le attività di progettazione per un importo compreso tra centotrentanove mila euro e le soglie europee si potrà utilizzare la procedura negoziata invitando almeno cinque operatori. Analoga disciplina è stata introdotta anche per i lavori di importo compreso tra centocinquantamila euro e un milione di euro.

La portata concreta delle ultime misure legislative non è valutabile ancora in considerazione della recente adozione e della fase di transizione che il Paese sta vivendo, aggravata peraltro dal contesto internazionale e, in particolare, dal conflitto bellico in atto; nondimeno sono significativi gli sforzi del Legislatore per assicurare efficienza nel mercato dei contratti pubblici e sono altrettanto importanti i timori che la spinta verso la celerità dell'azione amministrativa, nella misura in cui ha allargato le maglie del ricorso a procedure di affidamento diretto ovvero senza previa pubblicazione di un bando di gara, ha altresì indebolito le tutele da insidie criminose.

Timori, questi, non affievoliti dalla circostanza che è in fase di definizione il nuovo Codice dei Contratti pubblici, se si considera il regime 'temporale' di applicazione contemplato da quei Decreti e, come si vedrà appresso, anche il regime transitorio previsto dal nuovo testo.

Proprio l'analisi del nuovo Codice appare, ora, come la migliore occasione per svolgere ulteriori considerazioni e chiedersi se, sulla spinta degli interventi occasionati dall'attuale contesto socio-economico, dall'emergenza sanitaria e, soprattutto, delle istanze di chiarezza e di certezza provenienti sia dalle Stazioni appaltanti sia dagli operatori economici, il Legislatore abbia effettivamente raccolto l'invito alla semplificazione.

⁴⁸ Più nel dettaglio, ancorché in sintesi, quel Piano contempla la realizzazione di una serie di infrastrutture strategiche (ferroviarie, stradali, idriche, portuali, *etc.*) per un valore complessivo di 82,7 miliardi di euro, finanziate per circa 33 milioni di euro; il finanziamento sarà poi integrato da ulteriori misure, ivi incluso il Next Generation EU.

3. *L'opportunità di un'analisi di impatto delle novelle più significative al Codice (ancora) vigente*

Fin qui le principali novità normative relative alla materia degli appalti che, dagli anni '90 in poi, ovvero dall'entrata in vigore delle prime Direttive europee, non ha mai smesso di cercare un equilibrio tra istanze di celerità ed efficienza – che protendono per la semplificazione ovvero per la deroga ai regimi ordinari – e garanzie di correttezza e di legalità. Per queste ragioni, il pendolo del Legislatore ha oscillato tra scelte di irrigidimento del sistema, come accaduto con la Legge Merloni, e scelte di semplificazione derogatoria, come nell'emergenza sanitaria.

La fluidità della normativa, in particolare il suo accelerato moto evolutivo, difficilmente consente di massimizzare l'obiettivo, sovente invocato, della semplificazione.

Nondimeno è chiaro che la regolamentazione degli appalti pubblici genera notevoli esternalità, positive e negative, dal punto di vista economico, ambientale e sociale.

A conferma delle considerazioni che precedono si propone un'analisi dei costi e dei benefici apportati alla contrattualistica pubblica dalle modifiche di sistema, non strettamente connesse cioè all'emergenza sanitaria, più significative e dibattute e cioè apportate dal primo Correttivo al Codice, il D.Lgs. n. 57/2017 che aveva introdotto l'onere di immediata impugnazione degli atti di ammissione e di esclusione dalla procedura evidenziale; dal Decreto c.d. Sblocca Cantieri e dal Decreto Semplificazione sopra richiamati.

Le considerazioni che seguono rappresentano, in pratica, l'esito di un'attività di *screening* dell'impatto delle disposizioni contenute nelle novelle richiamate sul 'sistema' appalti, utile, all'avvio del nuovo Codice, per capire se le esigenze di chiarezza e di certezza via via emerse in materia siano state effettivamente colte nello Schema definitivo.

3.1. *Le variabili considerate nell'analisi di impatto*

In dettaglio, per la formulazione del calcolo dell'impatto economico-sociale e ambientale sono state analizzate le Stazioni appaltanti italiane, circa trentacinquemila: le Amministrazioni comunali (oltre settemila) e le Amministrazioni pubbliche centrali e periferiche, le società partecipate, le società *in house providing*, le società e gli altri enti di diritto privato in controllo pubblico, ivi comprese le cosiddette fondazioni di partecipazione, gli enti pubblici economici, gli enti di diritto privato di cui all'art. 2-bis, comma 3 del D.Lgs. n. 33/2013 e s.m.i.⁴⁹.

⁴⁹ Che rinvia a «società in partecipazione pubblica come definite dal decreto legislativo emanato in attuazione dell'articolo 18 della legge 7 agosto 2015, n. 124, e alle associazioni, alle fondazioni e agli enti di diritto privato, anche privi di personalità giuridica, con bilancio superiore a cinquecentomila euro, che eserci-

Le suddette Stazioni appaltanti sono state suddivise in grandi, piccole con un elevato numero annuale di affidamenti, piccole con un esiguo numero annuale di affidamenti.

Lo studio di impatto si è occupato anche degli operatori economici partecipanti alla procedura evidenziale, distinguendo grandi imprese e micro, piccole e medie imprese e liberi professionisti.

Una volta individuato il profilo soggettivo dello studio di impatto, per ciascuna modifica normativa intervenuta – contenuta nei Decreti richiamati – è stato calcolato (1) il tempo dedicato a comprendere e ad applicare la disposizione presa in considerazione, rilevando l'aumento o il risparmio di tempo impiegato sia dalle Stazioni appaltanti sia dagli operatori economici.

Poi, è stato valutato (2) l'eventuale ricorso a consulenze per la comprensione della normativa effettuato dalle Stazioni appaltanti nonché dagli operatori economici. E, ancora, è stata analizzata una voce di particolare rilevanza: ossia (3) il contenzioso; sono stati rilevati, cioè, i dati connessi ai costi, in aumento ovvero in diminuzione, derivanti dal contenzioso sia per le Stazioni appaltanti sia per gli operatori economici.

Infine (4), lo studio si è occupato di fare emergere eventuali ulteriori oneri per le Stazioni appaltanti nonché per gli operatori economici e altri *stakeholders*, come anche (5) eventuali benefici per gli stessi soggetti.

In termini numerici lo studio si è basato sull'analisi di circa centocinquanta procedure bandite (di cui oltre il 50% da Amministrazioni centrali) con un ammontare complessivo posto a base di gara pari a circa € 100.000.000.000. I dati relativi ai rilievi descritti sono stati elaborati sulla base di documentazione pubblicata dall'ANAC.

3.2. *I risultati dello studio d'impatto. Vantaggi e svantaggi, in (dis)equilibrio*

Viene in rilievo, in prima battuta, un vantaggio significativo per gli operatori economici: il minor tempo impiegato dalle Stazioni appaltanti per la definizione della procedura evidenziale.

In seconda battuta, emerge però che quel vantaggio è parziale, offuscato dal maggior tempo impiegato dalle stesse Stazioni appaltanti per istruire la gara; emergono altresì significativi svantaggi a carico (anche) degli operatori economici: oltre alla dilatazione dei tempi dell'istruttoria, l'aumento del contenzioso devoluto alla giurisdizione amministrativa (che per il privato è un onere economico significativo).

tano funzioni amministrative, attività di produzione di beni e servizi a favore delle amministrazioni pubbliche o di gestione di servizi pubblici».

Tanto si ricava già dall'analisi dell'impatto dell'onere di immediata impugnazione dei provvedimenti di ammissione ovvero di esclusione dalla gara, previsto dall'articolo 29 del Codice dei contratti come modificato dal D.Lgs. n. 57/2017.

Il fallimento dell'obiettivo di deflazionare il contenzioso ha indotto il Legislatore ad abrogare dopo poco tempo le modifiche apportate dal Correttivo all'art. 29 del Codice: il Decreto n. 57 è risultato vigente, infatti, per un periodo affatto limitato, dal 20 maggio 2017 al 18 aprile 2019.

È emerso, ancora, che spesso gli operatori privati devono ricorrere all'ausilio di consulenti esterni per individuare la normativa applicabile alla singola procedura e per la relativa interpretazione e applicazione, anche per non incorrere in false attestazioni o in errori nella compilazione della documentazione richiesta dalle Stazioni appaltanti. In argomento rilevano le modifiche introdotte nel Documento di gara unico europeo in formato elettronico (di qui, DGUE) e nell'art. 80 del Codice, contenenti i motivi (tassativi) di esclusione dalla procedura.

Salvi i rilievi esposti, sono stati stimati anche alcuni benefici ambientali, sociali ed economici: tutti connessi allo sblocco di opere pubbliche essenziali, di regola infrastrutturali.

Considerate le numerose modifiche al Codice, si è ottenuto un risultato complessivamente positivo, ossia una produzione di benefici per il sistema composto dagli operatori, dalle stazioni appaltanti, da cittadini e utenti.

È emersa, poi, tutta la complessità della regolamentazione racchiusa nel Decreto Sblocca Cantieri che, di fatto, ha costretto sia le Stazioni appaltanti sia gli operatori economici a ricorrere a consulenti per comprendere la normativa applicabile e, dunque, per applicarla. Con conseguente significativo onere economico a loro carico nonché con una dilatazione del tempo occorrente sia a bandire e istruire la procedura evidenziale sia a formulare la relativa domanda di partecipazione. L'incertezza normativa, dimostrata dal ricorso alle consulenze, ha influito sul contenzioso, determinandone un costante aumento.

Un beneficio riconducibile a quel Decreto è stato individuato nella (più rapida) circolazione di risorse economiche: i soggetti affidatari dei contratti banditi dall'entrata in vigore di quel Decreto hanno potuto incassare acconti di pagamento; il che ha migliorato il *cash flow* delle imprese e, dunque, limitato il ricorso al finanziamento a breve termine.

Un ulteriore elemento positivo di valutazione è derivato dall'applicazione dell'articolo 95, comma 3, lett. b-bis) del Codice (come modificato dal Decreto Sblocca cantieri) che ha stabilito il carattere esclusivo del criterio di aggiudicazione basato sull'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, per i contratti di servizi e per le forniture di importo pari o superiore a 40.000 euro caratterizzati da notevole contenuto tecnologi-

co o innovativo. L'applicazione di quella disposizione ha infatti agevolato la realizzazione di lavori, l'erogazione di servizi e la fornitura di beni di maggiore qualità.

Lieve impatto positivo ha avuto la novella apportata all'articolo 80 del Codice dal Decreto in ordine alle verifiche sul subappaltatore, le quali non sono più contemplate⁵⁰.

Fin qui l'impatto negativo del Correttivo al Codice del 2017 e (complessivamente) positivo del Decreto Sblocca Cantieri del 2019.

È il Decreto c.d. Semplificazioni ad apportare il maggior impatto positivo calcolato, grazie alla diminuzione dei tempi delle procedure di affidamento e all'innalzamento della soglia massima per poter effettuare affidamenti diretti (da quarantamila a centocinquantomila euro)⁵¹ che, di fatto, ha determinato un maggior numero di casi di ricorso a questa tipologia di affidamento.

Salvi questi rilievi, non può tacersi l'impatto negativo prodotto dalla nuova formulazione dell'art. 80, comma 4 del Codice che ha introdotto una nuova causa di esclusione (facoltativa) dalla gara per irregolarità fiscale grave non definitivamente accertata. Irregolarità, questa, che l'operatore economico deve segnalare nel DGUE e di cui, comunque, la Stazione appaltante deve accertare la ricorrenza (anche) previa richiesta al Casellario fiscale all'Agenzia delle Entrate e previa analisi dei carichi pendenti.

Per concludere, dallo studio condotto si ricava che, a fronte di impatti negativi calcolati in relazione alle norme oggetto di valutazione, pari a euro 6.130.800.000, sono stati stimati impatti positivi per euro 6.134.000.000; pertanto, il saldo finale è pervenuto a un valore positivo, pari ad euro 3.200.000, significativo di un lieve miglioramento o di un sostanziale pareggio tra oneri e benefici, stimato alla fine del 2020, data alla quale si è potuto verificare l'impatto delle novelle di sistema apportate al vigente Codice dei Contratti.

4. *L'evoluzione normativa nell'emergenza sanitaria*

Gli interventi successivi, come anticipato, hanno introdotto per lo più disposizioni connesse all'emergenza sanitaria, restituendo un quadro regolatorio derogatorio e temporaneo, che induce a considerazioni diverse, come si vedrà appresso.

⁵⁰ È utile ricordare che l'articolo 80 citato stabiliva l'esclusione dalla partecipazione alla gara dell'operatore che fosse incorso in una delle ipotesi ivi individuate, «anche riferite a uno dei subappaltatori». La norma così modificata dall'articolo 49, comma 1, lettera c), del D.Lgs. 19 aprile 2017, n. 56 è stata successivamente ulteriormente modificata con l'elisione del rinvio al subappaltatore dall'articolo 1, comma 20, lettera o), numero 2), del D.L. 18 aprile 2019, n. 32, convertito con modificazioni dalla Legge 14 giugno 2019, n. 55.

⁵¹ Prima della conversione in Legge; poi, la Legge n. 55 del 2019 ha ridimensionato l'importo: da centocinquantomila a settantacinquemila euro.

I Decreti fin qui menzionati pretendono di risolvere la situazione di crisi economica, che si protrae nel continente europeo fin dal 2008, aggravata dall'emergenza sanitaria, attraverso proclamate misure di semplificazione; tuttavia, i tentativi incalzanti del Legislatore di novare e innovare l'assetto normativo non hanno giovato alla semplificazione, poiché, al contrario, hanno aggravato la posizione e delle Amministrazioni pubbliche e degli operatori economici, costretti a ricorrere a consulenti per individuare e, poi, interpretare la normativa applicabile.

Queste difficoltà degli operatori si riflettono sul funzionamento del mercato che, lungi, dall'essere semplificato è, piuttosto, offuscato dall'incertezza normativa e, dunque, indebolito.

L'incertezza del diritto compromette, poi, in definitiva, il buon funzionamento della stessa Amministrazione creando una frattura nei rapporti con gli amministrati, operatori economici inclusi.

L'emergenza sanitaria ha aggravato ulteriormente il contesto descritto perché, come anticipato, ha determinato una ipertrofia normativa che, ancora una volta, non ha assicurato la certezza del diritto e, di conseguenza, non ha agevolato gli operatori del settore.

Questa considerazione deve essere integrata con una ulteriore precisazione: la normativa emergenziale ha creato una zona grigia, nella quale – per il tempo stabilito dalla legge – agli operatori è applicato un regime derogatorio, connotato sia da misure di (estrema) semplificazione e di accentuata celerità del procedimento di affidamento del contratto sia da una significativa attribuzione di discrezionalità alle Amministrazioni pubbliche: tanto per effetto dell'esigenza contingente di consentire l'approvvigionamento dei dispositivi di protezione e delle tecnologie medico-sanitarie necessarie.

In argomento, già la devoluzione di un maggiore potere discrezionale mette in risalto la cifra della portata derogatoria della normativa dell'emergenza: fino a quel momento, la normativa in materia di appalti aveva puntato ad arginare il potere di 'scelta' delle Amministrazioni allo scopo di rendere gli affidamenti immuni da contestazioni.

Ora, l'impatto di queste misure (derogatorie) sul mercato dei contratti pubblici è stato analizzato dall'ANAC, la quale ha esaminato i dati degli appalti aggiudicati nel 2020 per far fronte all'emergenza Covid-19, nel complesso dodicimila procedure, per un valore di quasi venti miliardi di euro.

Dall'analisi dell'Autorità è emerso che, nel contesto emergenziale, le Stazioni appaltanti hanno preferito ricorrere alle procedure di nuova introduzione, derogatorie.

In argomento, è utile richiamare il diritto giurisprudenziale⁵²: i Giudici amministrativi hanno puntualizzato che – contrariamente alle pretese degli operatori economici – il ricorso alle procedure d’urgenza derogatorie e semplificate non è un dovere, ma una facoltà dell’Amministrazione pubblica. Nondimeno, come detto, pur potendo agire in via ordinaria, le Stazioni appaltanti hanno preferito comunque solcare la strada della deroga e dell’eccezione.

Più in dettaglio, si ricava dall’analisi dell’Autorità che, quanto al tipo di procedura avviata, il 60% dei contratti risulta affidato con procedure senza previa pubblicazione del bando e con affidamenti diretti; quanto all’andamento delle predette procedure e dell’esecuzione dei relativi contratti, l’Autorità ha rilevato significative criticità relative, in particolare, alla variabilità dei prezzi corrisposti; a carenze di requisiti generali da parte degli operatori economici; alla non affidabilità dei partecipanti; al mancato rispetto dei tempi previsti per le forniture, che durante l’emergenza hanno subito un brusco rallentamento in molteplici settori e che hanno indotto gli operatori economici a ricorrere a beni di qualità diversa (e deteriore) rispetto a quanto emerso in sede di gara.

5. *Considerazioni di sintesi: in corsa verso la semplificazione*

Fin qui è emerso che il Legislatore dei contratti ‘pubblici’ agisce in corsa.

Per (tentare di) affrontare la crisi economica, il Legislatore è intervenuto con una serie di novelle ‘di sistema’, restituendo un quadro regolatorio in continua evoluzione, ma semplificato nelle procedure; per affrontare, poi, l’emergenza sanitaria (e la conseguente, nuova emergenza economica) il Legislatore è intervenuto ancora percorrendo la strada della semplificazione derogatoria, restituendo un quadro applicativo critico.

Nonostante, infatti, il Legislatore dell’emergenza abbia ridotto le formalità, inclusa la pubblicità delle procedure evidenziali, e per questa via anche la portata anticorruptiva della normativa, non ha raggiunto l’obiettivo di agevolare il mercato, ma piuttosto lo ha esposto a un grave rischio di offuscamento e di corrottibilità.

Il che è tanto più grave se si considera la copiosità delle risorse pubbliche erogate⁵³. In una prospettiva anticorruptiva le criticità rilevate dovrebbero essere

⁵² V. Tar Sicilia, Palermo, Sez. III, 14 maggio 2021, n. 1536 secondo cui l’affidamento diretto del contratto sotto soglia comunitaria, derogatorio, introdotto dal Decreto Legge Semplificazioni n. 76/2020 non è un obbligo per l’Amministrazione pubblica la quale può decidere – senza dover neppure motivare – di ricorrere alla ordinaria procedura aperta.

⁵³ La più importante erogazione di risorse pubbliche a livello nazionale dopo il piano Marshall: così M. Cozzio, G. Lombardo, *Modelli e strumenti per la valutazione dell’impatto giuridico e socio-economico delle misure anticorruzione nel settore pubblico e privato*, in *Il Diritto dell’Economia*, 2021, 3, 523.

tenute in seria considerazione nell'attuale dibattito sulla riforma delle regole dei contratti pubblici.

6. *Tre regole per migliorare le misure in materia di appalti, dal vecchio al nuovo Codice*

Le interviste realizzate per svolgere lo studio d'impatto sopra descritto hanno consentito di individuare e sintetizzare in tre regole una serie di proposte migliorative alle quali la normativa in materia di contratti pubblici dovrebbe ispirarsi.

La prima, le riforme dovrebbero avere un tempo sufficientemente congruo di vigenza, utile a verificarne la cifra, positiva o negativa. Azioni e reazioni conseguono a qualsivoglia innovazione del sistema; il relativo moto evolutivo, però, richiede ragionevolmente un tempo minimo di sviluppo per consentire agli studiosi di verificarne gli effetti e, eventualmente, correggerne il tiro.

La seconda, l'entrata in vigore di una novella in un settore complesso e fondamentale per l'azione amministrativa, quale quello dei contratti pubblici, dovrebbe essere preceduta da una puntuale programmazione di momenti formativi e informativi per gli operatori pubblici e privati. Il che eviterebbe il successivo ricorso a costose consulenze esterne.

La terza, le misure di semplificazione dovrebbero essere racchiuse in disposizioni di facile comprensione e, quindi, accessibili agli operatori pubblici e privati. Il che eliminerebbe qualsivoglia incertezza giuridica, agevolando la celerità dell'azione amministrativa e privata e, dunque, favorendo la cura degli interessi di ambedue gli attori coinvolti nelle procedure.

Insomma, la tormentata vicenda dei contratti pubblici dimostra, prima di tutto, che ogni intervento del Legislatore deve essere prudente, nel senso che deve considerare se lo specifico ambito di interesse sia stato oggetto di recente intervento, di cui, però, non sia ancora decifrabile l'impatto; ciò (anche) sul presupposto che la regolamentazione legislativa deve sempre puntare a semplificare, ovvero ad agevolare l'attività dei destinatari. Affinché questo scopo sia perseguito occorre, poi, che le disposizioni siano, anch'esse, semplificate, cioè rese accessibili per gli operatori, pubblici e privati, che dovranno applicarle.

Dall'analisi quantitativa condotta nella presente ricerca è risultato un impatto totale netto delle misure normative introdotte leggermente positivo, prossimo alla neutralità.

Ora, l'analisi fin qui svolta è servita anche a verificare se, con lo Schema definitivo del nuovo Codice dei Contratti pubblici, il Legislatore abbia effettivamente colto le esigenze di chiarezza e di certezza fin qui emerse, elaborando un testo

aderente ai connotati della semplificazione che, come visto, investono la quantità, la forma e il contenuto delle disposizioni.

7. *Il nuovo Codice dei Contratti pubblici: la ricerca della semplificazione nella quantità, nella forma e nel contenuto delle disposizioni*

Lo Schema del nuovo Codice è ambizioso perché racchiude plurime innovazioni sia sul piano dell'impostazione sia sul piano dei contenuti⁵⁴.

Sul piano dell'impostazione: rileva in modo particolare il fatto che il Codice è «autoesecutivo», ossia non necessita di ulteriori atti e provvedimenti che ne assicurino l'esecuzione, ma garantisce agli operatori (giuridici, tecnici ed economici) di conoscere fin da subito tutta la disciplina applicabile. A questo scopo il nuovo corpus normativo ricomprende 35 Allegati⁵⁵, i quali racchiudono tutte le disposizioni necessarie per il completamento della disciplina⁵⁶.

A primo acchito, il numero degli Allegati risulta significativo; tuttavia – come messo in chiaro nella «Relazione agli articoli e agli Allegati» di accompagnamento allo Schema – quel numero deve essere reputato (più che) proporzionato al numero degli annessi alle Direttive europee recepite e al numero di fonti attuative della disciplina vigente sostituite. Quest'ultimo riferimento è agli Allegati del Codice vigente, alle 17 Linee guida ANAC ai 15 Regolamenti vigenti (sebbene riconducibili alla normativa previgente)⁵⁷.

Un profilo di particolare importanza è rappresentato dall'assorbimento delle Linee guida vincolanti dell'Autorità anticorruzione negli Allegati al Codice: la scelta comporta il travolgimento della c.d. regolazione flessibile, voluta dal Legislatore del 2016⁵⁸ e affidata all'ANAC, che superava l'idea di concentrare le regole applicative in un unico Regolamento governativo⁵⁹. In argomento deve essere precisato che nella Relazione allo Schema v'è menzione puntuale delle Linee gui-

⁵⁴ V. M.A. Sandulli, *Prime considerazioni sullo Schema del Nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *www.giustiziainsieme.it*, 21 dicembre 2022.

⁵⁵ Si tratta di 35 Allegati, la cui estensione è contenuta, come chiarito nella «Relazione agli articoli e agli Allegati» del 7 dicembre 2022, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Sul punto nella Relazione è precisato che «si tratta di un numero comunque contenuto, specie se si considera che solo le tre direttive da attuare hanno, in totale, 47 annessi e che nel nuovo codice gli allegati sostituiranno ogni altra fonte attuativa: oltre ai 25 allegati al codice attuale, essi assorbiranno 17 linee guida ANAC e 15 regolamenti ancora vigenti, alcuni dei quali di dimensioni molto ampie (tra cui il d.P.R. n. 207 del 2010, risalente addirittura all'attuazione del codice del 2006, nonché quello sui contratti del Ministero della difesa, ridotto da oltre 100 articoli a poco più di 10)» (9).

⁵⁶ Come chiarito sempre nella Relazione citata «ciò è stato possibile grazie a un innovativo meccanismo di delegificazione che opera sugli allegati al Codice (legislativi in prima applicazione, regolamentari a regime)» (9).

⁵⁷ Tra cui il corposo d.P.R. n. 207 del 2010, attuativo del D.Lgs. n. 163 del 2006.

⁵⁸ Di cui all'articolo 1, comma 1 lett. t) della Legge delega n. 11 del 2016, recepitata nell'articolo 213, comma 2, del D.lgs. n. 50 del 2016 cit.

⁵⁹ Da adottare in ossequio alla Legge n. 400 del 1988.

da di volta in volta sostituite dagli Allegati al Codice: ad esempio, nel commento all'art. 15, secondo cui il RUP svolge tutte le attività indicate nell'Allegato I.2, è precisato che quest'ultimo Allegato assorbe le Linee guida dell'ANAC n. 3, relative alle competenze del Responsabile unico del procedimento.

Sempre sul piano dell'impostazione, è significativo quanto riportato nella citata Relazione di accompagnamento, la quale assurge a «manuale operativo», illustrando, per ciascuna disposizione e per ciascun Allegato, *ratio* e modalità applicative e assorbendo in questa maniera anche la funzione di indirizzo attuativo sinora svolta dalle Linee guida non vincolanti dell'ANAC⁶⁰.

Per chiarire la rilevanza della Relazione, a titolo d'esempio, si rinvia al commento all'art. 1 dello Schema definitivo, ivi racchiuso: la Relazione prende atto del ruolo attribuito ai «Principi generali» dal nuovo Codice, i quali, in ossequio a quanto già osservato dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, 7 maggio 2013, n. 13, rendono «intellegibile il disegno armonico, organico e unitario sotteso al Codice rispetto alla frammentarietà delle sue parti, e consentono al tempo stesso una migliore comprensione di queste ultime connettendole al tutto»⁶¹.

Più in dettaglio, poi, nella Relazione è chiarito che il principio del risultato, con cui il Codice esordisce, descrive l'interesse pubblico primario perseguito dal Codice: vale a dire l'affidamento del contratto e la sua esecuzione con la massima tempestività e il miglior rapporto possibile tra qualità e prezzo, ancorché nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza.

Con riferimento all'art. 1, ancora, è messo in evidenza un nesso forte tra risultato e concorrenza: il primo rappresenta l'obiettivo; la seconda costituisce il metodo. Sicché, secondo questa impostazione rileva il risultato 'virtuoso', ovvero quello realizzato con l'osservanza delle regole della concorrenza. Diversamente, dovrebbe ritenersi che l'obiettivo della Stazione appaltante sia la gara in sé, a prescindere cioè dall'esito concretamente realizzato. Da quanto emerge dalla Relazione, invece, il contesto economico-sociale in cui le Amministrazioni operano esige che sia attivata una leva economica che favorisca – tramite il rispetto delle regole della concorrenza – lo sviluppo di quel contesto (anche) tramite le commesse pubbliche⁶².

Sicché, il principio del risultato è, allo stesso tempo, un principio-guida per la ricerca della soluzione del caso concreto, ma anche un elemento di valutazione, in

⁶⁰ Cfr. «Relazione agli articoli e agli Allegati», cit., 9.

⁶¹ Ivi, 12.

⁶² La tesi del risultato virtuoso è, peraltro, in perfetta sintonia con l'orientamento espresso dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea in relazione alla disciplina nazionale dell'*in house providing* nella sentenza Corte Giustizia UE sez. IX – 06 febbraio 2020, n. 89 citata *sub* nota 18: in quella sentenza, la Corte chiarisce che il ricorso allo strumento dell'*in house* è (addirittura) doveroso se il risultato migliore è perseguito con l'autoproduzione. Il che significa che l'Unione europea non impone l'attuazione della regole della concorrenza, ossia la sollecitazione concorrenziale degli operatori del mercato, perché la concorrenza non è sempre lo strumento più adatto alla cura dell'interesse della comunità di cui l'Amministrazione è custode e protettrice.

sede di responsabilità amministrativa e disciplinare, da invocare per ‘premiare’ l’attività del personale pubblico destinato allo svolgimento delle procedure evidenziali che abbia realizzato risultati virtuosi e per allontanare il rischio della c.d. burocrazia difensiva, rivelatasi di ostacolo ad ogni forma di sviluppo economico e sociale.

Sempre in ordine all’impostazione del Codice sovengono due ulteriori considerazioni.

La prima inerisce alla struttura del Codice: quest’ultimo ripercorre la procedura evidenziale, dalla fase di programmazione e di progettazione a quella di aggiudicazione e di esecuzione del contratto. Ciò con lo scopo, chiarito nella Relazione, di “raccontare” la storia della procedura, accompagnando via via Stazioni appaltanti e operatori economici⁶³.

La seconda riguarda la disciplina del regime transitorio contenuto agli articoli 227, 228 e 229 del Codice. Tali disposizioni stabiliscono, in sintesi, l’ultratattività della normativa vigente ai «procedimenti in corso», ossia a quelli già avviati alla data del 1° aprile 2023, data di presumibile entrata in vigore del nuovo Codice; e distinguono il momento della sopravvenuta entrata in vigore da quello dell’efficacia del Codice stesso, fissata al 1° luglio 2023. La duplicazione delle date persegue due finalità: la sostituzione dei Regolamenti vigenti con gli Allegati al Codice nel periodo intermedio; l’individuazione degli anzidetti procedimenti in corso. Chiarisce, infatti, l’articolo 227 che «il decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 è abrogato, con i relativi allegati, a decorrere dalla data di entrata in vigore del codice e, fatto salvo quanto disposto al comma 2, continua a produrre effetti fino alla data in cui il codice acquista efficacia ai sensi dell’articolo 229, comma 2» (comma 1) e che «a decorrere dalla data in cui il codice acquista efficacia ai sensi dell’articolo 229, comma 2, le disposizioni di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 continuano ad applicarsi esclusivamente ai procedimenti in corso»⁶⁴.

Sul piano, ora, dei contenuti: la struttura del Codice punta a ricostruire la procedura di gara, agevolando di volta in volta l’operatore del diritto, nonché quello economico nella ricerca e nella individuazione della normativa applicabile. A questo profilo si aggiungono, poi, ulteriori puntualizzazioni deducibili dal testo, che pure appaiono strumentali a fare chiarezza in quelle intercapedini del

⁶³ Cfr. «Relazione agli articoli e agli Allegati», cit., 9.

⁶⁴ Ossia «a) le procedure e i contratti per i quali i bandi o avvisi con cui si indice la procedura di scelta del contraente siano stati pubblicati prima della data in cui il codice acquista efficacia; b) in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, le procedure e i contratti in relazione ai quali, alla data in cui il codice acquista efficacia, siano stati già inviati gli avvisi a presentare le offerte; c) per le opere di urbanizzazione a scomputo del contributo di costruzione, oggetto di convenzioni urbanistiche o atti assimilati comunque denominati, i procedimenti in cui le predette convenzioni o atti siano stati stipulati prima della data in cui il codice acquista efficacia; d) per le procedure di accordo bonario di cui agli articoli 210 e 211, di transazione e di arbitrato, le procedure relative a controversie aventi a oggetto contratti pubblici, per i quali i bandi o gli avvisi siano stati pubblicati prima della data in cui il codice acquista efficacia, ovvero, in caso di mancanza di pubblicazione di bandi o avvisi, gli avvisi a presentare le offerte siano stati inviati prima della suddetta data».

diritto degli appalti pubblici in cui, sovente, si sono insinuati dubbi e incertezze e delle Stazioni appaltanti e degli operatori economici.

Il rinvio è all'ambito di applicazione del Codice e, dunque, ai confini della materia, nonché ai motivi di esclusione dalla procedura evidenziale⁶⁵.

Sull'ambito di applicazione sovviene il chiaro tenore testuale dell'articolo 13 secondo cui le disposizioni del Codice si applicano ai contratti di appalto e di concessione; *non* si applicano ai contratti esclusi a norma delle direttive comunitarie, ai contratti attivi e ai contratti a titolo gratuito, anche qualora essi offrano opportunità di guadagno economico, anche indiretto⁶⁶; *non* si applicano ai contratti di società e alle operazioni straordinarie che non comportino nuovi affidamenti di lavori, servizi e forniture; restano salve le disposizioni racchiuse nel D.Lgs. 175 del 2016 relative alla selezione del socio privato e di cessione di quote o di azioni.

Com'è evidente la disposizione assume particolare importanza perché circo-scrive, facendo chiarezza, i confini entro i quali il Codice deve essere applicato. L'articolo in parola assume una posizione netta su una questione – il contenuto essenziale dell'onerosità del contratto d'appalto – che si è rivelata spinosa per la giurisprudenza amministrativa, precisando che la corrispettività delle prestazioni è un requisito essenziale del contratto.

Lo Schema definitivo del Codice raccoglie gli stimoli derivanti dal diritto giurisprudenziale più recente, nazionale⁶⁷ ed europeo⁶⁸, formato sull'applicabilità del Codice ai contratti stipulati a titolo gratuito, ma interessati, ossia produttivi *aliunde* di un vantaggio economico e, in parte, li supera. Come anticipato, infatti, l'articolo 13, prima, stabilisce la non applicabilità del Codice ai contratti gratuiti «anche qualora essi offrano opportunità di guadagno economico, anche indiretto»; dopo, però, prevede che, comunque, essi sono conclusi dalle Amministrazioni pubbliche nel rispetto dei principi del risultato, della fiducia e dell'accesso al mercato di cui agli articoli 1, 2 e 3 dello Schema.

È, dunque, con chiarezza che il Codice definisce l'ambito di applicazione; individua le relative esclusioni e, per queste ultime, si sofferma comunemente a stabi-

⁶⁵ A titolo esemplificativo, sussistendo numerosi argomenti su cui, via via, la giurisprudenza amministrativa è intervenuta per fare chiarezza.

⁶⁶ In questo caso, però, l'affidamento è effettuato osservando, comunque, i principi del risultato, della fiducia e dell'accesso al mercato di cui agli articoli 1, 2 e 3 del Codice.

⁶⁷ Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 3 settembre 2017, n. 4614 secondo cui un contratto pubblico, per quanto concluso a titolo gratuito in senso finanziario, ma non economico, deve comunque ricadere nell'ambito di applicazione del Codice dei contratti; diversamente, la Stazione appaltante potrebbe scegliere senza vincoli di sorta il contraente.

⁶⁸ Cfr. Corte di Giustizia Ue, Sez. IV, 10 settembre 2020 (Causa C367/19) secondo cui «un contratto 'a titolo oneroso' designa un contratto mediante il quale ciascuna delle parti si impegna ad effettuare una prestazione quale corrispettivo di un'altra prestazione. Il carattere sinallagmatico del contratto rappresenta quindi una caratteristica essenziale di un appalto pubblico. Il relativo corrispettivo non deve necessariamente consistere nel versamento di una somma di denaro, cosicché la prestazione può essere retribuita con altre forme di corrispettivi, come il rimborso delle spese sostenute per fornire il servizio pattuito».

linne la subordinazione ai principi generali, nazionali ed europei, che consentono un incontro virtuoso tra mercato e interesse pubblico.

Con riferimento, poi, ai motivi di esclusione dalla procedura evidenziale, che finora hanno determinato un contenzioso significativo, sovengono in particolare gli articoli 94 e 95 dello Schema: il primo individua le cause di esclusione «automatica»; il secondo contempla le cause di esclusione «non automatica». Nel vigente Codice ambedue sono contenute nell'articolo 80.

Ora, la previsione di due disposizioni distinte viene incontro a una evidente esigenza di chiarezza. Analoghe considerazioni valgono per la denominazione adottata, cause di esclusione «automatica» e non, in luogo dell'espressione 'esclusione facoltativa'. Come è precisato nella Relazione di accompagnamento, la precedente denominazione (ossia esclusione facoltativa) «si prestava ad ingenerare l'equivoco per cui, pur in presenza di un motivo di esclusione (rientrante tra quelli "facoltativi")», la stazione appaltante potesse stabilire di non disporre l'esclusione dell'operatore economico»⁶⁹. Come già emerso in giurisprudenza, invece, il potere di esclusione attribuito alla Stazione appaltante non consiste in una mera manifestazione di volontà, ma piuttosto in un complesso apprezzamento del caso concreto e, dunque, della incidenza della causa di esclusione sulla serietà e sulla affidabilità dell'impresa⁷⁰. Concetti, questi ultimi, condivisi dal Legislatore se si considera la previsione del «principio della fiducia» con cui il Codice esordisce.

Gli esempi fin qui formulati mettono in luce il carattere innovativo dello Schema che, muovendo dai principi – in particolare, da quelli del risultato, della fiducia e dell'accesso al mercato – dà un segnale sia alle Stazioni appaltanti, esortandole a fare 'buon uso' della propria discrezionalità per la stipula di contratti 'virtuosi', sia agli operatori economici, invitandoli ad avere fiducia nell'azione legittima, trasparente e corretta delle Amministrazioni.

Ancora, la lettura dello Schema definitivo, unitamente alla Relazione, induce a ritenere che il Legislatore sia andato incontro alle esigenze di semplificazione nella forma e nei contenuti espresse dalle Stazioni appaltanti e dagli operatori economici e palesate, come è emerso sopra, nell'aumento del contenzioso scaturito (anche) dall'incertezza prodotta dai continui ed eterogenei interventi sul vigente Codice.

Sul solco della semplificazione si inseriscono la scelta di un Codice auto esecutivo, con il conseguente assorbimento delle Linee guida vincolanti dell'Autorità anticorruzione; la struttura stessa del Codice che ripercorre le fasi della procedura evidenziale sino alla esecuzione del contratto; la previsione di disposizioni chiare su questioni controverse e delicate fin qui affrontate dalla giurisprudenza nazionale ed europea. Non soltanto: come manifestato nella Relazione, il Legislatore ha inteso realizzare la semplificazione dei contenuti anche attraverso la previsione dell'eser-

⁶⁹ Cfr. «*Relazione agli articoli e agli Allegati*» citata, 138.

⁷⁰ Cfr. Ad. Plen. del Cons. St., 28 agosto 2020, n. 16 e 27 maggio 2021, n. 9.

cizio del potere discrezionale delle Amministrazioni, pur inserendolo in una cornice ben definita di principi, e l'eliminazione, «ovunque possibile», del *goldplating*⁷¹.

8. *Riflessioni conclusive: la semplificazione 'presa sul serio'*⁷²

Dall'approfondimento delle più significative novelle al vigente Codice dei contratti pubblici (al netto del nuovo Codice) emerge con nitore che il Legislatore ha preteso di dare una spinta al mercato – in pratica ai cantieri da aprire e a quelli da chiudere, ma anche ai servizi pubblici – prima e dopo l'emergenza sanitaria attraverso lo strumento della semplificazione.

Invocata e talora mistificata, la semplificazione avrebbe dovuto riguardare sia le norme sia i procedimenti, ma dall'analisi svolta è emerso che le aspettative sono state tradite.

Ogni intervento legislativo è stato racchiuso in testi composti da numerosissime disposizioni⁷³ con l'effetto che la copiosità dei testi normativi e la loro complessità hanno indebolito le pretese di semplificazione⁷⁴.

⁷¹ Cfr. «*Relazione agli articoli e agli Allegati*» citata, 10.

⁷² Il riferimento è al noto lavoro di R. Dworking, *I diritti presi sul serio*, Bologna, 1994.

⁷³ A titolo esemplificativo, il Decreto c.d. "Semplificazioni" contiene un articolato di 470 commi; invece, quel Decreto sembra muovere da un convincimento, erroneo, come dimostrato, che la legge possa risolvere ogni problema operativo. Ancora, in argomento, il Decreto n. 76/2020 introduce plurimi regimi normativi differenziati per quanto riguarda l'efficacia temporale delle disposizioni introdotte. Più nello specifico, il decreto in questione contempla: disposizioni che trovano applicazione per le procedure il cui atto di indizione sia stato adottato in una data compresa fra quella di entrata in vigore del decreto e il 31 dicembre 2021 (come ad esempio quelle in materia di affidamenti sotto-soglia di cui all'articolo 1); disposizioni che trovano applicazione sia per le procedure di gara già indette alla data di entrata in vigore del decreto, sia per quelle indette successivamente e fino al 31 dicembre 2020; disposizioni che trovano applicazione per le procedure in relazione alle quali il termine di presentazione delle offerte sia scaduto alla data del 22 febbraio 2020 (ci si riferisce, in particolare, all'obbligo di aggiudicare tali procedure entro il 31 dicembre 2020, secondo quanto previsto dall'articolo 8, comma 2); disposizioni che trovano applicazione per gli appalti di lavori che fossero già in corso alla data di entrata in vigore del decreto (come ad esempio la previsione in tema di anticipata adozione dello stato di avanzamento dei lavori ai sensi dell'articolo 8, comma 4); disposizioni che trovano applicazione per le procedure avviate in una data compresa fra quella di entrata in vigore del decreto e il 31 dicembre 2023 (come la deroga alle previsioni in tema di debito pubblico di cui all'articolo 8, comma 6-bis); disposizioni che prorogano nel tempo la sospensione di taluni istituti codicistici che era stata già disposta dal 'Decreto sblocca-cantieri' del 2019 (come ad esempio quella in tema di sospensione del divieto di appalto integrato di cui all'articolo 8, comma 7); disposizioni che modificano a regime il testo del 'Codice dei contratti pubblici' del 2016 (come quelle in tema di regolarità fiscale e contributiva dei concorrenti di cui all'articolo 8, comma 5, lettera b)).

⁷⁴ V. F. Cintioli, *Per qualche gara in più. Il labirinto degli appalti pubblici e la ripresa economica*, Soveria Mannelli, 2020, 21-22, secondo cui «c'è una cosa che le politiche di cosiddetta semplificazione non hanno compreso: che aumentando le parole della legge e pretendendo di risolvere con la legge ogni problema, si generano due problemi. Il primo è che ogni legge, ogni articolo, ogni suo comma e periodo è a sua volta oggetto d'interpretazione... Molte parole, molti dubbi. Il secondo è che si è seguito troppo spesso un sistema che preferisce risolvere la questione di cosa e come fare con una legge minuziosa, mentre, spesso, servirebbe una legge sintetica, un indirizzo, un principio, lasciando all'amministrazione uno spazio di valutazione vero, per prendere una decisione». V. anche C. Contessa, *Le novità del 'Decreto semplificazioni', ovvero: nel settore dei contratti pubblici esiste ancora un 'Codice'?*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2020.

All'elevato numero di disposizioni legislative deve aggiungersi che spesso la novella non è intervenuta sulla lettera del Codice, ma su ulteriori testi normativi: sicché l'operatore non ha avuto un Codice, pure corposo, dal quale ricavare (tutta) la disciplina di interesse, ma è stato costretto a individuare la normativa applicabile tra plurimi testi.

La regola giuridica deve essere ricavata, cioè, da un complesso *iter* di ricomposizione dell'articolato normativo nel cui ambito il Codice rappresenta soltanto uno dei testi di riferimento.

Fin qui, dunque, le difficoltà derivanti dalle tecniche di *drafting* scelte dal Legislatore e, soprattutto, la rappresentazione dei *needs and gaps* raccolti nella crisi economica e nell'emergenza sanitaria.

Di tanto sembra tenere conto il Legislatore nella Legge n. 78 del 2022, recante «*Delega al Governo in materia di contratti pubblici*» e, come approfondito, nello Schema definitivo di Codice dei Contratti pubblici.

Eppure, un tempo ristretto, appena sei mesi, sono stati concessi al Governo per adottare il nuovo intervento legislativo sulla materia e, in particolare, per «razionalizzare, riordinare e semplificare la disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, nonché [...] evitare l'avvio di procedure di infrazione da parte della Commissione europea e di giungere alla risoluzione delle procedure avviate»⁷⁵. La Relazione allegata alla Legge delega già dava atto della circostanza che le misure fino ad allora adottate dal Legislatore – per lo più derogatorie del regime ordinario – non hanno assicurato coerenza del sistema, ma al contrario hanno restituito complessità e, dunque, prodotto sfiducia.

Importanti obiettivi e grandi ambizioni, dunque, connotano il nuovo Codice: ancora una volta in scena torna la (ambita) semplificazione delle procedure di affidamento; viene altresì in rilievo il forte incentivo al ricorso a procedure flessibili (quali il dialogo competitivo, il partenariato per l'innovazione e le procedure competitive con negoziazione, per la stipula di contratti pubblici complessi e di lunga durata, nel rispetto dei principi di trasparenza e di concorrenzialità); inoltre, la permeabilità della materia agli agenti esterni rende il rinvio ai principi di trasparenza e di concorrenzialità non una inutile ridondanza, ma un opportuno – forse necessario – monito per le Stazioni appaltanti e per gli operatori economici.

Inviti, questi, raccolti nello Schema definitivo che, infatti, esordisce con una triade di principi forti e chiari: il risultato, la fiducia e l'accesso al mercato; in questa cornice, poi, il Codice inserisce una puntuale ricostruzione sia della procedura evidenziale (dalla fase di programmazione progettazione all'esecuzione del contratto) sia di tutti gli ulteriori profili, disciplina dei requisiti di ammissione e dei motivi di

⁷⁵ V. Relazione allegata al disegno di Legge n. 2330, cit.

esclusione dalla procedura, ad esempio, che contribuiscono al corretto svolgimento dell'attività amministrativa e al perseguimento di un risultato virtuoso.

Il nuovo Codice segna la svolta perché, senza incertezze, precisa che la concorrenza deve essere lo strumento per raggiungere un risultato virtuoso; a questo scopo, sia le Stazioni appalti sia gli operatori economici devono orientare il proprio operato.

L'intendimento di restituire coerenza alla normativa sulla materia – rivelato nella Legge delega e recepito nello Schema definitivo – appare, dunque, raggiunto anche in considerazione del fatto che, come visto, il nuovo testo recepisce i più recenti indirizzi giurisprudenziali su questioni (come la gratuità del contratto ovvero le cause di esclusione non automatica dalla gara) che, negli ultimi tempi, avevano determinato un'impennata del contenzioso con effetti, all'evidenza, negativi sul perseguimento degli obiettivi di crescita e di ripresa economica e sociale.

Ancora, nell'analisi svolta è emerso che una delle principali criticità della materia degli appalti pubblici è la mutevolezza della normativa, che disorienta operatori, Amministrazioni e imprese, incapaci di programmare la propria attività⁷⁶. L'incertezza che è derivata finora dai continui interventi legislativi ha costituito una pietra d'inciampo per la macchina amministrativa, indotta ad arretrarsi in chiave difensiva e, dunque, a bloccare in concreto lo sviluppo.

In questo contesto, la semplificazione ha finito per ridursi a uno *slogan* politico, così svuotata di significato e di portata. È essenziale, invece, che la semplificazione sia “presa sul serio”: di questa esigenza, per le novità sul piano dell'impostazione e dei contenuti, sembra farsi carico il nuovo Codice dei Contratti pubblici.

Questa considerazione, peraltro, è giustificata anche da un'ulteriore constatazione (rispetto a quelle innanzi svolte): il Codice, infatti, letto unitamente alla Relazione di accompagnamento, mette in chiaro che la semplificazione è raggiunta sia attraverso la chiarezza delle disposizioni normative sia, e soprattutto, attraverso lo snellimento delle procedure. La semplificazione deve tradursi “nei fatti” e diviene, perciò, il contenuto dell'azione amministrativa da rilevarsi, a questo punto, attraverso lo svolgimento di un'analisi empirica.

Affinché, poi, questo obiettivo sia raggiunto nella realtà concreta non può prescindere da una adeguata formazione dei funzionari pubblici che operano nel settore e da una generale diffusione della cultura della legalità e della «fiducia»⁷⁷.

⁷⁶ Così F. Cintioli, *La lezione Anac: l'Italia non ha bisogno di tecnocrazia*, in www.buffingtonpost.it.

⁷⁷ Su questa stessa linea anche M. Occhiena, *Il coraggio di semplificare*, in *Diritto dell'Economia*, 2020, 2, secondo cui «[...] occorre mettere mano a una certamente complessa, ma affatto indispensabile, operazione di chiarezza che abbia a tema le relazioni tra cittadini e pubbliche amministrazioni. Il che richiede, a parere di chi scrive, uno straordinario sforzo di sintesi che, limitandoci all'ambito economico-imprenditoriale, attività per attività, stabilisca una demarcazione netta tra quelle che possono essere liberamente esercitate in quanto espressione dell'autonomia privata e quelle che possono essere svolte solo previa valutazione da parte di un ente pubblico della loro coerenza con gli interessi pubblici. Tutti gli sforzi di semplificazioni che in questi ultimi decen-

Il nuovo Codice coglie appieno la sfida, laddove – per il tramite della Relazione – chiarisce che la reale riforma dei contratti pubblici necessita di una intensa attività operativa ed essenzialmente di «almeno tre condizioni non legislative, che costituiscono peraltro l'oggetto di impegni in sede PNRR: i. una adeguata formazione dei funzionari pubblici [...]; ii. una selettiva riqualificazione delle stazioni appaltanti; iii) l'effettiva attuazione della digitalizzazione»⁷⁸.

Formazione, riqualificazione e digitalizzazione sono, dunque, la leva per il salto di qualità voluto dal Legislatore e per la riconquista della fiducia dei cittadini e, in particolare, degli operatori economici nella ripresa e nella crescita del Paese.

ni sono stati profusi dal legislatore esclusivamente per rendere più efficienti, anche dal punto di vista temporale, le modalità di esercizio dei poteri amministrativi non sembrano potere ottenere risultati apprezzabili se non si opera sul piano della riduzione degli ambiti sottoposti al regime amministrativo e su quello della contrazione degli aggravii procedurali che rallentano l'azione degli enti pubblici.».

⁷⁸ Cfr. «Relazione agli articoli e agli Allegati» cit., 10.

Francesco Vetrò, Giovanni Lombardo, Michela Petrachi - Abstract

L'avvio del nuovo Codice tra concorrenza, legalità e istanze di semplificazione: l'equilibrio instabile dei contratti pubblici

Il lavoro sviluppa un'analisi critica dell'evoluzione della normativa in materia di contratti pubblici; in particolare approfondisce l'impatto delle norme sulla (auspicata) semplificazione della disciplina, introdotte negli ultimi anni, prima e durante l'emergenza sanitaria, per ricavarne spunti utili di riflessione e di analisi anche della più recente riforma della materia, avviata con la Legge 21 giugno 2022 n. 78, recante «*Delega al Governo sulla materia dei contratti pubblici*», e allo stato trasfusa nello Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici, all'esame delle Commissioni parlamentari.

The launch of the new Code between competition, legality and instances of simplification: the unstable balance of public contracts

The paper develops a critical analysis of the evolution of the legislation on public procurement; in particular, it delves into the impact of the rules on the (hoped-for) simplification of the legislation, enacted in recent years, before and during the health emergency, in order to derive useful insights and analysis also of the most recent reform of the matter, initiated with Law No. 78 of June 21, 2022, bearing "Delegation to the Government on the matter of public contracts," and at present transfused into the Final Outline of the Public Contracts Code, under consideration by the parliamentary committees.

