

# IL NUOVO QUADRO NORMATIVO DEI CONTRATTI PUBBLICI. LA DIALETTICA TRA DIRITTO EURO-UNITARIO E NAZIONALE, LINEE GENERALI E SINGOLE TIPOLOGIE<sup>1</sup>

**Sommario:** 1. Introduzione: una vicenda unitaria con al centro il contratto. 2. Il quadro normativo: il sistema della contabilità di stato. 3. *segue*. Le fonti del diritto europeo: le prime direttive. 4. Le ultime direttive del 2014 e il nuovo codice dei contratti e delle concessioni. 5. Ancora sul quadro normativo: tra modelli meccanici e negoziazioni. 6. Natura e tipologie degli appalti pubblici. 7. Tra regole e principi. 8. Le linee guida dell'ANAC.

## 1. Introduzione: una vicenda unitaria con al centro il contratto

Si deve muovere dalla premessa della unitarietà della vicenda – affidamento ed esecuzione dei contratti pubblici - nonostante la nota distinzione tra le due fasi. Una distinzione legata al problema del riparto di giurisdizione e che ha determinato una separazione anche nel campo degli studi, se è vero che la fase dell'affidamento è ad appannaggio degli amministrativisti, mentre quella dell'esecuzione lo è dei privatisti.

In verità se la prima è da decenni costantemente al centro della discussione e dell'attenzione, anche dei media e della politica; la seconda sconta più di una disattenzione, è stata spesso trascurata, dimenticata.

La separazione, tra le due fasi, e la distrazione, nei confronti della seconda, sono fonte di incomprensioni e di inefficienze. Se solo pensiamo come l'impresa appaltatrice offre prima una

---

• Relazione al corso “L'affidamento e l'esecuzione dei contratti pubblici: differenze e punti di contatto con gli appalti privati”, organizzato nei giorni 5 e 6 aprile 2018 al T.A.R. Lazio dall'Ufficio studi, massimario e formazione della Giustizia amministrativa in collaborazione con la Scuola Superiore della Magistratura

certa versione di sè e dell'opera nel corso della gara, ad esempio ribassando oltre modo la base d'asta, riducendo il proprio utile d'impresa, per vincere la concorrenza degli altri; per poi, nella fase dell'esecuzione, (cercare di) recuperare quel poco o quel molto che era sembrata voler o poter sacrificare in precedenza, attraverso varianti, adeguamenti dei prezzi, modifiche di altro tipo, non di rado all'origine di contestazioni e quindi di ritardi.

Anticipiamo sin da ora come le ultime tendenze normative sembrano ridurre questa separazione e mostrano una maggiore consapevolezza dell'importanza anche della fase dell'esecuzione. Lo dimostrano le direttive europee del 2014, che per la prima volta si occupano delle modifiche dei contratti durante il periodo di validità; lo ha dimostrato il legislatore nazionale quando, sempre nel 2014, ha previsto che le varianti più significative dovessero essere comunicate all'ANAC.

Questa visione più unitaria del fenomeno serve anche a recuperare la centralità del contratto, che dovrebbe essere il vero protagonista della nostra storia e che invece spesso non lo è o non sembra esserlo. Nel senso che gli interpreti si interessano per lo più al procedimento di scelta del contraente, al momento dell'evidenza pubblica in senso stretto, quasi dimenticando che tutto questo è preordinato alla stipulazione e all'esecuzione pur sempre di un contratto. Un errore ottico in cui spesso incorre la stessa pubblica amministrazione che, per varie ragioni, non può o non sa valutare di quale contratto abbia davvero bisogno, preoccupata come è di uscire indenne dalle complicazioni e dalle insidie della procedura di gara, quasi che alla fine il contratto e il suo esatto adempimento fosse l'ultimo dei suoi problemi.

Di un contratto – è il caso di aggiungere, anticipando fin da ora quel che dirò in seguito – di diritto privato, qual è l'appalto pubblico. La cui natura privatistica resta invece per così dire nascosta fin tanto che la vicenda continua ad essere artificiosamente scomposta in fasi che si vorrebbero autonome.

Questa separazione o questa divisione è anche una delle ragioni per le quali la stessa pubblica amministrazione, il committente, si presenta lungo lo svolgersi della vicenda in forme e con abiti diversi.

Già Franco Ledda parlava di “travestizioni” della pubblica amministrazione, che è prima autorità nella fase dell’evidenza pubblica, poi soggetto equiparato al privato all’atto della stipula del contratto, quindi di nuovo parte pubblica nell’esercizio di taluni poteri di autotutela.

Per tacere del fatto che anche nel processo dinanzi al giudice amministrativo l’amministrazione parrebbe entrarvi più come parte pubblica che come una parte del tutto equiordinata al privato. Spunti di riflessione in tal senso si ricavano dagli artt. 121 e 122 quanto alla disciplina dell’inefficacia del contratto e prima ancora dall’art. 120 in tema di giudizio cautelare.

## **2. Il quadro normativo. Il sistema della contabilità di Stato.**

La vicenda dei contratti pubblici ha una storia “lunga”, che precede persino la nascita del regno d’Italia muovendo i suoi primi passi all’interno del misterioso mondo del contenzioso amministrativo.

Se per le trattative tra privati il *Code Napoléon* come anche il codice civile del 1865 non prevedevano alcuna disciplina; per i contratti della pubblica amministrazione, invece, le prime norme sulla loro formazione risalgono all’ottocento, al tempo del Regno di Sardegna, alle regie Patenti del 29 maggio 1817 e poi alla l. 23 marzo 1853.

Queste testi ottocenteschi prevedevano già allora una sequenza di atti, taluni preliminari al contratto altri successivi ad esso, che erano l’avviso d’asta, l’asta vera e propria, il deliberamento (l’odierna aggiudicazione), l’eventuale fase dell’aumento o diminuzione di sesto o di doppio

sesto (ripreso in seguito dall'art. 584 del c.p.c. del 1940, nella sua versione originaria), l'approvazione del deliberato, la stipulazione del contratto e approvazione del medesimo.

Per partecipare bisognava aver depositato un'apposita cauzione ed essere forniti di un certificato dell'ufficiale ingegnere, avente validità triennale: una sorta di antestignana attestazione soa.

Nel sistema del contenzioso amministrativo, di cui la materia dei contratti pubblici costituiva allora "il nucleo centrale e fondamentale", le controversie per la massima parte riguardavano la fase dell'esecuzione del contratto. La legge dell'epoca parlava tuttavia di controversie "in materia di intelligenza ed eseguimento del contratto d'appalto pubblico" e la formula "intelligenza del contratto" venne interpretata estensivamente, ricomprendendovi controversie attinenti anche alla fase di scelta del contraente.

In studi recenti (Patrino, Raccà), che testimoniano un rinnovato interesse per questa vicenda a lungo dimenticata, sono state rilette attraverso le riviste giuridiche dell'epoca alcune vertenze di allora, dimostrando la somiglianza con alcune delle tipologie di cause discusse ai giorni nostri nelle aule dei TT.AA.RR. e del Consiglio di Stato.

Due questioni, per noi familiari e che a prima vista saremmo indotti a ritenere come nuove e solo di recente emersione, quali l'incidenza dell'invalidità degli atti di gara sulla sorte del contratto e il rapporto tra le impugnazioni incrociate dei diversi concorrenti in gara, fanno capolino già nel primo contenzioso amministrativo. In una vicenda che si colloca alla metà dell'ottocento, all'interno dei tribunali del contenzioso del regno sabauda, e che i pratici del tempo riconducevano al diritto privato, per quanto speciale, prima che si verificasse quella che Marco Alberti ha definito come la grande pubblicizzazione di fine ottocento.

Era il sistema costituito da Carlo Alberto con le Regie Lettere Patenti del 25 agosto 1842, n. 382, incentrato sui Consigli di intendenza in primo grado, composti da funzionari dell'amministrazione, e sulla Camera dei conti in appello, composta da magistrati inamovibili.

L'art. 24 della ricordata l. 1483/1853, nel contesto della disciplina sull'amministrazione del patrimonio dello Stato, precursore di una regola generale che, dopo l'Unità, sarebbe stata estesa a tutto il Regno d'Italia, prevedeva che "Tutti i contratti nell'interesse dello Stato avranno luogo a pubblici incanti".

Questa e le altre disposizioni da lì transitarono, dopo l'unificazione, nella l. 22 aprile 1869, n. 5026 e nel relativo regolamento r.d. 4 settembre 1870, n. 5852, poi sostituiti dal r.d. 17 febbraio 1884, n. 2016 (testo unico sull'amministrazione dello Stato e sulla contabilità generale) e dal regolamento di cui al r.d. 4 maggio 1885, n. 3074, e successivamente approdati al r.d. 8 novembre 1923, n. 2440 e al relativo regolamento di cui al r.d. 23 maggio 1924, n. 827, che per molto tempo hanno costituito la disciplina di riferimento in materia di contratti pubblici e che in parte, con particolare riferimento ai contratti attivi, sono ancora vigenti nel nostro ordinamento.

Alla originaria disciplina sulla contabilità facevano rinvio sia la legge sui lavori pubblici n. 2248 del 1865, all. F (v. art. 325) sia la legge comunale e provinciale (art. 128) del 1865, all. A., questo a testimonianza del carattere generale e di sistema di quella disciplina.

La regolazione della materia non si esauriva peraltro con la sola legislazione, che – per la dottrina di fine ottocento - aveva ad oggetto "disposizioni di rito più che sostantive" (Mantellini), queste seconde essendo racchiuse invece nei capitoli generali e speciali, testi ordinati per capitoli recanti condizioni predisposte unilateralmente dall'amministrazione e destinate a disciplinare, nel primo caso, tutti i procedimenti di gara e, nell'altro caso, l'oggetto del singolo contratto.

Alla base vi era l'idea che l'amministrazione pubblica fosse parte debole nella contrattazione con "il ceto degli appaltatori, sempre accortissimo" e che, per questo, l'aggiudicazione dei contratti dovesse seguire particolari forme che costituiscono "prescrizioni di ordine pubblico in quanto impegnano la fede pubblica", e che sono "prescritte nell'interesse dell'ente e dell'ordine pubblico" (Mantellini).

In questo senso la legge del 1865 sui lavori pubblici definiva per l'amministrazione uno statuto di privilegio. Ne erano esempi importanti la necessità dell'approvazione del contratto, solamente a seguito della quale l'amministrazione vi era vincolata; il peso dei capitolati, generali e speciali; i poteri di rescissione e di assunzione della gestione e il regime delle varianti, ad esclusivo vantaggio della pubblica amministrazione; il collaudo dell'opera, sempre a tutela della parte appaltante.

Nell'insieme quella sull'evidenza pubblica era una legislazione orientata a garanzia della "moralità" delle pubbliche amministrazioni, piuttosto che della concorrenza tra i potenziali contraenti privati, e attraverso forme procedurali preordinate a dare, appunto, "evidenza pubblica", giustificazione, a singole decisioni, finiva per tradursi in un sistema articolato di controlli amministrativi (M.S. Giannini).

Il timore che nella contrattazione si manifestassero pratiche di corruzione e spreco di denaro pubblico spinse il legislatore a prevedere anche apposite forme di reato, quali la "turbata libertà degli incanti" nel Codice penale del 1930, a testimonianza di una interferenza – tra contratti pubblici e diritto penale - che sarebbe destinata a riaffiorare più volte nel corso della vicenda e che, come noto, è presente anche ai nostri giorni.

Al di là del piano penale, l'esistenza di una simile legislazione a tutela della contabilità favorì indubbiamente il sindacato di legalità dell'attività amministrativa.

Un sindacato inizialmente di tipo oggettivo, in sede di controllo, su denuncia dei privati interessati, o anche, ma con una coloritura già in parte soggettiva, in sede di ricorso straordinario, cui si aggiunse, in una prima fase, la competenza dei tribunali del contenzioso amministrativo, il cui sindacato comprendeva allora anche la fase dell'esecuzione del contratto, all'insegna dell'adagio per il quale "giudicare l'amministrazione è ancora amministrare".

Dopo il 1865, con l'abolizione del contenzioso amministrativo e la devoluzione di queste controversie al giudice ordinario, si registrò quella che Vittorio Emanuele Orlando avrebbe definito anni dopo "la timidità" del giudice civile, nel fornire tutela, imputando tale risultato anche alla mancanza di strumenti idonei all'interno dei codici dell'epoca.

La dottrina del tempo e lo stesso Consiglio di Stato lamentarono l'incoerenza ed il mancato coordinamento tra la ricordata legge sui lavori pubblici, costruita in termini di specialità del regime sostanziale, e la legge abolitrice del contenzioso amministrativo che, accogliendo integralmente il modello monista del giudice unico, tale specialità aveva voluto rimuovere, invece, dall'orizzonte processuale.

Con riferimento al contenzioso sull'esecuzione dei contratti, in un parere del 1881 il Consiglio di Stato lamentava, senza troppi giri di parole, "che dopo l'abolizione del foro amministrativo il giudizio tecnico sulle opere e sulle cose che sono fornite per pubblici servizi è stato tolto assolutamente a giudici connessi coll'amministrazione, e che dell'amministrazione intendono i criteri e le necessità, per essere dato a giudici ordinari che vi decidono sopra irresponsabilmente, udito il parere di periti avventizii e privati non responsabili, né sempre idonei".

Dopo il 1889 e l'istituzione della IV sezione giurisdizionale del Consiglio di Stato, ci fu un'iniziale coesistenza tra il giudice civile e quello amministrativo nel sindacare la fase dell'evidenza pubblica per poi registrare, a partire dagli anni '30 del novecento, la sola presenza

del secondo con la creazione, definita come surrettizia, di un caso di giurisdizione esclusiva, molti decenni prima che vi provvedesse espressamente il legislatore.

Questo quadro normativo sarebbe durato sino agli anni '70 del novecento, sino al recepimento delle prime direttive comunitarie.

### **3. segue. Il sistema delle fonti del diritto eurounitario e il loro recepimento**

Tra gli innumerevoli motivi di interesse che la vicenda dei contratti pubblici suscita, vi è anche quello di essere stata oggetto ben presto, per quanto riguarda la tipologia degli appalti, ampiamente intesi, di una disciplina comunitaria tra le più significative che, vedremo, non si è fermata neppure davanti agli aspetti processuali del problema.

Il primo tentativo di attuare un coordinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di appalti di lavori pubblici si ebbe con la direttiva 71/305 del Consiglio. Mancando al principio nel Trattato istitutivo della Comunità una disposizione specifica cui agganciarsi, il fondamento giuridico di questa come delle direttive successive degli anni '70 e dei primi anni '80 fu rinvenuto, da un lato, nella libertà di stabilimento (art. 52) e nella libera prestazione dei servizi (art. 59), dall'altro, nell'eliminazione delle restrizioni alle importazioni (art. 30) e nel divieto di discriminazioni in base alla nazionalità (art. 7).

In origine l'ambito soggettivo di applicazione della normativa era delimitato alle "amministrazioni aggiudicatrici", per tali intendendosi, nella prima direttiva, lo Stato, gli enti pubblici territoriali e le persone giuridiche di diritto pubblico enumerate nell'allegato I. Tutti gli altri, ossia la gran parte degli enti pubblici (non solo quelli economici) ed i soggetti formalmente privati sebbene variamente investiti di compiti pubblici, erano sottratti alla nuova disciplina.

Sotto il profilo oggettivo, inaugurando una lunga stagione di separazione che avrebbe contrassegnato le *utilities*, si escludevano dall'ambito della direttiva trasporti, acqua, energie e telecomunicazioni.

A questa prima direttiva fece seguito, dopo pochi anni, la n. 77/62, in materia di appalti di forniture. Ma fu con l'Atto Unico Europeo del 17 febbraio 1986, con cui venne introdotto nel Trattato di Roma un esplicito richiamo agli appalti pubblici nazionali (art. 130F), che si registrò un cambio di passo anche in questa materia, quale conseguenza della dimensione quantitativa assunta dal fenomeno e dalla sua rilevanza sul piano economico, costituendo la domanda pubblica di lavori, beni e servizi una quota importante, costantemente superiore al dieci per cento, del prodotto interno lordo della Comunità.

L'accelerazione del processo di integrazione, non più solo sostanziale ma persino processuale, si tradusse nelle direttive 89/440 e 88/295 - che modificavano le prime due direttive lavori e forniture degli anni settanta ampliandone l'ambito di applicazione soggettivo ed oggettivo, introducendo per la prima volta la nozione di "organismo di diritto pubblico" ed estendendo la disciplina anche alle concessioni di lavori - nella direttiva 90/531 che coordinava le procedure nei cd. settori esclusi già ricordati, nella direttiva 92/50 relativa agli appalti di servizi, così completando una prima disciplina, per quanto separata, dei principali contratti "passivi" delle pubbliche amministrazioni nazionali.

Nel 1993 furono adottate una serie di direttive di "consolidamento" - per le forniture (n. 36), i lavori (n. 37) e i settori esclusi (n. 38) - con il fine di uniformare la terminologia e in parte anche la regolamentazione, assumendo come modello di riferimento la disciplina sui lavori pubblici, definendo per la prima volta, con la n. 38, la nozione di "impresa pubblica".

Sin dalla prima direttiva 71/305, l'armonizzazione delle procedure nazionali di aggiudicazione fu perseguita attraverso l'imposizione di obblighi di pubblicità, a garanzia di una effettiva concorrenza tra gli imprenditori di tutti gli stati membri; il divieto di prescrizioni tecniche aventi un effetto discriminatorio; l'aggiudicazione degli appalti, sulla base di procedure aperte o ristrette fondate su criteri obiettivi di partecipazione e di selezione, unicamente secondo

il prezzo più basso o l'offerta economicamente più vantaggiosa in relazione ad una serie di parametri da menzionarsi preventivamente nel bando.

Nel campo degli appalti pubblici il processo di armonizzazione non si è fermato alla definizione delle regole sostanziali sulla formazione del contratto ma si è spinto sino a prevedere anche i rimedi processuali ritenuti più idonei. In questa direzione, derogando per una volta al principio dell'autonomia processuale degli stati membri, l'art. 2 della direttiva 89/665, c.d. direttiva ricorsi, ha previsto che gli stati si dotino di mezzi di ricorso idonei ad "annullare o far annullare le decisioni illegittime", relative alle procedure di aggiudicazioni, oltre che ad accordare un risarcimento dei danni derivanti dalla loro violazione.

Tralasciando il discorso sul risarcimento, la previsione dell'annullamento, quindi di un rimedio di tipo demolitorio che si appunta su di un atto, si lega alla costruzione della fase dell'aggiudicazione in chiave procedimentale e al suo sfociare, appunto, in una decisione.

Questo perché, nell'insieme, le norme comunitarie racchiuse nelle direttive, sia quelle sostanziali che processuali, hanno mutuato dal modello francese dell'evidenza pubblica la preferenza per le procedure formalizzate di gara (procedura aperta o ristretta, in primo luogo, da aggiudicare al prezzo più basso o all'offerta economicamente più vantaggiosa), per la previsione di regole di formazione della volontà dell'amministrazione aventi rilevanza esterna, di cui fosse possibile, per i privati, invocare la giustiziabilità, concernenti la fase preparatoria del contratto e gli strumenti di tutela; ma, allontanandosi dalla tradizione francese, e da quella italiana, tali regole sono state (ri)orientate diversamente e rese funzionali in primo luogo alla concorrenza tra i privati e solo secondariamente all'equilibrio contabile dell'amministrazione.

La disciplina comunitaria ha avuto così un effetto conformativo sulle diverse discipline nazionali, nel senso che ha fatto emergere dovunque – anche in ordinamenti quali quelli britannico e tedesco, così distanti dall'esperienza francese - la necessità di una fase preparatoria i cui atti fossero giustiziabili ed annullabili. Ciò trova conferma anche nella giurisprudenza della

Corte di Giustizia che distingue tra una fase precedente la conclusione del contratto, che sfocia nell'aggiudicazione, e una fase successiva alla conclusione del contratto e che, riguardo alla prima fase, sembra postulare come del tutto necessaria l'esistenza di "un atto di diritto amministrativo che possa essere conosciuto dagli interessati e che possa costituire oggetto di un ricorso d'annullamento" (Corte di Giustizia 28.10.1999, in causa C-285/99).

Dove le direttive, redatte soprattutto in origine per principi generali, non sarebbero state sufficienti a realizzare gli obiettivi perseguiti, tanto più al cospetto dei ritardi e delle manchevolezze di vario genere degli stati membri, tra i quali il nostro, nel recepirle; la Corte di Giustizia si è ritagliata un ruolo fondamentale, non solo attraverso la competenza sulle procedure di infrazione al diritto comunitario avviate dalla Commissione nei confronti degli Stati membri ma, soprattutto, valorizzando e sollecitando il meccanismo del rinvio pregiudiziale da parte delle corti nazionali ai sensi dell'allora art. 177 del Trattato di Roma.

Per questa seconda via la Corte ha finito per assicurare l'uniforme applicazione del diritto comunitario andando molto al di là della corretta interpretazione delle norme dei Trattati e delle fonti derivate, praticando una sorta di "sindacato indiretto di legittimità comunitaria degli atti, anche normativi, nazionali" tutte le volte in cui i giudici nazionali le chiedevano se fosse di ostacolo all'applicazione della norma comunitaria l'interpretazione della disposizione di diritto interno prospettata dal giudice remittente. Laddove la Corte avesse escluso la compatibilità e ravvisato quindi un ostacolo, a quel punto il giudice nazionale avrebbe dovuto o interpretare diversamente la norma interna, se possibile, oppure disapplicarla in omaggio alla primazia del diritto comunitario.

Bisogna aggiungere come, nell'esercitare queste stesse competenze, la Corte abbia ritenuto di poter ricavare utili elementi di disciplina non solo dalle fonti derivate ma anche da (alcune) norme del Trattato, in particolare quelle sulle libertà fondamentali e sui principi generali del diritto comunitario, ritenendo che da tali norme discendessero determinati obblighi di

trasparenza per le amministrazioni nazionali, ad esempio in materia di concessione di servizi, che non potevano non tradursi nella procedimentalizzazione dei relativi affidamenti. In questo modo, sebbene si facesse formale applicazione delle norme e dei principi del Trattato, le direttive in materia di appalti, applicative di quei principi, hanno finito per costituire un paradigma ed esercitare una forza espansiva anche al di là del loro ambito formale, ben oltre la volontà degli stati membri.

In questa direzione, appunto espansiva, un ruolo importante è stato giocato nel tempo anche dalla Commissione, non solo perché chiamata a vigilare sull'applicazione del diritto comunitario e legittimata ad avviare la procedura di infrazione, ma anche nell'esercizio di altre funzioni, sia di orientamento, mediante le comunicazioni interpretative, che di iniziativa normativa, con proposte precedute dalla pubblicazione di libri verdi.

All'alba del secondo millennio, con le direttive 17 e 18 del 2004, la legislazione dell'Unione in tema di contratti pubblici ha finito poi per assumere i crismi della completezza e dell'organicità della disciplina. Questi due testi, il secondo relativo agli appalti di lavori servizi e forniture, il primo ai cd. settori esclusi, hanno segnato il riordino dell'intera materia, superando la settorialità che aveva contrassegnato tutti i precedenti interventi.

Sebbene il diritto (ora) dell'Unione europea abbia continuato a non occuparsi di tutti i contratti delle pubbliche amministrazioni ma solo dei più importanti tra quelli, cd. passivi, che comportano impegni di spesa (ossia gli appalti, di cui peraltro ha ampliato la latitudine, e in parte le concessioni), la portata espansiva della sua disciplina, già affermata dalla Corte di Giustizia, trovava adesso conferma attraverso l'espressa applicabilità dei suoi principi (non discriminazione, parità di trattamento, trasparenza) anche ai contratti sotto soglia e alle concessioni di servizi (v. art. 2 direttiva 17/2004).

Per i contratti sopra soglia la regolazione di matrice europea del 2004 non solo era sempre meno confinata a singoli momenti della procedura di scelta del contraente, ma nella sua

pervasività ha cominciato ad occuparsi anche della fase successiva alla conclusione del contratto, nella già veduta consapevolezza, maggiore rispetto al passato, che il problema della concorrenza toccasse anche l'esecuzione del rapporto.

Nella definizione delle modalità di scelta del contraente, le direttive del 2004, innovando rispetto al passato, prevedevano figure nuove quali il dialogo competitivo e mostravano un certo favore per le procedure negoziate precedute dalla pubblicazione del bando, nell'uno come nell'altro caso, mutuando dal diritto di common law una maggiore attenzione per esigenze di flessibilità, specie per gli appalti più complessi, per i quali è avvertito il bisogno di uno scambio di conoscenze e di esperienze tra la stazione appaltante e gli operatori economici.

Terminato questo breve *excursus* storico sulle direttive emanate dal 1971 al 2004, resta da chiedersi come siano state attuate nel nostro paese.

Al principio con molto ritardo, se pensiamo che la prima direttiva del 1971 fu recepita solamente nel 1977, dopo l'avvio di una procedura di infrazione nei confronti dell'Italia.

Con un buon margine di autonomia, essendosi sempre riservato il legislatore italiano, in sede di recepimento, uno spazio di integrazione variamente giustificato in nome della preconcetta specialità del caso italiano. Mentre, ad esempio, in materia di *antitrust*, la legge 287 del 1990 rappresenta come noto per lo più la mera fedele traduzione delle norme del Trattato di Roma; sul terreno dei contratti pubblici non ci è limitati a recepire le direttive ma, procedendo sempre per accumulazione e mai per sottrazione, a quelle norme più generali se ne sono aggiunte altre di dettaglio con il risultato di sottoporre la materia ad una vera e propria iper-regolazione, culminata infine con il Codice dei contratti del 2006 e il regolamento attuativo del 2010 in un *corpus* normativo complessivo di oltre 600 articoli, il tutto aggravato dai continui e incessanti rimaneggiamenti, spesso episodici e contingenti.

Non solo ha pesato la quantità delle regole ma anche, se non soprattutto, la loro qualità o, per meglio dire, il loro essere ispirate ad una visione di fondo che ha sempre privilegiato le soluzioni più formali e meccaniche, nella scelta del contraente, limitando quanto più possibile, come per esempio con la Legge Merloni del 1994 in reazione alla vicenda di “Tangentopoli” nei primi anni ‘90, la discrezionalità delle amministrazioni appaltanti e dei loro funzionari, anche attraverso congegni di gara automatici come, per citare un solo esempio, l’aggiudicazione sulla base del prezzo più basso.

Il combinato disposto di questi ultimi due fattori – l’ipertrofia normativa e il formalismo procedurale – costringendo spesso le amministrazioni ad un’applicazione defatigante di regole minute, ha peraltro posto le basi e creato le premesse per l’introduzione a livello legislativo di frequenti deroghe alla disciplina generale, giustificate sovente in nome dell’accelerazione e della semplificazione delle procedure; e per la ricerca, per via amministrativa, di soluzioni più spedite, allargando a dismisura i confini degli affidamenti diretti, in nome dell’urgenza che non consentirebbe di aspettare i tempi delle gare.

Se i tentativi legislativi più vistosamente difformi dalle direttive sono stati in più di un caso abbandonati, dopo l’avvio di procedimenti di infrazione comunitaria o dopo comunque l’intervento della Corte di Giustizia; le maggiori inadempienze rispetto al disegno teorico si sono registrate a livello amministrativo, dove lo scarto tra la regola e l’eccezione, “la differenza tra idea e azione” per riprendere le parole di una canzone famosa, sono stati più acuti e non di rado scandalosi.

Il recepimento è avvenuto, inoltre, ad opera della legislazione statale, di cui la fonte regolamentare è stata un corollario. Non solo nei primi decenni, vigente l’originario titolo V della Costituzione nel quale quella dei lavori pubblici di interesse regionale era una materia attribuita alla potestà legislativa concorrente delle regioni (quindi soggetta ai principi dettati dal legislatore statale, in termini intesi in modo estensivo); ma anche dopo, teorizzando che quella dei lavori

pubblici, che l'attuale art. 117 non menziona, più non fosse una materia (autonoma e, quindi, residuale, di competenza esclusiva delle regioni) ma un settore applicativo innominato inerente a materie diverse, di volta in volta riservate allo stato o alle regioni, delle quali l'attività contrattuale pubblica costituisce uno strumento, un mezzo (Corte cost. 401/2007 ma prima ancora la fondamentale 303/2003, concetto ribadito con la 49/2004).

Con la precisazione che, quello che è stato definito come un "processo di evaporazione" della materia (Bin), era già cominciato prima della riforma del titolo V, in occasione delle riforme Bassanini nella seconda metà degli anni '90, suggellato dalla scomposizione del Ministero per i lavori pubblici che sin dal 1861, anno della sua istituzione, aveva giustificato l'unitarietà della materia e accompagnato la storia dello Stato italiano.

Non solo. Le norme del codice dei contratti del 2006 - ma il ragionamento vale anche per il codice del 2016 dove, anzi, vi è un espresso richiamo in tal senso nell'art. 2 - erano state ricondotte, e ritenute funzionali, a due macro materie riservate alla potestà esclusiva dello stato: la tutela della concorrenza, per quanto attiene alla fase pubblicistica di scelta del contraente, che va dal bando all'aggiudicazione (e che ricomprende la qualificazione e la selezione dei concorrenti), e l'ordinamento civile, ovvero il diritto privato, per quanto concerne la fase privatistica che ha inizio con la stipulazione e attraversa l'intera esecuzione del contratto. Oltre che alla materia "giurisdizione (...) e giustizia amministrativa" per tutto quanto attiene al contenzioso.

Alle regioni è quindi rimasto ben poco: un po' di programmazione e di progettazione, facendo appello per lo più alla potestà concorrente in materia di governo del territorio; la composizione della commissioni di gara; i profili organizzativi interni alle regioni.

E, del resto, dopo la riforma costituzionale del 2001 le iniziative delle regioni su questo fronte si sono diradate (in precedenza si erano avute leggi regionali sui lavori pubblici degne di menzione in Lombardia, Marche, Piemonte), concentrandosi per lo più sulla disciplina del

finanziamento degli interventi (Puglia 2011, Veneto 2003). C'è stato un tentativo più ambizioso della Campania nel 2007, con norme relative alle procedure di aggiudicazione, alla qualificazione dei concorrenti, all'avvalimento, che non ha retto al giudizio della Corte costituzionale (160/2009).

Questa costruzione teorica è stata applicata anche nei confronti delle regioni a statuto speciali, sebbene tutti e cinque gli Statuti speciali prevedano la materia dei lavori pubblici di interesse regionale come devoluta alla competenza legislativa esclusiva della singola regione. Per cui, tenuto conto anche della norma di garanzia di cui all'art. 10 della legge costituzione 3/2011, la regione ha un titolo di legittimazione ad intervenire, a legiferare, per quanto debba farlo rispettando i limiti costituiti dagli obblighi internazionali e dalle norme fondamentali delle riforme economico-sociali della Repubblica.

Ebbene, ciononostante, si è registrato nella giurisprudenza costituzionale un processo di livellamento – qualcuno ha parlato di appiattimento – delle autonomie speciali sull'autonomia ordinaria. Infatti, quando non si è fatto ricorso alle materie statali della tutela della concorrenza e dell'ordinamento civile (Corte cost. 322/2008 e 411/2008), si è motivato che le disposizioni del codice dei contratti costituiscono diretta attuazione dei principi del trattato e del diritto che ne è derivato, attraverso le direttive. E che, inoltre, le medesime disposizioni vanno ascritte all'area delle norme fondamentali delle riforme economico-sociali, così recuperando una categoria che all'indomani della riforma costituzionale era sembrata dovesse finire in soffitta. E poiché gli statuti richiamano entrambi i suddetti limiti tradizionali, le disposizioni del codice hanno natura di parametro interposto, che riempie di contenuti i limiti statutari (Corte cost. 45/2010, 114/2011, 328/2011, 36/2013).

#### **4. Le ultime direttive del 2014 e il nuovo codice dei contratti e delle concessioni**

Le ultime direttive europee, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione (2014/23), sugli appalti pubblici (2014/24) e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori

dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali (2014/25), segnano per ora il punto di arrivo del lungo processo di armonizzazione. Pur muovendosi nel solco dei precedenti interventi normativi avviati sin dagli anni 70 del secolo scorso, di cui recuperano e ripropongono gli aspetti fondamentali, in più di un caso consolidando indirizzi della giurisprudenza, si registra una tendenza espansiva di cui sono testimonianza, oltre alla novità di una disciplina per la prima volta dedicata anche alle concessioni di servizi, per gli appalti pubblici nei settori ordinari il numero maggiore di articoli e soprattutto di considerando racchiusi nella direttiva 2014/24, se confrontata con quella 2004/18.

Questa tendenza espansiva non è legata a dati solamente quantitativi ma si coglie anche sul piano degli obiettivi presi in considerazione dal diritto europeo, come già anticipato nel 2011 dal Libro verde della Commissione sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici. Accanto e in aggiunta al tradizionale obiettivo di sviluppare la concorrenza tra le imprese, aprendo i mercati agli operatori degli altri stati membri, le procedure di gara sono viste ora in funzione anche della tutela di interessi diversi quali quelli ambientali, sociali e del lavoro (considerando 40), nonché quelli concernente la moralità, la sicurezza pubblica, la salute e la vita umana e animale (considerando 41).

Sul piano dei contenuti, le direttive sono ricche di novità importanti, probabilmente in misura maggiore rispetto a quelle del 2004 che le avevano precedute.

Trovano finalmente posto nelle direttive le forme di cooperazione verticale (l'affidamento *in house*) e orizzontale (gli accordi tra autorità pubbliche) da tempo discussi in materia di appalti pubblici; nel primo caso aprendo uno spiraglio importante alla partecipazione dei privati e precisando il requisito della prevalenza.

Novità importanti si registrano anche per quanto concerne la preparazione del contratto e la qualificazione delle imprese, in chiave soprattutto di semplificazione: attraverso, ad esempio, la possibilità di verificare i requisiti dopo la valutazione delle offerte o, ancora, mediante

l'introduzione del documento unico europeo consistente in un'autodichiarazione aggiornata. Come anche per quanto riguarda le procedure di scelta del contraente, dove si coglie una nuova attitudine nei confronti delle negoziazioni, purché sia salvaguardata la pubblicità; i criteri di aggiudicazione, dove permane una forte ostilità per il prezzo più basso; l'esecuzione del contratto, nel cui ambito ci si occupa, come già detto, per la prima volta delle modifiche in corso d'opera.

Il recepimento delle direttive, da attuarsi entro il 18 aprile del 2016, è storia recente ed è stato scandito dalla lenta approvazione, attraverso la legge 11 del 2016, di una lunga ed articolata, in ben 59 distinte lettere, delega al Governo – dove si prevedeva altresì il “riordino” della disciplina vigente - e dalla brusca accelerata inferta da quest'ultimo per rispettare il termine, sino ad arrivare al d.lgs. 50 del 2016 che reca, per l'appunto, il nuovo codice dei contratti pubblici.

Con il decreto legislativo, preceduto il 1° aprile da un corposo e non del tutto ascoltato parere del Consiglio di Stato, si è limitato l'intervento sui soli contratti passivi della pubblica amministrazione, senza occuparsi di quelli cd. attivi quali ad esempio locazioni e concessioni demaniali. E, anche per quanto concerne i contratti passivi, nel rispetto del divieto del *gold plating*, (ovvero il “divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive” secondo quanto disposto all'art. 1 lett. a) della legge delega), si è cercato di redigere, per quanto possibile, un codice snello e sintetico, affidandone il completamento anziché ad un regolamento esecutivo, sull'esempio del passato, ad una vasta congerie di atti attuativi (non meno di 50), taluni adottate con decreto ministeriale (o della Presidenza del Consiglio) ed aventi pur sempre natura regolamentare, altre rimesse a linee guida dell'ANAC e distinte in due sottogruppi, a seconda se vincolanti o meno, le prime delle quali qualificate come atti amministrativi generali riconducibili al modello degli atti di regolazione delle Autorità amministrative indipendenti.

Il nuovo codice è al contempo atto (unico) di recepimento nell'ordinamento interno delle direttive del 2014 e strumento di riordino normativo dell'intera materia. E' diviso in sei parti: 1) ambito di applicazione e principi; 2) contratti di appalto; 3) contratti di concessione; 4) partenariato pubblico privato e contraente generale; 5) infrastrutture e insediamenti prioritari; 6) disposizioni finali e transitorie. Solo le prime due parti occupano lo spazio di gran lungo maggiore, essendo ad esse dedicati 163 dei complessivi 220 articoli di cui è composto il codice.

Come era già avvenuto in passato, il codice non si limita quindi a trasporre le direttive europee ma si occupa anche di aspetti da esse non regolati e di cui offre soluzioni per così dire endogene quando non autarchiche, come, ad esempio, in tema di responsabile unico del procedimento, commissioni giudicatrici, progettazione.

In verità il codice non esaurisce neppure l'intera materia dei contratti pubblici, considerando che taluni aspetti, anche rilevanti, sono disciplinati da disposizioni esterne al codice, alcune delle quali racchiuse in decreti legge, pensiamo al mercato elettronico, alla Consip, al tema della rinegoziazione dei contratti, istituti e discipline accomunati dalla finalità di contenimento della spesa pubblica. Pensiamo inoltre ad altre previsioni, pur sempre correlate alla materia dei contratti pubblici ma di taglio più generale, racchiuse nella Legge Severino del 2012 e nel codice antimafia del 2011, come è il caso dei protocolli di legalità e delle informazioni prefettizie, il cui intento a tutela della legalità è piuttosto evidente ma la cui applicazione pratica pone numerosi problemi.

Ma, dato forse più importante ancora, la definizione (di una buona parte) della disciplina di dettaglio del codice è ora affidata a strumenti attuativi diversi dalla tradizionale fonte regolamentare, demandati invece a decreti ministeriali e alla linee guida dell'ANAC. Parliamo di aspetti cruciali della riforma del 2016 quali, tra tutti, quello riguardante il sistema di aggregazione, centralizzazione e qualificazione delle stazioni appaltanti, il cui concreto avvio è

affidato a decreti della Presidenza del Consiglio dei Ministri di cui, a distanza di quasi due anni, non si vedono ancora le tracce.

Un discorso a parte andrebbe fatto per ciò che attiene alla disciplina dell'esecuzione del contratto, fase che, in precedenza, trovava la propria regolamentazione tendenzialmente compiuta, oltre che nel previgente Codice dei contratti, in larga misura nel Regolamento di attuazione del 2010, attraverso circa 180 articoli ad essa dedicati. Mentre adesso è racchiusa, a livello di fonti di rango primario, in appena 13 articoli del d.lgs. 50/2016 (artt. 100-113) che diventano 16, se consideriamo anche gli articoli sull'esecuzione delle concessioni (artt. 174-176) e che, nell'insieme, offrono un quadro normativo inevitabilmente molto parziale e piuttosto sintetico dell'esecuzione dei contratti pubblici tout court e dove non sono più disciplinati istituti importanti, come ad esempio la consegna dei lavori o le riserve, il cui regime è affidato ora al potere di regolazione dell'Autorità di settore.

Il nuovo codice si applica, fatte salve alcune eccezioni, alle procedure bandite successivamente alla sua entrata in vigore. La mancata previsione di una vera disciplina transitoria, legandosi con le novità apportate dal codice, ha comportato nelle stazioni appaltanti un freno nell'indizione di nuove procedure, prima di metabolizzare le novità del d.lgs. 50/2016; il che si è tradotto per il 2016 in una diminuzione dei valori di mercato intorno all'8,1% rispetto ai dati degli anni precedenti.

Un calo significativo, riferito ai lavori e ai servizi (mentre invece le forniture sono in crescita), che deve far riflettere quanti imputano invece per lo più (soltanto) alle pubbliche amministrazioni e ai giudici amministrativi le responsabilità per quanto concerne i ritardi nell'avvio e nella conclusione degli appalti.

## **5. Ancora sul quadro normativo: tra modelli meccanici e negoziazioni**

Come si è cercato di mostrare, i due sistemi normativi regolanti la materia dei contratti delle pubbliche amministrazioni, quello contabilistico del primo novecento e quello di derivazione comunitaria introdotto verso la fine del secolo scorso e ripetutamente modificato e affinato, quantunque ispirati a principi e finalità differenti, hanno finito per convivere a lungo. Per quanto il primo sistema sia stato progressivamente conquistato ed eroso dal secondo, il r.d. 2440 del 1923 e il regolamento attuativo del 1924 hanno continuato a disciplinare non solo i contratti attivi ma anche quei contratti c.d. passivi non disciplinati dalle direttive, vuoi perché sotto soglia oppure a vario titolo esclusi.

Abbiamo veduto come il perimetro di esclusione sia andato riducendosi nel corso del tempo, per effetto delle nuove direttive: è paradigmatico l'esempio dei contratti di concessione, che sono oggi finalmente regolati a livello europeo e nel nuovo codice dei contratti.

Ma, prima ancora che vi provvedesse il legislatore, la giurisprudenza e la Commissione europea, come già si è ricordato, avevano riconosciuto forza espansiva a non pochi principi del Trattato, finendo per applicare anche alle concessioni e agli altri contratti esclusi una parte non trascurabile della disciplina regolante gli appalti (v., per tutti, Corte di Giustizia 7 dicembre 2000, in C-324/1998).

Di conseguenza il vero terreno elettivo della disciplina contabilistica è rimasto quello dei contratti attivi di cui, al principio, il codice del 2016 non faceva alcuna menzione. Solamente in occasione del decreto correttivo del 2017 (il d.lgs. n. 56), nella definizione dei principi relativi all'affidamento dei contratti esclusi contenuta nell'art. 4 si è fatta finalmente menzione anche dei contratti attivi, così stabilendo un minimo di raccordo sul piano formale tra i due sistemi normativi.

Entrambi questi sistemi, semplificando non poco il discorso, condividono l'affermazione della regola della gara. La disciplina degli anni '20 in funzione di scelta dell'offerta più

conveniente per la pubblica amministrazione; quella di derivazione europea per selezionare l'offerta migliore sul mercato senza badare alla nazionalità dell'offerente.

Se non fosse che, nell'uno come nell'altro sistema, in forme e misure differenti, si è sempre manifestato un certo scarto tra la teoria e la pratica.

Per un verso l'art. 3 del r.d. 2442/1923 prescrive che "I contratti dai quali derivi un'entrata per lo Stato debbono essere preceduti da pubblici incanti, salvo che per particolari ragioni, delle quali dovrà farsi menzione nel decreto di approvazione del contratto, e limitatamente ai casi da determinare con il regolamento, l'amministrazione non intenda far ricorso alla licitazione ovvero nei casi di necessità alla trattativa privata". Da cui si ricava come la gara sia la regola e l'affidamento a trattativa privata l'eccezione.

Per altro verso, ancora nell'ultima direttiva sugli appalti pubblici (la n. 24 del 2014), la regola della gara, che si traduce nella previa pubblicazione di un avviso pubblico, si ricava dall'art. 26; mentre la procedura negoziata senza previa pubblicazione (dell'avviso) è subordinata al ricorrere di "casi e circostanze specifici", indicati all'art. 32.

Nell'esperienza italiana, come ricordava Giannini negli anni '70, l'ordine segnato dalla legge di contabilità era andato tuttavia capovolgendosi, a tutto vantaggio della trattativa privata. Mentre era emersa nella pratica l'utilità dell'appalto concorso. Sicché la vera distinzione era andata ponendosi tra i modi di aggiudicazione di tipo meccanico (l'asta pubblica e la licitazione privata) e quelli di tipo negoziato (oltre alla trattativa privata, l'appalto concorso).

Giannini osservava inoltre come la discrezionalità dell'amministrazione si eserciti nella scelta dei modi (diremmo oggi nella scelta delle procedure), non nella scelta del contraente. Se nei modi meccanici la discrezionalità è esclusa in radice dall'automaticità del congegno della gara, non si rinverrebbe neppure nei modi non meccanici, dove l'amministrazione farebbe esercizio della propria autonomia privata, in coerenza con la tesi di fondo di questo Autore –

rimasta minoritaria e comunque mai accolta dalla giurisprudenza - secondo cui tutti gli atti della sequenza di gara sono da intendersi in termini privatistici, ad eccezione dell'aggiudicazione.

Nel sistema delle direttive, la regola della gara secondo il modello francese della procedura aperta convive da tempo con forme di negoziazione più flessibili, talune mutate dall'esperienza anglosassone, come ad esempio il dialogo competitivo, giudicate più idonee a far fronte alla complessità e alla novità di talune commesse. Più in generale si deve registrare una tendenza espansiva favorevole alle procedure negoziate, sebbene previa pubblicazione di un bando di gara. E, sempre discorrendo in termini inevitabilmente molto generali, da tempo si distingue nel diritto europeo a seconda che le procedure siano volte all'aggiudicazione di contratti standardizzati oppure alla stipulazione di contratti complessi.

Nell'uno come nell'altro settore, la regola generale, declinata attraverso una procedura di scelta ispirata ad un elevato formalismo, ha finito per accentuare e rendere manifeste le differenze dell'amministrazione pubblica rispetto ad un qualunque altro operatore contrattuale. Si è posto in luce come buona parte delle tecniche negoziali utilizzabili nei rapporti commerciali siano invece precluse alla p.a., che non può ad esempio "minacciare" la perdita di affari futuri, qualora sia insoddisfatta delle attuali performance dell'appaltatore; né può premiare la controparte ove ricorra l'ipotesi inversa, essendo anzi espressamente vietato il rinnovo del contratto.

In tal modo, l'amministrazione contraente che voglia tutelarsi da soperse future deve far leva essenzialmente sulla legge di gara, ossia su una teoria di regole e di clausole redatte unilateralmente quando ancora non si conosce quella che sarà la controparte: una sorta di accordo prematrimoniale regolante – si è efficacemente rilevato - un matrimonio per corrispondenza tra due sposi che non si conoscono (Napolitano).

Più di un autore (ad esempio Ledda) ha stigmatizzato, talvolta persino canzonato, l'idea, giudicata per lo più ingenua ed illusoria, che l'enfasi sull'autorità, attraverso la previsione di vincoli e limitazioni di vario tipo, possa davvero mettere la p.a. al riparo dalle insidie e dai

pericoli del mercato. Sia chiaro, nessuno nega che insidie e pericoli ci siano davvero, che il terreno del diritto comune possa essere infido, e che la disinvoltura possa costare un prezzo elevato. Il dubbio è piuttosto un altro: se il rimedio debba essere affidato sempre ai riti dell'autorità o invece ricercato sul piano dell'organizzazione e della programmazione, dotando l'amministrazione di tutti i mezzi che le occorrono per muoversi sul terreno del diritto comune.

## **6. Natura e tipologie degli appalti pubblici**

Una linea di specialità da sempre attraversa la materia degli appalti e non ci riferiamo più, adesso, a ciò che attiene al procedimento di formazione del contratto e di scelta del contraente, ma al regolamento e allo svolgimento del rapporto sostanziale. Solo che si tratta di distinguere se la specialità sia propria dell'appalto con riguardo alla generalità dei contratti di diritto privato, oppure se non vada riferita al confronto più diretto tra l'appalto pubblico e quello privato.

Va ricordato che storicamente il contratto di appalto è sorto proprio nel campo di esecuzione delle opere pubbliche, mentre invece nel diritto comune per molto tempo è stato inquadrato nello schema generale del contratto di locazione, come figura particolare della locazione d'opera, e solamente con il codice civile del 1942 ha assunto una fisionomia autonoma.

E' noto come nel diritto di derivazione europea il termine "appalto" abbia una portata sensibilmente più ampia rispetto all'omonimo istituto regolato dal nostro codice civile, coprendo anche gli spazi di altri contratti tipici quali ad esempio la compravendita e la somministrazione. Contribuisce ad estendere il perimetro dell'appalto il ruolo di chiusura che le direttive e la giurisprudenza della Corte di giustizia hanno assegnato all'appalto di servizi. Sicché il linguaggio del diritto europeo non coincide con il lessico del diritto interno, con la precisazione che quel che conta e fa testo, almeno agli occhi della Corte di Giustizia, è il primo (sent. 18 luglio 2007, in C-382/05).

A sua volta il linguaggio del diritto europeo dei contratti pubblici sconta la mancanza di un codice civile europeo, come il fatto che nei diritti nazionali degli Stati membri le soluzioni in tale ambito e il concetto stesso di contratto pubblico non coincidono.

Ad un primo modello, quello francese, nel segno della specialità si contrappone quello di derivazione anglosassone, che è invece tutto incentrato sulla soggezione al diritto comune e alla giurisdizione (che noi definiremmo) ordinaria. A metà si collocano le esperienze della Germania e dell'Italia.

Le differenze di partenza, che qui sono da riferire sempre alla disciplina del rapporto, nell'applicazione pratica potrebbero essere meno nette di quanto può apparire in teoria. Si è infatti sottolineato come, tanto nell'uno quanto nell'altro modello, la stazione appaltante sia destinata ad assumere alle volte una posizione di preminenza nei confronti dell'appaltatore. Quel che cambia è piuttosto la tecnica: nell'un caso, nell'esperienza francese, questa posizione di preminenza troverà nella legge il suo fondamento e la propria regola; nell'altro caso sarà assicurata per lo più attraverso clausole contrattuali (Comba).

Nell'esperienza italiana, la dottrina pressoché unanime, salvo isolate eccezioni del passato, e la giurisprudenza del tutto pacificamente hanno sempre riconosciuto all'appalto pubblico natura di contratto di diritto privato, pur non negando il fatto che la legislazione speciale in taluni punti, per taluni momenti del rapporto, deroghi al codice civile, concedendo alla parte pubblica "poteri esorbitanti". Solo che, si è ripetutamente osservato, diritti maggiori o posizioni di preminenza, di una parte rispetto all'altra, si rinvencono anche in più di un contratto di diritto privato, paradigmatico è l'esempio del lavoro subordinato.

Quando si parla – non solo per l'Italia, come si è appena visto - di poteri esorbitanti, "*pouvoirs exorbitants*" nell'espressione adoperata dalla dottrina francese, l'attenzione si appunta sulla tipologia dell'appalto di opere pubbliche e, in primo luogo, sull'ingerenza dell'amministrazione appaltante nello svolgimento dell'appalto, attraverso principalmente la

figura del direttore dei lavori; per quanto l'ingerenza non valga a negare l'autonomia - elemento a suo volta connesso al rischio di gestione e alla presenza di un'organizzazione - e la responsabilità dell'appaltatore e per quanto il direttore dei lavori possa essere frequente anche negli appalti tra privati.

La specialità riappare in relazione alla forma. Se infatti l'appalto privato è un contratto a forma libera, quello pubblico richiede invece la forma scritta *ad substantiam*, secondo una regola risalente all'art. 16 del r.d. 2440/1923 e da allora sempre ribadita, in ultimo nella definizione di appalto pubblico contenuta adesso nell'art. 3, lett. ii) del nuovo Codice.

Un altro elemento essenziale del contratto di appalto, si direbbe senza aggettivazione, è anche l'onerosità, per cui all'obbligazione dell'appaltatore di eseguire il lavoro il servizio o la fornitura corrisponde l'obbligazione del committente di pagarne il corrispettivo, tanto è vero che ove la misura del corrispettivo non sia determinata e le parti non abbiano stabilito neppure il modo di determinarla e manchino tariffe o usi cui fare riferimento, tale misura è determinata dal giudice (art. 1657 c.c.).

Che anche l'appalto pubblico sia un contratto a titolo oneroso ce lo dicono molto chiaramente le direttive europee (v. la n. 24/2014 all'art. 2, n. 5), con formule puntualmente riprese dal Codice (art. 3, lett. ii) già richiamato). Una recente sentenza della V sezione del Consiglio di Stato ha avviato un nuovo dibattito su cosa debba intendersi per onerosità, pervenendo ad una concezione "debole" della stessa, in un caso (di messa a gara dell'affidamento dell'incarico per la redazione di un atto di pianificazione, peraltro da aggiudicarsi sulla base dell'offerta economicamente più vantaggiosa) nel quale alla gratuità finanziaria del contratto corrisponderebbe l'utilità immateriale del ritorno d'immagine per il professionista che fosse risultato aggiudicatario. Il che escluderebbe in ultima analisi la gratuità *tout court* del contratto in questione, che potrebbe continuare ad essere qualificato come un appalto di servizi per quanto *sui generis* (Cons. Stato, V, 3 ottobre 2017, n. 4614).

La possibilità di varianti e più in generale di modifiche del contratto in corso d'opera ha suggerito in passato la definizione dell'appalto come di un contratto in marcia e la configurazione dello *ius variandi* nei termini di un diritto potestativo. Quel che al principio della vicenda storica doveva sembrare una vera specialità da spiegarsi in nome dell'interesse pubblico, dopo il codice civile del 1942 si è in seguito rivelato connotato piuttosto alle caratteristiche dell'appalto quale contratto di risultato ad esecuzione prolungata, che consigliano di derogare al principio dell'immutabilità. Sicché le differenze tra la disciplina speciale e quella codicistica sembrerebbero, sotto questo profilo, di natura quantitativa.

Se è vero che lo *ius variandi* dell'amministrazione appaltante non è una prerogativa solo dell'appalto pubblico, è vero tuttavia che il tema delle modifiche pone per i contratti pubblici problemi più ampi. Mentre infatti nell'appalto privato la prospettiva è essenzialmente tutta incentrata sulla tutela dell'equilibrio tra i due contraenti, con particolare attenzione alla tutela dell'appaltatore che per ipotesi non fosse consenziente alle modifiche richieste, ove queste siano di notevole entità. Nell'appalto pubblico il consenso tra le parti non solo non esaurisce il discorso ma, anzi, il più delle volte rappresenta proprio il problema, qualora le modifiche siano sostanziali e nella prospettiva della tutela del mercato ovvero, in termini appena un poco più definiti, della tutela di quegli operatori del mercato che fossero interessati all'affidamento delle parti dell'appalto modificate.

Poteri esorbitanti sono stati ravvisati in talune ipotesi di autotutela previste dalla legislazione speciale, ad esempio in tema di risoluzione e di recesso. Nel linguaggio dell'epoca l'art. 340 della legge sui lavori pubblici del 1865 stabiliva che l'amministrazione "è in diritto di rescindere il contratto quando l'appaltatore si renda colpevole di frode o di grave negligenza, e contravvenga agli obblighi e alle condizioni stipulate"; mentre il successivo art. 345 prevedeva che fosse "facoltativo all'Amministrazione di risolvere in qualunque tempo il contratto, mediante il pagamento dei lavori eseguiti e del valore dei materiali utili esistenti in cantiere, oltre al decimo

dell'importare delle opere non eseguite". Dove il vantaggio per l'amministrazione era e rimane doppio, consistendo nel potere di sciogliersi dal rapporto senza adire l'autorità giudiziaria e nel potere anche di agire direttamente per la esecuzione coattiva. In questo caso i dubbi di inquadramento sono stati nel tempo maggiori e più consistenti, sino a quando è prevalsa la tesi privatistica. Le differenze, tuttavia, restano significative e, con il nuovo codice, piuttosto che ridursi sembrano accentuarsi, come parrebbero rivelare gli artt. 108 e 176.

Ma è tutta la tematica dell'autotutela in materia di contratti pubblici, non più limitata alla sola autotutela di diritto privato, che resta un tema sensibile.

## **7. Tra regole e principi**

La ricostruzione del quadro normativo ci ha mostrato la fitta trama di disposizioni, di regole, di cui si è venuta a comporre la materia dei contratti pubblici. Da quelle più sobrie, dettate con parsimonia, quasi centellate, dal legislatore degli anni '20; a quelle sparse in abbondanza, per lo più (ma non solo) in sede di recepimento delle direttive comunitarie, nel corso degli ultimi decenni.

Le regole, tuttavia, non esauriscono la disciplina della materia.

Al principio della vicenda, dato il numero esiguo delle regole scritte, è spettato al giudice elaborare e formulare dei principi generali, svolgendo una funzione di integrazione.

Quando in seguito le regole sono diventate molte, e poi moltissime e non di rado mutevoli e tra loro confliggenti, il ruolo dei principi non è venuto meno ma ha visto modificare la propria funzione, e con essa il compito del giudice amministrativo. I principi non hanno più svolto, e più non svolgono, tanto una funzione integrativa quanto piuttosto di riordino della materia, di guida attraverso la miriade di disposizioni, in chiave semplificante (Corso).

Sono i principi che servono a leggere, ordinare e interpretare le tante, troppe, disposizioni; e sono sempre i principi che vengono invocati per dirimere i conflitti e le antinomie tra quelle stesse disposizioni.

Attraverso i principi il giudice amministrativo è così venuto esercitando da tempo un ruolo di regolazione della materia, un ruolo che il disegno di potenziamento della funzione nomofilattica, sotteso all'art. 99 del c.p.a., parrebbe più di recente poter rafforzare.

Questo ruolo negli ultimi venti anni si è manifestato essenzialmente attraverso l'esercizio della giurisdizione sui procedimenti di gara, dopo che è venuta meno la funzione consultiva un tempo resa sugli schemi di contratto dello Stato alla fine degli anni '90 e dopo che il codice del processo amministrativo nel 2010 ha escluso, in questa materia, la via alternativa del ricorso straordinario al Capo dello Stato.

All'indomani dell'approvazione del nuovo codice dei contratti era parso che questa realtà fosse messa in discussione, che si volesse invertirne la direzione. Alcune previsioni del nuovo codice, legandosi alla riforma del 2014 che già aveva cambiato il nome dell'Autorità di vigilanza, sono state lette come se la regolazione di questo settore fosse ormai da rinvenire nell'ANAC, affidata in particolare alle sue linee guida ed anche alle raccomandazioni vincolanti previste nell'originario art. 211, co. 2.

Al di là della vicenda di queste seconde, si è sottolineato condivisibilmente come, in ogni caso, il ruolo del Consiglio di Stato non ne sia uscito sminuito, se è vero che lo stesso Consiglio di Stato, in parte anche per scelta dell'ANAC, si è ritagliato un ruolo di consulenza sulle linee guida, sin dal primo parere reso sullo schema del codice, al principio di aprile del 2016.

Si è trattato di un ruolo certamente importante e meritorio, che tuttavia non deve oscurare la centralità del contenzioso, che rimane la sede dove – si è osservato – “il principio, sottoprincipio e/o orientamento interpretativo si riempie di contenuto, se non addirittura nasce ex novo, ché la

dinamica concreta del potere svela gli interrogativi, le alternative, la varietà di scelte che l'amministrazione potrebbe, in tesi, effettuare" (Cintioli).

Davanti al giudice amministrativo il giudicare la violazione di principi non è meno frequente del giudicare la violazione di regole, ma nel primo caso bisogna avere consapevolezza che ciò comporta una valutazione che è più difficile e non di rado più opinabile, in assenza di una fattispecie.

Infatti, non si tratta più di sussumere il caso singolo all'interno di una fattispecie, ovvero all'interno di uno schema tipizzato dal legislatore, dalla cui applicazione - appunto al singolo caso - si ricava un effetto altrettanto tipico e prevedibile, calcolabile in anticipo; ma di decidere il caso singolo sulla base di un principio generale la cui applicazione, e prima ancora la sua individuazione, risente di un giudizio di valore (Irti).

Nella moltitudine delle opinioni, si vorrebbe che la nomofilachia delle Corti superiori (e quindi anche del Consiglio di Stato, attraverso la sua Adunanza plenaria), esercitata per clausole e principi generali, svolgesse una funzione di ordine e di riordino del sistema.

Solo che questa nomofilachia deve fare i conti con la scarsità delle sue risorse, con le regole ancora non del tutto definite che ne accompagnano il funzionamento, con l'influenza crescente delle giurisdizioni sovranazionali, in primo luogo della Corte di giustizia UE e della Corte EDU.

Le norme che, per rafforzare la funzione nomofilattica, hanno imposto il vincolo del precedente, prima per la Cassazione e poi per la Corte dei conti e il Consiglio di Stato, non ne hanno chiarito la natura, né hanno previsto le conseguenze della sua eventuale inosservanza (v. Consiglio di Stato, III, 6 agosto 2014, n. 4185), né hanno considerato i limiti che tale vincolo può incontrare al cospetto di decisioni difformi, in particolare, della Corte costituzionale e della Corte di Giustizia dell'U.E.

Si può ricordare, con riferimento all'Adunanza plenaria, come talune delle sue pronunce in materia di contratti pubblici siano state rimesse in discussione per effetto di non poche ordinanze di remissione dei Tribunali amministrativi regionali alla Corte U.E. (sul rapporto tra ricorso incidentale e ricorso incidentale reciprocamente escludenti; sulla necessità di indicare nell'offerta gli oneri per la sicurezza, a pena di esclusione; sulle modalità di accertamento della regolarità contributiva).

La questione dei rapporti tra le Corti nazionali e quelle europee è stata sollevata, in termini più generali, dal Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Sicilia con l'ordinanza 1 ottobre 2013, n. 848, in un caso di ricorsi escludenti incrociati tra le due sole imprese partecipanti in gara, nel quale la sezione staccata del Consiglio di Stato si trovava stretta tra il vincolo del principio di diritto affermato dall'Adunanza plenaria (con la sentenza 4 del 2011) e l'indirizzo, di segno diverso, espresso dalla Corte di Giustizia (con la sentenza 4 luglio 2013, in causa C-100/12).

La risposta della Corte di Giustizia con la sentenza 5 aprile 2016, come era prevedibile, è stata nel senso di riaffermare la centralità (e la primazia) del proprio ruolo, riconoscendo al giudice nazionale di ultima istanza il potere-dovere di anteporre il diritto UE al vincolo del precedente interno. Il che significa, in concreto, che le sezioni semplici del Consiglio di Stato – ma il principio è estensibile anche alla Corte di Cassazione – potranno sempre, ove in disaccordo con l'Adunanza plenaria (o con le Sezioni Unite), a condizione che la questione in esame interferisca con il diritto UE, rimettere la questione alla Corte di Giustizia.

## **8. Le linee guida dell'ANAC**

Un discorso per quanto di sintesi sul quadro normativo in tema di appalti pubblici non ha potuto non menzionare, più di una volta, il ruolo di regolazione demandato all'Autorità di settore.

Si è già scritto, a tempo debito, presentando il d.lgs. 50 del 2016, come una serie di istituti previsti nel Codice, nonché buona parte della disciplina dell'esecuzione, siano "affidati" all'ANAC (v., oltre al richiamo generale nell'art. 213, co. 2, i casi contemplati o comunque presupposti dagli artt. 31, co. 5, 36, co. 7, 38, co. 6, 78, co. 1 bis, 80, co. 13, 83, co. 10, 84, co. 2, 110, co. 5, 177, co. 3, 181, co. 4, 192, co. 1, 197, co. 4). Un compito indubbiamente gravoso ed importante, che sinora ha visto l'adozione di nove linee guida, l'ultima delle quali lo scorso 28 marzo 2018.

Nell'ordine, le linee guida non vincolanti n.1 aventi ad oggetto l'affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria, oggetto di aggiornamento; le n. 2, del pari non vincolanti, sull'offerta economicamente più vantaggiosa; le n. 3, ritenute vincolanti, sul responsabile unico del procedimento; le n. 4, non vincolanti, sui contratti sotto soglia, di recente aggiornate; le n. 5, che il Consiglio di Stato ha reputa vincolanti, sui criteri di scelta dei commissari; le n. 6, non vincolanti, sull'indicazione dei mezzi di prova ai fini dell'art. 80, co. 5, lett. c); le n. 7, ritenute vincolanti, sull'applicazione dell'art. 192 in tema di elenchi di amministrazioni che ricorrono ad affidamenti in house; le n. 8, non vincolanti, sul ricorso a procedure negoziate senza gara in caso di forniture e servizi giudicati infungibili; le n. 9 recanti il monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato.

Appena due fa – ma sembra un tempo molto più lungo, nel disordinato succedersi delle cose italiane – il Consiglio di Stato vide nelle linee guida dell'ANAC degli atti di regolazione di un'Autorità indipendente, per poi distinguere all'interno del *genus* tra linee guida vincolanti e linee guida che non lo sono (parere 1767 del 2016).

La formula "atti di regolazione" valeva per un verso ad elevare l'ANAC all'altezza della fiducia accordatale dal Codice e prima ancora dal legislatore delegante, accostandola ad Autorità di più antico lignaggio ed esperienza, dalle quali mutuare anche il rispetto delle garanzie procedurali e di qualità della regolazione; e, dall'altro, corrispondeva meglio al quel sentimento di insofferenza verso le categorie tradizionali del diritto pubblico – tra le quali si annoverava il regolamento,

giudicato obsoleto - che era maturato nelle stanze del Governo di allora e da quelle stanze si era propagato sul tavolo della commissione ministeriale dove il codice era stato redatto.

Su questa lettura molto è stato scritto, dubitando anche delle sue premesse teoriche, sottoponendo a critica l'accostamento tra l'ANAC e le autorità neutrali, sottolineando come la prima sia invece dichiaratamente volta a perseguire interessi pubblici "forti", nel segno di un approccio neodirigista che va ben al di là del rispetto delle regole del gioco (Cintioli).

Ad ogni modo l'iniziale interpretazione del Consiglio di Stato non è valsa a rimuovere dall'orizzonte dell'interprete il paradigma della fonte regolamentare, da riferire alle linee guida vincolanti, al di là del loro *nomen*; mentre per le altre, per quelle non vincolanti, alle suggestioni della *soft law* si è preferito opporre il dato già noto delle direttive amministrative (Morbidelli).

Le prime, è stato scritto molto efficacemente, fonti di un comando in senso proprio e le seconde espressione di un consiglio. Per quanto poi la distinzione nei fatti possa scolorire, tanto più che in taluni casi la stessa delibera dell'ANAC racchiude linee guida del primo e del secondo tipo, tra loro mischiate.

**Hadrian Simonetti**

Consigliere di Stato

Pubblicato il 17 aprile 2018