

Il codice dei contratti pubblici

Di Rosanna De Nictolis

Prefazione

E' legge il codice dei contratti pubblici (d.lgs. 18.4.2016 n. 50), in vigore dal 19.4.2016.

Arriva a dieci anni di distanza dal precedente (d.lgs. 12.4.2016 n. 163).

A un anno di distanza è stato “corretto” in modo incisivo (d.lgs. 19.4.2017 n. 56)

Nella versione originaria non aveva preso né il nome chiesto dalla legge delega (codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione) né quello suggerito dal Consiglio di Stato (codice dei contratti pubblici), e aveva ricevuto un nome ben più lungo quanto non necessario, in particolare “Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull’aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d’appalto degli enti erogatori nei settori dell’acqua, dell’energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture”.

Però quanto meno il “soprannome” di codice dei contratti pubblici, era rimasto, legificato, nell’art. 120, c. 2-bis, c.p.a.

Il decreto correttivo ne cambia anche il nome, in “codice dei contratti pubblici”.

Attua una delega lunga e complessa, il cui periodo di gestazione (anche a causa di vicende politiche connesse all’avvicendamento del vertice del Ministero competente) ha assorbito quasi tutto il biennio assegnato dal legislatore europeo per il recepimento delle tre direttive appalti e concessioni, lasciando al Governo meno di tre mesi, e coinvolgendo in una maratona consultiva tutti gli organi chiamati a dare parere.

Abroga il “vecchio” codice n. 163/2006.

Consta di 221 articoli (inizialmente 220, due aggiunti, l’art. 17-bis e l’art. 113-bis, e uno abrogato, l’art. 207, dal decreto correttivo) e

XXV allegati, e dovrà essere completato con le linee guida, ministeriali e dell'ANAC, oltre che con svariati altri decreti ministeriali, destinati a sostituire il precedente regolamento (d.P.R. n. 207/2010) con oltre 50 (in particolare 54) atti attuativi di svariate tipologie.

Abbandona, infatti, il modello del regolamento unico di attuazione, che sarà sostituito da svariate tipologie di linee guida (dalla “dura lex sed lex” alla “soft law but law”).

Si presenta di dimensioni di poco inferiori al codice del 2006, come implementato nell'arco di 10 anni, e meno “magro” di quanto lo fosse il codice del 2006 alla sua data di nascita.

Dovrà da subito districarsi tra il partito di chi voleva meno gold plating e quello di chi ne voleva di più.

Opera scelte di sistema che impattano anche sull'assetto delle fonti del diritto, della governance del settore, degli equilibri tra organi costituzionali.

Dovrà affrontare prevedibili questioni di costituzionalità e di compatibilità comunitaria, oltre che il banco di prova, non sempre morbido, della giurisdizione.

Soprattutto, dovrà riuscire a mantenere la promessa di semplificazione e snellezza nonostante i numerosi atti attuativi (soft law o feudalesimo normativo?).

Il codice è stato già emendato una prima volta con avviso di rettifica di luglio 2016, che ha corretto oltre 180 errori materiali.

E' poi intervenuto, a distanza di un anno, l'agognato decreto correttivo, d.lgs. n. 59/2017, in GURI del 5.5.2017 e in vigore dal 20.5.2017, che ha inciso su più della metà degli articoli del codice.

In conclusione, legge delega e codice fanno una diagnosi corretta dei mali italiani nel settore degli appalti pubblici e prescrivono una cura appropriata: l'importante, ora, è prendere le medicine, senza ripensamenti.

Roma, 17 giugno 2017

Introduzione

Sommario: 1. Un codice “su misura”. Lo “stato dell’arte”. - 2. C’è il codice: c’è la semplificazione? - 3. Semplificazione: istruzioni per l’uso. – 3.1. Realtà complesse e ordinamenti multilivello. - 3.2. “Lingua comune”. - 3.3. Codificazione e decodificazione. -3.4. Semplificare le organizzazioni e i procedimenti. - 3.5. Standardizzazione e trasparenza. - 3.6. Sinteticità, *clare loqui*, principio di lealtà. - 3.7. Il fattore tempo: il tempo della legge, i tempi del legislatore. - 3.8. *Tabula rasa* e/o transizione? - 3.9. Semplificazione e semplificatori. - 3.10. Semplificazione e processo. – 4. Per semplificare basta un codice?

1. Un codice “su misura”. Lo “stato dell’arte”

Quando un vestito inizia ad avere troppi buchi e rattoppi, è meglio buttarlo via e comprarne uno nuovo.

Questa sembra l’idea sottesa alla scelta del legislatore italiano in sede di recepimento delle tre nuove direttive europee sugli appalti e concessioni pubblici.

Esisteva già un “codice”, che, a suo tempo, nel 2006, aveva segnato un traguardo: l’Italia, emulando la Francia, aveva fatto confluire tutta la normativa del settore in un unico testo.

L’impostazione – figlia della legge Merloni del 1994, a sua volta nata sulla scia di “tangentopoli” - era quella di un azzeramento formale della discrezionalità delle stazioni appaltanti. Salvo poi a intervenire reiteratamente con decreti legge per introdurre regimi “alleggeriti”.

Il codice non aveva ancora festeggiato il decimo compleanno: ma era in cattiva salute, cresciuto troppo e male, rattoppato oltre 50 volte (**v. capitolo 1**).

Si è scelto di farne uno nuovo, secondo canoni di “semplificazione e trasparenza”.



Il Parlamento, con oltre 70 principi di delega (rispetto ai quattro scarni della delega n. 62/2005), ha impartito i criteri per un vestito tagliato “su misura”, della realtà italiana.

La gestazione della delega è stata preceduta e accompagnata da studi, convegni¹, audizioni, in cui sono emerse le principali criticità del sistema italiano:

- a) la bulimia normativa e il numero esorbitante di stazioni appaltanti;
- b) la ricerca di nuovi mezzi di prevenzione della corruzione, avendo sinora fallito l’obiettivo, sia le troppe regole, sia i troppi vincoli all’azione pubblica;
- c) il prevalente utilizzo di procedure sotto soglia e in deroga;
- d) il contenzioso sulle gare, concentrato soprattutto sui requisiti degli operatori, e connotato dalla complessità dei ricorsi principali e incidentali incrociati.

La delega ha tracciato la “diagnosi” dei mali che affliggono il settore e ha prescritto la cura, enunciando principi che vanno ben oltre il recepimento europeo.

Sul piano formale, ha previsto:

¹ V. *ex plurimis*, Varenna, 17-19.9.2015, 61° convegno di studi amministrativi “*La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell’economia e contrasto alla corruzione*”, Giuffré, Milano, 2016; A. PAJNO, *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell’economia e contrasto alla corruzione*, *ivi*, 29 ss.



a) un codice “snello” che operi sia un “recepimento” delle direttive che un “riordino complessivo”, limitandosi all’essenziale, e demandando a linee guida i dettagli;

b) un’ordinata transizione dalla vecchia alla nuova disciplina.

Sul piano sostanziale, i punti più innovativi concernono:

c) la riduzione del numero delle stazioni appaltanti e la loro qualificazione;

d) l’albo dei commissari di gara esterni;

e) la qualificazione degli operatori economici, affidata anche a criteri reputazionali e premiali;

f) la standardizzazione delle procedure, con bandi tipo e piena informatizzazione delle gare;

g) la tendenziale separazione tra chi progetta e chi esegue i lavori;

h) la qualità della progettazione e ulteriori misure per eradicare le “varianti disinvolve”;

i) l’affidamento con gara delle concessioni scadute e gli obblighi di esternalizzazione per i concessionari;

l) ulteriori regole sul contenzioso;

m) il rafforzamento e la modernizzazione della vigilanza.

Questi sono principi che si muovono in una prospettiva di efficienza economica.

Ma la delega ha considerato la spesa pubblica per i contratti anche come leva di politiche ambientali, sociali, giuslavoristiche.

Da qui gli ulteriori principi sull’accesso alle gare delle micro, piccole e medie imprese, i criteri di sostenibilità ambientale e sociale, il dibattito pubblico sulla localizzazione dei grandi progetti, gli appalti riservati a categorie protette, la tutela dei lavoratori e dei subappaltatori, l’obbligo di gare per lotti.

La declinazione concreta di tali ulteriori criteri richiede un supplemento di attenzione alla trasparenza.

Perché, quando si impone come regola la gara suddivisa in lotti, quando si riservano appalti a determinate categorie di operatori, non



vi è solo il rischio “messo in conto” che si dilatino costi e tempi delle procedure, ma anche quello, non tollerabile, di maggiore esposizione a turbative e fenomeni corruttivi.

Le gare per lotti sono state terreno di elezione di fenomeni di *bid ridding*, le intese tra i concorrenti finalizzate a una spartizione del mercato, come meglio si dirà nel **capitolo 16** dedicato alle gare per lotti.

Il periodo di gestazione della delega ha assorbito quasi tutto il biennio a disposizione per il recepimento delle direttive, e il Governo ha dovuto approvare, in soli tre mesi, il nuovo codice, che abroga il “vecchio” e una buona parte del relativo regolamento, e che dovrà essere completato con 54 atti attuativi (computando solo quelli espressamente nominati), che saranno indicati in dettaglio nel **capitolo 2**.

Ne sono stati sinora pubblicati ventuno, di quelli espressamente previsti, oltre a otto altri atti attuativi non espressamente nominati nel codice:

Gli atti attuativi espressamente nominati dal codice, e sinora pubblicati, sono i seguenti, in ordine cronologico:

1) d.m. 24.5.2016 sui CAM (criteri ambientali minimi) per alcuni servizi e forniture; d.m. 11.1.2017 CAM per gli arredi per interni, per l'edilizia e per i prodotti tessili; d.m. 15.2.2017 CAM da inserire obbligatoriamente nei capitolati tecnici delle gare d'appalto per l'esecuzione dei trattamenti fitosanitari sulle o lungo le linee ferroviarie e sulle o lungo le strade; d.m. 11.10.2017 CAM per l'affidamento di servizi di progettazione e lavori per la nuova costruzione, ristrutturazione e manutenzione di edifici pubblici; d.m. 28.3.2018 CAM per l'affidamento del servizio di illuminazione pubblica;

2) d.m. 17.6.2016 sugli onorari professionali;

3) d.P.C.M. 10.8.2016 sulla cabina di regia; non sono stati sottoposti al parere del Consiglio di Stato;

4) LG ANAC n. 3/2016 sul RUP;

5) LG ANAC n. 4/2016 sui contratti sotto soglia;

6) LG ANAC n. 5/2016 sui commissari di gara;

7) LG ANAC n. 6/2016 sul grave illecito professionale di cui all'art. 80, c. 5, lett. c), codice;

8) d.m. MIT 10.11.2016 n. 248 sulle opere superspecialistiche ex art. 89, c. 11;

9) d.m. MIT 2.12.2016 (in GURI 25.1.2017), Definizione degli indirizzi generali di pubblicazione degli avvisi e dei bandi di gara, di cui agli artt. 70, 71 e 98 codice;

10) d.m. MIT 2.12.2016 n. 263 (in GURI 13.2.2017), <<Regolamento recante definizione dei requisiti che devono possedere gli operatori economici per l'affidamento dei servizi di architettura e ingegneria e individuazione dei criteri per garantire la presenza di giovani professionisti, in forma singola o associata, nei gruppi concorrenti ai bandi relativi a incarichi di progettazione, concorsi di progettazione e di idee>>, ex art. 24, c. 2 e 5, codice;

11) regole tecniche AGID 6.12.2016 n. 3 (in attuazione dell'art. 58, c. 10, codice);

12) LG ANAC n. 7/2017 ex art. 192 codice sull'elenco dei soggetti in house;

13) d.m. Mininterno 21.3.2017 ex art. 203 per il monitoraggio delle infrastrutture e insediamenti prioritari;

14) d.m. 7.6.2017 MISE sul servizio sostitutivo di mensa mediante buoni pasto.

15) d.m. 22.8.2017 n. 154 del Ministro dei beni culturali e ambientali per i lavori relativi a beni culturali ex artt. 146 e 147;

16) d.m. 2.11.2017 "Regolamento recante le direttive generali per disciplinare le procedure di scelta del contraente e l'esecuzione del contratto da svolgersi all'estero" ai sensi dell'art. 1, c. 7, codice;

17) d.m. 16.1.2018 n. 14 (in GURI 9.3.2018 e in vigore dal 24.3.2018) in tema di sui contenuti degli atti di programmazione di lavori, servizi e forniture ex art. 21;

18) d.m. 19.3.2018 n. 31 (in GURI 10.4.2018) "Regolamento con cui si adottano gli schemi di contratti tipo per le garanzie fideiussorie (...)" di cui agli artt. 103, c. 9 e 104 c. 9, codice;

19) d.m. 31.1.2018 "Determinazione dei limiti dei compensi del Collegio arbitrale" (in GURI 16.4.2018);

20) linee guida dell'ANAC 28.3-6.4.2018 n. 9 (monitoraggio PPPC);

21) d.m. MIT 7.3.2018 (in GURI 15.5.2018 e in vigore dal 30.5.2018), recante "Approvazione delle linee guida sulle modalità di svolgimento delle funzioni del direttore dei lavori e del direttore dell'esecuzione".

Gli atti attuativi non espressamente nominati dal codice, e sinora pubblicati, sono i seguenti, in ordine cronologico:

1) LG ANAC n. 1/2016 sui SIA, aggiornate nel 2018 (GURI 23.3.2018);

2) LG ANAC n. 2/2016 sull'OEPV, aggiornate nel 2018 (GURI 25.5.2018);

3) provv. ANAC 5.10.2016 regolamento sul precontenzioso;

4) regolamento ANAC 15.2.2017 sulla vigilanza e sulle raccomandazioni vincolanti;

5) LG ANAC n. 8/2017 sulle forniture infungibili ex art. 63 codice;



6) bando tipo ANAC n. 1/2017;

7) bando tipo ANAC n. 2/2018;

8) linee guida dell'ANAC 23.5-1.6.2018 n. 10 sui servizi di vigilanza privata.

Ne sono in dirittura d'arrivo altri; su molti il Consiglio di Stato ha già reso il suo parere.

Si tratta di:

- il d.m. MIT sui livelli della progettazione ex art. 23;
- il d.P.C.M. sul dibattito pubblico;
- le LG ANAC attuative dell'art. 177;
- il d.m. MIT sulla banca dati degli operatori economici (BDOE);
- il regolamento ANAC sul potere di impugnazione ex art. 211;
- le LG ANAC sui servizi legali.

I pareri del Consiglio di Stato sono:

- 1) Cons. St., sez. affari normativi, comm. spec., 2.8.2016 n. 1767 reso su tre LG ANAC: RUP, OEPV, SIA;
- 2) Id., 13.9.2016 n. 1903 reso sulle LG ANAC sui contratti sotto soglia;
- 3) Id., 14.9.2016 n. 1919, reso sulle LG ANAC sui commissari di gara;
- 4) Id., 14.9.2016 n. 1920, reso sul regolamento ANAC relativo al precontenzioso;
- 5) Cons. St., sez. affari normativi, 20.10.2016 n. 1677 sul d.m. per le opere superspecialistiche ex art. 89, c. 11, codice;
- 6) Cons. St., sez. affari normativi, comm. spec., 3.11.2016 n. 2282, sul d.m. recante linee guida per il direttore dei lavori e il direttore dell'esecuzione del contratto;
- 7) Id., 3.11.2016 n. 2284, sulle linee guida ANAC relative agli affidamenti a fornitore/prestatore infungibile ai sensi dell'art. 63 codice;
- 8) Id., 3.11.2016 n. 2285, sul d.m. relativo ai requisiti degli operatori partecipanti alle gare per l'affidamento dei SIA;
- 9) Id., 3.11.2016 n. 2286 sulle LG ANAC relative al grave illecito professionale ex art. 80, c. 5, lett. c), codice;
- 10) Id., 28.12.2016 n. 2777 sul regolamento ANAC relativo alla vigilanza e alle raccomandazioni vincolanti;
- 11) Id., 10.1.2017 n. 22 sul d.m. relativo ai livelli della progettazione (interlocutorio);
- 12) Id., 30.1.2017 n. 263 sul d.m. relativo agli appalti per i beni culturali ex artt. 146 codice;

- 
- 13) *Id.*, 1.2.2017 n. 282, sulle linee guida dell'ANAC sull'albo delle società in house ex art. 192 codice;
 - 14) *Id.*, 3.2.2017 n. 287 sul d.m. relativo ai c.d. buoni pasto;
 - 15) *Id.*, 13.2.2017 n. 351 sul d.m. relativo alla programmazione;
 - 16) *Id.*, 29.3.2017 n. 775 sulle LG ANAC relative al PPPC;
 - 17) *Id.*, 30.3.2017 n. 782, sullo schema di decreto correttivo del codice;
 - 18) *Id.*, 11.5.2017 n. 1119 sulle direttive generali del MAECI per gli appalti all'estero;
 - 19) *Id.*, 21.6.2017 n. 1749 su quesito dell'ANAC in ordine alla fonte normativa che regola la qualificazione del contraente generale;
 - 20) *Id.*, 12.7.2017 n. 1665, sullo schema di regolamento sulle polizze tipo per le garanzie fideiussorie previste dagli artt. 103, c. 9, e 104, c. 9, codice;
 - 21) *Id.*, 18.7.2017 n. 1703, sulle linee guida ANAC relative agli affidamenti a fornitore/prestatore infungibile ai sensi dell'art. 63 codice;
 - 22) *Id.*, 27.7.2017 n. 1806 sullo schema di d.m. su procedure e schemi tipo per redazione dei programmi triennali e biennali per lavori pubblici, servizi e forniture;
 - 23) *Id.*, 5.9.2017 n. 1940 sull'elenco ANAC società in house;
 - 24) *Id.*, 25.9.2017 n. 2040, sull'aggiornamento delle LG ANAC relative al RUP;
 - 25) *Id.*, 25.9.2017 n. 2042, sull'aggiornamento delle LG ANAC relative al grave illecito professionale ex art. 80, c. 5, lett. c), codice;
 - 26) *Id.*, 6.10.2017 sulle LG ANAC relative all'affidamento dei servizi legali;
 - 27) *Id.*, 19.10.2017 n. 2163 sull'aggiornamento delle LG ANAC relative ai commissari di gara;
 - 28) *Id.*, 24.10.2017 n. 2192, sulle LG ANAC relative all'affidamento del servizio di vigilanza privata;
 - 29) *Id.*, 22.12.2017 n. 2698 sull'aggiornamento delle LG ANAC n. 1/2016 relative ai SIA;
 - 30) *Id.*, 12.2.2018 n. 359 sullo schema di d.P.C.M. relativo al dibattito pubblico;
 - 31) *Id.*, 12.2.2018 n. 360 sullo schema di d.m. relativo a direttore dei lavori e dell'esecuzione;
 - 32) *Id.*, 12.2.2018 n. 361 sull'aggiornamento delle LG ANAC relative ai contratti sotto soglia;



- 33) *Id.*, 13.4.2018 n. 966, sull'aggiornamento delle LG ANAC relative all'OEPV;
- 34) *Id.*, 26.4.2018 n. 1119 sul regolamento dell'ANAC relativo al potere di impugnazione ai sensi dell'art. 211;
- 35) *Id.*, 27.4.2018 n. 1126 sul regolamento del MIT sulla BDOE (banca dati degli operatori economici);
- 36) *Id.*, 3.5.2018 n. 1173 sulle LG ANAC relative all'affidamento dei servizi di vigilanza privata.

A distanza di un anno dall'entrata in vigore del codice, e mentre la fase attuativa è ancora *in itinere*, è sopravvenuto il decreto correttivo, d.lgs. 19.4.2017 n. 56, in GURI del 5.5.2017, e in vigore dal 20.5.2017, che tocca più di metà degli articoli del codice, con modifiche incisive.

Delega e codice compiono scelte di sistema che impattano anche sull'assetto delle fonti del diritto, della *governance*, degli equilibri tra organi costituzionali. Come già accaduto per il precedente codice, è prevedibile che anche il nuovo affronterà questioni di costituzionalità e di compatibilità comunitaria, oltre al banco di prova, non sempre morbido, della giurisdizione.

2. C'è il codice: c'è la semplificazione?

A questo punto si impone la domanda se il nuovo codice abbia centrato l'obiettivo di semplificazione.

Ma la vera questione sembra piuttosto un'altra: basta un codice per semplificare?

Il paragone iniziale di un cambio d'abito è suggestivo, ma non coglie in pieno la portata dell'azzeramento di un codice e della creazione di uno nuovo; che è piuttosto la costruzione di un nuovo edificio, con annesso trasloco di una parte dei mobili che occupavano il precedente.

3. Semplificazione: istruzioni per l'uso



Per dare una risposta a queste domande è necessario esaminare presupposti e corollari della semplificazione.

3.1. Realtà complesse e ordinamenti multilivello

Per cominciare, semplificare è complicato.

L'ideale delle leggi poche e chiare, di illuministica memoria, non è di agevole declinazione nei moderni ordinamenti multilivello, in cui il punto di partenza è una complessa realtà fattuale.

Per gli appalti, si tratta di un magma di interessi di 27 Stati membri e degli operatori economici di quegli Stati. Già le direttive delineano non meno di sei regimi di appalto: settori ordinari, speciali, concessioni, difesa e sicurezza, contratti esclusi, servizi in regime “alleggerito”.

La semplificazione, perciò, non dovrebbe essere solo un “affare domestico”, ma iniziare dal diritto europeo, dalle sei direttive, quattro sostanziali e due processuali. Esse hanno gli stessi difetti che usualmente si imputano ai legislatori nazionali: ripetizioni, sovrapposizioni, rinvii reciproci, norme “rompicapo”, di cui sono un caso emblematico quelle sui contratti misti.

C'è poi un tema di fondo: la direttiva, nella teoria delle fonti europee, è un atto che indica l'obiettivo, lasciando margine sui mezzi per conseguirlo.

Dovrebbe assegnare i compiti a casa, non dire anche come farli.

Le nuove, iperdettagliate, direttive sono uno snaturamento della fonte, e tanto varrebbe sostituirle con un regolamento europeo, che avrebbe effetti diretti e imporrebbe norme identiche e contestuali in tutti gli Stati membri: con minori costi del processo legislativo, e tempi più rapidi di armonizzazione.

A questa complessa realtà europea, si aggiungono, in Italia, molteplici regimi “alleggeriti” nelle “zone bianche” che le direttive lasciano alla fantasia dei legislatori nazionali, per ragioni di importo o ambito: il sotto soglia (v. **capitolo 20**), ivi compresi protezione civile (v. **capitolo 66**) e affidamenti a cooperative sociali (v. **capitolo 15**), la



cooperazione internazionale (v. **capitolo 65**), gli appalti NATO (v. **capitolo 65**), i settori di informazione e sicurezza, difesa (v. **capitolo 65**), ricerca e sviluppo (v. **capitolo 64**), beni culturali (v. **capitolo 63**), i contratti segreti (v. **capitolo 65**).

Non di rado le regole sono contenute in fonti-satellite, e non nel codice.

Soprattutto, sconcorda il dato economico: a fronte di una significativa incidenza sul PIL della spesa pubblica per appalti, solo una ridotta percentuale di essa, inferiore al 20%, è impiegata mediante le procedure ordinarie².

Come dire, ho l'abito nuovo di sartoria, ma in molte occasioni "non lo potrò indossare", o, meglio, "potrò non indossarlo".

Forse, non è esigibile un abito unico per tutte le stagioni.

² In Italia la spesa per appalti pubblici incide sul PIL per circa il 10,7%; e del totale di tale spesa media annua, solo il 16,2% è per appalti soggetti a procedure europee. In dettaglio, secondo i dati dell'AIR che accompagna lo schema del codice dei contratti pubblici:

- il mercato degli appalti pubblici, secondo le stime della Commissione europea, vale in media (media 2011-2014) 1.900 miliardi di euro/per anno;
- l'Italia rappresenta il quarto mercato con 172,6 miliardi di euro/per anno di media;
- l'incidenza sul PIL della spesa per appalti pubblici è nella media europea il 13%;
- in Italia l'incidenza sul PIL della spesa per appalti pubblici è circa il 10,7%;
- il valore degli appalti pubblici i cui bandi sono pubblicati sul TED (*Tenders Electronic Daily*) è in media 327 miliardi/per anno in Europa;
- il valore degli appalti pubblici italiani i cui bandi sono pubblicati sul TED è 27,7 miliardi di euro/per anno, pari al 16,2 per cento del totale della spesa per appalti pubblici.



Però è esigibile che “gli abiti diversi” rispondano a un unico stile e un’unica logica: che è quella della flessibilità delle procedure bilanciata dalla inflessibilità dei controlli. Almeno questo, anche se personalmente resto convinta che nel “contesto italiano” il legislatore dovrebbe dare priorità assoluta al regime ordinario.

Non si tratta, poi, solo di buone regole, che in astratto ci sono, perché anche le procedure in deroga devono - “dovrebbero” - rispettare i canoni di trasparenza, partecipazione, *par condicio*. Si tratta soprattutto di buona attuazione.

Solo se i buoni principi saranno seguiti da prassi virtuose, si potrà evitare che semplificazione e trasparenza restino una grida manzoniana, priva di effettiva capacità di incidere sul feudalesimo normativo.

Un ruolo promozionale delle buone prassi potranno assolverlo le linee guida dell’ANAC sul sotto soglia (v. **capitolo 20**), sulla procedura negoziata senza bando (v. **capitolo 32**), sinora editate, e auspicabilmente sulle altre procedure in deroga.

3.2. “Lingua comune”

Il codice pone un problema di “lingua comune” che è cosa diversa dal “linguaggio comune”.

Le direttive sono una sintesi di terminologie e regimi giuridici nazionali differenziati. Ne risultano istituti ibridi, che subiscono un’ulteriore ibridazione quando si innestano nei preesistenti tessuti nazionali.

Al codice si poneva l’alternativa tra tradurre la terminologia europea in quella nazionale ovvero mantenere la lingua originale; esso ha optato per la seconda soluzione, condivisa dal Consiglio di Stato, perché l’integrazione europea passa anche per un comune linguaggio giuridico³.

³ Si legge nel parere del Consiglio di Stato sullo schema di codice [Cons. St., sez. affari normativi] 13



Ma questa “nuova lingua” comporta uno “*shock culturale*”, e questioni esegetiche non di lieve momento.

Occorre infatti cogliere la natura giuridica che si cela dietro una data terminologia. Un esempio per tutti è la c.d. “risoluzione del contratto”, di matrice europea, quando si riscontrano gravi vizi genetici dell’aggiudicazione, anche a distanza di molti anni (v. **capitolo 53**)⁴.

commissione speciale, 1.4.2016 n. 855]: “*Non sempre le disposizioni del codice adoperano una terminologia di immediata comprensione, ma si tratta spesso dell’inevitabile tributo al recepimento puntuale delle direttive, a loro volta formulate con una tecnica linguistica tarata sull’esigenza di costruire istituti che coniugano e mediano tra le diverse tradizioni giuridiche dei Paesi membri. Sotto tale profilo, il Consiglio di Stato, pur consapevole della non familiarità del linguaggio delle direttive, condivide la scelta, operata dal codice, di riprodurre fedelmente tale linguaggio. I vantaggi di tale tecnica sono, da un lato, la riduzione del rischio di una trasposizione infedele delle direttive e dei conseguenti contrasti esegetici (favorendo altresì il formarsi di una interpretazione uniforme a cura dei giudici nazionali e del giudice europeo), dall’altro il rafforzamento del processo di integrazione europea*”.

⁴ V. per le concessioni l’art. 176 e per gli appalti l’art. 108, c. 1, lett. c) e d) codice, secondo cui “1. Fatto salvo quanto previsto ai commi 1, 2 e 4, dell’articolo 107, le stazioni appaltanti possono risolvere un contratto pubblico durante il periodo di sua efficacia, se una o più delle seguenti condizioni sono soddisfatte:

(...)

c) l’aggiudicatario si è trovato, al momento dell’aggiudicazione dell’appalto in una delle situazioni di cui all’articolo 80, comma 1, sia per quanto riguarda i settori ordinari sia per quanto riguarda le concessioni e avrebbe dovuto pertanto essere escluso dalla procedura di appalto o di aggiudicazione della concessione, ovvero ancora per quanto riguarda i settori speciali avrebbe dovuto essere escluso a norma dell’articolo 136, comma 1;

d) l’appalto non avrebbe dovuto essere aggiudicato in considerazione di una grave violazione degli obblighi derivanti dai trattati, come riconosciuto dalla Corte di giustizia dell’Unione europea in ~~14~~

L'istituto italiano più somigliante è l'autotutela pubblicistica. E' tuttavia un'autotutela "*sui generis*", che si scosta dall'archetipo nazionale su aspetti chiave: il termine massimo di esercizio; la necessità di un interesse pubblico concreto e attuale; la regolazione del rapporto per la parte in cui ha avuto svolgimento nonostante il suo peccato originale. Inevitabilmente si discetterà del riparto di giurisdizione tra giudice amministrativo e ordinario su un istituto di diritto amministrativo con un nome civilistico.

C'è un ulteriore aspetto che può definirsi "*globalizzazione con contaminazione*": per cucinare un piatto etnico, non si avranno sempre a disposizione tutti gli ingredienti della ricetta originale, se ne useranno di locali, a chilometro zero, e il risultato finale assomiglierà solo vagamente all'originale.

Si è importata la "*soft law*", che origina dalla *lex mercatoria* transnazionale, ma in Italia essa si colloca in un sistema basato sulla gerarchia rigida delle fonti del diritto. Così che la *soft law* rischia di assomigliare a uno di quei "principi dell'animalismo" di orwelliana memoria⁵, in cui alla regola iniziale si aggiunge col tempo una chiosa che ne capovolge il significato: "*soft law, but law*", che non è poi molto diverso da "*dura lex sed lex*".

procedimento ai sensi dell'articolo 258 TFUE, o di una sentenza passata in giudicato per violazione del presente codice".

L'art. 176 c. 2 dichiara espressamente inapplicabili i termini massimi per l'autotutela previsti dall'art. 21-novies l. n. 241/1990.

⁵ G. ORWELL, *La fattoria degli animali*, La biblioteca di Repubblica, Roma, 2002 (ed. originale 1945), 22, e 108.



Insomma, una *soft law* “contaminata”, in salsa italiana, sulla cui natura giuridica gli interpreti si sono già cimentati (*v. **amplius** capitolo 2*)⁶.

3.3. Codificazione e decodificazione

Sul fronte della semplificazione normativa un codice va riguardato sotto il duplice profilo della codificazione e decodificazione.

Occorre ridurre lo stock di regole e metterle a sistema, per renderle di facile reperibilità⁷.

⁶ Il tema della natura giuridica delle linee guida è stato affrontato dal Consiglio di Stato nei pareri resi sullo schema di codice e sulle successive linee guida: v. Cons. St., sez. affari normativi, comm. spec. 1.4.2016 n. 855; Id., 2.8.2016 n. 1767; Id., 13.9.2016 n. 1903; Id., 14.9.2016 n. 1919; Id., 14.9. 2016 n. 1920. V. anche C. DEODATO, *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto*, in www.giustizia-amministrativa.it, 29.4.2016; C. CONTESSA, *Dalla legge delega al nuovo codice: opportunità e profili di criticità*, *ivi*, 18.4.2016; R. DE NICTOLIS, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, *ivi*, 28.4.2016.

⁷ Si è fatta strada una nozione di “qualità della regolazione” riferita non solo e non tanto alla “qualità formale” dei testi normativi (che devono essere chiari, intellegibili, accessibili), quanto e soprattutto alla “qualità sostanziale delle regole”, che devono essere delle “buone regole” nella sostanza [v. anche Cons. St., ad. gen., 25.10.2004 n. 2/2004].

Una “buona legge” è:

- una legge “necessaria”, nel senso che non vi sono altre alternative (nelle leggi già vigenti o negli strumenti amministrativi, o nella deregolamentazione e autoregolamentazione);
- una legge chiara e comprensibile;
- una legge completa;
- una legge sistematica [Cons. St., sez. norm., 21.5.2007 n. 2024, reso sul piano di azione per la semplificazione].



La “codificazione”, è qualcosa di più di una mera “testunificazione”, per mutuare il neologismo usato dal Consiglio di Stato⁸, richiedendo, oltre a una raccolta completa, l’enucleazione di principi e la “messa in chiaro” delle regole.

Codificare significa allora “decodificare” e “consolidare” regole stratificate, nel significato che risulta dall’elaborazione giurisprudenziale.

Ma “decodificazione” significa anche abbandonare il modello di codice “lungo” nello stile di un regolamento di esecuzione, e optare per un codice “snello”, affidandone l’attuazione alle buone prassi e alla giurisprudenza.

Questo è l’obiettivo da raggiungere, ma ad oggi è rimasto allo stadio di buone intenzioni, nel vecchio come nel nuovo codice.

Ci sono almeno quattro fronti aperti.

a) La codificazione statale non potrà mai essere esaustiva, finché le Regioni continueranno a essere azionisti, ancorché di minoranza, della competenza legislativa sugli appalti. La materia dei contratti pubblici non è tra quelle espressamente e univocamente riservate allo Stato dall’art. 117 Cost., e in via di esegesi la si riconduce alle materie statali “tutela della concorrenza” e “ordinamento civile”. Tuttavia residuano spazi di intervento per le leggi regionali, più ampi per le regioni a statuto speciale e la Corte costituzionale è stata chiamata ripetutamente “a regolare i confini” (v. **capitolo 2**)⁹. L’omissione era perpetuata dal nuovo art. 117 contenuto

⁸ Il neologismo “testunificazione” è usato nel parere del Consiglio di Stato n. 855/2016, par. II.f.4.

⁹ V. Corte costituzionale n. 401/2007, e, successivamente, Corte cost. nn. 431/2007; 320/2008; 322/2008; 411/2008; 160/2009; 283/2009; 45/2010; 186/2010; 221/2010; 7/2011; 43/2011; 53/2011; 114/2011; 184/2011; 328/2011; 52/2012, 74/2012; 131/2013; 220/2013, 229/2013; 274/2013;



nella riforma costituzionale approvata nel 2016, e su cui i cittadini italiani hanno espresso il 4.12.2016 la loro “*monosillabica opinione*”¹⁰ con una bocciatura della riforma, sebbene il nuovo art. 117, mai entrato in vigore perché bocciato in sede referendaria, facesse un passo avanti, assegnando allo Stato, oltre all’ordinamento civile, non solo la “tutela della concorrenza” ma anche la “promozione” di essa, nonché “le norme sul procedimento amministrativo (...) tese ad assicurarne l’uniformità sul territorio nazionale”.

b) I tempi stretti di elaborazione del codice non hanno consentito un vaglio completo delle fonti preesistenti da riordinare o eliminare: eppure l’abrogazione espressa è il primo ferro del mestiere del semplificatore, quella tacita lascia sempre interrogativi sulla vera intenzione della legge. Il correttivo del codice ha in parte colmato la lacuna completando il quadro delle abrogazioni espresse, quanto a disposizioni rimaste in vita all’indomani del codice: si fa riferimento, rinviando agli specifici capitoli per i dettagli, alle disposizioni relative a contratti di ricerca e sviluppo (v. **capitolo 64**); baratto amministrativo (v. **capitolo 74**); buoni pasto

97/2014; 33/2015; 38/2015; 124/2015, 7/2016.

¹⁰ L’espressione “*monosillabica opinione*” è tratta da G. TOMASI DI LAMPEDUSA, *Il Gattopardo*, pag. 92 edizione La Biblioteca di Repubblica, dove viene utilizzata a proposito del voto espresso in occasione del Plebiscito del 21.10.1860 relativo all’annessione della Sicilia al Regno d’Italia. Il passo completo recita: “(...) *Don Fabrizio consegnò il proprio <<si>> nelle patriottiche mani del sindaco Sedàra. Padre Pirrone invece non votò affatto perché era stato attento a non farsi iscrivere come residente nel paese. Don ‘Nofrio, lui, obbedendo agli ordini del Principe, manifestò la propria monosillabica opinione sulla complicata quistione italiana, capolavoro di concisione che venne compiuto con la medesima buona grazia con la quale un bambino beve l’olio di ricino*”.



sostitutivi del servizio di mensa (v. **capitolo 62**); programmazione per servizi e forniture (v. **capitolo 7**); regole processuali per le infrastrutture strategiche (v. **capitolo 80**).

Per nulla chiaro, poi, e il tema è rilevante, è il coordinamento del nuovo codice con il d.lgs. n. 208/2011 sui contratti della difesa e sicurezza, le cui previsioni operano spesso un rinvio “di tipo statico” ad articoli del previgente codice (v. **capitolo 65**).

c) Il terzo fronte è quello del “*sequel*” della riforma, attraverso i 53 atti attuativi, che seguiranno *iter* differenti e hanno eterogenea natura giuridica: vi è un doppio pericolo, che la semplificazione resti “futura” a lungo, e che si complichino, e si perda, nei meandri di tale seguito.

d) Il quarto fronte è che nella delega è mancato un criterio espresso che imponesse il consolidamento del diritto giurisprudenziale¹¹, e nel codice non si è sempre tenuto conto degli approdi della giurisprudenza europea e nazionale.

Perciò alcune partite che potevano ritenersi chiuse, rischiano di riaprirsi, e sono state solo in parte emendate dal correttivo: ne sono esempi l’esclusione automatica delle offerte anomale negli appalti sotto soglia, che sembra estesa, anche dopo il decreto correttivo, a quelli di “rilievo transfrontaliero” (v. **capitolo 42**); il silenzio della versione originaria del codice sulle pubblicità o riservatezza delle sedute di gara (v. **capitolo 13**).

3.4. Semplificare le organizzazioni e i procedimenti

¹¹ La legge delega, laddove prevede il “riordino” insieme al recepimento delle direttive, fa infatti riferimento al “riordino della disciplina vigente”, ma non al diritto di matrice giurisprudenziale, né per consolidarlo né per superarlo.



La semplificazione normativa va sempre accompagnata con quella amministrativa, che riguarda l'organizzazione e i procedimenti.

La riduzione degli enti o organi non può essere una mera sforbiciata con taglio lineare. Né si può muovere da un'idea preconcepita di inutilità e dannosità della burocrazia, secondo la legge di Murphy¹².

Occorre piuttosto individuare la dimensione ottimale di una organizzazione in relazione ai suoi compiti, e rafforzarla con le risorse necessarie.

Il codice aveva alle spalle un'analisi sull'esorbitante numero delle stazioni appaltanti in Italia, e sulle inefficienze riscontrate in quelle di minori dimensioni, e ha portato avanti un processo di valorizzazione delle centrali di committenza e di ridimensionamento delle altre stazioni appaltanti (**v. capitolo 21**).

Le stazioni appaltanti per “sopravvivere come tali” dovranno qualificarsi, secondo parametri che dimostrino la capacità di gestione della procedura in tutte le sue fasi (**v. capitolo 22**).

¹² “*Se c'è una maniera di rimandare una decisione importante, la buona burocrazia, pubblica o privata, la troverà.*” (Arthur Bloch, Quinta legge di Parkinson, La legge di Murphy, Longanesi, Milano, 2010)

“*È più facile ottenere un perdono che un permesso*” (Arthur Bloch, Legge di Stewart, La legge di Murphy, cit.)

“*Se hai un problema che deve essere risolto da una burocrazia, ti conviene cambiare problema.*” (Arthur Bloch, Legge di Good, La legge di Murphy, cit.)

“*Se qualcosa può andar male, lo farà in triplice copia.*” (Arthur Bloch, Legge di Murphy sulle burocrazie, cit.)



Questo imporrà a ciascuna Amministrazione l'accorpamento dei molteplici "uffici contratti" che spesso coabitano in un unico Ente, con gravi danni per legalità e trasparenza, stando alle ben poco edificanti casistiche che vengono alla ribalta della stampa¹³.

A loro volta i controllori, che hanno dovuto finora esercitare una vigilanza polverizzata e dispersiva, potranno concentrare le proprie forze su meno controllati, con un recupero di efficacia ed effettività.

A logica di semplificazione organizzativa risponde anche l'albo dei commissari di gara esterni (**v. capitoli 38 e 41**).

Le consultazioni degli *stakeholders* hanno registrato una notevole ostilità per il nuovo istituto, asseritamente fonte di aumento di tempi e costi, e di deresponsabilizzazione dei commissari.

Sembrano critiche ingenerose.

I commissari potranno lavorare a distanza, dovranno superare una asticella alta di requisiti, sono un organo "straordinario" dell'amministrazione, con tutte le responsabilità di una commissione interna, ivi compresa quella per danno erariale (**v. capitoli 38 e 41**).

La semplificazione procedimentale esige che i procedimenti siano sfoliti dagli adempimenti superflui.

¹³ Sui plurimi uffici contratti di Roma capitale e l'uso disinvolto delle procedure negoziate v. ANAC, delibera 2.3.2016; su uffici contratti periferici del Ministero della difesa, in relazione alla vicenda di Taranto, v. La Repubblica, 19.9.2016.



Ma occorre, al contempo, salvaguardare quei passaggi procedurali imposti a tutela di valori fondamentali (ambientali, sociali, giuslavoristici, o a presidio della prevenzione della corruzione).

L'accusa - rivolta sia alla legge delega che al codice - di operare *gold plating* rispetto al "minimo comunitario", non può essere condivisa: il Trattato (TFUE) consente di limitare la concorrenza a tutela di altri interessi essenziali dello Stato, e la competitività non può assurgere a un "diritto tiranno" in contrasto con i valori affermati dalla Costituzione, primo fra tutti l'uguaglianza sostanziale (v. **capitolo 1**)¹⁴.

Questo non toglie che i procedimenti amministrativi debbano avere regole snelle e univoche.

Sotto tale profilo vi sono alcune criticità, essendo mancato un pieno coordinamento con la riforma *in itinere* della pubblica amministrazione nel suo complesso.

Non brilla per chiarezza, in particolare, il procedimento di approvazione dei progetti di opere pubbliche - che pure ha una rilevanza cruciale - a causa dei reciproci rinvii tra il codice e la legge n. 241/1990 (v. **capitolo 9**).

3.5. Standardizzazione e trasparenza

¹⁴ Sulle politiche economiche come strumento di contrasto della disuguaglianza piuttosto che come mezzo per incrementarle, v. J. STIGLITZ, *La grande frattura*, Einaudi, 2015; Id., *Le nuove regole dell'economia*, Ed. Il Saggiatore, 2016; nonché l'intervista rilasciata dal medesimo a G. ALUFFI, *L'euro e Trump: cosa non ha funzionato: ve lo spiega Mr. Stiglitz*, in *La Repubblica – Il Venerdì*, 26.8.2016.



La semplificazione deve vivere in simbiosi con la standardizzazione e la trasparenza.

Sul primo fronte il codice investe su bandi tipo e informatizzazione completa degli atti e attività di gara.

E' un investimento a lungo termine che esige ponderazione, perché redigere bandi tipo e informatizzare le gare presuppone analisi e rilevazione delle prassi, eliminazione delle cattive e consolidamento di quelle virtuose.

Per la trasparenza, l'accessibilità *online* è condizione necessaria ma non sufficiente: che una notizia sia sul sito¹⁵, non è di per sé garanzia di conoscibilità effettiva.

Le troppe informazioni fornite in modo disorganico, ossia il “rumore informatico”, possono lasciare nell'ignoranza più del silenzio.

Deve essere chiaro “che cosa” si pubblica, e “come e dove” all'interno del sito *web*, aspetti ad oggi trattati in modo ancora disomogeneo dal codice, la l. n. 190/2012 e il d.lgs. n. 33/2013 (v. **capitolo 17**).

Né è chiaro come si coordinano tra loro il RUP, il responsabile della trasparenza e il responsabile della prevenzione della corruzione.

Il codice fa meritoriamente luce su alcuni pregressi “buchi neri” nella trasparenza, in tema di lodi arbitrali.

Il vecchio codice ne aveva previsto una pubblicità “timida” (delle sole massime) e comunque rimasta inattuata¹⁶.

¹⁵ Si tratta del c.d. “profilo di committente”, in gergo tecnico-europeo.

¹⁶ Il codice del 2006 aveva ipotizzato da un lato una pubblicità delle “massime” dei lodi sul sito informatico dell'Osservatorio (art. 7, c. 10, d.lgs. n. 163/2006), che non fu attuata, e, dall'altro lato, che la Camera arbitrale curasse la rilevazione dei dati sul contenzioso. Strumento, quest'ultimo, di fatto inutile a fronte dell'esiguo numero di arbitrati “amministrati”, nel vigore del codice del 2006.



Il nuovo codice, sebbene con formula non chiarissima, sembra estendere la pubblicità al testo integrale delle sentenze arbitrali (**v. amplius capitolo 79**).

E sarebbe auspicabile, in sede di correttivo, un'ulteriore estensione agli accordi bonari.

Alla Camera arbitrale è affidata la rilevazione dei dati sul contenzioso, un compito non nuovo ma finora rimasto inattuato per l'esiguità degli arbitrati amministrati nella precedente disciplina. Ora, tale rilevazione dovrebbe acquisire un diverso e maggior peso, perché tutti gli arbitrati e accordi bonari passeranno per la camera arbitrale.

Conoscere i dati del contenzioso in fase esecutiva è essenziale per poter intervenire in modo efficace su eventuali patologie diffuse.

3.6. Sinteticità, *clare loqui*, principio di lealtà

La semplificazione porta con sé i temi della sinteticità e della chiarezza.

Sono state fornite “le cifre della semplificazione”, tratte da un confronto di tipo numerico tra nuovo e vecchio codice: 221 articoli contro i precedenti 257, che sommati a quelli del regolamento del 2010, superavano i 600.

Si rinvia al **capitolo 1** per questo confronto “quantitativo”, con la scoperta che il vecchio codice - quando è nato - era più snello di quello odierno, e ha preso peso con il passare degli anni (problema, questo, comune alle leggi e agli esseri umani).

Sulla camera arbitrale nel vigore del codice del 2006 v. ANAC, Relazione annuale 2015, par. 13, p. 312 ss.



Né, riusciranno ad essere sintetici gli atti attuativi, tanto più che le prime linee guida adottano uno stile “discorsivo” e non “imperativo” (almeno quelle sinora esitate).

Sembrano tuttavia ragionamenti sterili, se la sinteticità resta fine a sé stessa.

Vi sono invece alcuni problemi formali e sostanziali di chiarezza delle regole.

Sul piano formale nel codice ci sono articoli con troppi commi, o commi con troppi periodi, laddove le guide alla redazione degli atti normativi auspicano che un articolo non abbia più di dieci commi¹⁷.

Questo non agevola la lettura del testo, e rende di difficile esegesi i rinvii interni.

Sul piano sostanziale, poi, la chiarezza delle regole è la declinazione del principio di lealtà dei governanti verso i governati.

Le scelte politiche devono essere immediatamente comprensibili, in ossequio alla democrazia come “*governo del potere visibile*”¹⁸.

Oltretutto regole oscure e ambigue, una volta immesse nel circuito ordinamentale, rischiano di sortire risultati diversi da quelli che si proponevano, perché verranno applicate secondo canoni di interpretazione logica, sistematica, costituzionale e europea, mettendo all’angolo l’originaria intenzione del legislatore.

¹⁷ La circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 2.5.2001 sulla redazione degli atti normativi auspica che ciascun articolo non superi i dieci commi.

¹⁸ N. BOBBIO, *Democrazia e segreto*, ET Saggi, 2011.



Ancora una volta rinviando ai capitoli di riferimento per maggior dettaglio, nella versione originaria del codice violavano il *clare loqui*:

a) l'art. 28, c. 13, che in tema di appalti misti di progettazione ed esecuzione, nella versione originaria del codice, sembrava “sdoganare” senza limiti l'appalto integrato che è invece considerato l'eccezione dall'art. 59 del codice (**v. capitolo 11**);

b) l'art. 216, c. 11, che attraverso un sibillino rinvio ad altre quattro fonti normative, intendeva procrastinare la pubblicità di bandi e avvisi sulla stampa quotidiana, adempimento superfluo e costoso, procrastinamento poi consolidatosi in virtù del d.m. attuativo delle forme pubblicitarie (**v. capitolo 36**);

c) l'art. 104, c. 10, che attraverso l'esclusione del vincolo di solidarietà passiva tra i garanti, oltre a contraddire i principi della garanzia a prima richiesta, indeboliva la posizione della stazione appaltante, errore rimediato dal decreto correttivo (**v. capitoli 40 e 46**).

Sarebbe auspicabile che nell'analisi di impatto della regolamentazione (la c.d. AIR) si includesse la sottoposizione dello schema di legge a “test di leggibilità” per valutarne la semplicità della sintassi e del lessico; esistono test di leggibilità messi a punto da autorevoli linguisti¹⁹.

3.7. Il fattore tempo: il tempo della legge, i tempi del legislatore

Un aspetto non secondario della semplificazione è il fattore tempo, il tempo della legge, i tempi del legislatore.

¹⁹ Esistono test che misurano la “leggibilità” di un testo, formule matematiche in grado di valutarne la semplicità della sintassi e del lessico, come il *Gulpease* (cui ha lavorato Tullio De Mauro e con cui è stato calcolato l'indice di leggibilità della nostra Costituzione).



Con l'occhio rivolto alle codificazioni del passato, si pensa che sia nella natura dei codici che essi durino a lungo, e che cambiare un codice richieda tempi lunghi.

Nell'era odierna ci sono invece leggi con una scadenza inferiore a quella - mi sia consentito il paragone - di un piatto di *sushi*, e non è un paradosso: ne è un esempio recente il c. 1-*bis* dell'art. 2, del d.l. n. 117/2016, vissuto dal 24 al 31.8.2016²⁰.

Il codice del 2006 ha subito modifiche frenetiche, anche otto volte in un anno²¹, non vi è mai stato un periodo di decantazione, e ora è travolto da un codice tutto nuovo.

Il tempo di adattamento di amministrazioni e imprese non può essere altrettanto rapido.

Un codice ha una struttura in cui gli operatori si orientano. Una struttura del tutto diversa crea problemi di “*jet lag* legislativo”.

Inoltre un codice non è una monade, ma un ramo connesso agli altri rami dell'ordinamento. Molte leggi rinviano al codice del 2006 e non sono state coordinate con il nuovo.

Sul piano tecnico, in luogo della opzione prescelta, si sarebbero potute seguire due strade differenti:

²⁰ Il c. 1-*bis* dell'art. 2, del d.l. n. 117/2016 in tema di processo amministrativo telematico, è nato con la legge di conversione n. 161/2016 in data 24.8.2016 ed è “deceduto” (in quanto abrogato) il successivo 31.8.2016 con il d.l. n. 168/2016. Sembra un classico esempio di *shopping* bulimico-compulsivo, con predisposizione di una norma superflua e inapplicabile.

²¹ E' accaduto nel 2014 con: d.l. n. 47/2014; d.l. n. 64/2014; d.l. n. 66/2014; d.l. n. 83/2014; d.l. n. 90/2014; d.l. n. 91/2014; d.l. n. 133/2014; l. n. 161/2014; d.l. n. 192/2014.



a) quella del mantenimento del vecchio codice, da modificare con “novellazione”; una opzione complicata, sul piano tecnico prima ancora che su quello politico;

b) o quella del ricambio normativo in due tappe, la prima di recepimento delle direttive, la seconda di riordino.

Questa seconda strada era indicata anche dalla delega, come opzione alternativa al recepimento e riordino in unico contesto.

Ma la delega, temo, ha calcolato male i tempi.

E’ vero che per il recepimento delle direttive il termine era obbligato, coincidendo con quello del 18.4.2016 imposto dall’Europa.

Tuttavia per il riordino il termine era libero, e non ha avuto senso fissarne uno strettissimo al 31.7.2016.

Tanto che, in Francia, dove le direttive sono state recepite con contestuale abrogazione del codice dei contratti pubblici, il riordino è stato rimandato a un momento successivo, con tempi ben più lunghi.

3.8. *Tabula rasa* e/o transizione?

Semplificare non significa necessariamente fare in fretta *tabula rasa* del passato.

La codificazione richiede una fase di transizione dal vecchio al nuovo. Questo, in termini di stretta “tecnica giuridica”, sebbene sul piano politico paghi di più il messaggio della rottura repentina, della soluzione di continuità col passato.

La stessa legge delega aveva prescritto una “ordinata transizione”.

Il Consiglio di Stato, a sua volta, aveva messo in guardia sulla immediata abrogazione del regolamento 207/2010, e suggerito un’abrogazione



differita e a tappe, man mano che si adottassero gli atti attuativi, comunque con una *dead line*, a due anni, quando - ci fossero o meno gli atti attuativi - il regolamento sarebbe stato comunque e definitivamente “ghigliottinato”²².

²² Si legge a tal proposito nel parere n. 855/2016: “*Si segnala, peraltro, che la precedente disciplina resta da un lato integralmente applicabile non solo ai contratti per i quali i bandi siano già stati pubblicati, ma anche ai nuovi affidamenti, per quegli ambiti per i quali gli atti attuativi nuovi non siano ancora varati, e finché non vengano varati.*

Si può quindi determinare un periodo di confusione e incertezza applicativa, non rispettoso del principio di delega che chiede una “ordinata transizione” tra il vecchio e il nuovo.

In questa prospettiva, si suggerisce di affidarsi a una tecnica normativa già sperimentata e tipica del meccanismo di delegificazione di cui all’art. 17, comma 2, della l. n. 400 del 1988 (su cui cfr. la vasta e consolidata giurisprudenza consultiva di questo Consiglio di Stato). Secondo tale modello di cd. “cedevolezza” delle disposizioni abrogate, resta in capo al codice l’effetto abrogante del d.P.R. n. 207/2010, ma il concreto venir meno delle singole normative previgenti è differito temporalmente al momento dell’entrata in vigore dei singoli atti sostitutivi di attuazione del nuovo codice, quale che sia la loro natura giuridica (linee guida ministeriali, atti ANAC, etc.).

A questi ultimi viene altresì assegnato dal codice anche il compito di recare una esplicita ricognizione delle disposizioni che vengono sostituite e che pertanto cessano di avere efficacia (si rinvia alle più dettagliate considerazioni sub artt. 216 e 217).

Certo, tale meccanismo ha come controindicazione il dilatarsi dei tempi di effettiva scomparsa della precedente normativa, ma questa circostanza appare comunque preferibile ai dubbi e alle incertezze del vuoto normativo. Peraltro, questo rischio può essere considerevolmente ridotto da una efficace e sistematica attività di monitoraggio da parte della cabina di regia.

Appare, comunque, opportuno inserire anche una disposizione abrogativa di chiusura, secondo la tecnica del guillotine system, che preveda comunque la definitiva scomparsa del regolamento dopo un congruo termine”. Sempre nel citato parere, in relazione all’art. 217, si legge: “In relazione all’abrogazione del d.P.R. n. 207/2010, si rileva che dall’art. 216, comma 2, si desume che esso continuerà ad applicarsi non solo ai contratti i cui bandi siano stati pubblicati prima dell’entrata in vigore della nuova disciplina, ma, in molte parti, anche a quelli i cui bandi siano pubblicati dopo, nelle more dell’adozione degli atti attuativi del nuovo codice. Sotto tale profilo, l’abrogazione integrale e con effetto immediato, sembra contraddire tali regimi transitori.



Il Governo ha optato per una diversa soluzione: un pezzo di regolamento sopravvive fino agli atti attuativi, un pezzo è morto all'indomani della nascita del codice.

Tuttavia, la fretta di liberarsi del passato ha fatto, in più di un caso, buttare via il bambino con l'acqua sporca, con il rischio di mettere a repentaglio l'immunità delle procedure di gara da contestazioni.

Ci sono alcuni vuoti dovuti alla contestuale abrogazione delle vecchie regole, e rinvio a futuri atti attuativi senza il paracadute di norme transitorie o con norme transitorie incomplete, ed è difficile credere rispondano a un consapevole intento di semplificazione.

Rinviando ai singoli capitoli, si segnalano, in sintesi, i vuoti transitori nella disciplina relativa a:

a) programmazione dei contratti (v. **capitolo 7**);

Occorre pertanto prevedere che l'abrogazione del d.P.R. n. 207/2010, ancorché disposta in via diretta dal codice, sia differita alla data di entrata in vigore degli atti attuativi, a cui sia demandata l'elencazione ricognitiva delle disposizioni che si intendono abrogate, nonché, per le disposizioni non oggetto di ricognizione, a una data specificamente individuata.

Tale data specifica può ragionevolmente essere fissata al 1.6.2018 (che corrisponde a circa due anni dopo l'entrata in vigore del codice), salvo un eventuale successivo riallineamento in sede di decreti correttivi (laddove l'intervento correttivo fosse portato dal Parlamento a due anni – come auspicato nella parte generale di questo parere – sarebbe ragionevole fissare nella medesima data anche l'effetto abrogativo finale del regolamento del 2010).

Si rinvia per maggior dettaglio alle considerazioni fatte nella parte generale sub II.i).

Si suggerisce pertanto di integrare la lett. tt) dell'art. 217 come segue:

“tt) il decreto del Presidente della Repubblica 5.10.2010 n. 207, con effetto:

1) dalla data di adozione degli atti attuativi del presente codice, i quali operano la ricognizione delle disposizioni del d.P.R. n. 207 del 2010 da essi sostituite;

2) per le disposizioni che non formano oggetto della ricognizione di cui al numero 1, dalla data del 1° giugno 2018.”.



b) giovane professionista nella compagine dell'operatore economico (v. **capitolo 10**);

c) collaudo per servizi e forniture (v. **capitoli 48 e 55**);

d) forme di comunicazione degli atti di gara. Non sono indicate le forme di comunicazione applicabili fino al 18.10.2018, quando saranno obbligatorie quelle informatiche (v. **capitolo 18**)²³.

Né convince la scomparsa della previgente regola che in tema di progettazione interna e esterna, affermava la priorità della prima (v. **capitolo 10**)²⁴. Gli incarichi esterni comportano maggiori costi, deresponsabilizzazione, un regime di responsabilità del progettista

²³ Il legislatore italiano, avvalendosi di una possibilità di proroga consentita dalle direttive, ha differito la informatizzazione totale al 18.10.2018 per le stazioni appaltanti diverse dalle centrali di committenza (art. 40, c. 2 codice). All'ovvia domanda su quali forme di comunicazione si applicano nel frattempo non si può rispondere con quella che sembrerebbe la risposta ovvia, ossia le previgenti. Perché le previgenti sono state interamente abrogate, e il nuovo codice non prevede nessun regime transitorio. Né può applicarsi in via immediata la direttiva europea, che in tale parte non è *self-executing*. La direttiva non è in tale parte *self-executing*, in quanto prescrive che siano gli Stati membri a individuare le forme di comunicazione *medio tempore* applicabili, scegliendo tra varie opzioni. L'art. 90, par. 2, direttiva 2014/24 e l'art. 106, par. 2, direttiva 2014/25 facoltizzano gli Stati membri a rinviare l'applicazione degli obblighi di comunicazione con mezzi elettronici fino al 18.10.2018, ma prescrivono che in tali casi gli Stati membri garantiscono che le stazioni appaltanti possano scegliere tra i mezzi di comunicazione previgenti, vale a dire: mezzi elettronici; posta o altro idoneo supporto; fax; una combinazione di questi mezzi.

Nel recepimento italiano, il coordinamento dell'art. 40, c. 2 con l'art. 53 non è chiaro, in quanto il c. 1 dell'art. 53 prevede una decorrenza immediata dell'obbligo di utilizzo di mezzi di comunicazione elettronica nei settori ordinari e speciali.

E non è prevista alcuna disposizione transitoria (come quella prevista dal diritto europeo) che chiarisca, ove si dovesse ritenere che l'art. 53, c. 1, non è di immediata applicazione, quale disciplina si applica nel frattempo. Il previgente art. 77, codice del 2006, è abrogato con effetto dal 19.4.2016 e non ne è prevista una ultrattività, salvo che per le procedure già bandite.

²⁴ Confronta previgente art. 90, c. 6, d.lgs. n. 163/2006 e attuale art. 46.

“alleggerito”, davanti al giudice ordinario in luogo che davanti alla Corte dei conti²⁵.

3.9. Semplificazione e semplificatori

Non si può parlare di semplificazione senza parlare di semplificatori.

La semplificazione non si fa da sola, e ha i suoi costi che vanno messi in bilancio.

Codificare richiede i codificatori, e una successiva attività costante di monitoraggio e manutenzione (ordinaria e straordinaria) dei codici.

La semplificazione, normativa e amministrativa, non va affidata al caso o al volontariato, ma al lavoro di squadra di una *taskforce*: risorse umane di elevata competenza professionale e a ciò esclusivamente dedicate.

Pertanto l'articolazione organizzativa che è stata data alla Cabina di regia non appare proporzionata alla sua importante missione, perché non sembrano previste risorse umane esclusivamente dedicate²⁶; andrebbe

²⁵ Uno dei punti di forza del nuovo codice dovrebbe essere la qualità e centralità della progettazione, separandola dall'esecuzione, e assicurando la riappropriazione della funzione progettuale da parte delle stazioni appaltanti. Ma il risultato pratico, a leggere le norme, potrebbe sembrare l'opposto, tanto più che è stato abolito (qui per espresso principio di delega) l'incentivo per la progettazione (che resta invece per tutte le altre funzioni tecniche, anzi, si estende pure a servizi e forniture, con qualche dubbio di rispetto della delega). Sicché non potrà allo stato che registrarsi una fuga dalla progettazione interna, e un aumento di costi e tempi per le stazioni appaltanti, che dovranno indire due gare, una per la progettazione e una per l'esecuzione. Ci sarà anche una sostanziale modifica del regime di responsabilità del progettista, che è per danno erariale davanti alla Corte dei conti in caso di dipendente pubblico, e davanti al giudice ordinario, in caso di libero professionista. Con la sostanziale differenza che nel primo caso l'azione di danno è promossa d'ufficio, nel secondo va promossa dalla stazione appaltante, con maggiori costi processuali. Cass., sez. un., 23.9.2016 n. 18691; Id., 22.9.2014 n. 19891; Id., 5.5.2011 n. 9845; Id., 2.12.2008 n. 28537; C. conti, sez. giur. reg. Abruzzo, 29.12.2010 n. 576.

²⁶ Il d.P.C.M. 10.8.2016 prevede che la Cabina di regia sia composta:

a) dal Capo del Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi della Presidenza del Consiglio dei ministri, che la presiede;



implementata secondo la pregressa esperienza del Nucleo e dell'Unità per la semplificazione, che ha dato un grande contributo alla stagione dei codici e testi unici del diritto amministrativo²⁷.

3.10. Semplificazione e processo

La semplificazione degli appalti ha, non da ora, comportato ritocchi alle norme processuali in funzione acceleratoria.

-
- b) dal Capo dell'Ufficio legislativo del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, che svolge le funzioni di Vice Presidente e presiede la Cabina di regia in caso di assenza o impedimento del Presidente;
 - c) da un rappresentante del Dipartimento per le politiche europee della Presidenza del Consiglio dei ministri;
 - d) da due rappresentanti del Ministero dell'economia e delle finanze;
 - e) da un rappresentante dell'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC);
 - f) da tre rappresentanti delle regioni e province autonome;
 - g) da tre rappresentanti delle autonomie locali;
 - h) da un rappresentante dell'Agenzia per l'Italia digitale (AGID);
 - i) da un rappresentante di CONSIP.

Il Presidente della Cabina di regia può nominare fino a 10 esperti competenti in materia di appalti pubblici e concessioni, di procedure telematiche di acquisto, di bancabilità delle opere pubbliche. I componenti, ai rispettivi supplenti, agli esperti e ai partecipanti alla Cabina di regia non spetta alcun compenso.

²⁷ Il nucleo per la semplificazione fu previsto dall'art. 3, l. n. 50/1999. Appartengono alla "stagione" di codici e testi unici del diritto amministrativo: d.P.R. n. 445/2000 t.u. di documentazione amministrativa; d.lgs. n. 327/2000, t.u. in materia di enti locali; d.lgs. n. 165/2001, t.u. in materia di pubblico impiego; d.P.R. n. 327/2001, t.u. in materia di espropriazioni; d.P.R. n. 380/2001, t.u. in materia edilizia; d.P.R. n. 115/2002, t.u. in materia di spese di giustizia; d.lgs. n. 196/2003, codice della privacy; d.lgs. n. 259/2003, codice delle comunicazioni elettroniche; d.P.R. n. 396/2003, t.u. sul debito pubblico, d.P.R. n. 313/2003, t.u. sul casellario giudiziale.



Gli “addetti ai lavori” ricorderanno le disposizioni, del passato remoto, in tema di limiti alla tutela cautelare²⁸.

Lo “speciale rito appalti” è stato costruito con una progressiva riduzione dei tempi di ricorso e decisione²⁹.

²⁸ L’art. 5, ult. c., l. 3.1.1978 n. 1, escludeva l’appellabilità al Consiglio di Stato delle ordinanze dei Tar pronunciate sulla domanda di sospensione dell’esecuzione dell’atto amministrativo impugnato nei giudizi in materia di opere pubbliche. Fu dichiarato incostituzionale da Corte cost., 1.2.1982 n. 8. In prosieguo la Corte costituzionale, con la sent. 16.7.1996 n. 249, rese una pronuncia interpretativa di rigetto, ritenendo che l’art. 31-*bis*, c. 3, l. n. 109/1994 andasse interpretato nel senso che la presentazione, da parte dell’amministrazione resistente o dei controinteressati, di domanda di trattazione del merito del ricorso, non precludesse al giudice amministrativo l’esame della domanda di sospensione dell’atto impugnato e non facesse perciò venire meno il potere - dovere del giudice di pronunciarsi sulla domanda cautelare.

²⁹ Il regime processuale dei pubblici appalti ha subito negli ultimi venti anni continui cambiamenti, tutti nella logica di ottenere una decisione il più rapidamente possibile.

Appartengono ormai al passato remoto sia le disposizioni processuali di cui all’art. 31-*bis*, legge Merloni sia il rito speciale di cui al d.l. n. 67/1997.

Appartiene al passato, sia pure prossimo, anche il rito dell’art. 23-*bis*, l. Tar, introdotto dalla l. n. 205/2000 e abrogato, per quanto riguarda gli appalti, dal d.lgs. n. 53/2010, recante recepimento della direttiva ricorsi, che ha novellato il codice appalti.

Ma a sua volta la novella processuale del codice appalti, se pure non è vissuta un solo giorno come le rose di una nota canzone, ha avuto comunque vita brevissima, dal 27.4. al 15.9.2010, avendo subito un’abrogazione (sia pure travestita da modifica degli articoli) ad opera del codice del processo amministrativo (art. 3, c. 19, disp. coord. e abr., c.p.a.).

Se le disposizioni in tema di sorte del contratto, sanzioni alternative, tutela risarcitoria, hanno subito solo un trasloco con ritocchi minimi, dal codice appalti al codice del processo amministrativo, invece il rito processuale sui pubblici appalti (già art. 245, codice appalti) dopo la sua vita brevissima dal 27.4.2010 al 15.9.2010, è stato trasferito dal codice appalti al c.p.a. (art. 120) con sensibili modificazioni che ne fanno un’entità profondamente diversa.



Tuttavia, alcuni asseriti “fattori di rallentamento” sono in realtà paletti imposti dal diritto europeo, e da cui non si può sfuggire: quali l’inibitoria alla immediata stipula del contratto, e la tutela cautelare effettiva.

Le opzioni del codice sulla giustizia non sono tutte condivisibili.

Sono state ampliate le deroghe allo *standstill*, così creandosi regimi processuali differenziati e si consente l’esecuzione d’urgenza anche durante il termine di *standstill*, con il rischio di sua elusione (v. **capitolo 13**).

Non è stato riprodotto l’avviso volontario per la trasparenza preventiva che, però, continua a essere menzionato nel codice del processo amministrativo (art. 121 c.p.a.) (v. **capitoli 13 e 80**).

E’ stato imposto un onere di impugnazione immediata delle altrui ammissioni (oltre che della propria esclusione) (art. 120, c. 2-*bis*, c.p.a.), su cui i primi interpreti hanno espresso alcune riserve (v. **capitolo 80**).

Non sono chiarissime le regole sulla impugnazione cumulativa in caso di gara per più lotti (art. 120, c. 11-*bis*, c.p.a.) (v. **capitolo 80**).

Le nuove regole potrebbero avere vita difficile, se si considera che la Corte di Lussemburgo è inflessibile in punto di effettività della tutela, come da ultimo dimostra la sentenza *Puligienica* in tema di ordine di esame di ricorso principale e incidentale (v. **capitolo 80**).

Ulteriori modifiche al rito sono poi state apportate dal d.l. n. 90/2014, con regole poi modificate dalla l. di conversione n. 114/2014. Infine, l’art. 120 c.p.a. è stato novellato dal codice dei contratti pubblici.



Questo non toglie che le nuove regole perseguono il giusto obiettivo di deflazionare un contenzioso spesso emulativo, obiettivo che va rivendicato anche in sede europea.

Ma giustizia veloce non deve significare giustizia sommaria.

Non è auspicabile un modello processuale in cui la parte si perda nei rivoli di una procedura oscura, e la conflittualità tra avvocati e giudici si esprime con l'aneddoto, tratto dal processo di Kafka, del magistrato che, dopo aver *“studiato ininterrottamente per un giorno e una notte una causa difficile, resa intricata in specie dai ricorsi dell'avvocato (...)”* *“verso il mattino (...) è andato alla porta, si è messo lì in agguato, e scaraventava giù per le scale ogni avvocato che volesse entrare”*³⁰.

³⁰ F. KAFKA, *Il processo*, pag. 117 dell'Edizione La biblioteca di Repubblica. Il passo completo è il seguente: *“Tutti i funzionari erano irritati, anche quando sembravano calmi; e naturalmente chi ne soffre di più sono i piccoli avvocati. Si racconta ad esempio l'aneddoto seguente, che ha tutta l'aria di essere vero. Un funzionario anziano, uomo buono ed assestato, aveva studiato ininterrottamente per un giorno e una notte una causa difficile, resa intricata in specie dai ricorsi dell'avvocato: questi funzionari, quanto a diligenza, sono davvero senza pari. Bene, verso il mattino, dopo ventiquattr'ore di lavoro probabilmente non molto proficuo, è andato alla porta, si è messo lì in agguato, e scaraventava giù per le scale ogni avvocato che volesse entrare. Gli avvocati si sono radunati sul pianerottolo da basso, a decidere che fare; per un verso non avevano alcun diritto esplicito ad entrare, e quindi non potevano agire legalmente contro il funzionario, e dovevano anche evitare, come già accennato, di inimicarsi l'intera classe dei funzionari. Ma per un altro verso, per loro ogni giorno che passano fuori del tribunale è un giorno perduto, per cui tenevano molto a entrare. Finalmente si misero d'accordo, avrebbero cercato di stancare il vecchio signore. A rotazione, mandavano su uno degli avvocati, che correva su per la scala, e poi, opponendo la miglior resistenza che poteva, ma solo passiva, si lasciava buttare giù, dove veniva preso al volo dai colleghi. E' andata avanti così per un'oretta, e poi il vecchio signore, già estenuato dal lavoro fatto di notte, si è stancato davvero ed è ritornato nel suo ufficio.”*



La giustizia amministrativa non deve, e non vuole, mettere alla porta i ricorrenti.

Piuttosto occorre lavorare “a monte” del processo, investendo su mezzi deflattivi quali, *in primis*, le regole chiare, il soccorso istruttorio, i criteri reputazionali, i rimedi precontenziosi.

Occorre anche lavorare “sul processo e nel processo”, con scelte di sistema, quali la sinteticità degli atti³¹, la specializzazione del giudice³², il ruolo nomofilattico dell’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato.

Quest’ultima, nell’arco dei dieci anni di vigenza del codice del 2006 ha reso quasi 60 pronunce sugli appalti pubblici³³; di esse, alla luce del nuovo

³¹ La sinteticità degli atti di parte e giudice è prevista dall’art. 3 c.p.a., ed è stata declinata in termini quantitativi, per gli atti di parte nel rito appalti, con d.P.C.S., dapprima in attuazione dell’art. 120, c. 6, c.p.a., come novellato dal d.l. n. 90/2014. La disciplina opera ora a regime, dopo un periodo di sperimentazione biennale, monitorato dal Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa. Sull’esito di tale monitoraggio v. delibera del *plenum* in data 15.7.2016. Invero, con il d.l. n. 168/2016, il meccanismo di declinazione quantitativa della sinteticità è stato previsto in termini generali (art. 13-ter disp. att. c.p.a.) e attuato con d.P.C.S. 22.12.2016.

³² In questa prospettiva, il d.P.C.S. di determinazione delle materie di competenza delle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato per l’anno 2016, ha concentrato quasi tutto il contenzioso sui contratti pubblici presso un’unica sezione, la V.

³³ Per la precisione, 56, di cui 4 tra il 2006 e il 2010, 52 dal 2011 alla data odierna; in particolare: dal 2006 al 2010: ad. plen. nn. 11/2007; 9/2008; 11/2008; 12/2008; 2011: nn. 4/2011; 10/2011; 13/2011; 16/2011; 2012: nn. 1/2012; 8/2012; 10/2012; 21/2012; 22/2012; 26/2012; 27/2012; 30/2012; 31/2012; 33/2012; 34/2012; 36/2012; 2013: 1/2013; 3/2013; 4/2013; 5/2013; 8/2013; 13/2013; 14/2013; 15/2013; 16/2013; 19/2013; 20/2013; 23/2013; 24/2013; 29/2013; 2014: 1/2014; 7/2014; 8/2014; 9/2014; 10/2014; 13/2014; 14/2014; 16/2014; 17/2014; 27/2014; 34/2014; 2015: 3/2015; 8/2015; 9/2015; 10/2015; 11/2015;



codice, andrà verificata la perdurante attualità ovvero l'*overriding* legislativo.

Analogo ruolo nomofilattico la plenaria sarà chiamata ad assolvere sul nuovo codice.

Le regole processuali in tema di immediata impugnazione di ammissioni e esclusioni, si inseriscono in tale contesto più ampio di strumenti procedimentali e preprozessuali, e pertanto la loro efficacia dipenderà da come funzioneranno tali altri strumenti.

Dopo un congruo periodo di applicazione e previa verifica di impatto, si potrà anche immaginare una soluzione alternativa incentrata su un immediato ricorso amministrativo contro le ammissioni, proposto alla stessa stazione appaltante, e le cui censure delimitino definitivamente la materia del contendere. Il successivo ricorso giurisdizionale potrà essere rivolto contro l'aggiudicazione, nel momento in cui diviene attuale l'interesse a contestare le altrui ammissioni, ma solo per le censure già dedotte in sede amministrativa.

2016: nn. 5/2016; 6/2016; 10/2016; 19/2016; 20/2016; 22/2016.

Si rinvia in argomento a R. DE NICTOLIS, *L'adunanza plenaria e i pubblici appalti dopo l'entrata in vigore del codice del processo amministrativo (Rassegna)*, in www.giustizia-amministrativa.it.



In conclusione la velocità del processo non dipende dalle norme processuali e la sua accelerazione non si consegue con il convulso succedersi delle leggi, è piuttosto questione di organizzazione delle risorse umane, da una parte, e di “cultura del processo”, dall'altra³⁴.

4. Per semplificare basta un codice?

Si può ora rispondere alle due domande iniziali.

1) Il codice raggiunge l'obiettivo di semplificare?

Il codice è sulla buona strada.

2) Basta un codice?

Un codice non basta.

Il codice “non semplifica da solo” ma “semplificherà” se si verificheranno determinate condizioni.

Ne occorrono tre.

a) La prima sono le correzioni necessarie.

Lo stesso Consiglio di Stato nell'evidenziare che i tempi troppo ristretti avrebbero reso inevitabili errori e refusi, ha auspicato tre strumenti:

1) *errata corrige* e/o avviso di rettifica;

2) un primo correttivo in tempi brevi;

³⁴ Sul piano organizzativo, rilevano misure volte a colmare i vuoti di organico, a rivedere le piante organiche dei Tar, a creare sezioni specializzate sui contratti pubblici nei Tar di maggiori dimensioni: i dati statistici sulle sopravvenienze dell'ultimo quinquennio davanti ai Tar denotano che, arretrato a parte, il sistema sarebbe pressoché in equilibrio se funzionasse ad organico pieno, o con un minimo aumento di organico; sul piano della “cultura” del processo, si tratta di applicare in concreto il principio di sinteticità degli atti di parte e del giudice (diffondendone la relativa cultura mediante protocolli condivisi, formazione di magistrati e avvocati, concorsi di accesso alla carriera forense e magistratuale) e di valorizzare la funzione nomofilattica della plenaria.



3) un secondo correttivo a seguito di verifica di impatto³⁵.

³⁵ Si legge nel parere n. 855/2016: “Entro un anno dalla data di entrata in vigore del codice, il Governo potrà adottare disposizioni integrative e correttive nel rispetto dei principi e criteri direttivi e della procedura dettati dalla delega per il codice (art. 1, comma 8, legge delega).

La ristrettezza dei tempi di esercizio della delega (meno di tre mesi dalla data di entrata in vigore di quest’ultimo), imporrà un supplemento di riflessione su alcuni istituti innovativi.

Sicché, se ordinariamente i decreti correttivi intervengono dopo un congruo periodo di applicazione pratica di codici e testi unici, al fine di emendare difetti emersi, nel caso specifico è prevedibile che già all’indomani della pubblicazione in Gazzetta Ufficiale del codice, si dovrà essere pronti a lavorare a un affinamento delle sue disposizioni al fine, ove necessario, di rapide correzioni.

Del resto la legge delega non pone limiti al numero di decreti correttivi, nell’ambito del periodo temporale massimo consentito.

Anche in questo caso, si confida che la Cabina di regia possa assumere un ruolo di coordinamento nell’opera emendativa.”

II.h).2. Si deve sotto altro profilo rilevare che i correttivi conseguono un effetto utile se intervengono dopo un ragionevole periodo di applicazione pratica, necessario per una compiuta verifica di impatto della regolamentazione. Nel caso di codificazioni settoriali, specie se, come in questo caso, vi sono numerosi regimi transitori, un periodo ragionevole di osservazione è almeno biennale.

Sicché, l’obiettivo del correttivo rischia di essere vanificato se viene previsto un periodo troppo breve.

Sotto tale profilo, questo Consiglio esprime l’auspicio che il Governo possa sensibilizzare il Parlamento in ordine a un allungamento da uno a due anni del termine per i correttivi.

II.h).3. Una volta completata la fase di prima “messa a punto” della disciplina, si ribadisce l’esigenza che i successivi decreti correttivi muovano da una effettiva rilevazione, “in concreto”, delle disfunzioni della normativa vigente, ovvero del mancato raggiungimento degli obiettivi prefissati. Tale rilevazione è oggi perseguibile con corrette tecniche di VIR (cfr. retro, il punto II.f).5). Senza tale analisi preventiva, anche i correttivi rischiano di trasformarsi in un ulteriore intervento poco efficace, se non oneroso e controproducente”.

Si legge in altro passaggio del citato parere: “Andranno poi utilizzate tutte le potenzialità consentite da avvisi di rettifica e errata corrige, per eliminare refusi inevitabili in un testo di tale ampiezza, ai sensi degli artt. 8, c. 2, d.P.R. 28.12.1985 n. 1092; 14 e 15, d.P.R. 14.3.1986 n. 21 [sulla verifica]”



C'è già stato un avviso di rettifica, che ha apportato circa 185 correzioni, muovendosi tuttavia nei limiti dell'errore materiale³⁶.

E' intervenuto il decreto correttivo, ma, come non ha mancato di osservare il Consiglio di Stato, esso fallisce in parte il suo obiettivo, essendo decorso troppo poco tempo dall'entrata in vigore del codice, e non avendo molti istituti ancora trovato pratica applicazione³⁷.

Infatti, per un correttivo in senso proprio occorrono almeno due anni di applicazione, e andrebbe allo scopo modificata la delega, perché essa dà solo un anno di tempo.

b) La seconda condizione è la fase di successiva implementazione, che ha "rilevanza cruciale", per usare le parole del Consiglio di Stato³⁸.

correzione di refusi ed errori materiali attraverso il ricorso agli istituti dell'errata corrige e dell'avviso di rettifica, v. Cons. St., sez. norm., 26.7.2011 n. 2602/11].

È appena il caso di ricordare che la ripubblicazione corredata di tabelle e rubriche aggiornate, gli avvisi di rettifica e gli errata corrige, avendo portata chiarificativa e non innovativa, non sottostanno alla scadenza del termine della delega."

³⁶ Avviso di rettifica, <<Comunicato relativo al decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50 (GU Serie Generale n. 164 del 15.7.2016).

³⁷ Cons. St., sez. affari normativi, comm. spec., 30.3.2017 n- 872.

³⁸ Si legge nel parere n. 855/2016: "La rilevanza cruciale della 'fase attuativa' di qualsiasi processo di cambiamento ordinamentale (a maggior ragione se esso è rilevante quale quello in oggetto) è spesso ingiustamente e ingiustificatamente sottovalutata, come questo Consiglio di Stato ha avuto recentemente modo di ribadire (cfr., da ultimo, il citato parere della Sezione per gli atti normativi n. 343 del 24.2.2016).

Una riforma, per quanto ben costruita, è tale solo quando raggiunge un'effettiva attuazione, che sia in grado di incidere 'in concreto' su cittadini e imprese, migliorandone il rapporto con il pubblico potere, semplificando l'esercizio delle attività private, modificando positivamente gli indicatori dell'economia e della qualità della vita.

Rispetto alla redazione del codice, non è di minore importanza la successiva fase di implementazione: l'esperienza internazionale (soprattutto in sede OCSE) insegna che il successo (o il fallimento) di una riforma dipende soprattutto dalla sua attuazione successiva, tramite la normativa secondaria, la regolazione e i provvedimenti applicativi da parte delle pubbliche amministrazioni.



La vera semplificazione è affidata a istituti che per ora sono sulla carta: qualificazione delle stazioni appaltanti; albo dei commissari di gara³⁹; qualificazione e criteri reputazionali degli operatori; piena informatizzazione delle procedure; bandi tipo.

L'attuazione dovrà essere tempestiva e ben coordinata, ma, soprattutto, effettiva.

Occorre evitare che le linee guida, rispetto al vecchio regolamento, abbiano di diverso solo il nome.

E' anche per questo che il Consiglio di Stato ha chiesto che tali atti siano corredati da analisi e verifica di impatto della regolamentazione (AIR e VIR): e non ne è l'equivalente solo l'audizione degli *stakeholders*. Anche le linee guida su materie "tradizionali" come il direttore dei lavori o il collaudo, devono essere occasione per ripensare un sistema che non ha ben funzionato, se è vero, come è vero, che i repertori di giurisprudenza abbondano di casistica sul danno erariale provocato dalle figure tecniche della fase di esecuzione dell'appalto (**v. la giurisprudenza contabile citata nel capitolo 48**).

c) La terza condizione è un cambio di "sistema": un unico legislatore, limiti drastici alle modifiche convulse delle leggi.

Tale attività, come si è appena detto (cfr. retro, alla fine del punto II.f), dovrà essere l'oggetto principale della fase di monitoraggio e di valutazione ex post dell'impatto della riforma."

³⁹ Non risultano ancora adottate le LG sulla qualificazione; sono in dirittura d'arrivo quelle sui commissari di gara, che tuttavia prevedono, per la concreta operatività dell'Albo, un ulteriore regolamento dell'ANAC; questo ulteriore rinvio in avanti è stato criticato dal parere del Consiglio di Stato: v. Cons. St., sez. affari normativi, comm. spec., 14.9.2016 n. 1919.



Già Tacito metteva in guardia che “*moltissime sono le leggi quando lo Stato è corrotto*”⁴⁰.

Economisti e giuristi denunciano i vorticosi cambiamenti delle regole e il moltiplicarsi di regimi in deroga come fattore di scarsa trasparenza, aumento di costi e contenzioso, rallentamento dell’economia, tanto che si è parlato di “selva oscura dei 100 mila codici”⁴¹.

Pertanto, la clausola finale, di “riserva di codice” non dovrà essere di mero stile, come finora ineluttabilmente accaduto⁴².

⁴⁰ TACITO, *Corruptissima re publica plurimae leges* (Annales, Libro III, 27.

⁴¹ M. AINIS, *La selva oscura dei 100mila codici*”, in *La Repubblica*, 24.8.2016.

V. anche S. MICOSSI, *Leggi scritte male, applicate peggio*, in *Repubblica, Affari&Finanza*, 6.10.2014, secondo cui: <<...se si correggessero queste pratiche, si facesse piazza pulita delle migliaia di speciali provvidenze per questo e per quello, e si puntasse a costruire un sistema regolamentare semplice e valido in generale, l’economia rifiorirebbe. Il punto di partenza è l’istituzione di solidi filtri nel governo e in parlamento contro le degenerazioni (...) dell’attività legislativa, con chiari indirizzi e poteri invalicabili d’interdizione. Solo allora l’obiettivo della semplificazione incomincerà ad avere un contenuto concreto.>>; C. SARACENO, *I danni collaterali della legge*, in *La Repubblica*, 29.8.2016, secondo cui il processo legislativo in Italia è rallentato <<(...) da leggi scritte male, che richiedono “interpretazioni autentiche”, o che individuano male (per superficialità del legislatore, scarsa conoscenza del fenomeno, cattivo uso delle informazioni) i propri obiettivi e perciò, inevitabilmente li mancano.>>; M. AINIS, *I posteri (purtroppo) non votano*, in *L’Espresso* 4.9.2016, secondo cui: <<Le leggi italiane tremano, come i terremoti. Sono volubili, precarie...Emergenze e regole, ecco il problema. Perché le nostre regole viaggiano sempre sull’onda dell’ultima emergenza, vera o presunta....La politica reagisce somministrando norme come sedativi...Allora servirebbe quantomeno un diritto più stabile e più chiaro>>.

⁴² Si legge nel parere del Consiglio di Stato sullo schema di codice: “*La codificazione raccoglie*”⁴³



A tal fine occorrerà che la Cabina di regia sia l'*hot spot* di confluenza di tutte le istanze di modifica e la sede di filtro critico delle stesse, se del caso introducendo “la legge annuale sugli appalti”.

disposizioni già vigenti, le coordina con quelle di nuovo conio, e guarda al futuro, mirando a evitare la riproliferazione di normative extravaganti.

A tal scopo viene enunciata, tra le clausole finali o iniziali, quella di “riserva di codice”, con cui si chiede, in coerenza con l’obbiettivo dell’“autosufficienza” della codificazione, che ogni futuro intervento normativo nelle materie del codice sia fatto con esplicita modifica del codice medesimo (v. nel presente codice, art. 118).

Nell’intento del legislatore, i codici, i t.u., le leggi quadro (o di portata generale) al cui interno sono collocate clausole di salvaguardia come quella in esame, dovrebbero avere una particolare forza giuridica, tale che non è consentita la modificazione o abrogazione se non con disposizione espressa; tuttavia tale regola non è posta da nessuna norma della Costituzione, che è l’unica fonte idonea a stabilire la gerarchia delle fonti ad essa subordinate. Sicché una legge ordinaria, ancorché di “sistema” o “generale”, ha la stessa forza e valore di una qualsiasi altra legge e non si sottrae, pertanto, alla possibilità di una abrogazione tacita secondo quanto sancito dall’art. 15 disp. prel. Sul piano formale, si rileva l’impossibilità giuridica che forme di auto rafforzamento contenute in norme primarie, in modo esplicito o implicito, possano determinare la resistenza passiva di una disposizione rispetto all’abrogazione implicita operata da una fonte successiva equiparata.

Il principio resta perciò privo di vincolatività giuridica per il legislatore successivo, ma non per questo privo di considerevoli effetti giuridici, puntualmente illustrati dal Consiglio di Stato [Cons. St., sez. norm., 26.7.2011 n. 2602/11] e dalla Corte costituzionale [sentenza 22.4.1997 n. 111], e così sintetizzabili:

a) vincolo esegetico (per cui in caso di dubbio sulla portata abrogatrice o modificativa di una legge successiva, il principio di coerenza dell’ordinamento deve indurre a ritenere che la legge successiva non abbia abrogato o modificato tacitamente la precedente);

b) effetto monitorio (che indirizza una sorta di messaggio affinché gli atti normativi futuri incidano con chiarezza sull’articolato e non con modificazioni o abrogazioni tacite);

c) effetto di indirizzo (rispetto all’attività normativa futura, affinché i titolari del potere di iniziativa e coordinamento normativo assicurino – in sede di istruttoria tecnica e soprattutto di ATN, ai sensi della direttiva del Presidente del Consiglio del 1°9.2008 – la coerenza del sistema attraverso l’inserzione delle nuove disposizioni all’interno della legge di settore, codice o testo unico che sia, nella logica dell’impegno dei regolatori, nei confronti di cittadini e imprese, al rispetto dei canoni di better regulation).”



Il codice è sulla buona strada della semplificazione, ma deve restarci. Le partite vere sono ancora da giocare e le regole di queste partite non vanno cambiate in corsa.

Perché i continui cambi di passo del legislatore, le proroghe e le deroghe, sortiscono l'effetto opposto di lasciare tutto come è, a vantaggio di chi pensa che *“Se vogliamo che tutto rimanga come è, bisogna che tutto cambi”*⁴³.

L'auspicio, piuttosto, è che il codice possa segnare l'inizio di una nuova etica in un settore in cui la posta in gioco non è solo la “concorrenza” ma anche, e prima, i diritti fondamentali delle persone.

⁴³ G. TOMASI DI LAMPEDUSA, *Il Gattopardo*, pag. 33 edizione La Biblioteca di Repubblica.