

CAPITOLO 1

IL CONTRATTO PUBBLICO

SOMMARIO: 1. Un ossimoro solo apparente. – 2. I principi generali dell'attività contrattuale della pubblica amministrazione. – 3. La tormentata evoluzione della normativa in materia di contratti pubblici. – 4. La portata della riforma attuata con il codice del 2016, integrato dal decreto correttivo n. 56/2017. – 5. Una nuova stagione di riforme: il recente decreto legge cd. "sblocca cantieri" n. 32/2019, conv. dalla legge 55/2019, e la tanto declamata semplificazione. – 6. Il contratto pubblico nel diritto interno: normativa statale e regionale. – 7. Cos'è il contratto pubblico? – 8. *segue*. Il profilo soggettivo del contratto pubblico: la necessaria soggettività pubblica. – 8.1. La necessaria intersoggettività sostanziale del contratto pubblico. – 9. I criteri oggettivi di classificazione dei contratti pubblici. – 9.1. I contratti attivi e passivi. – 9.2. Concessioni e appalti pubblici. – 9.2.1. La nozione di contratto di appalto pubblico. – 9.2.2. Il contratto di concessione. – 9.2.3. Le forme contrattuali di confine tra l'appalto e la concessione. – 9.3. I contratti misti. – 10. La forma del contratto pubblico. – 10.1. Natura pubblicistica dell'ente e forma del contratto: il caso dell'azienda speciale. – 11. Il regime giuridico del contratto pubblico. – 12. Il nuovo "regolamento unico" di esecuzione, attuazione e integrazione del Codice.

1. Un ossimoro solo apparente

La locuzione "contratto pubblico" è da sempre un ossimoro, una contraddizione misteriosa, la conciliazione di poli antitetici. Si mettono insieme il concetto privatistico per antonomasia – "il contratto", espressione di autonomia negoziale, di auto-regolamento, di libertà economica e individuale – e un aggettivo ("pubblico") che evoca la negazione del diritto privato, il *public power* unilaterale, l'imperatività, l'autoritarità, i muscoli con i quali le pubbliche amministrazioni sono capaci di imporsi sui privati senza bisogno di cercare il loro consenso e di procurarsi il loro beneplacito.

Eppure la discrasia è solo apparente.

Bisogna muovere dal rilievo che **la pubblica amministrazione è una e doppia, gode di due capacità**. È l'antica e sempre attuale lezione della *doppia personalità* dei soggetti pubblici. Ogni pubblica amministrazione è, nel nostro disegno pluralistico, un'autorità che può usare gli strumenti autoritativi del diritto pubblico, ma anche un soggetto di diritto comune, un cittadino dell'ordinamento generale che, al pari di

ogni altro attore del diritto, può adoperare gli strumenti del diritto privato avvalendosi dell'universale capacità giuridica e di agire. Questa seconda eventualità si verifica, per l'appunto, quando una pubblica amministrazione stipula un contratto, dismette i comodi panni del potere autoritativo e decide di agire *iure privatorum*.

I contratti degli agenti pubblici sono pubblici solo in senso soggettivo, ma per il resto – quanto a natura, essenza e disciplina – sono atti integralmente privatistici. In questo si differenziano, in modo decisivo, dagli accordi di cui agli articoli 11 e 15 della legge n. 241/1990, che si presentano quali provvedimenti concordati di diritto pubblico, ossia alla stregua di moduli consensuali e concertati di esercizio del potere pubblicistico.

La disciplina dei contratti pubblici contiene, quindi, allo stesso tempo, regole di diritto pubblico e prescrizioni di diritto privato, perché la pubblica amministrazione, quando seleziona il contraente e poi stipula il contratto, sta facendo uso contestualmente di potere pubblico e di autonomia negoziale.

È ormai pacifico, in definitiva, che la pubblica amministrazione, prima ancora che un'autorità dotata di una supremazia speciale, è un soggetto di diritto comune che può usare gli strumenti giuridici concessi agli altri soggetti di diritto. La diffidenza in passato mostrata dal legislatore nei confronti di un'amministrazione che si ammanta di vesti privatistiche è ormai un retaggio dal passato – nel 1898 A. Bonomi parlava di amministrazioni *costrette ad avere rapporti contrattuali* –, cancellato da una tendenza, per certi versi opposta, a privilegiare, in omaggio ai principi europei di proporzionalità e sussidiarietà, strumenti giuridici privati, meno invasivi della sfera giuridica dei cittadini, e costituenti, al pari degli accordi ex art. 11 della legge 241 cit., una generale alternativa alla clava del potere *iure imperii*.

È ormai acquisito che **la capacità di diritto privato della pubblica amministrazione è una categoria generale**. È del tutto superata l'opposta tesi della sussistenza di una limitazione generale della capacità negoziale della P.A. Oltre ai contratti previsti dalla legge la P.A. può stipulare anche altri contratti. **La libertà contrattuale della p.a. si può quindi esplicitare in tutte le sue declinazioni**. È libertà di concludere o di non concludere il contratto; di scegliere il contraente; di determinare il contenuto del contratto; di stipulare contratti tipici, atipici o misti. **Non è, naturalmente, una libertà assoluta**, in quanto è limitata dai vincoli pubblicistici, di derivazione comunitaria e nazionale, che riguardano l'individuazione del contraente. **Questa libertà "condizionata" è ribadita dall'articolo 11 c.c.**, secondo cui "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"¹.

¹ Si pensi ai limiti e divieti relativi alla costituzione o partecipazione a società, o al diritto di concludere contratti di tipo finanziario (art. 3, comma 27, legge n. 244/2007). Numerosi limiti sono posti poi da leggi che limitano opere pubbliche per ragioni di equilibrio di bilancio: art. 43 L. 449/97 e 119 TU n. 267/200 (sulle sponsorizzazioni); art 6, comma 9, DL n. 78/2010; art. 3, comma 17, L 351/2001 (sui limiti ai contratti di acquisto); art. 12, comma 1-*quater*, DL 98/2011; art. 1, comma 143 L. 228/2012; art. 2, comma 4 D.Lgs. 81/2015. Vedi A. Moliterni, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, Napoli, 2016.

I contratti pubblici sono, quindi, uno strumento quotidiano e fondamentale dell'azione amministrativa, rappresentano una delle voci principali della spesa pubblica (oltre il 15% del prodotto interno lordo degli Stati europei) e costituiscono, per molte imprese, una fonte rilevante del fatturato.

Per questo il **public procurement** è uno snodo essenziale della funzione pubblica e il diritto privato dei contratti un fondamentale diritto di libertà.

Per dirla con Massimo Severo Giannini, "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". L'"amministrare per contratti" e la "ricerca del consenso" sono strade maestre dell'agire pubblico.

Il ricorso a strumenti consensuali in luogo di quelli imperativi è coerente anche con quelle teorie economiche che postulano il primato delle soluzioni negoziali in tutti i casi in cui non vi siano elevati costi di transazione. Il ricorso a queste soluzioni è infatti efficiente in senso paretiano, perché aumenta il benessere di entrambi i contraenti, siano essi pubblici e privati, i quali, in caso contrario, non presterebbero il consenso. Più in particolare, secondo il **teorema di Coase**, la contrattazione tra gli agenti è in grado di condurre ad un'allocazione ottimale di risorse a prescindere da come sono assegnati inizialmente i diritti e dall'eventuale presenza di esternalità negative. Come nelle transazioni tra privati, anche nei rapporti tra P.A. e interlocutore privato, il potere pubblico è disposto solo a privarsi di beni cui il mercato riconosce un valore superiore a quello attribuito dall'amministrazione; la pubblica amministrazione è portata ad acquistare beni essenziali allo svolgimento delle sue funzioni e all'erogazione di servizi pubblici pagando il prezzo a ciò necessario nel presupposto che il valore per la collettività di tali beni sia di norma superiore a quello assegnato loro dal privato.

Certo non si può generalizzare, concludendo trionfalisticamente che "il privato è bello". Non sarebbe serio neanche predicare la generale superiorità dello strumento negoziale rispetto a quello autoritativo anche quando si curano interessi pubblici. In molti casi, infatti, i costi di negoziazione sono elevati e l'amministrazione non può attingere a risorse illimitate pur di raggiungere l'accordo con il privato. Spesso la pubblica amministrazione non dispone neanche delle capacità negoziali necessarie per trattare efficacemente con i privati e vi è il rischio che possa colludere con questi ultimi a danno dell'interesse pubblico. Eppure, una valutazione in termini di efficienza economica spinge a esplorare la possibilità di impiegare strumenti contrattuali con maggiore ampiezza di quanto non sarebbe disposta ad ammettere la tradizione amministrativa incentrata sul primato dell'armamentario pubblicistico di tipo autoritativo. L'amministrazione è tenuta sempre a una valutazione costi-benefici, i cui esiti devono essere esplicitati in sede motivazionale, nel decidere come procurarsi le risorse necessarie per raggiungere i fini istituzionali. Deve valutare e spiegare se sia meglio comprare o espropriare, stipulare un contratto di locazione o requisire, dare vita a una servitù negoziale o a una coattiva, usare i muscoli o tendere la mano insomma. In una diversa prospettiva, il ricorso allo strumento contrattuale per l'approvvigionamento di

beni e servizi è la conseguenza della rinuncia all'*in house production*, ossia alla possibilità di produrli direttamente. Questo tipo di attività contrattuale presuppone, infatti, una scelta tra il fare e il comprare (*make or buy*), tra l'uso di risorse interne e il ricorso al mercato (l'*outsourcing* o esternalizzazione).

Forse è presto per parlare di *preferenza per il diritto privato*, ma è certo che **la via del potere imperativo e autoritativo non è più l'unica e non è più necessariamente la migliore** per il perseguimento del benessere collettivo e della "felicità pubblica".

Lo conferma anche il legislatore con l'**articolo 20, comma 4, lett. f), della legge n. 50/1997** che prevede, seppure in termini di mera abilitazione, la "generale possibilità di utilizzare, da parte delle amministrazioni e dei soggetti a queste equiparati, strumenti di diritto privato, salvo che nelle materie o nelle fattispecie nelle quali l'interesse pubblico non può essere perseguito senza l'esercizio di poteri autoritativi"; e con l'**articolo 1, comma 1-bis, della legge n. 241/1990**, norma ambigua e dal non chiaro tenore precettivo, secondo cui "la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente".

A tali temi dobbiamo quindi dedicare la giusta attenzione, analizzando le novità principali introdotte dal codice del 2016 (modificato dal decreto correttivo del 2017, specie con riguardo alle regole procedurali, ai sistemi di aggiudicazione e ai criteri di valutazione), in questo universo instabile, perennemente in bilico tra *public law* e regole privatistiche, tra mercato nazionale e istanze europee, tra diritto ed economia, tra concorrenza e legalità.

2. I principi generali dell'attività contrattuale della pubblica amministrazione

Volendo sintetizzare, in termini generali, i principi applicabili all'attività contrattuale dei pubblici poteri, si può dire che:

- a) l'amministrazione può sempre fare ricorso al mezzo privatistico e consensuale per perseguire il fine pubblico, laddove **verifichi e dimostri, con adeguata motivazione, le ragioni della migliore funzionalità della strada non autoritativa** (è stato così ammesso un contratto di acquisto di una cosa futura per la realizzazione di un edificio pubblico in alternativa al binomio pubblicistico espropriazione dell'area-appalto di opera pubblica);
- b) **il contratto della P.A. è un normale atto di diritto privato** che, salve diverse norme speciali espresse (ad esempio di divieto o limitazione)², soggiace alla *ordinary rule of contracts*, ossia a tutte le norme del codice civile e del diritto privato (art. 30, comma 8, codice contratti pubblici del 2016; articolo 1, comma 1-bis, leg-

² Si pensi alle norme che vietano agli enti locali di stipulare contratti derivati, ossia prodotti finanziari ad alto rischio; alle norme che impongono l'inserimento nei contratti pubblici di particolari clausole (si pensi alla cd. "clausola sociale", che impone, in determinati settori, all'impresa che si aggiudica un contratto pubblico di mantenere in servizio i dipendenti dell'impresa uscente).

ge n. 241/1990, già citato), con conseguente assoggettamento delle controversie relative alla sua stipulazione e alla sua esecuzione alla giurisdizione del giudice ordinario (così, *a contrario*, l'articolo 133, comma 1, lettera e, c.p.a., che prevede la giurisdizione esclusiva del G.A. per le sole controversie relative alla procedura amministrativa di scelta del contraente);

- c) **la stipulazione del contratto deve essere preceduta da un procedimento amministrativo** che si innesta e va a integrare le regole di diritto privato relative allo schema proposta-accettazione di cui all'articolo 1326 c.c. (cosiddetta *procedura d'evidenza pubblica*; in Francia si parla di *tutelle publique*). Detta procedura consta di un pluralità di atti di diritto pubblico a monte del contratto, volti a valutare l'interesse pubblico a un certo contratto (cd "determinazione a contrarre") e a scegliere il contraente che offre le condizioni migliori (procedura che si avvia con il bando di gara e culmina con il provvedimento di aggiudicazione);
- d) gli enti pubblici che stipulano un contratto, a differenza dei privati che sono pienamente liberi di scegliere le proprie controparti contrattuali, sono quindi soggette a **regole speciali di natura pubblicistica** – limitative dell'ordinaria capacità di agire (Cons. Stato, V, n. 6281/2002) –, che vogliono tutelare l'interesse della stessa amministrazione alla scelta dell'interlocutore migliore e meno oneroso, anche per proteggere i valori comunitari della concorrenza e della *par condicio* tra i potenziali competitori;
- e) l'*assenza di un vero padrone* dal quale si attende fisiologicamente la tutela dell'interesse della propria organizzazione, impone, in via surrogatoria, l'applicazione, per i contratti pubblici, di regole oggettive che limitino la discrezionalità dell'amministrazione ed evitino patologie, distorsioni e collusioni³;
- f) per la loro matrice comunitaria, i principi fondamentali sottesi al codice dei contratti pubblici si applicano anche ai contratti e agli affidamenti esentati, in tutto o in parte, dalla integrale applicazione della normativa in esame (i contratti attivi, gli altri contratti esclusi, le concessioni di beni, gli altri atti attributivi a operatori economici di benefici contendibili);
- g) i contratti della p.a., dal punto di vista delle procedure di scelta, si dividono in **contratti passivi** (appalti di forniture, servizi e lavori, con cui la stazione appaltante "compra" la prestazione del privato, corrispondendogli un determinato prezzo), **concessioni** (contratti di servizi e lavori, che si distinguono dagli appalti in quanto l'amministrazione non paga un corrispettivo, ma riconosce al concessionario, in via esclusiva o in aggiunta a un prezzo, il diritto a gestire per un certo periodo l'opera e il servizio, così traendo, grazie ai prezzi pagati dagli utenti per l'accesso, una remunerazione che lo ripaga della spesa sofferta) e **contratti attivi** (con cui la P.A. riceve un corrispettivo contro una prestazione che essa eroga a vantaggio del privato: ad es. contratto di locazione o vendita in cui la P.A. funga da locatrice o venditrice); i contratti passivi e le concessioni sono regolati dal codice dei contratti

³ L'efficace espressione è di R. Caranta, *I contratti pubblici*, Torino, 2004, 8.

pubblici del 2016, mentre i contratti attivi, fermo l'assoggettamento ai principi del codice (art. 4), sono regolati dalla normativa di contabilità di Stato (rr.dd. n. 2440 del 18 novembre 1923 e n. 824 del 23 maggio 1924);

- h) **in passato**, la collocazione della disciplina del procedimento di evidenza pubblica tra le norme di contabilità evidenziava **la precipua finalità perseguita, data dalla garanzia di una gestione sana, corretta ed economica del danaro pubblico**, con la preferenza per l'offerta meno onerosa e una tutela solo indiretta della *par condicio competitorum*; a partire dal recepimento delle direttive comunitarie degli anni '70 e '80, e con maggiore chiarezza a seguito della legge Merloni del 1994, del codice del 2006 (d. lgs. n. 163) e del nuovo codice di cui al decreto legislativo n. 50/2016, **l'impostazione della normativa è diventata chiaramente pro-concorrenziale** e mette, dunque, l'accento sull'apertura del mercato dei contratti pubblici alla concorrenza a livello europeo (art. 30 D.Lgs. n. 50/2016) – in attuazione del principio di libera circolazione intracomunitaria delle merci e dei servizi –, sulla rimozione di ogni discriminazione nazionalistica, sulla piena trasparenza delle procedure, sulla garanzia rafforzata della *par condicio* e sulla preferenza per criteri qualitativi di valutazione ("offerta economicamente più vantaggiosa") rispetto a quelli meramente economici ("prezzo più basso");
- i) in ossequio alle finalità pro-competitive perseguite dallo *ius commune europeum*, **l'obbligo di seguire una procedura trasparente vige** non solo in capo ai soggetti tradizionalmente pubblici ma **anche per i soggetti privati sottoposti a controlli amministrativi e influenze pubblicistiche** (organismi di diritto pubblico, imprese pubbliche, società *in house*: artt. 3 e 5 codice); onde evitare l'elusione dei principi comunitari, assume quindi rilievo la pubblicità sostanziale, e non quella formale, con la conseguente necessità di *snidare la pubblicità reale che si nasconde dietro la veste formalmente privata*;
- l) a differenza della fase della formazione del contratto, retta da provvedimenti amministrativi e da norme di diritto pubblico, con conseguente giurisdizione del G.A., **la fase dell'esecuzione è regolata essenzialmente da norme di diritto privato, con conseguente radicamento della giurisdizione del giudice civile.**

Prima di passare all'esame della nozione di contratto pubblico, oggetto precipuo del presente capitolo, è opportuno tratteggiare l'evoluzione normativa conosciuta dalla materia, culminata nel varo del codice di cui al decreto legislativo n. 50/2016, del decreto legislativo correttivo del 2017 e di una pletora di linee guida, regolamenti e provvedimenti di attuazione.

3. La tormentata evoluzione della normativa in materia di contratti pubblici

La materia e il settore della contrattualistica pubblica sono stati caratterizzati – soprattutto negli ultimi anni – da una vera e propria superfetazione di norme che ha confermato l'importanza e la centralità che il settore ha assunto nell'economia nazionale.

Le principali spinte alla modifica dell'ordinamento nazionale sono derivate dalla legislazione e dalla giurisprudenza europee che hanno richiesto al nostro legislatore numerosi interventi di revisione (generali e puntuali).

Abbiamo già detto della **normativa di contabilità pubblica del 1923-1924**.

La rivoluzione si registra con l'avvento delle norme comunitarie degli anni '80, che hanno imposto una revisione integrale della normativa, con il passaggio dall'originario approccio contabilistico a un moderno disegno pro-concorrenziale.

L'attuale normativa in materia di appalti trova le sue origini all'indomani delle vicende di 'tangentopoli' **nella Legge quadro in materia di lavori pubblici, la legge 11 febbraio 1994, n. 109 (c.d. Legge Merloni)**⁴.

Detta normativa, più volte oggetto di modifiche e integrazioni ad opera di quelle che, comunemente, vengono ricordate come Legge Merloni-*bis* (d.l. 3 aprile 1995, n. 101, conv. con legge 2 giugno 1995, n. 216), Legge Merloni-*ter* (legge 18 novembre 1998, n. 415), Legge Merloni-*quater* (legge 1 agosto 2002, n. 166) e Legge Comunitaria 2004 (n. 62/2005). Alla Legge Merloni facevano capo due regolamenti di attuazione, il d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 e il d.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34.

Accanto a tale *corpus* normativo si inserivano: (i) il D.Lgs. 17 marzo 1995, n. 157, in materia di appalti di servizi; (ii) il D.Lgs. 17 marzo 1995, n. 158, in materia di appalti nei c.d. settori esclusi; (iii) il d.P.R. 20 agosto 2001, n. 384, in materia di acquisti in economia; (iv) il D.Lgs. 22 gennaio 2004, n. 30, per gli affidamenti in materia di beni culturali; (v) il d.P.R. 19 aprile 2005, n. 170, in materia di appalti nel settore della difesa.

In occasione del recepimento delle direttive comunitarie nn. 2004/17/CE e nn. 2004/18/CE, il Legislatore italiano ha proceduto a riordinare l'intera materia emanando il **primo codice unico dei contratti pubblici: il D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163**.

Nei suoi due lustri di vigenza, il testo codicistico è stato, tuttavia, oggetto di tanti (e forse troppi) interventi correttivi, dal d.l. 12 maggio 2006, n. 173 alla legge 28 gennaio 2016, n. 11.

La materia è stata, infine, oggetto di una nuova e complessiva riforma. L'occasione è stata nuovamente la fase di recepimento delle ultime direttive europee nn. 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE.

Il legislatore italiano ha, dunque, emanato il **secondo codice dei contratti pubblici (il D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50)**, sebbene rubricato in modo estremamente burocratico "*Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*".

Il nuovo codice dei contratti pubblici, interessato da (quasi) subito da un **significativo decreto correttivo 19 aprile 2017, n. 56**, che ha affrontato una serie di pro-

⁴ Così A. Gamberini – F. Marascio, *Appunti per le lezioni del corso di diritto degli appalti dei servizi e dei contratti pubblici*, p. 3.

blematiche evidenziate dalla prima applicazione, è entrato immediatamente in vigore e ha abrogato la quasi totalità della disciplina vigente, fatte salve alcune disposizioni (soprattutto del d.P.R. n. 207/2010) che continuano ad applicarsi in via transitoria sino all'emanazione dei nuovi provvedimenti attuativi.

Il Legislatore del nuovo codice ha anche adottato (o meglio, aveva originariamente adottato) un innovativo approccio di "delegificazione". Infatti, non è stata (inizialmente) prevista l'adozione di una vera e propria disciplina regolamentare unica di attuazione, sostituendo quest'ultima con strumenti di *soft law* (o *droit souple*) denominati linee guida da approvarsi da parte del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e dall'Autorità Nazionale Anti-corruzione (ANAC). c

4. La portata della riforma attuata con il codice del 2016, integrato dal decreto correttivo n. 56/2017

Dobbiamo interrogarci sulla **portata della novella del 2016**.

Il codice del 2016 (D.Lgs. n. 50/2016) ha cambiato il mondo dei contratti pubblici o li ha stravolti? Mutamento o rigenerazione? Continuazione del vecchio mondo o creazione di uno nuovo?

Quindi riforma o rivoluzione?

Non è una domanda facile, perché i confini non sono netti. Certo non rileva il nome, ma la sostanza. Non conta l'abito di gala, ma il sangue che scorre nelle vene. Alcune rivoluzioni hanno solo tagliato teste, senza cambiare nulla. Non erano neanche riforme. Si pensi alla rivoluzione inglese di Cromwell, servita a sostituire una dittatura con un'altra, più feroce e casuale. Alcune riforme hanno invece cambiato vite e destini, individuali e collettivi. Erano rivoluzioni, come quella industriale tra settecento e ottocento.

La digitalizzazione dei costumi non ha sparato un colpo, ma ha sancito una rivoluzione antropologica, anzi una mutazione genetica di uomini e donne.

Nel campo normativo, il confine dipende dall'attitudine di una normativa ad affinare le regole del gioco sociale (il codice del processo) o a dettarne di radicalmente nuove (la legge sul procedimento, la privatizzazione del pubblico impiego).

Il codice dei contratti del 2016 aveva (originariamente) sancito (almeno) cinque cambiamenti di prospettiva:

- (i) il passaggio da gare formali, in cui si premiava l'offerta confezionata meglio, a gare sostanziali in cui avrebbe dovuto vincere l'offerta migliore;
- (ii) il passaggio da criteri meramente economicistici, che privilegiavano i prezzi più bassi (e in qualche caso aggressivi), ad approcci qualitativi sedotti dall'utilità sostanziale e dalla sostenibilità effettiva dell'offerta;
- (iii) il passaggio da una platea sterminata di micro-stazioni appaltanti (forse tecnicamente inadeguate) a una platea ristretta di centrali di committenza, capaci di gestire procedure complesse con l'ipotizzato 'faro' della professionalità e della tecnica;

- (iv) il passaggio da un'Autorità di vigilanza con poteri assai limitati a all'attuale ANAC che avrebbe assommato, in maniera collaborativa e sinergica, poteri di regolazione, di vigilanza, di sanzione e di consulenza;
- (v) il passaggio da gare che proseguivano sotto la scure di contenziosi futuri a gare in cui sarebbe stato necessario proporre immediatamente ricorso avverso le esclusioni e le ammissioni, con conseguente (auspicabile) definizione immediata del coacervo degli operatori economici partecipanti.

Con il nuovo codice si era quindi inteso cambiare le regole del gioco, in profondità. Molte le novità, in aggiunta ai cinque cambiamenti di prospettiva ora esposti. Non possiamo approfondirle in questa sede, ma possiamo lambirle con semplici parole d'ordine, o poco più. La riforma significa mercati aperti alla concorrenza e anche mercati qualificati, tra imprese con *rating* reputazionali e di legalità, un freno alla frammentazione delle piccole imprese improvvisate, alle prassi dei massimi ribassi in *dumping*, alla mancanza di garanzie sul risultato finale.

Significa gare vere, telematiche, trasparenti, basate sul criterio qualità-prezzo, con zero tolleranza per le offerte anomale, con commissari di gara imparziali. Modernità, legalità, trasparenza, contrasto alla corruzione e all'illegalità. Semplificazione normativa, secondo il criterio del *copy out* nel recepimento delle direttive europee, con qualche limitata eccezione per favorire il contrasto della corruzione e maggiore concorrenza. **Una seria semplificazione amministrativa**, degli oneri burocratici, dei formalismi, con un netto *favor* per il soccorso istruttorio. **Divieto di gold plating**, quindi. *Una concezione del diritto europeo della concorrenza meno fondamentalista, liberale e non liberista.* Un nuovo sistema basato sulla fiducia, voglia di semplicità e di chiarezza. E anche **spazi per il partenariato pubblico privato, il dialogo competitivo, la finanza di progetto, le concessioni**. Progetti veri, direttori dei lavori veri, controlli seri in corso di esecuzione, valorizzando le professionalità e i corpi tecnici. Strumenti di risoluzione delle controversie anche alternativi al processo e nessun alibi per chi vuole scaricare sui giudici le proprie irresponsabilità.

Ce n'era abbastanza per parlare di rivoluzione, anche se di carta.

Sennonché, l'allora Presidente del Consiglio di Stato, Alessandro Pajno, ha insegnato che le rivoluzioni normative iniziano il giorno dopo l'entrata in vigore della legge, quando la leggerezza delle parole cede il passo all'inesorabile pesantezza dei fatti.

Alla puntuale analisi dei nuovi principi e delle nuove regole, sostanziali e processuali introdotti dal Codice del 2016, anche alla luce delle ultime innovazioni recate dai più recenti interventi legislativi di modifica del Codice, dedicheremo i prossimi paragrafi e i capitoli.

5. Una nuova stagione di riforme: il recente decreto legge cd. "sblocca cantieri" n. 32/2019, conv. dalla legge 55/2019, e la tanto declamata semplificazione

Di recente, si è aperta una nuova stagione di importanti riforme al Codice dei contratti pubblici.

Il 19 aprile 2016 entrava, infatti, in piena operatività il nuovo Codice dei contratti pubblici (il D.Lgs. n. 50/2016), destinato non solo a sostituire il pregresso Codice De Lise, approvato con il D.Lgs. n. 163/2006, ma anche a rivoluzionarne la “filosofia di fondo”. Ebbene, il 19 aprile 2019 – esattamente tre anni dopo – è entrato in vigore il Decreto Legge 18 aprile 2019, n. 32 (conv dalla legge 14 giugno 2019, n. 55), intenzionalmente ed enfaticamente rivolto ad un sostanziale superamento dell’attuale Codice, come si può agevolmente desumere non solo dal titolo (“sblocca cantieri”), ma anche dalle numerose innovazioni introdotte nell’ottica e nel segno della “semplificazione”, intesa ormai quale finalità suprema, quale immancabile obiettivo imprescindibile di ogni modificazione alla disciplina dei contratti pubblici.

Se ciò appare certamente pregevole, almeno nelle intenzioni, altro problema è poi quello di verificare se le numerose innovazioni introdotte (che constano di ben 81 modifiche al Codice) siano effettivamente in grado di aprire la strada verso una reale semplificazione della complessa e caotica materia degli appalti pubblici.

Certamente, un’onesto ed esaustiva risposta non può essere fornita se non attraverso un’attenta analisi critica delle nuove disposizioni (che si effettuerà nel prosieguo del presente lavoro con riferimento a ciascun istituto toccato dalla riforma). Decisiva sarà, poi, la prima sperimentazione/applicazione nella pratica delle novità introdotte da parte degli operatori e della giurisprudenza.

Per ora, ad un primo sguardo d’insieme della riforma, pare a chi scrive che, nonostante la bontà degli intenti, le innovazioni introdotte siano in grado di attuare solamente in parte la tanto auspicata semplificazione e che ci sia ancora molta strada da fare.

Al fine di comprendere meglio l’impatto della recente riforma sul sistema attualmente vigente, giova ripercorrere sinteticamente gli obiettivi perseguiti dal legislatore comunitario con le direttive del 2014 e quelli che hanno poi ispirato il legislatore nazionale nel recepimento della normativa europea.

L’idea di base delle direttive europee del 2014 è certamente quella di ottenere una trasformazione strutturale del mercato dei contratti pubblici puntando su un’amministrazione pubblica affidabile, efficiente e attenta all’innovazione, con l’obiettivo di fornire alla collettività infrastrutture e servizi di qualità. Lo scopo perseguito è quindi, chiaramente, quello di avere delle stazioni appaltanti dotate di adeguate capacità tecniche, giuridiche e organizzative, in grado di confrontarsi alla pari con le imprese presenti sul mercato nell’intento di far emergere i progetti e le offerte migliori, più innovativi e convenienti. Le prassi di inefficienza e di corruzione si alimentano, del resto, proprio in presenza di amministrazioni pubbliche poco capaci, inadeguate e permeabili alle pressioni esterne⁵.

In una prospettiva volta a realizzare **un’economia sociale di mercato** fortemente competitiva, cui risulta ormai ispirato l’intervento comunitario dopo il Trattato di Lisbo-

⁵ L. Donato, *Le prospettive di riforma del mercato degli appalti pubblici. Semplificazione e ricerca della qualità*, giugno 2019, disponibile al link: https://www.academia.edu/39425942/Le_prospettive_di_riforma_del_mercato_degli_appalti_pubblici._Semplificazione_e_ricerca_della_qualit%C3%A0.

na (v. art. 3, par. 3, TFUE), le direttive di ultima generazione hanno superato il prevalente interesse iniziale concentrato sulla creazione di uno spazio europeo concorrenziale ampio e diversificato ponendo maggiormente l'attenzione su altri interessi ritenuti ugualmente meritevoli di protezione, quali la tutela e lo sviluppo dei tessuti produttivi locali e nazionali, la tutela dei lavoratori, della salute, dell'ambiente e dei valori sociali.

Piuttosto che sviluppare ulteriormente una regolamentazione più specifica e dettagliata in questi settori, la cura di tali interessi è stata allora rimessa alla capacità di scelta delle amministrazioni pubbliche nei mercati, cosicché, al fine di dare impulso ad uno sviluppo economico e sociale virtuoso, sono stati riconosciuti alle stazioni appaltanti adeguati spazi di discrezionalità, a partire dalla scelta stessa tra le varie procedure utilizzabili.

L'obiettivo avuto di mira è, evidentemente, quello di privilegiare gli aspetti qualitativi dei lavori, dei beni e dei servizi oggetto del *public procurement*, eventualmente anche a scapito di una mera valutazione in termini di risparmio di spesa: di qui il maggior peso attribuito al criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, dove la componente qualitativa assume un peso preponderante rispetto a quella quantitativa (prezzo), potendo in alcuni casi addirittura superarla del tutto.

La disciplina europea è stata recepita dal legislatore nazionale nel 2016, il quale ha cercato, a ben vedere, di seguire la strada maestra delineata dalle direttive europee nel senso della riforma della committenza pubblica e del sistema di valutazione degli operatori economici che partecipano alle gare.

Senonché, alla trama della disciplina europea si è però sovrapposto un complesso di disposizioni di interesse tipicamente nazionale volte al contrasto della criminalità e della corruzione, dell'evasione fiscale e/o previdenziale (oltre che alla tutela dei lavoratori, al rispetto della salute e della sicurezza sui luoghi di lavoro e così via), accompagnate dal tradizionale impianto di minuziosa definizione di iter di spesa rigidi e generalizzati. Come è stato attentamente rilevato, tutto ciò è avvenuto con il chiaro obiettivo – diametralmente opposto all'approccio comunitario –, di **limitare gli spazi discrezionali** rimessi alle scelte delle stazioni appaltanti, nella convinzione (pur diffusamente considerata erronea) di limitare così parallelamente gli spazi di manovra per i comportamenti infedeli e/o illeciti⁶.

Se si pone lo sguardo al nostro complessivo corpus normativo in materia di appalti pubblici, si può, infatti, agevolmente notare come da esso emerga un globale **senso di sfiducia** verso le amministrazioni pubbliche, con il risultato che, lungi dall'incentivarne l'evoluzione verso più elevati standard operativi, il nostro ordinamento sembra quasi volerle confinare ai margini di un sistema in cui la tutela del loro corretto funzionamento è affidata alla standardizzazione dei processi e al controllo giudiziario.

Del resto, un chiaro esempio in questa direzione è rappresentato proprio dalla normativa di attuazione del Codice dei contratti pubblici, che è stata affidata a una conge-

⁶ L. Donato, *Le prospettive di riforma del mercato degli appalti pubblici. Semplificazione e ricerca della qualità*, cit.

rie di fonti secondarie, in luogo e in sostituzione di una regolamentazione governativa unica. Tant'è che, ad oggi, si annoverano ben 56 fonti di regolamentazione attuativa, tra cui decreti ministeriali e Linee Guida dell'Autorità nazionale anticorruzione, alla quale è stata riconosciuta anche una potestà regolamentare, oltre alla vigilanza nel settore dei contratti pubblici.

Tale sistema di *soft law*, almeno nelle intenzioni, avrebbe dovuto sostituire le disposizioni generali e astratte con prescrizioni discorsive volte anche a definire *best practices*. La verità è che, a distanza di tre anni dalla sua introduzione, esso ha determinato un incremento netto della complessità del sistema, generando un **corpus normativo fin troppo articolato e complesso**, che in molti casi, attraverso la dettagliata descrizione delle procedure, ha finito per comprimere la discrezionalità delle amministrazioni definendone anche le prassi operative in svariati ambiti (basti solo pensare, in tal senso, alle linee guida n. 3, 4, 5 e 6, in tema di Rup, affidamenti sotto soglia, scelta dei commissari di gara, esclusione degli operatori e mezzi di prova).

Anche sotto ulteriori e dirimenti profili, si può notare come la nostra legislazione sia di fatto rimasta "ingessata" in un eccesso di regolamentazione che certamente non ha giovato all'efficienza e qualità del sistema degli appalti. Basti solo pensare alla **progettazione degli interventi**, predefinita secondo standard rigidi e costellata da un eccesso di autorizzazioni che allungano tempi e costi dei procedimenti, ovvero, ancora, alla **fase esecutiva** delle opere, minuziosamente disciplinata nei vari passaggi dei pagamenti, delle varianti, del collaudo e delle riserve sull'esecuzione dei lavori.

Vi è poi anche un altro fondamentale profilo che deve essere evidenziato.

Nel documento di analisi di impatto della regolamentazione (AIR) effettuata prima del recepimento delle Direttive europee del 2014, tra le principali criticità veniva evidenziata "*l'eccessiva proliferazione di stazioni appaltanti, che raggiungono il numero di circa 32.000*"⁷.

Fino all'emanazione del Codice del 2016, si era sempre prestata una scarsa attenzione alla frammentazione della committenza pubblica e alle sue evidenti implicazioni sul piano della qualità della domanda, dell'efficienza allocativa della spesa e dei possibili risvolti patologici.

Sotto questo profilo, le Direttive del 2014 hanno invece focalizzato l'attenzione proprio sugli attori del processo di spesa, attribuendo un ruolo centrale alla qualificazione delle stazioni appaltanti. Del resto, lo stesso utilizzo del criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa richiede una maggiore specializzazione, non solo nella predisposizione a monte dei criteri di valutazione, ma anche nell'analisi di offerte più complesse presentate dal mercato.

Coerentemente, il legislatore nazionale ha introdotto una differenziazione dei committenti pubblici nei poteri di spesa sulla base di un sistema di qualificazione incardinato presso l'ANAC.

⁷ L. Donato, *Le prospettive di riforma del mercato degli appalti pubblici. Semplificazione e ricerca della qualità*, cit.

Si è più volte evidenziato in dottrina come le norme che disciplinano questa materia (l'intero Titolo II della Parte II e, in particolare, gli artt. 37 e 38 del Codice) rappresentino un punto di arrivo e uno snodo centrale verso una maggiore efficienza del sistema: queste norme individuano infatti due strumenti, **l'aggregazione della domanda e la qualificazione delle stazioni appaltanti**, strettamente connessi tra di loro ed entrambi funzionali a migliorare la qualità delle commesse pubbliche.

Senonché però, ad oltre tre anni dall'emanazione del Codice, la riforma è rimasta inattuata, presumibilmente a causa delle forti resistenze da parte delle amministrazioni pubbliche minori nel vedersi limitate, attraverso i processi di spesa, nella scelta del contraente aggiudicatario.

Sul complesso e articolato scenario normativo fin qui sinteticamente descritto, è intervenuto, da ultimo, il **decreto legge cd. "sblocca cantieri" n. 32 del 2019**, volto ad introdurre disposizioni urgenti che dovrebbero favorire la crescita economica e dare impulso al sistema produttivo del nostro Paese, mediante l'adozione di misure volte alla semplificazione del quadro normativo connesso ai pubblici affidamenti, concernenti, in particolare, la disciplina dei contratti pubblici.

Con il D.L. n. 32/2019 è stata quindi modificata, sotto svariati profili, la disciplina del Codice dei contratti pubblici con il fine, da un lato, di provvedere ad alcuni interventi volti ad evitare l'avvio o la prosecuzione di procedure di infrazione comunitaria⁸, dall'altro, di introdurre una serie di semplificazioni e modifiche al quadro normativo vigente, la maggior parte delle quali, peraltro, già da tempo segnalate dalle associazioni degli operatori del settore.

Tra le numerose novità, spicca innanzitutto **la reintroduzione di un "tradizionale" regolamento unico** destinato ad accorpere una parte dei provvedimenti attuativi attualmente vigenti, che constano di decreti ministeriali e linee guida vincolanti dell'ANAC. La previsione di un nuovo regolamento "quasi unico" è sicuramente la scelta legislativa che sembra raccogliere il maggior consenso tra gli operatori pubblici e privati. Si è detto, infatti, come il sistema di *soft law* introdotto dal Codice abbia finito, di fatto, per diventare un ulteriore elemento di instabilità e di complicazione del quadro normativo vista la numerosità dei provvedimenti secondari emanati, la mancata adozione di alcuni di essi e le ripetute modifiche intervenute su quelli adottati, anche per tener conto dell'evoluzione della normativa primaria.

Se nella prima versione del decreto legge approvato sembrava che rimanessero fuori dal futuro testo regolamentare ancora numerosi atti attuativi (42 circa), il testo definitivamente approvato ha conferito una portata più generalizzata, attribuendo alla misura una valenza di maggiore sistematicità.

Ulteriore punto cruciale riguarda la **semplificazione degli appalti al di sotto delle**

⁸ La procedura d'infrazione europea n. 2018/2273, che risulta attualmente aperta a carico dell'Italia, riguarda, principalmente, le cause di esclusione, la disciplina dell'avalimento, l'esclusione delle offerte anomale e il subappalto, come si vedrà più nel dettaglio nel prosieguo dell'opera con l'esame dei singoli istituti.

soglie di rilevanza comunitaria, che si è voluta attuare attraverso la rideterminazione delle soglie di affidamento e delle procedure esperibili.

Come si vedrà nel capitolo successivo, sono stati così reintrodotti l'ampliamento dell'affidamento diretto sia per i lavori (euro 150.000), sia per i servizi e le forniture (euro 221.000) e l'ampliamento del ricorso alle procedure negoziate per i lavori fino ad 1 milione di euro, ripristinando ed ampliando le misure già introdotte con la legge finanziaria per il 2019.

Sempre nell'intento di perseguire una maggiore semplificazione e flessibilità, è stato eliminato l'utilizzo prioritario del criterio del minor prezzo (previsto nel testo originario del decreto): pertanto, la scelta del criterio di aggiudicazione viene rimessa alla discrezionalità delle stazioni appaltanti.

Tali novità sono state salutate da subito con favore.

Atteso che, specie per quanto riguarda i lavori⁹, la fascia fino a 5.548.000 di euro comprende (dati ANAC anni 2017 – 2018) circa il 98% delle procedure mediamente avviate dalle stazioni appaltanti con un valore pari a circa il 46% in media degli importi complessivamente messi a gara, sembra che, effettivamente, la "liberalizzazione" della scelta del criterio di aggiudicazione, così come l'aumento delle soglie per gli affidamenti diretti, possa avere l'effetto di determinare una crescita degli importi messi a gara e una maggiore facilità nell'avvio delle procedure sotto soglia¹⁰.

Nel testo definitivamente approvato in sede di conversione è stata inoltre confermata la possibilità per le stazioni appaltanti di **esaminare le offerte prima della verifica della documentazione relativa al possesso dei requisiti di carattere generale e di quelli di idoneità e di capacità degli offerenti** (cd. inversione delle fasi di gara, finora prevista solo per i settori speciali dall'art. 133, comma 8, del Codice).

La norma, già prevista dalle Direttive europee e solamente ora recepita per gli appalti nei settori ordinari (sia sopra che sotto soglia), appare effettivamente utile ai fini della semplificazione e dello snellimento della fase di affidamento.

D'altro canto, è anche vero che ciò avverrà a prezzo di una serie di criticità che verranno inevitabilmente a porsi (di cui si dirà più ampiamente nel capitolo successivo) in relazione alle tipologie di procedure cui il meccanismo potrà essere applicato e alle problematiche che si verranno a determinare nella fase successiva dei controlli. A quest'ultimo riguardo, basti solo anticipare che molti dei problemi nascenti potrebbero essere senz'altro semplificati se fosse attivata la banca-dati degli operatori economici presso il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti sui requisiti di partecipazione dei concorrenti, prevista dall'art. 81 del Codice e rimasta sino ad oggi senza esito, atteso che tale strumento eviterebbe la lunga trafila dei controlli presso le varie autorità pub-

⁹ Per i beni e i servizi l'OEPV rimane il criterio da utilizzare per le gare di importo superiore a 221.000 euro.

¹⁰ L. Donato, *Le prospettive di riforma del mercato degli appalti pubblici. Semplificazione e ricerca della qualità*, cit.