

1. La certezza nel diritto è condizione costitutiva. Il diritto ha lo scopo di creare e mantenere ordine e quindi deve consentire la cosiddetta predicibilità delle regole. Questo non significa nulla di molto diverso, almeno in una considerazione pragmatica della cosa, dal fatto che quando qualcuno si determina su una questione disciplinata dalla legge, deve poter prevedere con buona approssimazione cosa ne direbbe il giudice se ne fosse successivamente investito.

2. In questi termini, come ognuno comprende, la certezza non può porsi che come un'aspirazione, un obiettivo da perseguire senza però nutrir l'illusione che sia anche raggiungibile compiutamente. Questo è notoriamente impossibile. Le norme sono formate attraverso l'uso appropriato di simboli linguistici, mentre le cosiddette fattispecie concrete sono fatti della vita, che si costituiscono di atti reali, che producono trasformazioni della realtà fisiche e di quella psichica, normalmente d'entrambe le cose messe assieme. Un'offerta anomala, ad esempio, è un ben concreto foglio di carta dove sopra c'è vergata una cifra. La norma che detta la disciplina relativa, si compone di disposizioni letteralmente sviluppate nel tentativo di definire la forma 'anomalia'. Il raccordo tra i due momenti – quello della concreta ed individua offerta e quello del paradigma normativo dell'anomalia – è realizzato attraverso altre parole, parole che interpretano la forma astratta 'anomalia' e parole che fanno da raccordo tra questa e la concreta offerta, a sua volta suscettibile di sollecitare altre parole interpretanti, per stabilire se nella specifica congiuntura l'una e l'altra s'incontrino, ed in tal caso si avrà l'anomalia; o invece non siano coniugabili, e l'anomalia non si avrà. Questo si chiama lo spazio dell'interpretazione, presente ad ogni angolo nel lavoro del giurista. Ed è del tutto ineliminabile. Ed è uno spazio in cui molto conta anche la preventiva intuizione dell'interprete, a sua volta frutto della sua esperienza, delle interpretazioni nelle quali si è in precedenza cimentato, della cultura che si è formato, del senso di responsabilità che lo accompagna.

3. Dunque, poiché altro sono le parole, altro le cose, certezze non è possibile d'averne; l'incontro tra i due mondi è sempre problematico. Anche perché le parole della legge s'interpretano con altre parole, e così in un processo pressoché interminato. Ma se questo è vero, il tempo ha insegnato a comprendere che quante più parole si affollano per regolare una concreta fattispecie, tanto più ampio ed imprevedibile sarà l'esito dell'attività ermeneutica. Cosicché, prima regola d'un buon normatore è la riduzione all'essenziale del numero di disposizioni rilevanti. La mitica semplicità delle leggi, di cui ci parlava un po' utopisticamente l'Illuminismo giuridico.

4. Ora, la materia dei contratti pubblici, meriterebbe chiarezza e responsabilità (su questa si tornerà poi). Chiarezza, perché si tratta di settore quant'altri mai fonte di conflitto. Ce ne sono tutti i motivi: vive della concorrenza; ruotano intorno ad esso elevati numeri economici; ha ad oggetto primari interessi sociali, perché riguarda servizi d'interesse generale ed opere che dovrebbero realizzarsi nell'interesse della comunità; è legato a scelte di squisita natura politica, come lo sono quelle relative

all'allocazione delle risorse in una società democratica, e si compone, però, anche d'elementi strettamente tecnici, che delimitano non poco – o lo dovrebbero – la scelta discrezionale; vive in un ambiente relativamente ristretto, dove esistono *lobbies*, talora potenti: e le *lobbies* possono produrre importanti risultati in termini di competenza e collaborazione, ma anche altrettanto serie deviazioni.

5. Di questa esigenza di chiarezza, un'eco si trova nella forma che la legislazione dei contratti pubblici ha inteso darsi: la forma codice. La tradizione del codice è in gran parte tributaria dell'esigenza di chiarezza, di chiarezza e sistematicità. Chiarezza e sistematicità sono evidentemente un'endiadi, dato che un sistema ben ordinato contribuisce non poco ad apportare chiarezza nelle norme che contiene: queste si avvalgono della sistematicità – che sta per intrinseca coerenza logica – per rischiarare l'individuale significato di ciascuna disposizione, la quale non è isolata e dunque poco eloquente, ma coordinata e dunque resa espressiva in modo pregnante, in quanto rappresentante d'un ordito di valori, fini, ordinati interessi. Non solo, ma la sistematicità aiuta molto in una situazione sempre aborrita dall'ordinamento, ma onnipresente: la lacuna. Ed è superfluo anche solo accennare alla potenza del sistema nel colmare le proprie manchevolezze, dato che un sistema è tale perché espressione di coerenti principi e di principi sono lo strumento principe per ovviare a manchevolezze delle singole regole.

6. A prima vista l'attuale ordinamento dei contratti pubblici non corrisponde a questo ideale modello di chiarezza. Del codice ha il nome, ma non il carattere di stabilità. A distanza di dieci anni si è proceduto, senza che nemmeno ve ne fosse l'effettiva necessità, alla sostituzione del precedente codice, in luogo di opportunamente emendarlo. E questo è di per sé gran danno alla certezza delle interpretazioni: perché le interpretazioni si consolidano in un'operazione di lavoro corale dei giuristi, la quale richiede dimestichezza con il proprio oggetto e progressiva sedimentazione.

Ma del codice manca anche un altro importante carattere: la concisione e chiarezza linguistica. Ogni disposizione del cosiddetto codice dei contratti pubblici, si compone d'una quantità di commi, che supera molto spesso la decina per attestarsi non di rado sulla quindicina. Ognuno di questi commi si compone a sua volta di numerosi periodi e quasi sempre ogni periodo si articola plurime subordinate, non sempre chiaramente correlate. Insomma, tutto quanto andrebbe vivamente sconsigliato in un testo che aspiri alla chiarezza. Del resto, la struttura linguistica non è nient'altro che il riflesso dei contenuti semantici. Perché ad ogni disposizione fan seguito deroghe, eccezioni ed estensioni, producendo il tutto un reticolo di regimi tra loro interferenti, che rendono impervia la strada della comprensione.

7. Non basta. Perché il codice dei contratti approvato con il Dlgs 59/2016 ha una struttura dinamica, meglio dinamizzata attraverso una fonte mobile ed agevolmente integrabile quali sono le *linee guida*, rimesse al successivo intervento dell'Anac (e della decretazione governativa). Questo strumento di formazione è problematico. Anzitutto, buona regola sarebbe che sullo stesso campo di regolazione di

regolazione non concorrano pluralità di fonti. Quando competono più regolatori, la complicazione è nelle cose, perché quanto meno si richiede il coordinamento; e la contraddizione è sempre in agguato.

8. S'aggiunga poi che le *linee guida* sono una fonte del tutto *sui generis*, il cui rilievo formale è difficile da definire.

Anzitutto, esse sono ispirate ad uno stile discorsivo, ricco di elencazioni aperte, che mal si addice al ruolo della regola: la quale, per corretta tecnica di *drafting*, dovrebbe costituirsi di un precetto rigorosamente espresso – secondo rigido principio di economia linguistica – e di una sanzione che ne segue al verificarsi della condizione espressa nel primo. E già questo aspetto, puramente strutturale, del discorso contenuto nelle *linee* costituisce un gran problema, perché rischia d'incrementare, piuttosto che di ridurre le difficoltà applicative.

Ma non è tutto. Perché la stessa collocazione formale nella gerarchia delle fonti delle *linee guida* è incerta. Trattandosi sostanzialmente d'una novità del nostro ordinamento, che si colloca a metà tra la circolare a contenuto provvedimentale e la legge, non è facile giungere ad una loro qualificazione. Non sono sconosciute al sistema, essendo, tra l'altro, state qualificate quale causa escusativa dall'art. 590-*sexies* c. p. per la responsabilità del medico. Ma oscuro ne resta il grado di vincolatività.

Secondo il parere espresso dal Consiglio di Stato in sede di commissione speciale (parere 19.09.2016 n° 1903), esse sarebbero delle *buone prassi dalla natura non integrativa e quindi non vincolante*. E ciò in ragione della loro funzione: d'essere appunto istruzioni finalizzate ad orientare le stazioni appaltanti.

Per quanto la tesi abbia il sostegno dello scopo assegnato alle *linee*, non sembra trovare riscontro, almeno nella norma in esame – l'art. 36 Dlgs 50 – dove si dice che l'Anac «con proprie linee guida [...] stabilisce le modalità di dettaglio per supportare le amministrazioni...». Una formulazione che è corretto ritenere conferisca un potere di *statuizione*, non semplicemente d'orientamento. Va magari detto che, ad accrescere l'incerto, le *linee* possono assumere una valenza prescrittiva di grado variabile, a seconda della norma attributiva della competenza ed anche, il che è ancor più problematico, dei contenuti che in esse si rappresenterebbero: ben potendo l'Anac, nell'adempiere al suo mandato, forgiare indicazioni che non raggiungano livelli di tipo normativo, e si fermino ad indicazioni di natura meramente orientativa.

Insomma, il problema sul piano del rispetto della certezza del diritto, è estremamente serio: serio per difficoltà di collocazione formale delle *linee* nel sistema delle fonti; serio per la struttura discorsiva e non normativa dei contenuti di tale *documento giuridico*. Sì, per il momento mi attesterei a definirlo così: documento giuridico, perché giuridica ne è la fonte e giuridica ne è la rilevanza; ma quale questa rilevanza sia è il problema in questione, probabilmente da risolversi caso per caso. Dunque, ulteriore incertezza.

9- C'è da dire, ancora, che quando s'incarica uno speciale soggetto pubblico di completare una preesistente normativa, si rischia la sovrabbondanza, si sollecita la meticolosità, si fomentano

atteggiamenti occhiuti e si rasenta il caos. Chiunque è chiamato ad esercitare una funzione – è per questo che si creano le istituzioni *ad hoc* – è indotto a valorizzarla ed a potenziarla, cresce in questo modo anche il proprio ruolo: il che per un normatore significa creare nuove e molteplici regole, che non possono non danneggiare efficienza e celerità, perché ciascuna di esse introduce proceduralizzazioni aggiuntive, senza che si valuti in con corretto criterio economico, vantaggi e svantaggi.

Perché questo mi sembra un punto centrale dell'intero impianto codicistico, e della parte dedicata agli appalti sotto soglia in particolare. L'architettura dei sottosoglia, quale attualmente risulta dal combinarsi del codice con le Linee guida 4, appare orientata dall'obiettivo d'introdurre ampia proceduralizzazione, con lo scopo di avvicinare il più possibile le garanzie della selezione trasparente dovute, a quelle richieste per gli appalti sopra soglia.

Il fatto è di tutta evidenza per gli appalti di lavori superiori ad 1.000.000 € (art. 36, 2° co. lett. d Dlgs 50); ma non è men vero per tutte le altre categorie d'appalto, dove il gusto per la regolamentazione lenticolare ha avuto massima espressione.

Del resto, si tratta d'un *trend* che si coglie molto bene in uno degli interventi prodotti dal correttivo 56/2017. Il primo comma dell'art. 35 Dlgs 50/2016, nell'originaria formulazione, stabiliva: **«le disposizioni del presente codice si applicano ai contratti pubblici il cui importo, al netto dell'imposta sul valore aggiunto, è pari superiore alle soglie seguenti:...»**. Si trattava d'una norma cardine per la ricostruzione dell'intera disciplina sottosoglia. In forza di essa, l'interprete era tenuto ad escludere, in via di principio, l'applicazione della disciplina soprastoglia agli appalti d'importo inferiore a quelli fissati dalla norma, quale diretta conseguenza della delimitazione oggettiva dell'ambito di applicazione del codice. Si creava così una sorta di preciso confine tra i due campi della regolazione: e, fermo il rispetto dei principi generali voluto dall'art. 36 e delle norme che espressamente fissano incumbenti anche per le gare sottosoglia, queste ultime avrebbero dovuto ispirarsi a principi di snellezza, minimalità formale, efficienza e celerità.

La norma ha ora cambiato radicalmente il proprio aspetto ed ha ovviamente determinato implicazioni e conseguenze. Oggi suona testualmente così: **«ai fini dell'applicazione del presente codice, le soglie di rilevanza comunitaria sono:...»**. Il significato è mutato e non di poco: mentre prima il codice *si applicava* ai contratti soprastoglia, restandone esclusi gli altri; oggi le soglie sono fissate ad ogni fine di rilevanza e dunque se e quando codice e *linee* le richiamino per loro specifici fini. Non sono cioè più le soglie a scriminare l'applicazione del codice, ma è il codice e le *linee* (ed anche, prevedibilmente, la giurisprudenza) ad invocarle quando e se lo ritengano necessario. Insomma, la norma non delimita più, come in precedenza, l'ambito di applicazione del codice, ciò che vi è dentro e ciò che vi è fuori; ma sarà l'interprete alla stregua dei segnali raccolti da codice, *linee* e precedenti giurisprudenziali a stabilire quale grado di applicazione del codice dovrà essere osservato anche al di sotto della soglia.

E questa è una scelta di tecnica legislativa che certamente non gioverà alla chiarezza ed alla predicibilità delle regole.

9. Si trattava d'una norma cardine, come ho detto, perché intorno ad essa ruotava l'applicabilità del codice; è divenuta una norma meramente definitoria di una soglia giuridica, la cui rilevanza non è però stabilita una volta per tutte, ma è lasciata alla valutazione dell'interprete, ovviamente nel rispetto delle norme che regolano i procedimenti.

E di conseguenze ce ne sono già state molte. Non solo a livello legislativo, dove per il sottosoglia ci sono cinque scaglioni, per vero tali sin dall'inizio; ma soprattutto in sede di Linee guida, l'Autorità ha ritenuto di dovere suddividere gli appalti fino a 40.000 € in ben quattro ulteriori scaglioni (fino a 1.000, fino a 5.000, fino a 20.000, fino a 40.000), dettando per ciascuno di essi una distinta disciplina finalizzata a proceduralizzare le scelte ed a formalizzare le valutazioni.

Cosicché, tirando le somme, esistono oggi nove microregimi si contendono il territorio degli appalti, nemmeno sottosoglia, ma al di sotto del milione di €, perché ai detti devono aggiungersi gli appalti tra 40.000 e 150.000 € e quelli sino ad 1.000.000. Cui vanno ad aggiungersi gli appalti oltre 1.000.000 e fino a 2.000.000 (per i quali è consentito il massimo ribasso ai sensi degli artt. 36, co. 2, lett. d e 95, co. 4, lett. a) e quelli oltre i 2000.000 e sino alla soglia, presumibilmente in tutto e per tutto assimilati a quelli soprastoglia. Il tutto, fatti due calcoli arriva, come detto a 9. E questo riguarda solo i settori ordinari.

Per aver sentore delle difficoltà applicative d'una simile segmentazione, basterà pensare alla concorrente presenza nell'ordinamento (art. 51 Dlgs 50) di due principi ispirati da esigenze specularmente opposte: da una parte il divieto di frazionamento in lotti con finalità elusiva dei vincoli; dall'altro, quello di favorire la suddivisione in lotti per favorire la partecipazione delle piccole e medie imprese. Un'esigenza, quest'ultima, tanto forte da imporre alle stazioni appaltanti l'obbligo di motivazione per il caso che alla suddivisione non si pervenga. E ciò senza contare le difficoltà cui frequente pone dinanzi la determinazione del valore dei lotti (si pensi al caso delle unità distinte competenti a gestire analoghi lavori), oltre che le oggettive incertezze che dominano la determinazione del prezzo a base di gara.

10. Un esempio di tale complessità lo offre la disciplina dettata per vietare le rotazioni. È chiaro che la rotazione non avrebbe richiesto alcuna particolare regolamentazione, dovendo essa ispirarsi ai principi di trasparenza, correttezza e non discriminazione. Rispetto che non necessita nessun particolare vincolo formale preconstituito, essendo sufficiente esaminare l'andamento delle aggiudicazioni, nella loro sequenzialità, immediata o periodica, sanzionando appropriatamente le deviazioni.

La regolamentazione dettata dall'Anac ha evidenti caratteri di farraginosità, complessità, difficile attuabilità. Si compone di regole ed eccezioni, con spazi lasciati ad ulteriore subregolamentazione da parte delle amministrazioni, che possono distinguere gli appalti – in modo da sottrarli all'unitario

giudizio di rotazione – per settori di servizi, merceologici, categorie di lavori, fasce di valore; ed è anche possibile dare rilievo a particolari strutture di mercato, al fine di poter derogare agli obblighi di rotazione, non senza valorizzare aspettative di operatori economici, oggettivamente apprezzate in ragione di pregressi rapporti.

La struttura è particolarmente rappresentativa di quel che può accadere quando troppo si vuol regolare. Il principio è che vi debba essere la rotazione, con riferimento «all'affidamento immediatamente precedente a quello di cui si tratti». Può assumere rilievo, però, anche l'alternanza sequenziale, non definita dalle *linee* ma sostanzialmente riconducibile a fattispecie di aggiudicazioni a chiasma, con imprese che si alternano in una o più stazioni appaltanti.

L'obbligo di rotazione ha però il limite che deve riferirsi al medesimo settore merceologico, o di servizi o di categoria di opere. Ed inoltre, possono le stazioni appaltanti emanare loro regolamentazioni, stabilendo motivatamente fasce di valore tra le quali non vige il principio del divieto di rotazione. Ma anche qui può esserci l'elusione ed allora le *linee* vietano si arbitrari frazionamenti, sia ingiustificate aggregazioni, sia ancora richiedono verifiche su operatori riconducibili a quelli per i quali opera il divieto: vale a dire per i precedenti aggiudicatari o quelli sospetti di alternanza sequenziale. Ma poi, nuova eccezione: il reinvio può eccezionalmente disporsi sia per la riscontrata assenza di alternative, sia tenuto conto del grado di soddisfazione maturato nel precedente appalto e delle conseguenti alternative. Come pure non si pone questione di reiterazione, se la stazione appaltante non limita la partecipazione. Insomma, una rete di regole ed eccezioni ed eccezioni alle eccezioni, che all'atto pratico potrà dar luogo alle più varie interpretazioni, come sempre accade quando si eccede in distinzioni e, quel che è più grave a ricorsi ed imputazioni. Soprattutto rende particolarmente laboriosa l'attività necessaria a bandire gare anche di poche decine di migliaia di euro se non di meno.

11. Un'ulteriore notazione non può mancarsi di compiere. Improntare a principi di così elevato formalismo le procedure di gara sottosoglia, anche quelle d'importi molto modesti, crea seri dubbi di funzionalità. Ma soprattutto crea un ambiente rigorosamente regolativo, che rende anche difficile stabilire quale debba essere la soglia di formalità delle procedure selettive, che sono il momento più qualificante dell'intero percorso procedurale. In altri termini, fino a che punto deve spingersi la procedimentalizzazione e la motivazione delle scelte per appalti, poniamo, del valore di 100.000 €. Il confronto competitivo, quale grado di puntualizzazione delle valutazioni dovrà contenere. Chiaro che, in procedimenti posti su regole semplici e leggere, come dovrebbero essere quelli sottosoglia, anche la motivazione dovrebbe assumere un contenuto minimale e solo rilevanti disfunzioni danno luogo a reazioni.

Insomma, quella ponderazione secondo principi di economia del diritto – particolarmente utile quando si tratti di creare rigidità – non pare abbia trovato adeguati spazi in soluzioni di questo tipo.

12. Ma una considerazione conclusiva va compiuta. Una simile approdo regolativo – ispirato alla massima prevenzione ed alla cultura del pieno sospetto – se può essere giustificato dall'esperienza di ripetuti episodi di deviazione, dovrebbe portare ad una riflessione più profonda sull'economia delle norme e sulla loro efficacia.

Il codice, con riferimento agli appalti sottosoglia avrebbe veramente consentito una regolazione leggera, per principi, tenuto anche conto della molto diversificata competenza di coloro che sono chiamati a dare ad esso attuazione ed al fatto che è di là da venire la qualificazione delle stazioni appaltanti.

Ma direi che il problema non è neanche in chi deve attuare le disposizioni, ma è nella convinzioni che una meticolosa regolamentazione sia sempre qualcosa di auspicabile. La logica della semplificazione risponde invece ad un altro criterio, quello della responsabilità, cui sopra alludevo. È ben noto che il moltiplicarsi delle forme giuridiche non necessariamente produce maggiore legalità. Le norme hanno una paradossale propensione alla strumentalizzazione e spesso e volentieri divengono strumenti per mascherare cose nefande. Dietro il rispetto formale di una disposizione può agevolmente nascondersi la sua piena violazione: non c'è regime che sia tanto puntuale da non poter essere ritorto contro se stesso, quanto meno nel senso d'essere utilizzato a mascherare. Dietro il rispetto formale di quel regime di rotazioni, non è difficile realizzare cartelli incontestabili, incontestabili perché ossequiosi del regime.

Al contrario, la schietta regola della trasparenza può attribuire all'autorità vigilante una ben diversa capacità di penetrazione, incrociando liberamente dati, liberi cioè dalle forme giuridiche che quei dati renderebbero inattaccabili.

Ma non basta. Perché l'eccesso di regolazione o comunque una regolazione minuziosa è un costo per il sistema, perché rallenta, crea conflitti, sviluppa danno. Ogni volta che s'introduce una disciplina, ci si deve domandare se essa sia potenzialmente più carica di conseguenze vantaggiose che di svantaggiose; ed è una valutazione complessa, che richiede studi. Dunque, un esame a trecentosessanta gradi delle implicazioni potrebbe portare anche ad una diversa opzione di fondo ed a lasciare alla vigilata responsabilità degli appaltanti – soprattutto quando le stazioni saranno ridefinite (sempre che lo saranno) la formulazione delle scelte procedimentali, compiendo una valutazione a ritroso per verificare quali risultati essi hanno prodotto.