

## **Il codice dei contratti tra passato presente e futuro. Una riflessione su luci e ombre .**

**Francesca Petullà**

### **Premessa**

La adozione del nuovo codice dei contratti che ormai cerchiamo di applicare da tre anni di fatto ha costituito un elemento di rottura rispetto alla tradizione della normativa sulla contrattualistica pubblica.

Com'è noto la normativa in materia di contrattualistica nel nostro ordinamento ha origini storiche piuttosto datate.

I nostri sistemi di scelta del contraente sono stati addirittura ideati e messi appunto dai Romani nella cd. *locatio operarum* cioè a dire il contratto di appalto che veniva affidato con due sistemi quale il pubblico incanto con un banditore che in pubblica piazza apriva l'incanto e allo spegnimento della terza candela vergine aggiudicava ovvero con la trattativa privata quanto circostanze speciali ed eccezionali non consentivano l'incanto.

Anche all'epoca la normativa fu adottata dopo uno scandalo che vedeva coinvolto il governatore delle Trinacria, tale Verre, che chi come me ha fatto il liceo classico ricorda bene se non altro per aver tradotto pagine e pagine delle sue malefatte attraverso Marco Tullio Cicerone, il suo avvocato, l'avv. Coppi dell'epoca, - e lo dico con deferenza essendo stato Franco Coppi il mio professore di diritto penale ( all'esame insieme al codice portavamo in latino anche il De Oratore e l'oratoria di Cicerone) - che lo fece assolvere dalla imputazione di corruzione per aver lucrato sulla realizzazione di strade, porti acquedotti, e sulla riscossione delle gabelle.

Com'è risaputo i Romani poche battaglie hanno fatto, e quelle poche le hanno perse, loro erano bravi con l'organizzazione e nelle Province erano rappresentati dal Governatore e da un editto pretorio che rappresentava le poche regole di convivenza civile tra romani e autoctoni avrebbero dovuto esser rispettate; tra queste la costruzione di opere funzionali a commercio come strade e porti (*il portiorum* antenato della concessione di realizzazione) e la riscossione delle gabelle, il "*date a Cesare quel che è di Cesare date a Dio quel che è di Dio*" in poche parole , i pubblicani di cui sono piene le sacre scritture (gli Zaccheo ora riscossori) .

Per rispondere al fenomeno criminoso rilevato, i giuristi Romani si inventarono appunto il contratto di appalto che veniva affidato ad un impresario che sotto la propria responsabilità aveva l'onere e l'onore di realizzare per Roma, realizzazione che veniva eseguita secondo quanto rigorosamente richiesto dal committente che aveva lo *ius poenitendi* (il diritto di recesso) e lo *ius variandi* (il diritto di modificare l'opera) controllata dal *magister* – il direttore dei lavori - e certificata da un funzionario di Roma

che stendeva il *cum laudem* (il collaudo); in cambio della realizzazione l'impresario otteneva un pagamento in oro pari al peso dell'imprenditore ovvero in caso di inadempimento diremmo oggi, in cambio della sua vita, perché veniva ucciso, legato in testa in giù buttato ai coccodrilli ( la *rescindum cum damnum*, la rescissione in danno che nel nostro ordinamento è stata abrogata solo nel 2000 con l'entrata in vigore del regolamento attuativo della legge Merloni).

La normativa di derivazione romanistica è rimasta invariata per noi e i Francesi e si è solo arricchita via via negli Stati preunitari di sistemi di scelta del contraente specifici come la licitazione privata del Gran ducato di Toscana la antenata della procedura ristretta.

Soltanto con Napoleone il contratto di appalto diciamo pubblico veniva esteso come tipo contrattuale ai privati perché nel codice del commercio napoleonico quello che abbiamo avuto sino al 1942 veniva prevista la figura dell'appalto privato.

La legislazione poi si definì così come la conosciamo oggi, perché di fatto noi non siamo stati in grado di staccarci dai modelli consolidati che comunque ci danno certezza del diritto, con la legge fondamentale dei Lavori pubblici del 1865 all. F e il relativo regolamento del 1895 n. 350, testi talmente scritti bene che all'epoca del completamento di attuazione della legge Merloni furono formalmente abrogati ma in realtà trasfusi nella nuova normativa (d.P.R. 554/99 e D.M. 145/2000) .

Questi tuoi testi sono le pietre miliari del diritto degli appalti dei lavori pubblici o meglio da italiana dovrei dire opere pubbliche , considerato che i lavori sono terminologia francese acquisita da noi soltanto a partire dal 1977 dopo il recepimento della prima direttiva comunitaria sui lavori, la n. 584/77, di cui dovrò dire qualcosa ancorché ovviamente non più in vigore.

In quella fase storica occorre costruire l'Italia e gli italiani e quindi le strade e le strade ferrate, così si chiamavano e si chiamano ancora le ferrovie, dovevano essere realizzate. Si partì dalle strade appunto con la legge del 1865 che diede il paradigma dell'impostazione normativa: una legge fondamentale che oggi chiameremmo quadro (la famosa legge Merloni non a caso fu chiamata così) nella quale calare principi della materia, norme descrittive degli istituti giuridici e il relativo regolamento ove rintracciare tutte le disposizioni attuative che si ritrovano nella legge.

Per le strade ferrate si aspetta il 1885 e si adottò la legislazione speciale delle ferrovie con l'istituzione dell'ente ferrovie dello Stato e, poi, nel 1907 si adottò la prima legge del Regno bisattina poi nel 1929 per la realizzazione della metropolitana di Roma, che mutuava la legislazione francese ( concessione di realizzazione in cambio dello sfruttamento delle miniere dei territori d'oltremare) e borbonica sulle cd. concessioni di sola costruzione o costruzione e gestione conferendo a nobili per lo più l'onore di costruire le strade ferrate le nostre cd. ferrovie concesse con un uso perpetuo un diritto di sfruttamento per 99 anni che ci ha portato a fine anni 90 alle gestioni commissariale del

Ministero e, poi successivamente al passaggio alle Regioni ( ultima Regione fu la Campania perché il Presidente Bassolino chiese il risanamento). Ovviamente all'epoca il Regno non avevamo il ferro, perché quello che aveva serviva per l'esercito, in quanto ci si preparava alla 4° guerra di indipendenza, cioè la prima guerra mondiale, e soprattutto il bilancio già all'epoca con soli 3 ministeri, ma ottimi primi ministri e ministri , che oggi ricordiamo come Vie cittadine, soffriva.

Questo paradigma è stato estese a forniture (altro francesismo per noi sono beni) e servizi con la legge di contabilità dello stato del 1923 n.2240 e relativo regolamento RD 827/1924, adottati dopo la prima guerra mondiale per risolvere i problemi della responsabilità dei ministri in particolare quello della Guerra che purtroppo venne chiamato a rispondere del "*maltorto*" di tutto ciò che all'epoca su depreato dai nostri generali nel corso del conflitto.

Due testi sacri intoccabili perché ancora oggi reggono il bilancio dello Stato, ma soprattutto perché scritti in lingua italiana con una struttura della frase ( il dictact) che ci ricorda le nostre scuole elementari, soprattutto non vi è "il fermo restando, salvo che ", e non ci sono i trattini .

Successivamente, poi, la Comunità europea del 1969 adotto una direttiva piccolissima la n. 35 che costituì il piano di avvio dell'adozione delle direttive comunitarie per la creazione del mercato europeo degli appalti nell'ambito di attuazione delle 4 libertà fondamentali del Trattato istitutivo CEE del 1958 oggi primo Pilastro nella fase di massima spendita dei fondi del piano Marshall ( ricordo che l'Italia grazie a De Gasperi aveva un protocollo autonomo)

In quella sede, la Commissione che il sistema francese e italiano erano i più garantisti per eccellenza per il committente perché il contratto d'appalto prevede una esecuzione di un'obbligazione di risultato a carico dell'appaltatore sotto l'egida rigida di un committente pubblico che ha prerogative rigide di controllo della spesa . le leggi di contabilità di entrambe gli Stati comprovavano questa visione contabilistica della contrattualistica pubblica che noi conserviamo. Da ciò discende il sistema rigido di controllo degli atti contabili nei lavori pubblici che dal 1865 non è mai stato cambiato, da ciò discende il controllo della Corte dei Conti.

Alla legislazione nazionale, quindi si accompagna la comunitaria che ha da sempre puntualmente tratto origine da noi italiani e dai francesi: l'oepr e le RTI o ATI le abbiamo prese dai francesi, ma il prezzo più basso e le offerte anomale sono le nostre, il sistema delle centrali di committenza comune ai due Paesi ma con correzioni prese dal nostro ( i ns enti aggregatori, statali e regionali sono passati al vaglio della Commissione a differenza della Consip francese, perché le nostre stazioni di committenza non comprano direttamente, vanno sul mercato e con procedure ad evidenza pubblica cercano le miglio condizioni di mercato e le offrono alle stazioni appaltanti che aderiscono al sistema), le authority di settore è nostro.

In questo panorama arrivano le direttive ultime che per la prima volta si occupano degli appalti dei settori ordinari (n.24) dei settori speciali (n. 25) e per la prima volta si occupano delle concessioni (n.23) dopo anni di proposte italiane e francesi e recependo tutta la normativa italiana e francese su concessioni di lavori, servizi, project financing italiano general contractor italiano e francese e altri sistemi alternativi all'appalto che in entrambe i Paesi si sperimentano dal finire degli anni 90.

Il quadro non sarebbe completo se non accennassi alle esigenze sporadiche spesso noi nel nostro Paese discipliniamo in modo specifico legate per lo più alla venuta dello Spirito Santo oltre Tevere, giubileo, ricorrenze, le Colombiadi, eventi ludici di vario genere, Mondiali di ogni genere, e purtroppo calamità naturali, tutte norme in deroga alla normativa, di cui noi operatori del diritto sappiamo già prima della pubblicazione quale sia il tasso di pericolosità criminogena delle norme stesse.

In alcune di queste leggi, però per onestà intellettuale, abbiamo avuto anche belle intuizioni legislative, tipo la concessione chiavi in mano che poi è stata trasposta nel piano di infrastrutturazione dell'Alta velocità con l'ammissione in gara dei Consorzi e la sperimentazione di consorzi che poi sarebbero entrati nella normativa sulla qualificazione delle imprese di costruzione con il nome di consorzi stabili.

Nel 1994 abbiamo lo tsunami Legge Merloni come risposta ad un evento delittuoso, ma un tsunami che ha portato le menti più illuminate del diritto italiano a produrre una riforma strutturale del sistema che ha visto l'eliminazione dell'albo nazionale dei costruttori e le 60 imprese della carta intestata e l'avvento del sistema SOA (società organismo di attestazioni incaricati di pubblico servizio che sotto l'egida dell'Autorità di vigilanza dei contratti attestano i ns costruttori) impegnate a qualificare la spina dorsale del Paese, le micro e piccole imprese che da subappaltatori provavano e provano uno spazio in gara e veicolandole verso forme di collaborazione quali i consorzi stabili.

In questo panorama arriva il codice dei contratti detto codice De Lise (2006 dlgs 163/2006 e relativo regolamento d.r.P.207/2010) dal nome del Presidente del consiglio di stato dell'epoca capo commissione dei redattori del Codice che abroga parte della normativa precedente il precedente, il primo testo normativo che è un unico testo non già un testo unico sugli appalti dei 3 settori lavori forniture e servizi, codice che ha avuto come tutti i testi luci e ombre: molto dettagliato puntuale, ma la discrezionalità amministrativa era totalmente annientata e soprattutto che *merlonizza* anche le forniture e servizi.

Il nuovo Codice, quindi, raccoglie una eredità pesante e al contempo una sfida quella di semplificare e introdurre una deregulation in questo settore.

Dopo oltre 100 anni non si ha più una legge fondamentale e relativo regolamento, ma con un disegno ardito, si ha un codice e 40 tra decreti e linee guida provvedimenti di attuazione.

### **La razionalizzazione della materia.**

Tra i diversi principi e criteri direttivi fissati dalla legge 28.1.2016 n. 11, recante delega al Governo per il recepimento delle direttive comunitarie 2014/23/UE, 2014/24/UE, 2014/25/UE in materia di appalti e concessioni pubblici, si segnalano quelli di cui di cui all'art. 1 lettera d ) vi era proprio questo: *“ricognizione e riordino del quadro normativo vigente nelle materie degli appalti pubblici e dei contratti di concessione, al fine di conseguire una drastica riduzione e razionalizzazione del complesso delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative vigenti e un più elevato livello di certezza del diritto e di semplificazione dei procedimenti”*; lettera e) *“semplificazione e riordino del quadro normativo vigente allo scopo di predisporre procedure non derogabili riguardanti gli appalti pubblici e i contratti di concessione e di conseguire una significativa riduzione e certezza dei tempi relativi alle procedure di gara e alla realizzazione delle opere pubbliche”*; lettera f) *“recepimento degli strumenti di flessibilità previsti dalle tre direttive”*.

L'intento del legislatore sembra chiaro: riordinare l'intera materia dei contratti pubblici, caratterizzata a sul piano nazionale da una iper legislazione e da una stratificazione multilivello della disciplina, che ha determinato incertezza applicativa, contenzioso, ritardi nell'esecuzione dei contratti e, quindi, in ultima analisi inefficienza dell'azione amministrativa. Si comprende allora la scelta di recepire le nuove direttive comunitarie in un unico testo normativo, recante le disposizioni legislative in materia di procedure di affidamento, di gestione e di esecuzione degli appalti pubblici e dei contratti di concessione disciplinate. Meno chiara è, invece, la ragione per cui la stessa legge delega, nonostante i criteri sopra indicati, ha previsto una varietà di strumenti attuativi, che si differenziano sia per soggetto emanante sia per natura giuridica sia per procedura di adozione, ed hanno come comune denominatore la realizzazione di una disciplina più flessibile in sostituzione di quella previgente. Conseguentemente il d.lgs. 18.4.2016 n. 50, attuativo della predetta delega, si è limitato in molti casi a tracciare una disciplina generale di vari istituti, rinviando per quella di dettaglio ai singoli atti attuativi affidati ai soggetti di volta in volta individuati dal legislatore. Il Consiglio di Stato nel parere n. 855 del 1.4.2016 ha censito circa cinquanta atti attuativi, suddivisi tra decreti del Ministro delle infrastrutture e trasporti, linee guida ed altri atti dell'ANAC, decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, decreti di altri Ministri (Ambiente, Beni culturali, Mef, Mise, Interno, Salute). In tal modo il legislatore ha sostituito al consolidato strumento regolamentare, in particolare al DPR 207/2010, una pluralità di atti piuttosto disomogenei tra di loro, creando un possibile vulnus proprio a quei principi di semplificazione e razionalizzazione che hanno ispirato la legge delega e ciò sotto almeno due profili.

In primo luogo si osserva che i predetti atti, se non attentamente coordinati rischiano non solo di sovrapporsi, ma anche di compromettere l'obiettivo perseguito dalla riforma: avere finalmente una normativa sintetica, unitaria ed organica, che possa, da un lato, aumentare la concorrenza e contendibilità del mercato dei contratti pubblici e, dall'altro, costituire volano per il rilancio economico del Paese. Non va dimenticato al riguardo che le regole a tutela della concorrenza mirano ad assicurare la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali (art. 26, par.2, TFUE) e, pur nella loro molteplicità, possono essere ricondotte a tre categorie: regole di concorrenza antitrust;

regole di concorrenza nel mercato e, infine, regole di concorrenza per il mercato. Queste ultime sono norme di diritto pubblico, che impongono alla stazione appaltante, nella scelta del soggetto con cui contrarre, il rispetto dei principi fondamentali del diritto europeo e delle procedure di garanzia espressamente contemplate dalle specifiche direttive (oggi le direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE, 2014/25/UE). Tali regole, come più volte sottolineato dalla Corte Costituzionale, esprimono un carattere unitario e, conseguentemente, l'eterogeneità degli atti, con cui il legislatore italiano ha inteso dare attuazione alle stesse, potrebbe porsi in contraddizione con tale valore, ove questi ultimi non siano attentamente coordinati e segnati da reciproca coerenza.

Sotto diverso, ma concorrente profilo, si rileva che regole chiare, univoche e ben coordinate, sono funzionali alla prevenzione della corruzione, che pur costituisce un obiettivo del nuovo Codice. Ne consegue che questi ultimi sono chiamati a realizzare un sapiente ed adeguato bilanciamento tra il principio di flessibilità e quello di prevenzione della corruzione, per evitare, da un lato che una disciplina troppo rigorosa ingessi eccessivamente l'operato delle stazioni appaltanti, pur potendo ridurre i rischi di corruzione, e, dall'altro, che una disciplina troppo flessibile e mutevole si presti come alibi per il perpetuarsi di pratiche corruttive e fenomeni di inquinamento del mercato.

In considerazione delle osservazioni appena svolte assume rilievo ed interesse la *governance* disegnata dal d.lgs. 50/2016 agli artt. 212, 213, 214, 215 ed in particolare il ruolo dell'ANAC, di cui si dirà oltre, e l'istituzione presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri di una cabina di regia con compiti di indirizzo e coordinamento. Quanto più rapidamente sarà costituita tale cabina e quanto più quest'ultima sarà capace di dialogare con i vari soggetti preposti all'attuazione del Codice, eventualmente anche attraverso l'adozione di un apposito piano d'azione, tanto più potranno realizzarsi gli obiettivi sopra indicati. A tal fine sarebbe stato opportuno prevedere per la sua costituzione un termine più breve rispetto a quello indicato dall'art. 212, comma 5, in quanto quest'ultimo - pari a tre mesi dall'entrata in vigore del Codice - coincide, a ben vedere, con quello dettato dal legislatore per l'adozione di alcune discipline di dettaglio, ad esempio quella relativa ai compiti del RUP (art. 31); del direttore dell'esecuzione, del controllo tecnico, contabile e amministrativo (art. 111). Pertanto eventuali ritardi nella costituzione della cabina di regia potrebbero compromettere la tempestività, la coerenza ed il coordinamento tra i diversi atti attuativi.

## **Regolazione**

Il modello di normazione sub-primaria disegnato dalla legge delega 11/2016 e dal d.lgs. 50/2016, sopra brevemente descritto, evidenzia la fuga dal regolamento governativo, penalizzato da una procedura di adozione considerata evidentemente non più armonizzabile con le esigenze di semplificazione e celerità richieste dal mercato, che appaiono, meglio soddisfatte da strumenti di legislazione flessibile. In tale categoria sono stati inseriti accanto a strumenti tradizionalmente riconducibili al potere regolamentare, quali decreti ministeriali o interministeriali, anche strumenti diversi, quali, ad esempio, le linee guida adottate dall'ANAC, nel presupposto che tali atti globalmente considerati costituiscono una categoria unitaria quella della *c.d. soft law*.

Al riguardo occorre, però, sottolineare che la nozione di *soft law* è estranea all'ordinamento giuridico italiano ed in ambito comunitario, come pure internazionale, tale termine viene utilizzato in contrapposizione all'*hard law*, per comprendere un complesso di atti documenti o altri strumenti utilizzati dalle Istituzioni comunitarie, che pur non essendo previsti dai Trattati come normativi ovvero essendo previsti come non vincolanti producono, comunque, effetti giuridici.

Gli atti di *soft law* al pari di quelli normativi sono di primaria importanza ai fini del corretto funzionamento del mercato, in quanto indirizzano ed orientano il comportamento sia delle imprese sia dell'amministrazione, la quale grazie ad essi può perseguire l'interesse pubblico, che giustifica la sua azione, con maggiore efficienza, celerità ed economicità. Anzi, a bene vedere, gli atti in esame, a volte, si presentano anche più efficaci di quelli normativi in quanto sono preventivamente condivisi dagli stessi soggetti che ne sono i destinatari.

Nella prospettiva appena indicata non pare allora corretto ricondurre indistintamente qualsiasi atto attuativo del d.lgs. 50/2016 alla categoria del *soft law*, essendo, invece, necessario distinguere quelli che hanno natura normativa e vincolante, e che, quindi, andrebbero collocati all'interno dell'*hard law*, da quelli che sono privi di tale natura e che, quindi, andrebbero effettivamente considerati espressione di *soft law*. Da tale punto di vista è evidente che la questione si pone ed assume particolare rilievo in riferimento alle linee guida dell'ANAC che dovranno completare la disciplina primaria.

### **Le Linee guida attuative del nuovo Codice dell'ANAC: la posizione della dottrina**

Sulla questione in esame in dottrina si possono distinguere almeno tre orientamenti.

Secondo un approccio tradizionale, fondato sul combinato disposto dell'art. 117, comma 6, Costituzione e dell'art. 1 delle disposizioni sulla legge in generale (c.d. preleggi), il sistema delle fonti del diritto sarebbe chiuso e non sarebbero ammissibili fonti atipiche né primarie né secondarie, con la conseguenza che l'unico atto sub-legislativo sarebbe il regolamento di cui alla L. n. 400/1988 (governativo o ministeriale). In altri termini quest'ultimo rappresenterebbe il tipico ed il solo atto idoneo ad introdurre nell'ordinamento nazionale norme giuridiche di rango secondario. Pertanto alle linee guida dell'ANAC non potrebbe essere riconosciuto alcun carattere normativo e si dovrebbe negare la loro capacità di innovare il quadro giuridico preesistente e di resistere alla forza caducatoria di norme successive. Se così è, non dovrebbero, invece, esserci ragioni ostative a ricondurre le linee guida adottate dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, su proposta dell'ANAC previo parere delle Commissioni Parlamentari all'esercizio del potere normativo/regolamentare di cui alla legge 400/1988.

Un secondo orientamento, pur rinvenendo al pari di quello appena illustrato, il fondamento del potere normativo regolamentare nell'art. 117, comma 6, Costituzione, che lo attribuisce alle Regioni nelle materie di legislazione concorrente e residuale e allo Stato nelle materie di legislazione esclusiva, ritiene che lo Stato a cui fa riferimento il predetto articolo non debba essere necessariamente identificato nel Governo, con la conseguenza che regolamenti non governativi possano essere adottati anche da altri organismi statali quali le Autorità Indipendenti, purché tale potere sia loro espressamente

attribuito per legge. Sviluppando tale impostazione, si potrebbe parlare delle linee guida dell'ANAC come di “regolamenti quasi indipendenti” in quanto da un lato gli obiettivi che le stesse debbono raggiungere sono prestabiliti dal legislatore, ma dall'altro, non sono meramente attuative-esecutive delle disciplina primaria, per l'ovvia ragione che quest'ultima non è esaustiva.

Secondo un approccio più moderno, infine, le Linee guida costituirebbero atti normativi secondari atipici e andrebbero ad occupare spazi lasciati in bianco dalle fonti legislative e regolamentari e sarebbero esercizio di un'attività normativa secondaria *extra ordinem* che è la stessa legge ad autorizzare, e che rappresenterebbe un fenomeno atipico di delegificazione

Alla luce delle osservazioni appena svolte, solo se si segue il primo orientamento sopra ricordato, si può riconoscere alle linee guida dell'ANAC attuative del nuovo Codice natura di *soft law*, negli altri due casi queste ultime andrebbero ricondotte nell'ambito degli strumenti di *hard law* in quanto espressione di attività normativa sub-legislativa.

### **Le Linee guida attuative del nuovo Codice dell'ANAC: la ricostruzione del Consiglio di Stato**

La complessità e delicatezza della questione ha spinto il Consiglio di Stato ad analizzarla attentamente nel parere 855/2016 e a confermare l'orientamento tradizionale. Il Collegio ha innanzi tutto suddiviso le linee guida dell'ANAC in tre categorie:

- a) quelle adottate con decreto del Ministro delle infrastrutture e trasporti, su proposta dell'ANAC, previo parere delle competenti Commissioni Parlamentari;
- b) quelle adottate con delibera dell'ANAC a carattere vincolante erga omnes, (ad esempio: art. 83, comma 2, in materia di sistemi di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici; art. 84, comma 2, recente la disciplina degli organismi di attestazione SOA; art. 110, comma 5, lett. b);
- c) quelle adottati con delibera dell'ANAC a carattere non vincolante.

Successivamente ha ricostruito il quadro normativo di riferimento, e, alla luce di quest'ultimo, ha concluso che gli atti sub lett.a), indipendentemente dal *nomen juris* indicato dalla delega e dallo stesso Codice devono essere considerati quali “regolamenti ministeriali” ai sensi dell'art. 17, comma 3, l. n. 400/1988, con tutte le conseguenze in termini di forza e valore dell'atto; forma e disciplina procedimentale; implicazioni sulla potestà regolamentare costituzionalmente riconosciuta a favore delle Regioni (art. 117, sesto comma, Cost.), tenuto conto dell'esistenza nella materia dei contratti pubblici di titoli di competenza di queste ultime (cfr. Corte Cost., sentenza 23 novembre 2007, n. 401). Gli atti sub lettera c) “non vincolanti” sono inquadrabili come ordinari atti amministrativi. Gli atti sub lett. b) “vincolanti”, sono, invece, riconducibili agli di regolazione delle Autorità Indipendenti, che non sono regolamenti in senso proprio, ma atti amministrativi generali e, appunto, “di regolazione”.

A conferma di quanto riportato si osserva che l'art. 213 d.lgs. 50/2016, (innovando rispetto al d.lgs. 163/2006) attribuisce espressamente all'ANAC il potere di regolazione. Inoltre, lo stesso Consiglio di Stato ha precisato che tale ricostruzione oltre ad essere coerente con l'ordinamento giuridico, consente di chiarire e di risolvere una serie di problemi sul piano applicativo: “essa non pregiudica, ma anzi riconferma, gli effetti vincolanti ed *erga omnes* di tali atti dell'ANAC, come disposto dalla delega (in

particolare dalla lett. t), che come si è detto parla di “strumenti di regolamentazione flessibile, anche dotati di efficacia vincolante”. Seguendo l’impostazione dei giudici di Palazzo Spada, parte della dottrina conclude che le linee guida dell’Autorità, attuative del Codice e destinate a vincolare stazioni appaltanti ed operatori economici, godrebbero di un’efficacia esterna mediata, per il tramite di un atto amministrativo applicativo, impugnabile in caso di violazione delle stesse per eccesso di potere.

### **Le Regole di qualità della regolazione**

La riconduzione delle linee guida dell’ANAC nel novero degli atti di regolazione impone di considerare seppure brevemente le regole c.d. di *better regulation* definite dallo stesso art. 213, comma 2, d.lgs. 50/2016. Tale disposizione stabilisce espressamente il divieto di introdurre o mantenere livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dal Codice o dalla legge delega n.11/2016. Si tratta del c.d. divieto di *gold plating*, che quest’ultima impone anche al Governo, prevedendo, testualmente il “divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive, come definiti dall’articolo 14, commi 24-ter e 24-quater, della legge 28 novembre 2005, n. 246” (art. 1, lett. a). Il richiamo al suddetto comma 24-quater consente una limitata deroga al divieto in esame purché l’introduzione di livelli ulteriori di regolazione, rispetto a quelli minimi siano espressamente motivati con riferimento a circostanze eccezionali che hanno reso necessaria tale deroga.

Proseguendo nell’analisi dell’art. 213 si osserva che quest’ultimo impone all’Autorità di dotarsi di forme e di metodi di consultazione, di analisi e di verifica dell’impatto della regolazione, di consolidamento delle linee guida in testi unici, integrati, organici e omogenei per materia di adeguata pubblicità anche sulla Gazzetta Ufficiale.

La disposizione non presenta carattere di sostanziale novità ed anzi rappresenta l’ultimo in ordine di tempo di svariati interventi legislativi volti a rafforzare ed accrescere la legittimazione delle scelte regolatorie. La mancanza di rappresentatività politica delle Autorità Indipendenti e la loro indipendenza rispetto al potere politico hanno spinto, infatti, già da tempo il legislatore a compensare il deficit di legittimazione democratica accrescendo nei loro confronti gli strumenti partecipativi. Più precisamente l’art. 12 l. 29 luglio 2003 n. 229 dispone che le Autorità Amministrative Indipendenti con funzioni di vigilanza, di controllo e di regolazione si dotano nei modi previsti dai rispettivi ordinamenti di forme e metodi di analisi di impatto della regolamentazione per l’emanazione degli atti di competenza e, in particolare, di atti amministrativi generali, di programmazione o pianificazione, e, comunque, di regolazione e l’art. 8, comma 1, d.lgs. 163/2006, oltre a confermare tale previsione aveva anche disposto l’utilizzo da parte dell’AVCP di metodi di consultazione preventiva, consistenti nel dare preventivamente notizia del progetto di atto e nel consentire agli interessati di far pervenire le proprie osservazioni, da valutare motivatamente, al fine al fine di migliorare la qualità degli suoi atti. In attuazione di tali disposizioni l’ANAC, che è subentrata all’AVCP, ha utilizzato i metodi di consultazione e analisi di impatto della regolazione già in essere, in conformità a quanto disposto da appositi regolamenti, pubblicati in Gazzetta Ufficiale e sul proprio sito. In tal modo, infatti l’Autorità condivide con gli stessi destinatari dell’atto di regolazione il contenuto di quest’ultimo, al fine di

garantirne una maggiore efficacia ed una più ampia applicazione, superando il deficit di legittimazione democratica.

### **La struttura del codice e le intuizioni felici.**

Fermo restando le scelte normative del Governo, il Codice fa una scelta di campo importante da cui muove la riforma e cioè la qualificazione della stazione appaltante .

Questa la norma centrale per comprendere l'impianto: il governo ha recepito quello che molti studiosi facevano presene da tempo e cioè che dinnanzi a una platea di operatori economici qualificati debbono esserci amministrazioni qualificate. Ed ecco che all'art. 38 inaugura una procedura di qualificazione che gli enti dovranno affrontare costruendo un sistema mediante il quale le stazioni appaltanti italiane tutte ad eccezione delle qualificate per legge (CONSIP enti aggregatori regionali Invitalia Ministero Infrastrutture e provveditorati regionali e la società Sport e salute ) dovranno affrontare. Anac dovrà fare la qualificazione secondo però uno schema noto perché gli enti aggregatori sono stati tutti già riconosciuti come tali proprio da Anac dopo un percorso delle loro capacità e competenze con riguardo alla fase di gara. I ns enti aggregatori si sono qualificati ovviamente solo per la fase di gara perché per legge (decreto 66/2013) a questi è stata demandata la fase della scelta del contraente diciamo in senso allargato (Convenzioni, accordi quadro, sdapa mercati elettronici)

In tal contesto ogni amministrazione dovrà superare un esame dimostrando che grazie ai propri RUP sono in grado di gestire la programmazione, la progettazione, l'affidamento, l'esecuzione. Parolina magica, i RUP: per la prima volta in una normativa sulla contrattualisti, ho visto esseri umani, alias risorse umane individuate e nominate come rup, sinora ho sempre avuto l'impressione che fossero degli ectoplasmi. Invece, è proprio in questo frangente che la risorsa è valorizzata al punto tale che Anac ha per legge mette a disposizione incentivi economici tratti dal proprio bilancio per premiare i rup che hanno assicurato alla stazione appaltante il "bollino" di stazione appaltante doc". Per l'attuazione di questa parte sono previsti l'adozione di due decreti, già pronti passati già al parere del Consiglio di Stato che il ministro del Rio non ha fatto in tempo a promulgare, nei quali si da atto del valore aggiunto che queste risorse umane danno alla propria amministrazione in tutte e tre i settori e soprattutto alla volontà in divenire di consentire alle amministrazioni di scegliere in cosa qualificarsi: so progettare ma le gare non le so fare, voglio solo progettazione.

L'art. 38 ovviamente si basa però anche su quanto previsto in ordine alla razionalizzazione della spesa all'art. 37, articolo che importa nel codice il piano "accentramento della spesa" in capo a pochi soggetti inaugurato ad onor del vero dal Presidente della AVCP dell'epoca , presidente Giampaolino che faceva presente che 38 mila stazioni appaltanti forse erano troppi e poi realizzato e concretizzatosi con il governo Monti e il governo Renzi, passando per la dieta luterana che è stata imposta alla Sanità costretta a comprare con propri sistemi accentrati, riconosciuti ormai dalla giurisprudenza come organismi particolarmente performanti sotto il profilo delle scelte e delle innovazioni delle procedure di gara ( si pensi a Estar Toscana o a Arca Lombardia, promotrice di novità contrattuali di tutto rispetto quale le clausole di adesione a

convenzione stipulate da altri o la suddivisione in lotti mantenendo i requisiti bassi o le gare con lotti con il metodo anticordata e antiturbativa).

L'art. 37 dice che a partire da quanto andrà a regime la qualificazione della stazione appaltanti chi non è qualificato potrà solo comprare cliccando a catalogo elettronico dei sistemi di mercato telematici quali il Mepa ma per un importo inferiore a 40 mila euro.

Questo è il futuro obtorto collo, l'accentramento della spesa che può creare le stesse distorsione del frazionamento artificioso, è fenomeno già studiato nell'ambito dei *general contractor*, ma per mediare abbiamo imparato che vi deve esser una normativa che introduce un sistema a portato di media e piccola impresa.

Ed ecco che nel codice si introduce il cd. **sistema sottosoglia** semplificato, art. 36, ove con procedure negoziate legate non a casistiche tassative come per l'art. 63, cioè la procedura negoziata senza bando di gara, ma importi e bilanciamento di principi rigidi quale la rotazione si cerca di temperare il contraccolpo della presenza di enti aggregatori che sono ben in grado di alterare la domanda e l'offerta. Detto sistema però è oltremodo rigido e nel recepire sottosoglia i principi comunitari il Legislatore nazionale è molto più rigido del comunitario.

Né è prova la comunicazione UE del 1 aprile 2020 n. 108 sull'emergenza Covid , ove la Commissione in sostanza a noi italiani ci rinvia all'applicazione della norma comunitaria, invece della nazionale, perché la norma nazionale sulla procedura negoziata per eventi imprevedibili è oltremodo limitativa (sul punto anticipo possibili domande non concordo con i politici che chiedono in questi giorni di abrogate tutto e applicare la direttiva, non è possibile perchè la direttiva non è *self executing* quindi alcune parti non vedrebbero una normativa, concordo con chi chiede un alleggerimento di alcuni istituti giuridici e in affiancamento l'adozione di una normativa ad hoc per fronteggiare una situazione d'emergenza non episodica ma sistematica come è il Covid, situazione che non è fronteggiabile con i sistemi ordinari neppure nella fase del contratto, neppure nei Paesi di *common law*)

Sotto il profilo delle **procedure di scelta del contraente**, tolta una caduta imperdonabile sull'appalto integrato per i lavori in parte corretta più di recente con l'adozione del decreto sblocca cantieri, l'impianto normativo conferma sostanzialmente la normativa precedente.

Sotto il profilo dei **requisiti di partecipazione** l'impianto normativo, mentre conferma il precedente per i requisiti economici finanziari tecnico organizzativi, per i lavori rinvia ad una nuova normativa (mai adottata perché Anac non è riuscita per propria incapacità a farlo), quindi si applica ancor il d.p.r.207/2010, innova per la parte dei requisiti di moralità introducendo un principio di derivazione nordica del *self cleaning* un principio che oggi ci obbliga a motivare l'esclusione da una gara di soggetti che per nostra tradizione in gara non avrebbero mai più potuto esser presenti. Mi riferisco al fatto che la nuova norma prevede che espiata la pena per reati ivi previsti che

certo non sono reati bagattellari, il soggetto anche senza riabilitazione (art. 178 c.p.) possa partecipare e la stazione appaltante che reputa che forse il pedofilo è bene che non partecipi alla gara per la refezione scolastica, deve motivare.

In questo contesto poi, si segnala la linea Guida Anac n. 6 sull'affidabilità e serietà del partecipante, l'inserimento del casellario informatico di Anac di quanto rilevato in corso di gara o di esecuzione, con particolare riferimento alla rilevanza delle risoluzioni di contratto e l'applicazione delle penali come sintono di criticità rilevanti per l'aggiudicazione.

Il circolo virtuoso che il primo presidente della AVLLPP presidente Garri, sembra essersi realizzato: si parte dalla esecuzione per valutare l'oe e non già dalla verifica notarile della massa cartacee presentata in gara.

Sempre sotto il profilo dei requisiti, buona la intuizione della limitazione della circolazione dei requisiti da prestarsi **con avvalimento** ove si prevede che se trattati di requisiti professionali, necessariamente chi eseguirà controllato dal RUP pena risoluzione del contratto, sia colui che ha prestato i requisiti, una sorta di subcontraente imposto che contraente come ci ha chiarito la evolutiva giurisprudenza del Tar Campania, - il Tar che primi di altri ha studiato nella sezione di Salerno l'istituto dell'avvalimento - contraente non è, ma mero esecutore responsabile solidalmente ( vi rinvio alla disamina della giurisprudenza distribuita sul punto molto interessante in ordien all'evoluzione della giurisprudenza che in un contesto internazionale definirei una *creeping jurisdiction*).

Caduta di stile purtroppo l'abbiamo con **il subappalto** che purtroppo è rimasto lo stesso nonostante le tante sollecitazioni interne per una modifica ed esterne d'aparte della Commissione europea che hanno portato di recente a 3 sentenze di Corte di giustizia che azzerano la disciplina Italia: le sentenze hanno rilevato che il ns subappalto va benissimo, anzi andava benissimo, ma non può esser un vestito per tutte le stazioni; la lotta antimafia con il quale ci siamo sempre difesi ha costituito in questo ultimo round, argomento a nostra colpa perché Corte di Giustizia riconosce che la ns normativa antimafia è perfetta e il controllo lo abbiamo fatto e lo facciamo egregiamente. La disciplina contrattuale è altro, e quindi ci invita a modificarla. Il governo ad oggi non ha fatto nulla, unica ANAC ha fatto un atto di segnalazione al governo n.8/2019 , serissimo in cui si riscrive la disciplina del subappalto, ma soprattutto si danno istruzioni su come scrivere i bandi di gara perché a differenza del Governo il prof. Merloni sa benissimo che la sentenza di Corte di Giustizia ha una portata dirompente, fa scomparire dal mondo giuridico la legge nazionale dichiarata non conforme e ha una efficacia *ex tunc*.( vi rinvio alle sentenze distribuite e all'atto di segnalazione precisando che la sentenza del Tar del Lazio recentissima conferma l'impianto ANAC) .

Interessante l'apertura **sui contratti di collaborazione** che non sono equiparati al subappalto ma che necessita di consolidamento giurisprudenziale al momento ci sono 5 sentenze in tutto, interessanti perchè legittimano questa figure nella misura in cui le prestazioni date non sono inerenti l'oggetto principale reso a te amministrazioni, ma

attività secondarie e funzionali rese all'appaltatore che rende a te stazione appaltante la prestazione ( si pensi al confezionamento divise, alle manutenzioni degli automezzi). Vi rinvio alla sentenza del Consiglio di Stato, ultima, non perché è un mio caso ma perché la ricostruzione dogmatica fatta dal giudice è andata oltre quello che noi stesis avvcoati abbiamo detto.

Ultima notazione mi porta **al criterio di aggiudicazione** , la scelta del ns Paese è stata necessitata, essendoci spesi per l'oepv. Poi come al solito i problemi si verificano in fase discendente di adozione della normativa, perché non ci si è saputi regolare nelle prescrizioni dei criteri, perché sono scritte chiaramente da chi una gara non la ha mai gestita, non ha mai scritto un capitolato, un bando nemmeno che mai un disciplinare e una commissione di gara la ha forse sentito nominare ma non sa cosa significa sedersi è scegliere non quello che piace a te ma quello che serve ad una stazione appaltante.

Aneddoto, ricordo un caro amico che in una commissione piani urbanistici 7 cordate le 7 cattedre più importanti d'Italia nel leggere i miei punteggi dati dopo una giornata intera di valutazione in camera *caritatis* , quindi preparata, mi ha fatto notare che io stavo premiando un progettista solo perché la sua offerta era impostata bene con layout e grafica e l'italiano sicuramente era migliore di altri, ma diceva le stesse cose degli altri 6: testualmente mi disse "*Francesca ti sei fatta influenzare dalle cornicette fucsia e lilla*".

Il criterio **del prezzo più basso** è perfetto se hai un capitolato invulnerabile (vedi i capitolati delle pulizie nei nosocomi (magari Maria a casa mia pulisse così, pur essendo un ottima collaboratrice) e la prestazione è standardizzabile. Questo vuole questo codice che lo ha ricordato adunanza plenaria dello scorso anno, purtroppo fatta da uomini, perché sulla standardizzazione delle prestazioni e la fissazione di criteri valutativi noi donne per vocazione naturali al di là delle pulizie siamo migliori se non altro perché quando scegliamo un marito facciamo un bando tipo, salvo poi pentirsi.

Anomalia dell'offerta, un problema solo italiano perché nessuno in europa lo ha. Io anomalia la trattoda quando ero ragazzina, in studio Cancrini sono stata sempre chiamata la *donna offerte anomale*, perché il pacchetto cause offerte anomale che hanno visto due sentenze di Corte di giustizia, quando ero un avvocato serio, non ora , era mio.

Ora io fra 10 giorni andrò in Consiglio di Stato a discutere il caso nazionale che ha determinato il blocco degli appalti dei lavori nell'ultimo anno, sull'applicazione di una formula matematica trascritta male. Come ho detto nei miei scritti non è elegante mettere una formula matematica in un testo normativo? Mettila in un allegato, ma non tradurla in lingua italiana quanto non vai oltre l'aritmetica elementare che conosco io da liceo classico: io non ne capisco, il giudice come me, ne capiscono solo i tecnici di cui entrambe ci dobbiamo fidare.

La verità è che, a noi serve qualcuno che ci dia una metodologia su come verificare le offerte non anomale, ma incongrue (gli amici economisti qui mi hanno insegnato con

molta fatica ad onor del vero la differenza), abbaino necessità non di commissari esterni dati da Anac inseriti in un fantomatico Albo su cui devo stendere un velo pietoso e meno male è intervenuto il Tar del Lazio a bloccarlo, ma mi servono dati certi a partire dalla presentazione in gara come era in passato di analisi e giustificativi del prezzo offerto. La vincolatività del CCLN applicabile e similari, le tabelle di riferimento che non possono esser ribassate se non per disposizioni di legge (si pensi ai contratti di solidarietà):per escludere un'offerta anomala la istruttoria è pesantissima.

Sotto il profilo dell'**esecuzione del contratto**, la scelta di rinviare ai capitolati che ogni stazione appaltante ho un senso per forniture e servizi per ovvie ragioni, non lo ha per lavori.

Il DM 49/2018 adottato in adempimento all'art.101 e all'art. 111 non soddisfa appieno le necessità delle stazioni appaltanti e speriamo che con il prossimo regolamento generale che è pronto in attesa di emanazione il problema venga attenuato anche se anticipo la scelta del Governo è quella di un regolamento che non stravolga l'impianto ma lo accompagni ( la tecnica utilizzata è buona perché anche il fraseggio sembra di altri tempi, perché è un regolamento per operatori e non per esecuti).

La norma che merita menzione è infine quella sulle **modifiche del contratto**, art. 106, norma pantagruelica, ma scritta ad uso e consumo di noi italiani, ove le modifiche sono tutte legittime purchè non alterino il dato sostanziale del contratto, modifiche fisiologiche e patologiche, soggettive e oggettive, ma tutte declinate obbligatoriamente nel contratto, altrimenti non si possono introdurre ( con buona pace del Presidente Cantone che disse che è criminogena) e **la risoluzione obbligatoria** nel caso di perdita dell'attestazione SOA e di sopravvenute condanne o misure anche preventive di stampo mafioso, art. 108 co 2.

## **Conclusioni**

In questi giorni si parla tanto di decreto semplificazioni, la sottoscritta è ventisei anni che legge di semplificazione amministrativa. La necessità di non sbagliare, anche se un Legislatore non dovrebbe mai sbagliare o al più prevedere e gestire i giusti rischi dell'impatto di una normazione, forse ci porterà ad una semplificazione, ma non è questo il momento ovvero lo è, occorre per la gestione Covid una normazione *ad hoc* a scadenza " altrimenti anche quella semplificata costituirà una complicazione perché dovrà esser recepita dalle amministrazioni.

In altri termini, si tratta di immaginare una nuova giuridicità, nuove regole sì sempre meno condizionata da strutture giuridiche risalenti nel tempo e non più adeguate alla realtà, che veda un recupero dell'autonomia decisionale dell'amministrazioni e un reale ritorno agli obiettivi che un contratto pubblico si prefigge, cioè la esecuzione di un servizio, realizzazione di un lavoro.

L'attuale codice dei contratti pubblici ha difficoltà operative congenite primo tra tutto aver voluto introdurre nella normativa un elemento spurio "Anac" che certo non può dettare normativa, applicare, controllare, fare Autorità garante, Agenzia Governativa, Amministrazione aggiudicatrice e giudicatrice un organismo pantagruelico ingestibile.

Ecco da dover ripartire da una Authority che sia una supporto per le amministrazioni che svolga quei ruoli propri di collaborazione che le amministrazioni si aspettano, perché fare rilievi alle amministrazioni significa aver fallito il proprio mandato.