

CLAUDIO CONTESSA

Dalla legge delega al nuovo ‘Codice’: opportunità e profili di criticità (*)

1. Aspetti generali della questione: i rapporti fra legge delega n. 11/2016 e nuovo ‘Codice’

La genesi del nuovo Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione (pubblicato il 19 aprile ed entrato in vigore lo stesso giorno) è stata seguita con grande interesse dagli addetti ai lavori e la sua emanazione è stata accompagnata da una campagna anche mediatica la cui intensità raramente può essere riscontrata per le novità che riguardano il mondo del diritto.

Ma si può davvero credere che il nuovo Codice riuscirà a recare in settori cruciali per l’economia del Paese i decisivi elementi di semplificazione auspicati dal Parlamento e dal Governo, così da non tradire le numerose aspettative che lo accompagnano?

Probabilmente sì, in quanto esso contiene numerosi elementi che sembrano muovere effettivamente nella direzione della semplificazione e della razionalizzazione di tali settori.

Il complessivo snellimento delle procedure, la riduzione numerica delle disposizioni vigenti, il divieto del c.d. ‘*gold plating*’ e l’introduzione del documento di gara unico europeo (imposta peraltro dalle nuove direttive europee) costituiscono alcune soltanto fra le numerosissime novità del nuovo testo e costituiscono altrettanti tasselli di un mosaico che, laddove correttamente costruito e sapientemente gestito, potrebbe davvero apportare decisivi elementi di modernizzazione in un ambito settoriale che ‘pesa’ all’incirca il 16 per cento del PIL.

D’altra parte, un’analisi serena, disincantata e scevra dai facili entusiasmi che troppo spesso accompagnano le riforme di settore (e che preludono poi a repentini mutamenti di umore, come quelli che hanno investito gli ultimi anni di vita del ‘Codice de Lise’) porta ad affermare che il nuovo ‘Codice’ non risulta a sua volta esente da profili di criticità che emergono già da un suo esame ‘di prima lettura’.

Molti di questi aspetti di criticità traggono origine in modo diretto dalle scelte operate in sede di delega legislativa con la legge 28 gennaio 2016, n. 11.

(*) Il presente contributo rappresenta un estratto del volume C. CONTESSA, D. CROCCO, *Il nuovo codice degli appalti commentato*, Roma, DEI, 2016, di imminente pubblicazione.

Si tratta di una legge di delega che ha conosciuto un *iter* piuttosto travagliato e comunque di durata eccessiva e che, nonostante la lunghissima gestazione e le buone intenzioni che ne hanno caratterizzato la genesi, presenta elementi di disarmonia e difetti di coordinamento che, purtroppo, si sono riverberati in modo inevitabile sul testo del nuovo ‘Codice’.

Del resto, la scelta del Legislatore del 2016 è stata nel senso di conferire una delega ‘a maglie strette’, il cui estremo livello di dettaglio ha di fatto vincolato il Governo nella stesura del testo finale e nell’adozione di numerosissime fra le grandi ‘scelte di campo’ che l’adozione del nuovo ‘Codice’ imponeva.

Solo per fare un paragone storico con quanto avvenuto nel recente passato, si osserva che la delega di cui alla legge n. 62 del 2005 (quella sulla cui scorta è stato emanato il ‘Codice’ del 2006) era limitata a quattro commi e quattro principi direttivi e che questa delega ‘a maglie larghe’ non ha impedito l’emanazione di un corposo codice di settore composto di ben 257 articoli.

Al contrario, la legge n. 11 del 2016 si compone di ben tredici commi e cinquantanove criteri direttivi, con un incremento per questi ultimi, di circa il millequattrocento per cento. Ciò significa che (in disparte l’evidente incoerenza con i principi di semplificazione e razionalizzazione che la stessa legge delega ha predicato) la struttura della delega ha condizionato in modo rilevantissimo l’esercizio della stessa.

Ed infatti, nel predisporre il testo del nuovo Codice, il Governo è stato costretto entro limiti piuttosto angusti da criteri di delega talvolta estremamente dettagliati e da una legge delega che, sotto alcuni aspetti, si presenta come una sorta di ‘*libro dei sogni*’.

D’altra parte, nonostante la sua lunghissima gestazione, la legge di delega presenta alcune evidenti (e talvolta difficilmente spiegabili) antinomie e incongruenze interne che solo in parte si è riusciti a risolvere in sede di stesura del decreto delegato.

Nelle pagine che seguono si esamineranno alcuni degli aspetti di maggiore interesse del nuovo ‘Codice’, partendo dall’angolo visuale dei limiti imposti dalla legge delega e delle ragioni (laddove ve ne sono) che sembrano averla ispirata.

2. L’*iter* e la tempistica di approvazione della legge di delega e l’influenza sulle scelte successive

L’*iter* di approvazione della legge di delega è stato obiettivamente troppo lungo perché il Governo potesse elaborare in modo adeguatamente ponderato le numerosissime grandi scelte di politica normativa ed economica che il recepimento delle Direttive UE 2014 imponeva.

Basti pensare che le direttive in questione sono state pubblicate nella Gazzetta UE il 28 marzo 2014 e sono entrate in vigore il successivo 28 aprile.

Da allora i Parlamenti nazionali avevano a disposizione ventiquattro mesi per esercitare la delega nell’ambito degli ordinamenti interni.

Un tempo non troppo lungo, ma tutto sommato adeguato per impostare in modo corretto le linee di fondo di una grande riforma di settore.

In casi analoghi la scelta del Legislatore italiano è solitamente stata nel senso di inserire la delega per il recepimento nell'ambito della legge di delegazione europea¹, che assicura tempi di approvazione certi e corsie parlamentari – per così dire – ‘privilegiate’.

Nel caso delle nuove direttive si è invece optato per un diverso percorso parlamentare, forse nella convinzione che questo diverso *iter* avrebbe assicurato tempi ancora più rapidi di approvazione del disegno di legge e che avrebbe consentito di tenere più adeguatamente conto della grande rilevanza ‘di sistema’ del nuovo testo.

Questa scommessa, però, non si è rivelata vincente.

In particolare, mentre l'*iter* di approvazione della l. 11 del 2016 è giunto alla sua conclusione solo nel gennaio del 2016 (cioè, dopo circa ventuno mesi dalla pubblicazione delle Direttive UE 2014), al contrario la legge di delegazione europea è stata approvata e pubblicata circa sei mesi prima (si tratta della legge 9 luglio 2015, n. 114).

Ciò vuol dire che una scelta strategica rivelatasi non oculata ha di fatto privato il Governo di ben sei mesi di tempo per elaborare un ‘Codice’ di settore di cruciale importanza la cui impostazione necessitava di un adeguato *spatium deliberandi*².

Evidentemente, non è affatto fisiologico che, a fronte di ventiquattro mesi complessivamente disponibili per recepire le nuove direttive, ne siano stati impiegati circa ventuno per completare il solo conferimento della delega (atto di grande importanza, ma pur sempre preliminare e meramente preparatorio) e se ne siano fatti residuare appena tre per l'esercizio concreto della delega (il quale, come è evidente, implica una serie sterminata di scelte normative talvolta estremamente complesse)³.

Inoltre, questa innaturale alterazione della tempistica ha – per così dire – ‘costretto’ il Legislatore a contingentare oltre misura i tempi per l'adozione dei pareri obbligatori (in particolare, quello della Conferenza unificata, quello del Consiglio di Stato e quello delle competenti Commissioni parlamentari).

¹ La legge annuale di delegazione europea è prevista in via generale dall'articolo 29 della l. 234 del 2012 (c.d. legge Moavero Milanesi').

² Si osserva anche che il Legislatore della delega, evidentemente consapevole di quanto fosse difficile adottare in tempi estremamente ristretti un testo privo di errori e omissioni, ha anche ipotizzato una sorta di recepimento ‘in due tempi’, ipotizzando che in un primo momento (aprile 2016) venisse emanato solo un decreto di recepimento delle direttive e che in un secondo momento (luglio 2016) venisse adottato il vero testo finale (*i.e.*: il nuovo ‘Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione’).

Tuttavia il Governo (ad avviso di chi scrive, in modo del tutto condivisibile) ha ritenuto di non avvalersi di tale facoltà e di procedere a un recepimento di tipo – per così dire – ‘one shot’, anche al fine di evitare le inevitabili incertezze e complicazioni operative che una delega ‘in due tempi’ avrebbe certamente determinato.

³ Si osserva al riguardo che, in occasione dell'approvazione del ‘Codice dei contratti’ del 2006, le cose andarono in parte diversamente: la legge di delega n. 62 del 2005 fu promulgata il 18 aprile 2005 e il Governo al tempo in carica ebbe a disposizione quasi un anno di tempo per predisporre il ‘Codice’ (che venne emanato il 12 aprile dell'anno successivo).

Ed infatti, non solo è stato previsto un termine brevissimo per rendere tali pareri (pari ad appena venti giorni), ma è stato altresì previsto che essi fossero resi – per così dire – contestualmente e ‘in parallelo’.

E’ stato in tal modo alterato un tradizionale *modus procedendi* in base al quale (al fine di rendere avvisi più consapevoli e ponderati) ciascun Organo consultivo si pronunzia solitamente solo dopo aver acquisito il parere dell’Organo precedentemente investito (solitamente, la sequenza è la seguente: Conferenza unificata, Consiglio di Stato, Commissioni parlamentari).

Ebbene, al di là delle tecnicità (che possono non appassionare gli operatori del settore, interessati solo a disporre di un Codice chiaro, completo e di buona qualità normativa), il punto è che l’innaturale dilatazione dei tempi di approvazione parlamentare e l’altrettanto innaturale compressione dei tempi di lavorazione del testo (e dei pareri ad esso prodromici) hanno inevitabilmente comportato alcune antinomie e disarmonie nel testo finale, che dovranno essere necessariamente corrette con successivi interventi normativi.

3. Le grandi scelte di fondo operate dal Legislatore della delega: un’analisi puntuale per settori

Nelle pagine che seguono si esamineranno alcuni fra i principali aspetti della materia disciplinata prendendo le mosse dall’impostazione di fondo della legge di delega e svolgendo un’analisi – per così dire – ‘di primo livello’ su come l’impostazione della delega ha influenzato la stesura del decreto delegato.

3.1. Il c.d. divieto di ‘gold plating’

Il primo dei criteri di delega recati dalla l. 11 del 2016 (e la scelta tassonomica non è certamente casuale) è quello del c.d. ‘*divieto di gold plating*’ (i.e.: di introduzione di livelli di regolazione maggiori o più incisivi rispetto a quelli contenuti nelle disposizioni oggetto di recepimento)⁴.

Il criterio in questione è di quelli che – almeno in via di principio - incontrano consensi pressoché unanimi fra gli addetti ai lavori, anche perché caratterizzati da un sufficiente grado di fumosità semantica ed accompagnati da una certa eco giornalistica, nei cui confronti le capacità di discernimento del giurista medio risultano via via più inefficaci.

Va osservato in primo luogo che il divieto di ‘*gold plating*’ non nasce con il recepimento delle Direttive appalti/concessioni del 2014 anche se il dibattito che ha accompagnato tale recepimento ha fornito al tema una risonanza in precedenza sconosciuta⁵.

⁴ Secondo il criterio in parola, nell’emanare il decreto delegato il Governo avrebbe dovuto rispettare (*inter alia*) il «divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive (...)».

⁵ Le implicazioni del principio in questione in relazione all’attività di recepimento delle direttive appalti/concessioni del 2014 sono state esaminate da F. SCIAUDONE in: *Le nuove direttive e il loro recepimento: dal gold plating al copy out*, in: www.igitalia.it.

In realtà, è già dal novembre del 2011 che il Legislatore ha imposto, in sede di recepimento delle direttive UE, il divieto di introdurre livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive comunitarie, fra cui «l'estensione dell'ambito soggettivo o oggettivo di applicazione delle regole rispetto a quanto previsto dalle direttive, ove comporti maggiori oneri amministrativi per i destinatari»⁶.

Ma se le parole hanno un senso, allora il Legislatore della delega avrebbe dovuto in radice astenersi dall'introdurre nella materia aspetti regolatori non compresi nell'ambito delle Direttive oggetto di recepimento.

Ebbene, l'esame della legge delega e del nuovo 'Codice' dimostra che le cose non sono andate in questo modo.

In alcuni casi, la scelta di estendere l'ambito di applicazione oggettivo della nuova disciplina appare giustificata in quanto si pone sul solco di scelte normative pregresse. In questi casi, l'estensione in parola risponde comunque alla condivisibile finalità di conferire completezza ed organicità al nuovo testo (basti pensare alla disciplina in tema di esecuzione dell'appalto⁷ o a quella in tema di contratti al di sotto della soglia di rilevanza comunitaria).

In altri casi, tuttavia, l'ansia del Legislatore della delega di coprire ogni possibile spazio disciplinare, ha dato origine a criteri direttivi che impongono di disciplinare spazi e fattispecie obiettivamente estranee alla *litera* e alla *ratio* delle direttive UE e che, quindi, finiscono per disattendere in modo piuttosto evidente il primo dei criteri della delega.

Basti pensare al riguardo (ma l'elenco potrebbe essere ben più nutrito):

- alla previsione di un sistema di penalità e premialità per la denuncia obbligatoria delle richieste estorsive e corruttive (criterio di delega *q5*); ora: articolo 83, comma 10 del nuovo 'Codice');
- all'istituzione di un nuovo albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici (criterio di delega *hh*); ora: articolo 78 del nuovo 'Codice');
- all'istituzione presso l'ANAC di un elenco di enti aggiudicatori di affidamenti in regime di c.d. '*in house providing*' (criterio di delega *eee*); ora: articolo 192 del nuovo 'Codice');
- alla previsione di una particolare disciplina transitoria per l'affidamento delle concessioni autostradali scadute o prossime alla scadenza (criterio di delega *mmm*) – ora: articolo 178 del 'Codice');
- all'introduzione di una prima disciplina nazionale in tema di 'lobbismo accreditato' e di *débat public* (criteri di delega *ppp* e *qqq*); ora: articolo 22 del nuovo 'Codice').

Certamente non si intende con ciò dire che molte di queste previsioni non fossero utili o opportune.

⁶ In tal senso i commi 24-ter e 24-quater dell'articolo 14 della l. 246 del 2005 ('legge di semplificazione per il 2005') per come introdotti dalla l. 183 del 2011 ('legge di stabilità per il 2012').

⁷ La materia dell'esecuzione, tradizionalmente esclusa dall'ambito di applicazione delle Direttive UE, conosce oggi una disciplina – per così dire – 'minimale' nell'ambito degli articoli 70-73 della c.d. 'Direttiva appalti' n. 2014/24/UE. Si tratta, comunque, di una disciplina certamente meno incisiva di quella sino ad oggi dedicata dal legislatore italiano al tema dell'esecuzione.

E' tuttavia evidente che, se vi era la consapevolezza che l'ambito disciplinato dalle nuove Direttive non consentisse di fornire risposta ad alcuni rilevanti interrogativi di sistema, non era opportuno vincolare *ex ante* il Legislatore delegato entro gli angusti confini del divieto di *gold plating*, in tal modo fissando una velleitaria 'regola di ingaggio' che lo stesso Legislatore della delega era pronto a disattendere un momento dopo averla posta.

3.2. Il nodo (risolto o irrisolto?) delle cc.dd. 'grandi opere'

Il tema delle cc.dd. 'grandi opere' (o: '*infrastrutture pubbliche e private e insediamenti produttivi strategici e di preminente interesse nazionale*', secondo la roboante definizione della c.d. 'legge obiettivo' del 2001)⁸ è di quelli che, ancora per molti anni, non potranno conoscere un sereno dibattito scientifico.

Tropo recente e troppo lacerante è la contrapposizione fra:

- (da un lato) coloro che vedevano nella legge obiettivo una delle ultime occasioni per dotare il Paese di un sistema infrastrutturale più moderno ed efficiente, se del caso ricorrendo a procedure di aggiudicazione ed esecuzione delle gare e di gestione del contenzioso tanto speciali quanto adeguate alla rilevanza degli interessi in gioco e
- (dall'altro) coloro che vedevano in tale sistema – peraltro, confortati sovente dalla cronaca giudiziaria – una pericolosa fucina di deroghe opache e foriere di possibili derive collusive. Secondo tale corrente di pensiero, il sistema derogatorio delineato dalla 'legge obiettivo' possiederebbe *in se* una natura intrinsecamente 'criminogena' e rappresenterebbe di fatto la quintessenza di quel novero di strumenti derogatori che avrebbe il demerito di aver reso il sistema nazionale degli appalti opaco e permeabile ai fenomeni corruttivi.

Ora, non spetta a chi scrive esprimere un bilancio dell'esperienza avviata con la 'legge obiettivo' del 2001, né prendere posizione su una scelta di campo (quella volta a superare tale esperienza) che sembra aver preso le mosse da una sostanziale identificazione fra la patologia del modello e il modello in quanto tale.

Tuttavia, gli operatori pratici del diritto si aspettano dal Legislatore scelte (magari opinabili, ma pur sempre) chiare e univoche.

Ebbene, sul tema delle cc.dd. grandi opere il Legislatore della delega non ha fornito la chiarezza (per così dire: '*in un senso o nell'altro*') che gli operatori si aspettavano per ciò che riguarda il destino delle procedure derogatorie delineate dalla legge del 2001.

Basti pensare al riguardo:

- che il criterio di delega sss) ha imposto in modo stentoreo «[l']espresso superamento delle disposizioni di cui alla legge 21

⁸ Legge 21 dicembre 2001, n. 443 ('*Delega al Governo in materia di infrastrutture ed insediamenti produttivi strategici ed altri interventi per il rilancio delle attività produttive*').

dicembre 2001, n. 443, con effetto dalla data di entrata in vigore del decreto di riordino». Il che sembra costituire indice di una inflessibile volontà di superare il modello delle cc.dd. ‘grandi opere’;

- che, al contrario, il criterio di delega *i)*, nel declinare i principi di semplificazione ed armonizzazione che dovrebbero ispirare il nuovo ‘Codice’, ha sancito che tali principi dovrebbero applicarsi *«con particolare riguardo allo sviluppo delle infrastrutture e degli insediamenti produttivi strategici di preminente interesse nazionale»*. Insomma, il Legislatore del 2016 non imporrebbe più la radicale soppressione del modello, ma anzi ne postulerebbe la proiezione nel futuro, previa rimodulazione in senso funzionale;
- che il criterio di delega *ee)*, nel delineare la disciplina prossima ventura delle varianti in corso d’opera, ha previsto che tale disciplina dovrà essere modulata *«con specifico riferimento agli insediamenti produttivi strategici e alle infrastrutture strategiche private di preminente interesse nazionale di cui al comma 1 dell’articolo 1 della legge 21 dicembre 2001, n. 443, e successive modificazioni»*. Anche in questo caso, la volontà del Legislatore non sembra affatto nel senso del superamento del modello, quanto – piuttosto – di una sua modernizzazione in chiave funzionale.

Ebbene, questo essendo il quadro (non del tutto chiaro) delineato dal Legislatore della delega, non vi è da stupirsi se le scelte operate sul punto del superamento del sistema delle cc.dd. ‘grandi opere’ non siano state del tutto chiare.

Ed infatti, se nell’ambito delle prime bozze del nuovo ‘Codice’⁹ figurava un’apposita Parte V, interamente dedicata al tema del *‘Superamento della legge obiettivo’*, al contrario, le scelte operate in sede di stesura finale del ‘Codice’ sono state in parte meno chiare.

E’ certamente da notare che l’articolo 217, dedicato alle abrogazioni, contempli in modo espresso la l. 443 del 2001 (*rectius*: l’articolo 1, commi da 1 a 5 che ne rappresentano certamente la parte essenziale), ma è altrettanto importante notare che il nuovo ‘Codice’ contempla una nuova Parte V (dedicata alle *Infrastrutture e agli insediamenti prioritari per lo sviluppo del Paese*) che riprende molti dei contenuti e delle logiche di specialità che nel 2001 avevano ispirato la disciplina delle cc.dd. ‘grandi opere’.

E’ ben vero che nel modello da ultimo delineato dal Legislatore del 2016 è venuto meno il riferimento a sistemi e procedure di aggiudicazione derogatori rispetto a quelli ordinari, ma è pur vero che la scelta di predisporre un apposito elenco di opere prioritarie e di riservare alle stesse sistemi di pianificazione, programmazione e finanziamento speciali risulti evidentemente tributaria di un orientamento di politica legislativa assai vicino a quello che aveva ispirato il Legislatore del 2001.

Il tutto, naturalmente, nel *preminente interesse nazionale* alla celere realizzazione delle opere (ed è rilevante osservare che, sotto tale aspetto, la

⁹ La bozza in data 22 febbraio 2016 è reperibile al sito www.lexitalia.it.

terminologia utilizzata nell'ambito del nuovo 'Codice' coincide di fatto con quella di cui alla previgente 'legge obiettivo').

Da ultimo (considerato che l'effettivo grado di novità delle ... *grandi novità* deve talvolta essere esaminato a partire dai dettagli) non va trascurato che il nuovo 'Codice' ha espressamente mantenuto in vita lo strumento della c.d. 'struttura tecnica di missione' presso il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti (ora: articolo 214, comma 3) il quale – come è probabilmente noto - ha rappresentato nel corso degli anni il vero 'motore' tecnico-amministrativo dell'evoluzione del sistema della 'legge obiettivo',¹⁰.

3.3. La nuova configurazione istituzionale dell'ANAC e i rapporti con la nuova 'Cabina di regia' presso la PCM

E' opinione largamente diffusa quella secondo cui uno dei tratti caratterizzanti del nuovo 'Codice' sia rappresentato dal notevole rafforzamento del ruolo e delle funzioni dell'ANAC (sorta, come è noto, sulle ceneri della soppressa AVCP).

Esula certamente dai limiti del presente contributo una disamina compiuta circa l'intero novero delle attribuzioni e dei compiti che la legge di delega (e in seguito il nuovo 'Codice') hanno demandato all'ANAC.

In questa parte del contributo ci si limiterà, quindi:

- a fornire alcune osservazioni di massima circa il novero talora indistinto ed obiettivamente eterogeneo di funzioni da ultimo attribuite all'Autorità di settore;
- al fatto che, con la legge delega (e successivamente con il nuovo 'Codice') l'ANAC viene ad assommare una congerie di compiti, funzioni e facoltà di tale latitudine da farne un *unicum* nell'ambito del (peraltro già variegato) panorama nazionale delle Autorità amministrative indipendenti;
- al fatto che, con una sorta di 'ripensamento in corsa', gli estensori del decreto abbiano inserito nel *corpus* del 'Codice' una figura del tutto innovativa (la 'cabina di regia' istituita presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri) non contemplata dalla legge di delega e di cui sembrano in parte da chiarire la configurazione sistematica e i rapporti con l'Autorità di settore.

Ebbene, quanto al primo novero di questioni (nuovi compiti e funzioni riconosciuti all'ANAC) è appena il caso di rilevare che esse hanno carattere amplissimo e del tutto eterogeneo e che, in modo piuttosto evidente, nella relativa attribuzione non si è seguito un criterio di predeterminazione organica, quanto – piuttosto – un criterio di fatto 'residuale' (in base al quale ogni funzione o compito che risultasse connotato da un pur minimo interesse pubblico è stata *ipso facto* demandato all'Autorità in parola).

¹⁰ Nell'ordito del nuovo 'Codice' alla riconfermata struttura tecnica di missione vengono demandati incisivi compiti nell'ambito delle attività «di indirizzo e pianificazione strategica, ricerca, supporto e alta consulenza valutazione, revisione della progettazione, monitoraggio e alta sorveglianza delle infrastrutture».

Fra le ben diciannove disposizioni della legge di delega che richiamano i compiti dell'ANAC (e che risultano trasfuse in numerosissime disposizioni del nuovo 'Codice') si ritiene qui di richiamare il criterio di delega *t*) che rappresenta una sorta di *summa* e la cui eterogeneità costituisce l'indice più eloquente di un orientamento normativo la cui *ratio* di fondo è costituita dalla volontà di ampliare in modo sostanzialmente indistinto il perimetro di azione dell'Autorità, anche a prescindere da un effettivo disegno organico.

Il criterio direttivo in questione prevede «[l']attribuzione all'ANAC di più ampie funzioni di promozione dell'efficienza, di sostegno allo sviluppo delle migliori pratiche, di facilitazione allo scambio di informazioni tra stazioni appaltanti e di vigilanza nel settore degli appalti pubblici e dei contratti di concessione, comprendenti anche poteri di controllo, raccomandazione, intervento cautelare, di deterrenza e sanzionatorio, nonché di adozione di atti di indirizzo quali linee guida, bandi-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolamentazione flessibile, anche dotati di efficacia vincolante e fatta salva l'impugnabilità di tutte le decisioni e gli atti assunti dall'ANAC innanzi ai competenti organi di giustizia amministrativa».

Ebbene, la declinazione concreta del criterio in parola è avvenuta con la stesura dell'articolo 213 del nuovo 'Codice': una disposizione estremamente complessa che con i suoi quindici commi delinea i contorni operativi della nuova Autorità, demandando alla stessa (*inter alia*):

- generali compiti di vigilanza, controllo e regolazione nel settore degli appalti e delle concessioni (peraltro, in linea di continuità con quanto già previsto dall'articolo 6 del 'Codice' del 2006);
- il potere di emanare «linee-guida, bandi-tipo, capitoli-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolazione flessibile, comunque denominati» (a ben vedere, la disposizione in parola rappresenta – per così dire – il '*manifesto*' del carattere di atipicità di tali strumenti di regolazione flessibile);
- il potere di rivolgere atti di segnalazione e proposta al Governo, nonché di relazionare al Parlamento;
- la gestione del sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza;
- la gestione della Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici, «nella quale confluiscono tutte le informazioni contenute nelle banche dati esistenti, anche a livello territoriale, onde garantire accessibilità unificata, trasparenza, pubblicità e tracciabilità delle procedure di gara e delle fasi a essa prodromiche e successive» (per la gestione di tale banca dati unificata l'ANAC si avvale dell'Osservatorio dei contratti pubblici già previsto dall'articolo 7 del 'Codice de Lise');
- la gestione del Casellario Informatico dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture;
- la tenuta della Camera arbitrale per i contratti pubblici di cui all'articolo 210;
- la gestione e l'aggiornamento dell'Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle Commissioni giudicatrici di cui all'articolo 78;

- la tenuta dell'Anagrafe unica delle stazioni appaltanti e dell'elenco dei soggetti aggregatori;
- i poteri di irrogare sanzioni amministrative pecuniarie per la violazione delle disposizioni ricadenti nell'ambito disciplinato.

Ebbene, se si esamina il complesso di poteri che il nuovo 'Codice' demanda all'ANAC, ne emerge la figura istituzionale di un'Autorità di settore caratterizzata da un'ampiezza di attribuzioni che non conosce eguali nell'esperienza nazionale.

In particolare:

- mentre l'elaborazione tradizionale in tema di *Authorities* solitamente distingue fra (da un lato) un modello di Autorità di regolazione dei mercati – con funzione eminentemente regolatoria – e (dall'altro) un modello regolativo-giustiziale – con più accentuate funzioni di vigilanza e di *adjudication* –
- al contrario, il modello che emerge dal nuovo 'Codice' assomma e sintetizza di fatto le due tipologie di funzioni.

Inoltre, la nuova configurazione dei poteri di regolazione demandati all'ANAC presenta caratteri di assoluta novità rispetto al modello che ha sinora caratterizzato l'esperienza nazionale in tema di Autorità amministrative indipendenti.

E' noto al riguardo che il modello tradizionale di *Authority* si fonda solitamente su due elementi:

- sul fatto di operare in settori considerati 'sensibili' o ad alto contenuto di tecnicità;
- sul fatto che la particolarità degli ambiti di riferimento richiede una particolare posizione di autonomia e indipendenza (*in primis*: rispetto all'Esecutivo) allo scopo di garantire una maggiore imparzialità (*vel*: neutralità) nei confronti degli interessi coinvolti.

Non a caso, nell'esperienza italiana, il carattere di *indipendenza* che costituisce un tratto fondativo della figura è stato solitamente inteso come sinonimo di *indipendenza dall'Esecutivo* (*in primis*: nell'esercizio della funzione di regolazione).

Ebbene, se questi sono i caratteri tipici del requisito di *indipendenza* che caratterizza il modello nazionale di Autorità indipendenti, non può che rimarcarsi l'assoluta peculiarità del sistema di regolazione delineato dal nuovo 'Codice' il quale

- demanda, sì, all'ANAC rilevanti funzioni di regolazione del settore (attraverso lo strumento delle linee-guida 'anche di carattere vincolante');
- ma prevede altresì una particolarissima forma di sostanziale co-gestione di tale funzione con il Governo (ci si riferisce, in particolare, alle «linee guida di carattere generale proposte dall'ANAC e approvate con decreto del Ministero delle Infrastrutture e dei trasporti» di cui all'articolo 1, comma 5 della legge di delega, in più punti ripreso nell'ambito del nuovo 'Codice').

Si osserva al riguardo che questa sostanziale forma di co-gestione (nel cui ambito, peraltro, l'ultima parola spetta all'Organo governativo) appare difficilmente armonizzabile con il canone stesso di *indipendenza dall'Esecutivo* che tipicamente caratterizza il modello in esame e che fa sorgere interrogativi circa il tendenziale spostamento dell'ANAC dal modello delle *Independent Regulatory Agencies* di matrice anglosassone verso il diverso (e comunque rilevante) modello delle Agenzie governative di cui agli articoli 8 e seguenti del decreto legislativo n. 300 del 1999.

Un'ulteriore, marcata peculiarità del modello di Autorità che emerge dal testo del nuovo 'Codice' è rappresentata dal diffuso riconoscimento all'ANAC di compiti di vera e propria amministrazione attiva, come quelli relativi alla tenuta di Albi e registri non sempre coessenziali all'esercizio dei richiamati poteri di vigilanza e controllo (basti pensare alla tenuta e all'aggiornamento dell'Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle Commissioni giudicatrici di cui all'articolo 78, nonché alla tenuta dell'Anagrafe unica delle stazioni appaltanti e dell'elenco dei soggetti aggregatori).

Ebbene, una volta fatto cenno ai rapporti (per così dire 'di nuovo tipo') che sussistono fra l'ANAC e la compagine governativa, non ci si può esimere dallo svolgere alcune considerazioni sulle funzioni di indirizzo e coordinamento che l'articolo 212 del 'Codice' demanda alla 'Cabina di regia' istituita presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri.

Va premesso al riguardo che l'istituzione della 'Cabina di regia' non è stata prevista – almeno in modo espresso - dalla legge di delega, il che pone di per sé alcuni interrogativi in ordine alla conformità di tale previsione con l'articolo 32 della c.d. 'legge Moavero Milanesi', secondo cui le amministrazioni direttamente interessate all'attività di recepimento «provvedono all'attuazione dei decreti legislativi con le ordinarie strutture amministrative, secondo il principio della massima semplificazione dei procedimenti e delle modalità di organizzazione e di esercizio delle funzioni e dei servizi».

La disposizione in questione (peraltro, espressamente richiamata dall'articolo 1, comma 1 della legge di delega n. 11 del 2016) viene solitamente intesa come ostativa all'istituzione di nuove strutture amministrative nell'ambito di decreti di recepimento della normativa UE.

Non ci si può qui soffermare sui compiti demandati alla 'Cabina di regia',¹¹ i quali, peraltro, sono riconducibili alle funzioni di *Governance* (in specie per ciò che riguarda i rapporti con le Istituzioni UE) di cui all'articolo 83 della nuova 'Direttiva appalti' 2014/24/UE.

Si osserva comunque che la disposizione in questione suscita ulteriori spunti di riflessione per ciò che riguarda l'innovativo assetto dei rapporti fra l'Autorità governativa e l'ANAC (che, in quanto Autorità di settore dovrebbe essere *in primis* indipendente dall'Esecutivo).

A titolo solo esemplificativo di tale innovativo novero di rapporti ci si limita qui a richiamare l'articolo 213, comma 3 che delinea una innovativa

¹¹ Si rinvia, per un esame di dettaglio, alle osservazioni svolte nel commento all'articolo 213 del 'Codice'.

forma di *avvalimento* da parte della PCM nei confronti dell'ANAC, secondo un modello concettuale del tutto nuovo nella disciplina delle Autorità indipendenti.

Concludendo sul punto, è opinione di chi scrive che la legge di delega (e con essa il 'nuovo Codice') segnino un vero e proprio punto di svolta nei rapporti fra il Governo e le Autorità di settore, secondo un nuovo assetto di rapporti che – è agevole prevederlo – potrebbe in futuro sortire una valenza extrasettoriale.

Un ultimo (ma non minore per importanza) aspetto sul quale la legge delega ha delineato in modo del tutto peculiare i poteri dell'Autorità di settore è quello della valenza dei pareri di precontenzioso.

La legge delega (ad avviso di chi scrive, in modo condivisibile) ha tentato di rinvenire un adeguato punto di equilibrio fra:

- (da un lato) il rafforzamento dei poteri decisori dell'ANAC nella fase precontenziosa e
- (dall'altro) l'esigenza di non istituire un modello paragiurisdizionale foriero di possibili sovrapposizioni e incertezze¹².

Tuttavia, nella stesura del Codice si è introdotta nel sistema una disposizione (si tratta dell'articolo 211, comma 2) il cui effetto è quello di rendere di fatto vincolate il contenuto del parere di precontenzioso e addirittura sanzionabile il comportamento del dirigente che non si conformi al relativo contenuto.

La disposizione in questione suscita perplessità

- *sia* in relazione all'effettiva compatibilità con il generale principio di legalità che opera anche nella materia sanzionatoria amministrativa (si osserva al riguardo che la previsione dell'articolo 211 non rinviene apparentemente un fondamento puntuale nell'ambito della legge di delega);
- *sia* per avere introdotto una sorta di presunzione legale di correttezza e legittimità dei pareri di precontenzioso resi dall'ANAC, secondo un modello che rappresenta un *unicum* nell'ambito del panorama giuridico nazionale.

3.4. Il mito della *soft regulation* e il problema concreto degli atti secondari: il sistema necessita di chiarezza

Secondo J.W. Goethe, «la soluzione di ogni problema è un altro problema» e la verità di questa proposizione universale trova puntuale conferma nel limitato (ma rilevante) settore degli atti di regolazione 'a valle' del nuovo 'Codice'.

¹² Non a caso il criterio *t)* della legge di delega ha chiarito la volontà del legislatore di escludere qualunque forma di attribuzione di poteri paragiurisdizionali all'Autorità, chiarendo che «[resta sempre] salva l'impugnabilità di tutte le decisioni e gli atti assunti dall'ANAC innanzi ai competenti organi di giustizia amministrativa».

Il dibattito che ha preceduto l'impostazione e l'approvazione della legge delega e che ne ha condizionato a fondo la genesi ha individuato nel Regolamento n. 207 del 2010 (e nel suo antecedente storico – d.P.R. 554 del 1999 -) una delle ragioni principali della iper-regolamentazione del settore degli appalti e quindi (secondo un nesso logico tanto ferreo quanto indimostrato) della sua vischiosità e farraginosità.

L'architrave logico di questa incontrastabile corrente di pensiero può essere così sintetizzato:

- se è vero che un 'Codice' di settore di circa 250 articoli è già di per sé troppo lungo e dettagliato (e merita la «drastica riduzione» richiamata dall'articolo *d*) della legge di delega), *a fortiori* è intollerabile la permanenza nell'ordinamento di un Regolamento che consta di oltre 350 articoli (fino a determinare un *corpus* disciplinare popolato da circa 600 disposizioni);
- la figura stessa del 'regolamento' è figlia legittima di un antiquato sistema di regolazione (quello basato sulla dicotomia 'fonte primaria / fonte secondaria') eccessivamente rigido e la cui farraginosità ha rappresentato una delle principali ragioni della crisi del sistema nazionale degli appalti;
- la soluzione (semplice, autoevidente e certamente risolutiva) è quindi quella di regolare il settore attraverso una disciplina primaria snella, autoesecutiva e 'per principi' e di demandare la disciplina sub-primaria ad atti di *soft-regulation* da parte dell'Autorità di settore (secondo una formula – quella della *soft regulation* - tanto rassicurante quanto oscura e quindi destinata a riscuotere immediati e generalizzati consensi).

Ne è scaturito il testo della l. 11 del 2016 che, sulla base di un incrollabile '*ottimismo della volontà*', ha tracciato per l'esercizio della delega alcuni punti fermi non derogabili:

- il definitivo superamento del modello di regolazione secondaria attraverso la fonte regolamentare;
- l'espressa ed immediata abrogazione del d.P.R. 207 del 2010 per effetto dell'entrata in vigore del nuovo 'Codice' (articolo 1, comma 4 della legge di delega);
- la previsione (apparentemente tassativa – ma la questione sembra aperta -) secondo cui la regolazione sub-primaria resti demandata in modo esclusivo a «*linee guida di carattere generale proposte dall'ANAC e approvate con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, che sono trasmesse prima dell'adozione alle competenti Commissioni parlamentari per il parere*» (articolo 1, comma 5 della legge di delega).

Si tratta di una soluzione?

Ad avviso di chi scrive, si tratta piuttosto di un nuovo problema, ovvero (per lasciare spazio a un ragionevole ottimismo, di questi tempi pressoché doveroso) di un abbozzo di soluzione il quale reca con sé alcuni inevitabili problemi, che occorrerà risolvere quanto prima.

Qui di seguito si esamineranno (sia pure con la necessaria sintesi imposta dai limiti del presente contributo) alcune fra le principali criticità connesse al modello di regolazione sub-primaria imposto dal Legislatore del 2016 e trasfuso nel testo del nuovo ‘Codice’.

La prima criticità consiste nel fatto che la legge di delega non chiarisce in modo adeguato se il modello delle linee guida MIT/ANAC (articolo 1, comma 5) costituisca un *modello unico* e tassativo di regolazione sub-primaria e/o un *modello prevalente* e/o un *modello soltanto tendenziale*.

Il testo della legge di delega (nonché la *ratio* ispiratrice allo stesso sottesa) sembra deporre nel primo dei sensi indicati, ma l’esame del nuovo ‘Codice’ sembra andare in una direzione del tutto diversa.

Ed infatti, esaminando il testo del decreto delegato non solo emerge con evidenza che gli estensori non si siano ispirati al modello unico delle ‘linee guida MIT/ANAC’, ma emerge con altrettanta evidenza che il nuovo ‘Codice’ riconosca cittadinanza a decine di atti attuativi, caratterizzati da forma, contenuto e modalità di adozione del tutto differenziati¹³

Il che rappresenta di per sé un primo rilevante *vulnus* rispetto ai principi di semplificazione e razionalizzazione che hanno ispirato (almeno, nelle intenzioni) la legge delega.

La seconda criticità consiste nella difficile qualificazione giuridica delle ‘linee guida’ di cui non è allo stato chiaro il carattere di effettiva vincolatività, l’eventuale natura regolamentare e il regime di impugnabilità in giudizio.

Non si tratta di questioni astratte o meramente speculative, ma di aspetti dalle numerose ricadute pratiche per gli operatori del settore.

Quanto al primo aspetto, si osserva che il nuovo Codice introduce sia linee guida “di carattere vincolante” (come quelle di cui all’articolo 198, in tema di determinazione dei requisiti del contraente generale), sia linee guida di cui non viene esplicitato il grado di vincolatività (come quelle volte a disciplinare i criteri di selezione di cui all’articolo 83 del ‘Codice’). Tale discrasia rende evidentemente difficile per l’interprete stabilire in quali casi le linee guida si esauriscano nell’ambito della (pur qualificata) *moral suasion* e in quali casi esse siano davvero idonee a recare prescrizioni di carattere vincolante per gli operatori.

Quanto al secondo aspetto (evidentemente connesso in modo stretto con il primo) il testo del nuovo ‘Codice’ non rende del tutto esplicito se le linee

¹³ Solo per fornire un esempio dei numerosi diversi modelli di regolazione previsti dal nuovo ‘Codice’, ci si limita qui ad osservare che esso prevede l’emanazione (fra l’altro) di: a) decreti del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti di concerto con il Ministero dell’economia e delle finanze, previo parere del CIPE e sentita la Conferenza unificata (art. 21, comma 8); b) decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, sentito il Ministro dell’ambiente e della tutela del territorio e del mare e il Ministro per i beni e le attività culturali, previo parere delle Commissioni parlamentari competenti (articolo 22, comma 2); c) di decreti del Ministro delle infrastrutture e trasporti, su proposta del Consiglio superiore dei lavori pubblici, di concerto con il Ministro dell’ambiente e della tutela del territorio e del mare e del Ministro dei beni e delle attività culturali e del turismo (articolo 23, comma 3); d) di decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro dei beni e delle attività culturali e del turismo, di concerto con il Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione e il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti (articolo 25, comma 13); e) di decreti del Ministro dei beni e delle attività culturali e del turismo, da adottarsi sentita una rappresentanza dei dipartimenti archeologici universitari (articolo 25, comma 2). L’elenco, evidentemente, potrebbe continuare.

guida di carattere vincolante siano davvero idonee ad integrare l'ordinamento giuridico attraverso prescrizioni di carattere generale e astratto o se si atteggiino come atti amministrativi di carattere generale idonei a regolare una serie comunque limitata di rapporti e situazioni.

Ma se la soluzione corretta (come sembra) è nel primo dei sensi indicati, allora occorre interrogarsi in ordine: i) alla natura regolamentare delle linee guida in questione (in specie, laddove esse siano emanate nella forma del decreto ministeriale ai sensi dell'articolo 1, comma 5 della legge di delega); ii) all'*iter* di approvazione di tali *regolamenti in senso sostanziale*¹⁴; iii) al regime della loro impugnativa in giudizio e agli effetti *erga omnes* dell'eventuale loro annullamento per motivi di legittimità.

La terza criticità (di contenuto eminentemente pratico) riguarda il tema della conoscibilità e reperibilità delle nuove linee-guida.

Si osserva al riguardo che, sia pure con tutti i suoi indubbi limiti, il modello del regolamento statale governativo presentava per gli operatori l'indubbio vantaggio di consentire di reperire nell'ambito di un unico testo tutte le disposizioni di interesse, peraltro emanate *uno actu*.

Al contrario, il nuovo modello di regolazione sub-primaria sarà costellato di disposizioni di diversa natura e contenuto, emanate in momenti diversi e – si paventa – pubblicate secondo modalità differenziate.

Il che potrebbe onerare l'operatore del settore di una prima (e non lieve) difficoltà di carattere preliminare: quella di individuare le linee guida di proprio interesse nell'ambito di numerosi e diversi sistemi di pubblicità.

E' certamente da apprezzare che in sede di stesura finale il Governo (accogliendo sul punto un'indicazione resa dal Consiglio di Stato) abbia imposto all'ANAC di pubblicare gli strumenti di regolazione flessibile di propria competenza «con modalità tali da rendere immediatamente accessibile alle stazioni appaltanti e agli operatori economici la disciplina applicabile a ciascun procedimento» (articolo 213, comma 16).

Ma il punto è che tale – pur condivisibile – previsione non potrà risolvere che una parte soltanto dei numerosi problemi di carattere conoscitivo che la vera e propria *diaspora* delle fonti sub-primarie determinata dalle recenti scelte normative molto probabilmente recherà con sé.

Concludendo sul punto, il nuovo 'Codice' (in modo coerente rispetto alla legge di delega) prende le mosse dal condivisibile intento di semplificare e snellire l'ambito della regolazione sub-primaria nella cruciale materia degli appalti e delle concessioni.

Tuttavia, vi è il rischio che il superamento del pregresso modello regolamentare e la sua sostituzione con una pluralità di modelli (in alcuni casi di incerta configurazione giuridica) non fornisca agli operatori del settore i necessari elementi di chiarificazione.

E' del tutto evidente al riguardo che il tema in esame rappresenti uno di quelli sui quali si misurerà la capacità concreta del nuovo 'Codice' di conseguire in modo *effettivo* (e non meramente astratto) gli obiettivi di

¹⁴ Come è noto, l'articolo 17 della legge n. 400 del 1988 stabilisce che i regolamenti statali (ivi compresi i decreti ministeriali aventi natura regolamentare ai sensi dell'articolo 17, comma 3) debbono essere emanati previa acquisizione del parere del Consiglio di Stato.

semplificazione e razionalizzazione del sistema (obiettivi – questi - che hanno rappresentato probabilmente la principale ‘regola di ingaggio’ per l’adozione della riforma di settore).

3.5. Il nuovo rito abbreviato e la sfida di un processo rapido, efficace ma anche giusto.

E’ opinione tanto diffusa quanto corretta quella secondo cui la tutela giurisdizionale rappresenterà uno degli ambiti su cui si misurerà l’effettiva capacità del nuovo ‘Codice’ di conseguire risultati concreti nell’ottica della semplificazione, della trasparenza e della legalità.

Il tema sarà autorevolmente esaminato da Giuseppe Severini nelle pagine che seguono, ragione per cui ci si limiterà qui ad offrire solo alcuni brevi spunti di riflessione.

Nel corso degli anni non sono certamente mancati gli interventi volti ad accelerare il rito per il contenzioso in materia di appalti pubblici.

Negli ultimi quindici anni circa il Legislatore è intervenuto per almeno *sei volte*¹⁵ su tale delicatissima materia con interventi dal contenuto talvolta eterogeneo, ma accomunati da *tre* grandi linee di tendenza: *i)* la complessiva accelerazione del rito degli appalti; *ii)* il complessivo *favor* al mantenimento del contratto e alla sua più celere esecuzione; *iii)* la limitazione delle ipotesi di sospensione cautelare degli atti della gara.

Nel corso del tempo (e con più di qualche ragione) la dottrina ha criticato il complessivo modello in tal modo instaurato e ha rilevato:

- che, per effetto delle riforme degli ultimi anni, sia stato nei fatti istituito un sistema di tutela ‘*a doppia velocità*’, nel cui ambito alle controversie in materia di appalti viene riconosciuta una sorta di ‘corsia privilegiata’, ma a scapito della tempistica di definizione dei ricorsi – per così dire – ‘ordinari’ (si tratta di una linea di tendenza i cui effetti sono stati aggravati dagli interventi normativi degli anni più recenti che hanno di fatto contratto gli organici della Giustizia amministrativa e, di riflesso, la sua capacità di far fronte a un contenzioso stabilmente cospicuo);
- che, in particolare, gli interventi sul c.d. ‘rito degli appalti’ hanno reso estremamente difficoltosa per la parte privata la possibilità di conseguire in giudizio l’utilità finale (*i.e.*: l’aggiudicazione e/o il ristoro del danno per equivalente), in tal modo introducendo nell’ordinamento la figura denominata (in modo icastico ma non irrealistico) delle aggiudicazioni e dei contratti ‘ricorso-resistenti’¹⁶.

¹⁵ Per ragioni di brevità ci si limiterà qui a richiamare i seguenti interventi normativi: a) legge 205 del 2000 (c.d. ‘miniriforma del processo amministrativo’); b) decreto legislativo n. 190 del 2012 (attuativo della c.d. ‘legge obiettivo’ del 2001); c) decreto legislativo 163 del 2006 (c.d. ‘Codice dei contratti’); d) decreto legislativo n. 53 del 2010 (recepimento della nuova direttiva ricorsi 2007/66/CE); e) decreto legislativo n. 104 del 2010 (Codice del processo amministrativo); e) decreto-legge n. 190 del 2014 (c.d. ‘decreto Madia’).

¹⁶ Sul punto: M.A. SANDULLI, *Il processo amministrativo super accelerato e i nuovi contratti ricorso-resistenti*, in: www.federalismi.it.

Il Legislatore del 2016 non si è a propria volta sottratto alla tentazione di intervenire con disposizioni ulteriormente acceleratorie (su un modello invero già sufficientemente accelerato).

Sotto questo aspetto, la disposizione-chiave del nuovo ‘Codice’ è rappresentata dal criterio di delega *bbb*) il quale ha prefigurato l’istituzione di «*un rito speciale in camera di consiglio che consente l’immediata risoluzione del contenzioso relativo all’impugnazione dei provvedimenti di esclusione dalla gara o di ammissione alla gara per carenza dei requisiti di partecipazione*».

La disposizione in parola (tradotta in norma processuale dell’articolo 204 del nuovo ‘Codice’) è certamente idonea ad incidere in modo determinante su uno dei principali filoni del contenzioso in materia di appalti: quello relativo alle cause di esclusione dalle gare, solitamente esplicitate contestualmente all’impugnazione dell’atto di aggiudicazione e quindi in una fase in cui la contestata ammissione è stata già condotta ad ulteriori effetti.

Allo stesso modo la disposizione in questione è idonea ad *arrestare* – per così dire – *sul nascere* le censure incrociate volte all’esclusione dalla gara della stessa ricorrente principale, secondo il ben noto schema processuale del ricorso incidentale ‘escludente’ o ‘paralizzante’.

Tuttavia, pur dovendosi ammettere che il Legislatore del 2016 ha individuato in modo estremamente realistico una delle più delicate e cospicue fonti di contenzioso in materia di appalti (frenandone il proliferare), deve anche rivelarsi che lo strumento individuato potrebbe determinare una sensibile riduzione dei livelli di tutela concretamente attingibili in questo delicatissimo settore (con ogni conseguenza in ordine all’effettiva compatibilità con il crisma della *pienezza ed effettività* della tutela giurisdizionale di cui all’articolo 24, Cost.).

Nulla quaestio, evidentemente, per ciò che attiene l’onere di immediata impugnativa dei provvedimenti di esclusione, atteso il carattere evidentemente pregiudizievole che li connota.

Ben più delicata, invece, è la previsione secondo cui il concorrente è immediatamente onerato dell’impugnativa degli atti di ammissione ed esclusione degli altri concorrenti nell’ambito di una fase – per così dire – *preliminare ed accelerata*, che si configurerà come una vera e propria ‘*fase di filtro*’ per il successivo eventuale ricorso avverso l’aggiudicazione.

Ebbene, l’onere di immediata impugnativa dell’ammissione del concorrente (e la concomitante preclusione ad un’impugnativa successiva, in una con l’atto di aggiudicazione) renderà estremamente difficoltoso per il futuro ricorrere al rimedio giurisdizionale in tutti i casi in cui alla gara partecipino numerosi concorrenti.

In tali ipotesi è ben difficile individuare un interesse *concreto ed attuale* all’impugnativa dell’ammissione del concorrente, non essendo in una fase iniziale chiaro se tale concorrente disporrà di effettive *chances* di vittoria.

In definitiva, la scelta del Legislatore del 2016 (comprensibile nelle sue ispirazioni di fondo, ma nondimeno estremamente delicata) è stata nel senso di istituire una sorta di ‘*presunzione legale di interesse al ricorso*’.

Si tratta di un sistema nel cui ambito (per una consapevole scelta del Legislatore) l'onere dell'impugnativa viene anticipato a un momento in cui l'interesse potrebbe non essere concreto ed attuale, mentre l'impugnativa resta preclusa proprio nel momento in cui – attraverso l'aggiudicazione del concorrente – l'interesse si sarà *medio tempore* attualizzato.

Molto probabilmente, spetterà al Giudice delle leggi stabilire se il modello in tal modo delineato (pur nella sua evidente logica di deflazione del contenzioso) risulti pienamente compatibile con i generali canoni di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale di cui all'articolo 24, Cost.

4. Alcune prime (provvisorie) conclusioni: un nuovo sistema alla ricerca di fiducia (e che merita fiducia)

E' naturalmente impossibile tracciare un giudizio preliminare in ordine all'impianto complessivo del nuovo 'Codice'.

Ad avviso di chi scrive è quanto mai opportuno, nella prima fase di applicazione del testo di riforma, astenersi *sia* dagli entusiasmi – per così dire – 'di contesto', *sia* da un atteggiamento pregiudizialmente critico (talvolta dettato più dal narcisismo di chi formula le critiche che dalle oggettive manchevolezze di chi le riceve).

Si tratta certamente di un testo ambizioso e complesso, nel cui ambito non è tuttavia agevole individuare chiare ed univoche linee di indirizzo.

La legge Merloni del 1994, ad esempio, prendeva le mosse da una sorta di generale e coerente premessa di fondo: la sostanziale sfiducia nei confronti degli operatori (pubblici e privati) del settore degli appalti e la volontà di limitarne in ogni modo la discrezionalità e i possibili ambiti di accordo i quali si ponessero al di fuori di un rigidissimo schema legale.

Il nuovo 'Codice', invece, non muove dalla medesima premessa (e, ad avviso di chi scrive, si tratta di un indubbio punto di forza della riforma del 2016).

E' vero che, sotto numerosi aspetti, anche il nuovo 'Codice' mira ad istituire un rigido sistema di controlli e sanzioni su un settore ad alto rischio di corruzione (in tal modo perpetuando una linea di indirizzo coerente con quella che ispirava la legge del 1994); ma è anche vero che esso amplia al contempo gli ambiti di discrezionalità rimessi a un'amministrazione pubblica auspicabilmente competente e professionale.

Secondo il monito (quanto mai attuale) di G.B. Shaw, «per ogni problema complesso c'è sempre una soluzione semplice. Che è sbagliata».

Ebbene, il legislatore delegato del 2016 (superando alcune iniziali istanze di ottimistica semplificazione dei problemi sul tappeto) sembra aver preso realisticamente atto che il settore degli appalti e delle concessioni è un settore di estrema complessità, il quale non ammette soluzioni *magiche* o ricette preconfezionate.

Del resto, anche l'abbandono del *mantra* della brevità a tutti i costi (e l'approvazione di un testo la cui consistenza complessiva è analoga a quella del 'Codice' del 2006) non appare a chi scrive una sconfitta del *'partito della*

semplificazione a tutti i costi’, quanto – piuttosto – l’auspicabile presa d’atto della sterminata complessità dei problemi sul campo con la consapevolezza che tali problemi debbano essere affrontati con risposte adeguate (e non necessariamente sintetiche).

Come si è visto nelle pagine precedenti, alcune delle sfide lanciate dal Legislatore del 2016 risultano particolarmente delicate e foriere di possibili criticità (*in primis*, quella relativa all’ambito della regolazione sub-primaria e quella della tutela giurisdizionale).

A questo punto non si può che auspicare che il nuovo modello nazionale di regolazione in tema di appalti e di concessioni superi nel migliore dei modi il vero e proprio ‘esame di maturità’ che lo attende nel prossimo futuro.

E sarà compito di tutti gli operatori del settore (operatori economici, Autorità di settore, Amministrazioni, Magistratura) impegnarsi – ciascuno per la propria parte – affinché i punti di forza del sistema siano adeguatamente valorizzati e quelli di debolezza siano prontamente corretti.

La posta in gioco è troppo alta perché una partita di così grande importanza di sistema non sia giocata da ogni attore con il massimo dell’impegno, della lealtà e della fiducia nel proprio operato e in quello degli altri.