

18 NOVEMBRE 2020

La recente torre di Babele dei contratti
pubblici:

la pace sol cercando io vo'

di Fabio Cusano

Dottorando di ricerca in Diritto amministrativo
Università degli Studi dell'Aquila

La recente torre di Babele dei contratti pubblici: *la pace sol cercando io vo'**

di Fabio Cusano

Dottorando di ricerca in Diritto amministrativo
Università degli Studi dell'Aquila

Abstract [It]: L'articolo analizza la recente evoluzione normativa del Codice dei contratti pubblici, esaminando le novità introdotte (i) dal c.d. "Decreto Sblocca cantieri", che ha previsto – in particolare – il parziale declino della regolazione sub-primaria flessibile per tornare ad un regolamento di attuazione ed esecuzione del Codice, (ii) dall'*emanando* Regolamento c.d. "unico", che deve sostituire 10 atti di *soft regulation* (decreti ministeriali e Linee guida dell'ANAC), e (iii) dal c.d. "Decreto Semplificazioni", che ha novellato sia il Codice che il Decreto Sblocca cantieri a causa dell'emergenza sanitaria da Covid-19, al fine di scongiurare la paralisi del mercato delle commesse pubbliche. Nelle conclusioni si individuano alcune criticità di questo eccessivo riformismo e si propongono delle prospettive per semplificare e – soprattutto – stabilizzare la disciplina dei contratti pubblici, per favorire l'intelligibilità del Codice e la ripresa degli investimenti.

Abstract [En]: This paper examines the recent regulatory developments of Italian Public Procurement Code, considering the legislative changes introduced by (i) the Decree "Sblocca cantieri" (Deblock construction sites), who disciplines – in particular – the decline of the flexible sub-primary regulation in order to revert to an executing and implementing Regulation of the PPC; (ii) the "Single" Regulation (not yet issued), who has to replace 10 soft regulation acts (ministerial decrees and ANAC guidelines), and (iii) the Decree "Semplificazioni" (Legislative Simplification), who innovates the PPC and the Decree Sblocca cantieri due to Covid-19 sanitary emergency, in order to avoid the paralysis of public procurement market. By the findings, some critical issues have arisen because of this excessive reformism; therefore the author proposes some prospects to simplify and – most importantly – stabilize the public procurement regulation, to improve the intelligibility of PPC and the investments recovery.

Sommario: 1. Introduzione. 2. L'evoluzione normativa del Codice dei contratti pubblici. 3. Una breve sintesi delle novità introdotte dal Decreto Sblocca cantieri. 4. Le intrinseche ragioni del declino della regolazione sub-primaria flessibile. 5. Il ritorno al Regolamento unico. 6. La disciplina recata dall'*emanando* Regolamento. 7. Le novità del Decreto Semplificazioni. 8. Conclusioni: quale futuro per i contratti pubblici?

1. Introduzione

A tre anni dalla promulgazione del Codice dei contratti pubblici, d.lgs. 18.4.2016, n. 50¹ (nel prosieguo, il Codice), il d.l. 18.4.2019, n. 32, recante "*Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per*

*Articolo sottoposto a referaggio.

¹ Per ulteriori approfondimenti, senza pretesa di esaustività, si consiglia la lettura di: A. BOTTO – S. CASTROVINCI ZENNA, *Diritto e regolazione dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli, 2020; R. DE NICTOLIS, *Appalti pubblici e concessioni dopo la legge sblocca cantieri*, Bologna, Zanichelli, 2020; F. CARINGELLA, *Manuale dei contratti pubblici. Principi e applicazione*, Roma, Dike, 2019; M. CLARICH (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, II ed., Torino, Giappichelli, 2019; F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici*, II ed., Torino, Giappichelli, 2019; M.A. SANDULLI – R. DE NICTOLIS (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, Giuffrè, 2019; A. CIANFLONE – G. GIOVANNINI – V. LOPILATO, *L'appalto di opere pubbliche*, XIII ed., Milano, Giuffrè, 2018; M. CORRADINO – S. STICCHI DAMIANI (a cura di), *I nuovi appalti pubblici*, Milano, Giuffrè, 2017; R. GAROFOLI – G. FERRARI, *La nuova disciplina dei contratti pubblici*, II ed., Molfetta, Neldiritto, 2017.

l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici”, convertito in l. 14.6.2019, n. 55² (c.d. “Decreto Sblocca cantieri”), ha modificato il Codice al fine di snellire il quadro normativo e conformare la disciplina nazionale ai rilievi svolti dalla Commissione Europea con la lettera recante “*Costituzione in mora – procedura di infrazione n. 2018/2273*”³.

In particolare, è emersa l'esigenza di ritornare – seppur parzialmente – ad una *regolazione sub-primaria regolamentare* (come avveniva nel precedente Codice, d.lgs. 12.4.2006, n. 163⁴ con il Regolamento di esecuzione ed attuazione recato dal d.p.r. 5.10.2010, n. 207⁵).

Difatti, dopo tre anni di insuccessi – causati dalla poca *familiarità* degli operatori sia pubblici che privati con una regolazione sub-primaria flessibile – dei decreti ministeriali e, in particolar modo, delle Linee guida⁶ dell'Autorità Nazionale Anticorruzione⁷ il Legislatore – dietro le richieste della giurisprudenza,

² Per l'analisi delle novità recate dal Decreto Sblocca cantieri si rinvia a: D. BOLOGNINO – H. BONURA – A. STORTO (a cura di), *I contratti pubblici dopo la conversione del decreto sblocca cantieri*, Piacenza, La Tribuna, 2019; F. CARINGELLA – M. GIUSTINIANI (a cura di), *Il decreto sblocca cantieri*, Roma, Dike, 2019; G.A. GIUFFRÈ – S. TRANQUILLI (a cura di), *Contratti pubblici: cosa cambia?*, Milano, Giuffrè, 2019; M. MARIANI – L. SPAGNOLETTI – E. TOMA (a cura di), *La legge sblocca cantieri*, Torino, Giappichelli, 2019.

³ Con tale atto, la Commissione Europea ha rilevato che il Codice viola le norme europee riguardanti il calcolo del valore stimato degli appalti, i motivi di esclusione, il subappalto, l'avvalimento, le offerte anormalmente basse.

⁴ Per ulteriori approfondimenti, senza pretesa di esaustività, si consiglia la lettura di: S. BACCARINI – G. CHINÉ – R. PROIETTI (a cura di), *Codice dell'appalto pubblico*, II ed., Milano, Giuffrè, 2015; R. VILLATA – M. BERTOLISSI – V. DOMINICHELLI – G. SALA (a cura di), *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Padova, CEDAM, 2014; M.A. SANDULLI – R. DE NICTOLIS – R. GAROFOLI (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, Giuffrè, 2008.

⁵ Per un commento esaustivo si veda M.A. SANDULLI – R. DE NICTOLIS – R. GAROFOLI (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici. Volume VIII. Il regolamento di attuazione*, Milano, Giuffrè, 2011.

⁶ Sulle Linee guida dell'ANAC si vedano: M. MANETTI, *Fonti senza forma e presunto soft law, con particolare riguardo alle linee guida ANAC*, in www.dirittifondamentali.it, 2020, n. 1 ed in Dir. cost. (Milano, Franco Angeli), 2019, n. 2; F. MUZZI, *Natura giuridica delle Linee Guida ANAC e disciplina delle richieste di accesso massive*, in www.federalismi.it, 2020, n. 24; M. CHIARELLI, *La soft regulation e il caso delle nuove linee guida ANAC*, in www.federalismi.it, 2019, n. 3; F. MARONE, *Osservazioni sulla collocazione delle linee guida dell'ANAC nel sistema delle fonti*, in A. PERTICI – M. TRAPANI (a cura di), *La prevenzione della corruzione*, Torino, Giappichelli, 2019; O.M. CAPUTO, *Linee guida, attribuzioni precontenziose e potere sanzionatorio dell'ANAC*, in Urb. app. (Milano, IPSOA), 2018, n. 1; V. GIANNELLI, *Linee guida ANAC e fuga dall'esecutivo*, in www.forumcostituzionale.it, 2018, n. 8; M. LIPARI, *La regolazione flessibile dei contratti pubblici e le linee guida dell'ANAC nei settori speciali*, in Riv. reg. mercati (Torino, Giappichelli), 2018, n. 1 ed in E. BRUTI LIBERATI – M. DE FOCATIIS – A. TRAVI (a cura di), *Aspetti della transizione nel settore dell'energia: gli appalti nei settori speciali, il market design e gli assetti di governance*, Padova, CEDAM, 2018; G. MORBIDELLI, *Le linee guida Anac*, *ivi*; A.M. NICO, *Le linee guida ANAC tra normazione e amministrazione*, in F. GARELLA – M. MARIANI – L. SPAGNOLETTI – E. TOMA (a cura di), *I nodi del codice dei contratti pubblici*, Bari, Cacucci, 2018; E. OLIVITTO, *In bilico tra gubernaculum e iurisdictio. Osservazioni costituzionalmente orientate sull'Autorità Nazionale Anticorruzione e sui suoi poteri regolatori*, in www.costituzionalismo.it, 2018, n. 3; V. NERI, *Note minime sulla disapplicazione delle linee guida ANAC da parte del giudice amministrativo e sulla rilevanza penale della loro violazione*, in Urb. app. (Milano, IPSOA), 2018, n. 2; F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del c.d. precontenzioso e sulle raccomandazioni di ANAC*, in Dir. proc. amm. (Milano, Giuffrè), 2017, n. 2; C. DEODATO, *Nuove riflessioni sull'intensità del sindacato del giudice amministrativo. Il caso delle linee guida dell'ANAC*, in www.federalismi.it, 2017, n. 2; G.A. GIUFFRÈ, *Le nuove dimensioni del regolamento. Il caso delle Linee guida ANAC*, in www.federalismi.it, 2017, n. 2; N. LONGOBARDI, *L'Autorità nazionale anticorruzione e la nuova normativa sui contratti pubblici*, in Dir. e proc. amm. (Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane), 2017, n. 1 ed in www.giustamm.it, 2016, n. 6; P. MANTINI, *Autorità nazionale anticorruzione e soft law nel sistema delle fonti e dei contratti pubblici*, in www.giustamm.it, 2017, n. 2; F. MARONE, *L'atipicità dei poteri di regolazione dell'ANAC nelle linee guida sugli obblighi di trasparenza della p.a.*, in Giorn. dir. amm. (Milano, IPSOA), 2017, n. 6; F. MARONE, *Le linee guida dell'Autorità nazionale anticorruzione nel sistema delle fonti*, in Riv. trim. dir. pubbl. (Milano, Giuffrè), 2017, n. 3; G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'ANAC: comandi o consigli*, in AA.VV., *L'Italia che cambia: dalla riforma dei contratti pubblici alla riforma della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 2017; M. RAMAJOLI, *Pretesa*

precettiva e flessibilità delle linee guida ANAC, in F. LIGUORI – S. TUCCILLO (a cura di), *Contratti pubblici. Trasformazioni e problemi*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017; S. VALAGUZZA, *Nudging pubblico vs. pubblico: nuovi strumenti per una regolazione flessibile di ANAC*, in Riv. reg. mercati (Torino, Giappichelli), 2017, n. 1; M.P. CHITI, *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in Giorn. dir. amm. (Milano, IPSOA), 2016, n. 4; C. DEODATO, *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto*, in www.giustamm.it, 2016, n. 4 ed in www.giustizia-amministrativa.it, 2016; M. DELLE FOGLIE, *Verso un nuovo sistema delle fonti? Il caso delle linee guida ANAC in materia di contratti pubblici*, in www.giustamm.it, 2016, n. 6; V. ITALIA, *Le linee guida e le leggi*, Milano, Giuffrè, 2016; N. LONGOBARDI, *Autorità indipendenti di regolazione dei mercati e autorità atipiche. L'Autorità nazionale anticorruzione*, in Dir. e proc. amm. (Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane), 2016, n. 3 ed in www.giustamm.it, 2016, n. 5; G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'ANAC: comandi o consigli?*, in Dir. amm. (Milano, Giuffrè), 2016, n. 3; I.A. NICOTRA, *L'Autorità nazionale anticorruzione e la soft regulation nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in I.A. NICOTRA (a cura di), *L'autorità nazionale anticorruzione tra prevenzione e attività regolatoria*, Torino, Giappichelli, 2016; L. TORCHIA, *La regolazione del mercato dei contratti pubblici*, in Riv. reg. mercati (Torino, Giappichelli), 2016, n. 2; R. CALZONI, *Spunti sulla funzione di regolazione dell'ANAC tra linee guida e segnalazioni*, in M. MIDIRI – S. ANTONIAZZI (a cura di), *Servizi pubblici locali e regolazione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015.

⁷ Sull'ANAC e sui suoi poteri si vedano: C. BENETAZZO, *ANAC e sistema europeo dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli, 2020; R. CANTONE, *Il sistema di prevenzione della corruzione*, Torino, Giappichelli, 2020; R. CALZONI, *L'ANAC, la vigilanza sui contratti pubblici e le prospettive di riforma*, in Nomos, 2019, n. 1; C. BENETAZZO, *I nuovi poteri regolatori e di precontenzioso dell'ANAC nel sistema europeo delle Autorità indipendenti*, in www.federalismi.it, 2018, n. 5; M. D'AMICO, *Amministrazione creatrice ed esecutrice del diritto*, in www.rivistaaic.it, 2018, n. 4; E. FREDIANI, *Vigilanza collaborativa e funzione pedagogica dell'ANAC*, in Dir. e proc. amm. (Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane), 2018, n. 1 ed in www.federalismi.it, 2017, n. 23; M.R. CALDERARO, *La vigilanza e la regolazione nel Codice dei contratti pubblici: il controverso ruolo dell'ANAC*, in C.E. GALLO (a cura di), *Autorità e consenso nei contratti pubblici. Dalle direttive 2014 al Codice 2016*, II ed., Torino, Giappichelli, 2017; R. CANTONE – E. CARLONI, *La prevenzione della corruzione e la sua Autorità*, in Dir. pubbl. (Milano, Franco Angeli), 2017, n. 3; C. CONTESSA, *Il ruolo dell'ANAC nel nuovo codice dei contratti*, in ISTITUTO ENCICLOPEDIA ITALIANA, *Il libro dell'anno di diritto 2017*, Roma, 2017; R. DE NICTOLIS, *I poteri dell'ANAC dopo il correttivo*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2017; M.C. ROMANO, *Il ruolo e le competenze dell'ANAC sui contratti pubblici*, in M. D'ALBERTI (a cura di), *Corruzione e pubblica amministrazione*, Napoli, Jovene, 2017; R. CALZONI, *Autorità nazionale anticorruzione e funzione di vigilanza collaborativa: le novità del Codice dei contratti pubblici*, in www.federalismi.it, 2016, n. 23; R. CANTONE – C. BOVA, *L'ANAC alle prese con la vigilanza sui contratti pubblici; un ponte verso il nuovo Codice degli appalti*, in Giorn. dir. amm. (Milano, IPSOA), 2016, n. 2; M.L. CHIMENTI, *Il ruolo dell'Autorità nazionale anticorruzione nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in I.A. NICOTRA (a cura di), *op. cit.*; E. D'ALTERIO, *Regolare, vigilare, punire, giudicare: l'ANAC nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in Giorn. dir. amm. (Milano, IPSOA), 2016, n. 4; F. DI CRISTINA, *L'autorità nazionale anticorruzione nel diritto pubblico dell'economia*, in Dir. econ. (Modena, Mucchi), 2016, n. 2; F. DI LASCIO, *I compiti dell'Autorità nazionale anticorruzione*, in B. PONTI (a cura di), *Nuova trasparenza amministrativa e libertà di accesso alle informazioni*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2016; F. GIUFFRÈ, *Le autorità indipendenti nel panorama evolutivo dello Stato di diritto: il caso dell'Autorità Nazionale Anticorruzione*, in www.federalismi.it, 2016, n. 25 ed in I.A. NICOTRA (a cura di), *op. cit.*; R. GRECO, *Il ruolo dell'ANAC nel nuovo sistema degli appalti pubblici*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2016; S. LICCIARDELLO, *Prime note sulla funzione di regolazione dell'ANAC nel nuovo Codice degli appalti*, in www.federalismi.it, 2016, n. 16; G.M. RACCA, *Dall'Autorità sui contratti pubblici all'Autorità nazionale anticorruzione: il cambiamento del sistema*, in AA.VV., *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, Milano, Giuffrè, 2016; D. SAMMARRO – R. ROLLI, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: l'ANAC e l'Uomo di Vitruvio*, in www.giustamm.it, 2016, n. 4; S. VALAGUZZA, *La regolazione strategica dell'Autorità Nazionale Anticorruzione*, in Riv. reg. mercati (Torino, Giappichelli), 2016, n. 1; E. D'ALTERIO, *I nuovi poteri dell'Autorità nazionale anticorruzione: post fata resurgam*, in Giorn. dir. amm. (Milano, IPSOA), 2015, n. 6; I.A. NICOTRA, *Le funzioni dell'ANAC tra cultura della trasparenza e prevenzione della corruzione*, in R. CANTONE – F. MERLONI (a cura di), *La nuova Autorità Nazionale Anticorruzione*, Torino, Giappichelli, 2015; G.M. RACCA, *Dall'Autorità sui contratti pubblici all'Autorità nazionale anticorruzione: il cambiamento del sistema*, in Dir. amm. (Milano, Giuffrè), 2015, n. 2; S. STICCHI DAMIANI, *I nuovi poteri dell'Autorità Anticorruzione*, in ISTITUTO ENCICLOPEDIA ITALIANA, *Il libro dell'anno di diritto 2015*, Roma, 2015; F. DI CRISTINA, *La nuova vita dell'ANAC e gli interventi in materia di appalti pubblici in funzione anticorruzione*, in Giorn. dir. amm. (Milano, Giuffrè), 2014, n. 11.

Sul rapporto tra contratti pubblici e corruzione si vedano: V. FERRARIS, *La vulnerabilità degli appalti pubblici*, in L. SCOMPARIN (a cura di), *Corruzione e infiltrazioni criminali negli appalti pubblici*, Torino, Giappichelli, 2020; V. FERRARIS – L. SCOMPARIN, *Gli appalti pubblici tra criminalità organizzata e corruzione: il quadro normativo, ivi*; C. MAZZA, *Il sistema di prevenzione e controllo negli appalti pubblici, ivi*; G.M. RACCA – S. PONZIO, *La nuova disciplina sui contratti pubblici e il contrasto alla corruzione, ivi*; L. COLANGELO, *Le peculiarità del sistema italiano della prevenzione della corruzione nelle gare di appalto alla prova dei principi eurounitari. Un problema di enigmistica giuridica*, in A. PERTICI – M. TRAPANI (a cura di), *op. cit.*; A. FIORITTO, *Contratti pubblici e prevenzione della corruzione, ivi*; M. LUNARDELLI, *Il procedimento a evidenza pubblica come*

della dottrina e degli operatori sia pubblici che privati – ha avvertito la necessità di risolvere la questione delle fonti normative dei contratti pubblici⁸.

Tuttavia, sebbene il *focus* del Decreto Sblocca cantieri sia stato il ritorno al Regolamento c.d. “unico” (tale soltanto di nome, per le ragioni che verranno esaminate nel par. 5) per esigenze di maggiore certezza e prevedibilità nelle gare pubbliche, purtroppo l’esito della semplificazione normativa è “*come l’araba fenice: che vi sia ciascun lo dice, dove sia nessun lo sa*”⁹.

Tale condivisa suggestione proviene, in particolar modo, da una autorevole dottrina (F. Cintioli), secondo cui l’elemento fondamentale per semplificare la materia della contrattualistica pubblica è l’ampliamento della discrezionalità e della flessibilità in capo alle stazioni appaltanti¹⁰, mentre il Legislatore e il Governo riducono sempre di più le maglie della discrezionalità per vincolare l’agire delle Pubbliche Amministrazioni¹¹ (come si dimostrerà nel par. 6 analizzando la disciplina recata dalla bozza dell’emanando Regolamento).

strumento di prevenzione della corruzione, ivi; A. TORTORA, La prevenzione della corruzione. Un sistema in continua evoluzione, Torino, Giappichelli, 2019; V. BRIGANTE, Fenomeni corruttivi nell’affidamento di commesse pubbliche: la discrezionalità multilivello come soluzione di matrice procedimentale, in Dir. econ. (Modena, Mucchi), 2018, n. 3; G. GALLONE, La prevenzione amministrativa del rischio–corruzione, in Dir. econ. (Modena, Mucchi), 2018, n. 2; A. CANCRINI, Concorrenza, anticorruzione e trasparenza nei contratti pubblici: le radici diverse, in M. D’ALBERTI (a cura di), op. cit.; C. FIGLIOLIA, Corruzione e contratti pubblici: i principali settori a rischio, ivi; M. NUNZIATA, Lotta alla corruzione e flessibilità dell’attività contrattuale della P.A., ivi; B.G. MATTARELLA, Disciplina dei contratti pubblici e prevenzione della corruzione, in AA.VV., La nuova disciplina dei contratti pubblici cit., 2016; S. VALAGUZZA, Normativa sull’evidenza pubblica e sull’anticorruzione: prospettive a confronto, in AA.VV., La nuova disciplina dei contratti pubblici cit.; G. FIDONE, La corruzione e la discrezionalità amministrativa: il caso dei contratti pubblici, in Giorn. dir. amm. (Milano, IPSOA), 2015, n. 3; G. MANFREDI, Brevi note su contratti pubblici e corruzione, in Urb. app. (Milano, IPSOA), 2015, n. 7; G. PIPERATA, Contrattazione pubblica e lotta alla corruzione. Uno sguardo alle recenti riforme amministrative italiane, in www.federalismi.it, 2015, n. 16; G.M. RACCA, La prevenzione e il contrasto della corruzione nei contratti pubblici, in B.G. MATTARELLA – M. PELLISERO (a cura di), La legge anticorruzione, Torino, Giappichelli, 2013.

⁸ R. DE NICTOLIS, op. cit. 2020, pp. 36 ss.; M. CORRADINO – G.F. LICATA, Autorità nazionale anticorruzione, in M.A. SANDULLI – R. DE NICTOLIS (a cura di), Trattato sui contratti pubblici. Volume I. Fonti e principi. Ambito. Programmazione e progettazione, pp. 441 ss.; C. DEODATO, Fonti di secondo livello e linee guida, ivi, pp. 231 ss.; G. FIDONE, Il nuovo codice dei contratti pubblici, in M. CLARICH (a cura di), op. cit., pp. 3 ss.; A. CIANFLONE – G. GIOVANNINI – V. LOPILATO, op. cit., pp. 344 ss.

⁹ Trattasi di versi dell’opera *Così fan tutte*, libretto di L. Da Ponte e musiche di W.A. Mozart.

¹⁰ F. CINTIOLI, *Per qualche gara in più. Il labirinto degli appalti pubblici e la ripresa economica*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2020: “C’è una cosa che le politiche di cosiddetta semplificazione non hanno compreso: che aumentando le parole della legge e pretendendo di risolvere con la legge ogni problema, si generano due problemi.

Il primo è che ogni legge, ogni articolo, ogni suo comma e periodo è a sua volta oggetto d’interpretazione... Molte parole, molti dubbi.

Il secondo è che si è seguito troppo spesso un sistema che preferisce risolvere la questione di cosa e come fare con una legge minuscola, mentre, spesso, servirebbe una legge sintetica, un indirizzo, un principio, lasciando all’amministrazione uno spazio di valutazione vero, per prendere una decisione.

Le molte leggi riducono la discrezionalità dell’amministrazione, ma la discrezionalità è qualcosa di essenziale e ineliminabile” (pp. 21-22).

¹¹ IBIDEM: “Nel settore che ci interessa c’è stata l’invocazione combinata di più semplificazione e di minore discrezionalità. Ma la semplificazione è rimasta sulla carta, solo sul piano dei proclami, perché, nel frattempo, si sono scritte molte, moltissime norme. Non si è compreso che per semplificare è proprio la discrezionalità a essere indispensabile. Se la legge è articolata e il procedimento è minutamente regolato, allora non si potrà avere nessuna semplificazione e resteremo avvvinghiati nella palude normativa” (p. 78).

Inoltre, dal mese di marzo del corrente anno, il settore dei contratti pubblici è stato al centro dell'emergenza epidemiologica da Covid-19¹² per l'assoluta urgenza di approvvigionare le strutture sanitarie dei materiali e dei servizi necessari.

Tale settore sta patendo anche sul fronte dei lavori pubblici, i quali dovrebbero essere al centro della ripresa economia del Paese, essendovi la necessità di puntare sulla spesa pubblica per rilanciare il sistema produttivo.

Durante la pandemia le regole ordinarie sono state *ampiamente* sostituite da disposizioni straordinarie, tra cui gli acquisti in via d'urgenza (disciplinati dall'art. 163 del Codice¹³): da tale punto di vista è encomiabile lo sforzo governativo per evitare una completa paralisi del mercato dei contratti pubblici.

Tuttavia, questa emergenza ha fatto riemergere molte criticità del Codice: prima tra tutte, la mancata digitalizzazione delle gare (prevista dagli artt. 44¹⁴ e 54-58¹⁵) che sortirebbe, *prima inter pares*, la riduzione

¹² Sulla reazione governativa e parlamentare all'emergenza sanitaria ed economica dovuta al Covid-19 si veda l'Osservatorio Emergenza Covid-19 (2020, n. 1) su www.federalismi.it, in particolare M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*; F. CINTIOLI, *Sul regime del lockdown in Italia*; V. DI CAPUA, *Il nemico invisibile. La battaglia contro il Covid-19 tra Stato e Regioni*; F.S. MARINI, *Le deroghe costituzionali da parte dei decreti-legge*; L.A. MAZZAROLI, *Riserva di legge e principio di legalità in tempo di emergenza nazionale*; M. NOCELLI, *La lotta contro il coronavirus e il volto solidaristico del diritto alla salute*; S. LICCIARDELLO, *I poteri necessitati al tempo della pandemia*; G. TROPEA, *Il Covid-19, lo Stato di diritto, la pietas di Enea*.

Si vedano, inoltre, U. ALLEGRETTI, *Il trattamento dell'epidemia di coronavirus come problema costituzionale e amministrativo*, in www.forumcostituzionale.it, 2020, n. 1; U. ALLEGRETTI, *Una normativa più definitiva sulla lotta all'epidemia del coronavirus?*, in www.forumcostituzionale.it, 2020, n. 1; U. ALLEGRETTI – E. BALBONI, *Autonomismo e centralismo nella lotta contro la pandemia coronavirus*, in www.forumcostituzionale.it, 2020, n. 1; G. AZZARITI, *Il diritto costituzionale d'eccezione*, in www.costituzionalismo.it, 2020, n. 1; M. BELLETTI, *La confusione nel sistema delle fonti ai tempi della gestione dell'emergenza da Covid-19 mette a dura prova gerarchia e legalità*, in www.osservatorioaic.it, 2020, n. 3; G. BOGGERO, *Le more dell'adozione dei dpcm sono ghiotte per le Regioni. Prime osservazioni sull'intreccio di poteri normativi tra Stato e Regioni in tema di Covid-19*, in www.dirittiregionali.it, 2020, n. 1; B. CARAVITA DI TORITTO, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in www.federalismi.it, 2020, n. 6; A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, in www.rivistaaic.it, 2020, n. 2; M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in www.giurcost.org, 2020; A. MORELLI, *Il Re del Piccolo Principe ai tempi del coronavirus. Qualche riflessione su ordine istituzionale e principio di ragionevolezza nello stato di emergenza*, in www.dirittiregionali.it, 2020, n. 1; L. PANZANI, *Covid-19. Un'emergenza destinata a protrarsi. Appunti per il dopo*, in www.federalismi.it, 2020, n. 10; P. PULSONI, *L'intervento dello Stato nell'economia all'epoca del Covid-19. Analisi critica della normativa emergenziale*, in www.dirittifondamentali.it, 2020, n. 2; F. RESCIGNO, *La gestione del coronavirus e l'impianto costituzionale. Il fine non giustifica ogni mezzo*, in www.osservatorioaic.it, 2020, n. 3; A. RUGGERI, *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, nel sistema delle fonti*, in www.giurcost.org, 2020, n. 1; S. STAIANO, *Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, in www.rivistaaic.it, 2020, n. 2; M. TRESCA, *Le fonti dell'emergenza. L'immunità dell'ordinamento al Covid-19*, in www.osservatorioaic.it, 2020, n. 3; C. TRIPODINA, *La Costituzione al tempo del coronavirus*, in www.costituzionalismo.it, 2020, n. 1; A. VENANZONI, *L'innominabile attuale. L'emergenza Covid-19 tra diritti fondamentali e stato di eccezione*, in www.forumcostituzionale.it, 2020, n. 1; F. FRACCHIA, *Coronavirus, senso del limite, deglobalizzazione e diritto amministrativo: nulla sarà più come prima?*, in *Dir. econ.* (Modena, Mucchi), 2019, n. 3.

¹³ R. DE NICTOLIS, *op. ult. cit.*, pp. 1752 ss.; V. ANTONELLI, *Procedure in caso di somma urgenza e di protezione civile*, in M. CLARICH (a cura di), *op. cit.*, pp. 999 ss.; R. DE NICTOLIS, *Somma urgenza e protezione civile*, in M.A. SANDULLI – R. DE NICTOLIS (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici. Volume IV. Esecuzione. Settori speciali. Appalti con regimi speciali*, pp. 993 ss.; E. GAI, *Gli appalti nei settori della difesa e sicurezza*, in M. CORRADINO – S. STICCHI DAMIANI (a cura di), *op. cit.*, pp. 635; R. GAROFOLI – G. FERRARI, *op. cit.*, pp. 1067 ss.

¹⁴ R. DE NICTOLIS, *op. ult. cit.*, pp. 531 ss.; S. CALDARELLI, *Digitalizzazione delle procedure e delle comunicazioni*, in M.A. SANDULLI – R. DE NICTOLIS (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici. Volume II. Soggetti. Qualificazione. Regole comuni alle*

dei tempi; dunque, è lecito augurarsi che – nella fase della ripresa delle attività economiche – il settore dei contratti pubblici venga modernizzato, puntando sulla concreta attuazione del Codice e non perdendo di vista le principali matrici: semplificazione e stabilità delle norme.

Tali interventi normativi *dovrebbero* iscriversi nella regolazione ordinaria, sebbene le ultime novelle legislative dimostrino che il Governo sta puntando su una regolazione straordinaria – come dimostrato dal Decreto Semplificazioni, d.l. 16.7.2020, n. 76 (sul cui esame si veda il par. 7) – incrementando le deroghe alla disciplina ordinaria (come ad esempio gli artt. 1, c. 1, e 5, cc. 1 e 4, del suddetto Decreto) e l'utilizzo dei Commissari straordinari (disciplinati dall'art. 4 del Decreto Sblocca cantieri, novellato proprio dal Decreto Semplificazioni).

Dunque, benché il regolatore abbia inteso soprannominare il recente decreto “Semplificazioni”, non può che tornare alla mente il monito di Laocoonte rivolto ai concittadini Troiani (riportato nell'*Eneide* di Virgilio): “*Timeo Danaos et dona ferentes*”¹⁶.

Sul punto, è magistrale la lettura olistica fornita da S. Cassese in un'intervista per ItaliaOggi (a cura di M. Biscella in data 14.7.2020): “*Si sono confusi interventi di emergenza con semplificazioni*”.

Infatti, l'uso – se non *abuso* – dei Commissari straordinari è imputabile all'approccio diffidente nei confronti delle stazioni appaltanti da parte dei regolatori del settore.

Per inciso, ad opinione dello scrivente è preferibile parlare di *regolatori*, e non di regolatore, per evidenziare un altro nodo gordiano¹⁷ della contrattualistica pubblica, ossia la presenza di troppe istituzioni deputate a disciplinare la materia: il Parlamento, il Governo, i singoli Ministri (*primus inter pares* il Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti), l'ANAC, l'AGCM, le Regioni, e – non da ultimo – la magistratura – in particolare, la giustizia amministrativa, penale e contabile – che interviene *soltanto* in seconda istanza (a mo' di convitato di pietra¹⁸) ma ha un *effettivo* potere regolatorio in tale disciplina.

procedure di gara, pp. 281 ss.; D. VILLA, *Digitalizzazione delle procedure e operatori economici*, in M. CORRADINO – S. STICCHI DAMIANI (a cura di), *op. cit.*, pp. 169 ss.

¹⁵ R. DE NICIOLIS, *op. ult. cit.*, pp. 1055 ss.; F. CARDARELLI, *Procedure telematiche*, in M.A. SANDULLI – R. DE NICIOLIS (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici. Volume III. Procedure di gara e criteri di scelta del contraente*, pp. 181 ss.; F. DI LASCIO, *Appalti elettronici e aggregati*, in M. CLARICH (a cura di), *op. cit.*, pp. 441 ss.

¹⁶ In tale passaggio Virgilio – sulla scorta dell'Odissea di Omero – descrive lo stratagemma di Ulisse per espugnare l'invitta città di Troia, ossia disporre nel famoso cavallo di legno i soldati greci e fingere di aver abbandonato i presidii dinanzi alle porte della città; i Troiani – nonostante il monito di Laocoonte – scambiarono tale cavallo per un dono e un gesto di resa da parte degli avversari, i quali – infiltratisi nella città e aperte le porte durante la notte – sconfissero con l'inganno i Troiani.

¹⁷ Ci si riferisce ad un aneddoto riportato da Plutarco nelle *Vite parallele – Vite di Alessandro e Giulio Cesare*, secondo cui il re macedone Alessandro Magno – per divenire imperatore dell'Asia minore – avrebbe dovuto sciogliere un nodo molto intricato effettuato da Gordio, primo re della Frigia. Non riuscendo a districare l'intreccio, Alessandro decise di reciderlo di netto con una spada, riuscendo così a divenire imperatore dell'Asia minore.

¹⁸ Figura descritta ne *L'ingannatore di Siviglia e il convitato di pietra* di T. de Molina, rappresenta una presenza inquietante e minacciosa che incombe su tutti e nessuno osa nominarlo, finché non interviene – alla fine del dramma – per trascinare Don Giovanni agli inferi a causa dei suoi peccati.

Tornando al tema dei Commissari, bisogna citare un'altra sagace – a tratti caustica – risposta del prof. Cassese ad un'intervista per l'HuffingtonPost (curata da F. Fantozzi in data 7.7.2020): “*Gli interventi straordinari rallentano quelli ordinari. Quindi, nel complesso il ricorso a procedure e organi straordinari non serve a semplificare*”.

Come si diceva *supra*, a causa della sfiducia verso gli operatori del settore, i regolatori predispongono meccanismi *estremamente* rigidi al fine di prevenire e contrastare fenomeni di cattiva amministrazione imputati ai funzionari pubblici e di intese restrittive della concorrenza da parte degli operatori privati.

Ma, se da un lato è possibile sostenere che il ricorso a formule commissariali-emergenziali possa efficientare il settore superando le lungaggini delle gare aperte, dall'altro lato non ci si può esimere dal constatare che è inimmaginabile amministrare il mercato dei contratti pubblici soltanto con provvedimenti straordinari.

D'altronde, richiamando le “*Institutiones*” di Giustiniano (*Liber II*), “*nomina sunt consequentia rerum*”: se si chiamano straordinari, i Commissari non possono assumersi come parametro ordinario, altrimenti avrebbe poco senso mantenere in vigore il Codice (ma sulle tesi abrogative ci si soffermerà a breve).

Prima di procedere ad un approfondito esame delle suddette novelle legislative, è necessario inquadrare la cornice storica della materia dei contratti pubblici.

A tal fine è necessario ricordare, da un lato, le colonne d'Ercole¹⁹ rappresentate dalle direttive europee nn. 23, 24 e 25 del 2014²⁰ e rette dal divieto di *gold plating* previsto dalla legge delega 28.1.2016, n. 11 (art. 1, c. 1, lett. a)²¹ e, dall'altro, l'attuale impianto codicistico, che – ad avviso dello scrivente – non necessita di rivoluzioni copernicane, bensì di *focus* mirati circa:

(i) l'importanza assunta dalla giurisprudenza nazionale ed europea in questo settore²²,

¹⁹ Nella *Teogonia* di Esiodo le colonne furono collocate da Eracle sullo stretto di Gibilterra, l'estremo limite occidentale del mondo allora conosciuto, e recavano sul capitello l'iscrizione *non plus ultra*: secondo la leggenda era impedito agli uomini di spingersi oltre quanto veniva loro concesso dalle divinità, onde evitare di essere puniti per la tracotanza. Difatti, secondo la filosofia ellenica, la curiosità era un sentimento negativo e andava moderato con i dogmi imposti dai culti misterici.

²⁰ R. DE NICTOLIS, *op. ult. cit.*, pp. 36 ss.; M.P. CHITI, *Principi*, in M.A. SANDULLI – R. DE NICTOLIS (a cura di), *op. cit. V. I*, pp. 285 ss.; C. FRANCHINI – F. SCIAUDONE (a cura di), *Il recepimento in Italia delle nuove direttive appalti e concessioni. Elementi critici e opportunità*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015.

²¹ Art. 1, c. 1, lett. a: “*Il Governo è delegato ad adottare, entro il 18 aprile 2016, un decreto legislativo per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE... nel rispetto... dei seguenti principi e criteri direttivi specifici...: a) divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive*”.

Si vedano R. DE NICTOLIS, *op. ult. cit.*, pp. 15 ss.; A. MANZIONE, *Codificazione dei contratti pubblici*, in M.A. SANDULLI – R. DE NICTOLIS (a cura di), *op. cit. V. I*, pp. 204 ss.

²² F. CINTIOLI, *op. ult. cit.*, ha affermato che “*il legislatore ha trascurato una cosa. Che il principale regolatore di questa materia è sempre stato il giudice amministrativo, che con le sue sentenze ha nel corso dei decenni guidato le amministrazioni*”.

Poiché questa attività ha (o, quantomeno, dovrebbe avere) l'obiettivo di portare gli appalti a compimento in nome di un principio di continuità ed efficacia dell'azione amministrativa, non è certo possibile stabilire tutto prima.

Spesso bastano solo dei principi. E il compito di elaborarli, adattarli e svilupparli spetta al giudice amministrativo, che ha un compito in questo che consiste nel bilanciamento di tutti gli interessi in gioco, al fine di non sacrificare l'interesse pubblico a raggiungere il risultato” (p. 104).

- (ii) l'impronta contabilistica del mercato dei contratti pubblici,
- (iii) il bisogno di valorizzare gli elementi discrezionali e flessibili del Codice,
- (iv) l'arginamento delle derive emergenzialistiche (come, ad esempio, l'integrale abrogazione del Codice o l'emanazione di altre *leggi-zibaldone* – vedasi, da ultimo, il Decreto Semplificazioni – per modificare l'impianto codicistico).

Con riferimento all'ultimo punto, si veda la tesi sostenuta da una autorevole dottrina (F. Cintioli): “*il codice dei contratti pubblici [deve] essere abrogato... Al suo posto, potrebbe trovare spazio una normativa molto più snella, se del caso accompagnata da un regolamento di attuazione. Si potrebbe partire dalle direttive, puntando a un loro recepimento essenziale e diretto*”²³.

Proseguendo nel suo ragionamento, l'Autore sostiene che “*questo sforzo riformatore così ampio non [era] necessario*” e che “*si [poteva] raggiungere lo scopo di recepire le nuove direttive e migliorare il codice precedente senza un completo ribaltamento*”²⁴.

Invero, tale ipotesi – ad avviso dello scrivente – è fallace sul punto di vista consequenziale.

In primo luogo, vi è il problema dei rapporti con le fonti europee: l'abrogazione del Codice viene invocata per applicare direttamente le direttive europee del 2014.

Tuttavia, bisogna chiedersi se sia consentito, una volta perfezionato il recepimento, considerare quest'ultimo *tamquam non esset* ed invocare l'efficacia diretta delle direttive.

Invero, è *lecito* ipotizzare che tale operazione originerebbe notevoli esiti controproducenti: posto che al mancato recepimento delle direttive consegue una procedura d'infrazione, non si può ritenere che l'annullamento del recepimento sortisca effetti diversi e di minor gravità.

Ma, anche se così non fosse, sia concesso ritenere che in questa fase storica del mercato dei contratti pubblici è certamente *più conveniente* evitare una simile *metamorfosi* ordinamentale e una spada di Damocle²⁵ della Commissione Europea così onerosa.

In secondo luogo, occorre analizzare se le direttive del 2014 hanno davvero un carattere auto-applicativo, ossia se le norme sono così dettagliate da rendere le direttive *self-executing*.

La risposta non può essere positiva: le direttive rimettono frequentemente agli Stati membri la scelta tra diverse opzioni regolatorie.

²³ IBIDEM, p. 117.

²⁴ IBIDEM, pp. 97 ss.

²⁵ Ci si riferisce all'aneddoto narrato da Cicerone nelle *Tusculanae Disputationes*: Damocle invidiava Dionigi I di Siracusa per l'immane potere di cui dispone; tuttavia, allorché il tiranno gli propose di prendere il suo posto per un giorno, constatò la fallacia della propria opinione non avendo precedentemente valutato le immani minacce pendenti su chi detiene delle responsabilità.

Quindi, non si tratta soltanto di verificare il carattere sufficientemente dettagliato di alcune norme europee: posto che alcune disposizioni dialogano con i Legislatori nazionali, è necessario concludere che difficilmente gli Stati membri possono abdicare al potere/dovere di essere *effettivi* decisori.

Dunque, non si può ritenere che le direttive siano integralmente auto-applicative e sufficienti a disciplinare la materia nell'ordinamento nazionale.

È possibile ora osservare succintamente l'evoluzione normativa della materia in esame, partendo dal vigente Codice.

2. L'evoluzione normativa del Codice dei contratti pubblici

Il nuovo Codice è giunto a 10 anni di distanza dal precedente, carico delle aspettative di stabilità da parte degli operatori economici, delle stazioni appaltanti e dei giudici, sofferenti per i continui *ripensamenti* del Legislatore²⁶.

Tuttavia, anche il d.lgs. n. 50/2016 ha cominciato a patire dello stesso male, l'eccessivo *reformismo*, dopo solo un anno con il c.d. "Decreto correttivo" (d.lgs. 19.4.2017, n. 56)²⁷.

A tre anni di distanza il Legislatore – tramite il d.l. n. 32/2019 conv. in l. n. 55/2019 – ha operato una importante riscrittura del Codice²⁸, con annessa sospensione di taluni istituti²⁹, senza considerare che talaltri non hanno ancora trovato attuazione³⁰.

²⁶ Basti ricordare che il Codice del 2006 è stato modificato *ben* 52 volte. Si veda R. DE NICTOLIS, *op. ult. cit.*, p. 15.

²⁷ Il Decreto correttivo ha modificato *ben* 124 articoli su 220, ne ha introdotti due nuovi e ne ha abrogato uno; si vedano R. DE NICTOLIS, *op. ult. cit.*, pp. 21-24; M. A. SANDULLI – M. LIPARI – F. CARDARELLI (a cura di), *Il correttivo al codice dei contratti pubblici*, Milano, Giuffrè, 2017.

²⁸ Il Decreto Sblocca cantieri ha modificato *soltanto* 34 articoli; si vedano R. DE NICTOLIS, *op. ult. cit.*, pp. 24-28 e volumi citati in nota 2.

²⁹ Ai sensi dell'art. 1, c. 1, l. n. 55/2019, sono stati sospesi fino al 31.12.2020:

(lett. a) l'obbligo di ricorso a centrali di committenza per i Comuni non capoluogo di Provincia (*ex art.* 37, c. 4);

(lett. b) il divieto di affidamento congiunto di progettazione ed esecuzione, c.d. "appalto integrato" (*ex art.* 59, c. 1);

(lett. c) la selezione dei commissari di gara dall'Albo istituito presso l'ANAC (*ex art.* 77, c. 3).

Ai sensi dell'art. 1, c. 18, l. n. 55/2019 sono stati sospesi fino al 31.12.2020 anche l'obbligo di indicazione del subappaltatore (*ex art.* 80, cc. 1 e 5) e l'obbligo di indicazione della terna di subappaltatori (*ex art.* 105 c. 6, 174, c. 2).

Sull'obbligo di ricorso a centrali di committenza per i Comuni non capoluogo di Provincia si vedano R. DE NICTOLIS, *op. ult. cit.*, pp. 588 ss.; A. BOTTO – S. CASTROVINCI ZENNA, *Centrali di committenza*, in M.A. SANDULLI – R. DE NICTOLIS (a cura di), *op. cit.* V. II, pp. 359 ss.; F. CARINGELLA, *op. cit.*, pp. 188 ss.; F. MATALUNI, *Disciplina e qualificazione delle stazioni appaltanti*, in M. CLARICH (a cura di), *op. cit.*, pp. 368 ss.; R. GAROFOLI – G. FERRARI, *op. cit.*, pp. 367 ss.; C. NUZZO, *Qualificazione delle stazioni appaltanti*, in M. CORRADINO – S. STICCHI DAMIANI (a cura di), *op. cit.*, pp. 146 ss.

Sul divieto di appalto integrato si vedano R. DE NICTOLIS, *op. ult. cit.*, pp. 144 ss.; F. CARINGELLA, *op. cit.*, pp. 421 ss.; P. MILAZZO, *Le procedure di scelta del contraente*, in M. CLARICH (a cura di), *op. cit.*, pp. 466 ss.; R. ESPOSITO, *Le procedure di scelta del contraente nei settori ordinari*, in M. CORRADINO – S. STICCHI DAMIANI (a cura di), *op. cit.*, pp. 230 ss.

Sulla selezione dei commissari di gara dall'Albo istituito presso l'ANAC si vedano R. DE NICTOLIS, *op. ult. cit.*, pp. 1136 ss.; F. CARINGELLA, *op. cit.*, pp. 505 ss.; R. COLAGRANDE – C. FANASCA, *Commissioni di gara*, in M.A. SANDULLI – R. DE NICTOLIS (a cura di), *op. cit.* V. III, pp. 393 ss.; E. PISTIS, *La commissione giudicatrice*, in M. CLARICH (a cura di), *op. cit.*, pp. 591 ss.; R. GAROFOLI – G. FERRARI, *op. cit.*, pp. 615 ss.; A. MAURO, *Selezione delle offerte*, in M. CORRADINO – S. STICCHI DAMIANI (a cura di), *op. cit.*, pp. 289 ss.

Il Codice avrebbe dovuto essere completato con la regolazione sub-primaria flessibile (impropriamente ascritta alla c.d. “*soft law*”³¹), sia ministeriale che dell’ANAC, destinata a sostituire il precedente Regolamento; sotto la veste *formale* della *soft regulation* rientravano *ben* 54 atti attuativi di svariate tipologie³².

Tuttavia, con il Decreto Sblocca cantieri si è tornati *parzialmente* al modello rigido-regolamentare, destinato a soppiantare *soltanto* 10 atti³³.

Sull’obbligo di indicazione del subappaltatore e sull’obbligo di indicazione della terna di subappaltatori si vedano R. DE NICTOLIS, *op. ult. cit.*, pp. 1327 ss.; F. CARINGELLA, *op. cit.*, pp. 561 ss.; F. CARUSO – A. LINGUITI, *Il subappalto*, in M. CLARICH (a cura di), *op. cit.*, pp. 827 ss.; S. FANTINI, *Subappalto*, in M.A. SANDULLI – R. DE NICTOLIS (a cura di), *op. cit. V. IV*, pp. 47 ss.; R. GAROFOLI – G. FERRARI, *op. cit.*, pp. 828 ss.; D.M. GRISANTI, *Il subappalto*, in M. CORRADINO – S. STICCHI DAMIANI (a cura di), *op. cit.*, pp. 479 ss.

³⁰ Si pensi alla totale digitalizzazione delle procedure di gara (*ex art. 44*) e la qualificazione degli operatori economici (*ex artt. 83 e 84*) e delle stazioni appaltanti (*ex art. 38*).

Sulla digitalizzazione delle procedure si veda la nota 14.

Sulla qualificazione degli operatori economici si vedano R. DE NICTOLIS, *op. ult. cit.*, pp. 618 ss.; F. CARINGELLA, *op. cit.*, pp. 255 ss.; F. FRANCIOSI, *Requisiti speciali di capacità dei concorrenti*, in M.A. SANDULLI – R. DE NICTOLIS (a cura di), *op. cit. V. II*, pp. 1029 ss.; G. IOANNIDES, *La selezione delle offerte*, in M. CLARICH (a cura di), *op. cit.*, pp. 644 ss.; A. BOZZETTO, *La selezione degli offerenti*, in M. CORRADINO – S. STICCHI DAMIANI (a cura di), *op. cit.*, pp. 362 ss.; R. GAROFOLI – G. FERRARI, *op. cit.*, pp. 705 ss.

Sulla qualificazione delle stazioni appaltanti si vedano R. DE NICTOLIS, *op. ult. cit.*, pp. 613 ss.; M. AMBROSELLI – C. SERSALE, *Qualificazione delle stazioni appaltanti*, in M.A. SANDULLI – R. DE NICTOLIS (a cura di), *op. cit. V. II*, pp. 527 ss.; F. CARINGELLA, *op. cit.*, pp. 179 ss.; F. MATALUNI, *op. cit.*, pp. 342 ss.; R. GAROFOLI – G. FERRARI, *op. cit.*, pp. 369 ss.; C. NUZZO, *op. cit.*, pp. 152 ss.

³¹ Sulla *soft law*, senza pretesa di esaustività, si vedano F. ZAMMARTINO, *Le Autorità amministrative indipendenti: aspetti problematici e nuove prospettive*, in www.dirittifondamentali.it, 2020, n. 1; M.E. BUCALO, *Autorità indipendenti e soft law. Forme, contenuti, limiti e tutele*, Torino, Giappichelli, 2018; M. RAMAJOLI, *Soft law e ordinamento amministrativo*, in S. LICCIARDELLO (a cura di), *Il governo dell’economia*, Torino, Giappichelli, 2018 ed in *Dir. amm.* (Milano, Giuffrè), 2017, n. 1; R. TITOMANLIO, *Riflessioni sul potere normativo delle autorità amministrative indipendenti fra legalità sostanziale, legalità procedurale e funzione di regolazione*, in *Nomos*, 2017, n. 1; B. BOSCHETTI, *Soft law e normatività: un’analisi comparata*, in *Riv. reg. mercati* (Torino, Giappichelli), 2016, n. 2; M. MAZZAMUTO, *L’atipicità delle fonti del diritto amministrativo*, in *AA.VV., Annuario AIPDA 2015. Le fonti del diritto amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016 ed in *Dir. amm.* (Milano, Giuffrè), 2015, n. 2; G. MORBIDELLI, *Degli effetti giuridici della soft law*, in *Riv. reg. mercati* (Torino, Giappichelli), 2016, n. 2.

³² Nella fattispecie, 17 decreti del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, 14 atti dell’ANAC, 6 decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, 16 decreti di altri Ministri, norme tecniche dell’AGID. Si consideri che di questi ne sono stati pubblicati soltanto 24.

Si veda R. DE NICTOLIS, *op. ult. cit.*, pp. 2-3.

³³ Nella fattispecie, l’art. 1, c. 20, l. n. 55/2019 ha abolito:

(*lett. a*) il d.m. MIT *ex art. 23*, c. 3 (sui livelli di progettazione), *mai emanato*;

(*lett. b*) il d.m. MIT 2.12.2016, n. 263 *ex art. 24*, c. 2 (sui requisiti dei progettisti);

(*lett. p*) il d.m. MIT *ex artt. 83 c. 2*, (*lett. q*) 84 c. 2, (*lett. ff*) 199 c. 4 (sulla qualificazione dei partecipanti e sulla qualificazione del contraente generale, nonché sui livelli *standard* dei controlli delle SOA sui soggetti qualificati), *mai emanato*;

(*lett. s*) il d.m. MIT 10.11.2016, n. 248 *ex art. 89*, c. 11 (sull’individuazione delle opere super-specialistiche);

(*lett. v*) il d.m. MIT *ex art. 102*, c. 8 (sulle modalità tecniche di collaudo), *mai emanato*;

(*lett. z*) il d.m. MIT 7.3.2018, n. 49 *ex art. 111*, c. 1 (sulle attività del direttore dei lavori e del direttore dell’esecuzione dei contratti di servizi e forniture);

(*lett. aa*) il d.m. MIBACT 22.8.2017, n. 154 *ex art. 146*, c. 4 (sulla qualificazione per appalti relativi ai beni culturali);

(*lett. e*) le Linee guida ANAC n. 3 *ex art. 31* (sui compiti del RUP);

(*lett. b*) le Linee guida ANAC n. 4 *ex art. 36* (sulle procedure dei contratti sotto soglia);

(*lett. q*) le Linee guida ANAC *ex art. 84*, c. 8 (sul sistema SOA, sulla vigilanza sulle SOA e sulla vigilanza sul sistema di qualificazione), *mai emanate*.

Inoltre, un altro atto attuativo è stato definitivamente abrogato (essendone venuta meno la fonte legislativa, l'art. 196, c. 4)³⁴.

Perciò, sono rimasti *vigenti* 43 atti attuativi (di cui 11 decreti del MIT, 11 atti dell'ANAC, 6 decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, 15 decreti di altri Ministri)³⁵.

Il Decreto ha, poi, previsto un ulteriore d.m. del MIT (*ex art.* 97, c. 2 *ter*, sulla rideterminazione delle modalità di calcolo per l'individuazione della soglia di anomalia)³⁶.

Dunque, in sintesi, vi *dovrebbero* essere 45 atti attuativi.

Con riferimento alla *pseudo*-abolizione della regolazione sub-primaria flessibile viene a tal punto in mente il paradosso del gatto di Schrödinger.

Il fisico E. Schrödinger (nell'opera *La situazione attuale della meccanica quantistica*) descrive un esperimento mentale: viene collocato un gatto in una scatola chiusa al cui interno è stata precedentemente posta una fiala di cianuro. Alla riapertura della scatola, se il gatto avrà attivato il dispositivo azionante la rottura della fiala, il medesimo verrà rinvenuto morto, altrimenti sarà vivo.

Nel frangente di tempo tra la chiusura e la riapertura della scatola, il gatto sarà contemporaneamente sia vivo che morto, dipendendo il proprio stato vitale da un evento che può verificarsi o meno.

Parimenti può dirsi per la *soft regulation*: è viva nella *mens legis* giacché l'emanando Regolamento non ha abrogato tutti gli atti sub-primari flessibili né è stato ancora emanato (dunque, non può dirsi realizzato l'*agognato* ritorno alla regolazione rigida-regolamentare, né potrà mai dirsi completo per la sopravvivenza di *ben* 44 atti regolatori flessibili), ma al contempo è morta poiché *concretamente* non sono stati adottati i suddetti atti e una cospicua parte di quelli che erano stati emanati (6 su 24) sono *abrogandi* con l'emanazione del Regolamento.

Da ciò si evince come siano naufragate le promesse di semplificazione³⁷ e le aspettative di un Codice agile, stabile e maneggevole³⁸.

³⁴ Abrogato dall'art. 1, c. 20, lett. dd, l. n. 55/2019.

³⁵ Si veda R. DE NICTOLIS, *op. ult. cit.*, pp. 44-48.

³⁶ Inserito dall'art. 1, c. 20, lett. u, l. n. 55/2019.

Si vedano R. DE NICTOLIS, *op. ult. cit.*, pp. 1236 ss.; F. CARINGELLA, *op. cit.*, pp. 523 ss.; D. IARIA – I. MARRONE, *Aggiudicazione nei settori ordinari*, in M. CLARICH (a cura di), *op. cit.*, pp. 738 ss.; V. NERI, *Offerte anormalmente basse*, in M.A. SANDULLI – R. DE NICTOLIS (a cura di), *op. cit. V. III*, pp. 607 ss.; R. GAROFOLI – G. FERRARI, *op. cit.*, pp. 765 ss.; L. SECCIA, *Aggiudicazione per i settori ordinari*, in M. CORRADINO – S. STICCHI DAMIANI (a cura di), pp. 427 ss.

³⁷ L. 28.1.2016, n. 11, art. 1, c. 1, lett. d: “*ricognizione e riordino del quadro normativo vigente nelle materie degli appalti pubblici e dei contratti di concessione, al fine di conseguire una drastica riduzione e razionalizzazione del complesso delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative vigenti e un più elevato livello di certezza del diritto e di semplificazione dei procedimenti*”.

³⁸ Sul punto si vedano F. CINTIOLI, *op. ult. cit.*; M. COZZIO, *La nuova strategia europea in materia di appalti pubblici*, in Giorn. dir. amm. (Milano, IPSOA), 2019, n. 1; F. SCIARRETTA, *Il complesso allineamento del sistema domestico delle commesse pubbliche al modello europeo secondo la logica codificatoria a diritto comune*, in Dir. econ. (Modena, Mucchi), 2019, n. 2; G.D. COMPORITI, *La flessibilità nelle negoziazioni pubbliche: questa sconosciuta*, in Dir. e soc. (Napoli, Editoriale Scientifica), 2017, n. 2 ed in F. LIGUORI – S. TUCCILLO (a cura di), *op. cit.*; R. DE NICTOLIS, *Il codice dei contratti pubblici: la semplificazione che verrà*, in AA.VV., *L'Italia che cambia cit.*; M. CORRADINO, *Appalti pubblici, flessibilità e semplificazione alla luce delle nuove direttive europee*, in AA.VV., *La nuova disciplina dei contratti pubblici cit.*; P. MANTINI, *La semplificazione nei nuovi appalti pubblici*

Inoltre, a causa dell'emergenza sanitaria da Covid-19, vi è stata una tempesta normativa-regolamentare che ha coinvolto il Codice, tra cui è opportuno citare – per il coinvolgimento del settore dei contratti pubblici – il c.d. “Decreto Cura Italia” (d.l. 17.3.2020, n. 18, conv. in l. 24.4.2020, n. 27), il c.d. “Decreto Rilancio” (d.l. 19.5.2020, n. 34, conv. in l. 17.7.2020, n. 77), ma soprattutto il c.d. “Decreto Semplificazioni”.

Nell'intento di dare una nuova linfa vitale al settore dei contratti pubblici, tale *caos* legislativo ha ritoccato – in modo sia stabile che temporaneo – alcune norme del Codice, in ordine sparso, rendendo ancora più complessa l'intelligibilità della disciplina.

Ci si chiede a questo punto su quale regolatore incomba l'oneroso ruolo di Arianna nell'aiutare Teseo (i soggetti regolati) ad uscire dal labirinto di Cnosso³⁹.

Dunque, il diritto emergenziale – seppur suffragato dal bisogno di intervenire con urgenza e semplificare la normativa – ha complicato *ulteriormente* il mercato delle commesse pubbliche.

È giunto ora il momento di esaminare alcune delle novelle recate dai provvedimenti che maggiormente hanno coinvolto la contrattualistica pubblica: nella fattispecie, il Decreto Sblocca cantieri, l'*emanando* Regolamento e il Decreto Semplificazioni.

Ma, prima di ciò, è lecito chiedersi se tutte le modifiche intervenute al Codice non abbiano fatto incorrere il medesimo nel paradosso della nave di Teseo, riportato da Plutarco nelle *Vite parallele – Vite di Teseo e Romolo* e da T. Hobbes nel *De corpore*: la nave sulla quale viaggiava Teseo veniva conservata intatta sostituendo gradualmente i pezzi che si deterioravano.

Tuttavia, giungeva il momento in cui ogni pezzo di legno *autentico* era stato sostituito, benché la nave avesse conservato la *forma originaria*.

Dunque, si hanno soltanto due momenti di certezza gnoseologica: il momento *A'*, in cui la nave di Teseo è ancora ontologicamente la medesima imbarcazione, e il momento *A''*, in cui l'imbarcazione finale non può più definirsi la nave con cui viaggiava Teseo.

I filosofi ellenici si interrogavano su quale fosse il momento sia quantitativo che qualitativo in cui si potesse affermare che la nave avesse cambiato la propria origine ontologica.

tra divieto di gold plating e copy out, ivi; A. PAJNO, *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione, ivi*; C. SALTELLI, *Il codice degli appalti: un mondo da semplificare, ivi*; P. MANTINI, *Nel cantiere dei nuovi appalti pubblici. Semplificazione, efficienza, concorrenza, anticorruzione*, Milano, Giuffrè, 2015; A. POLICE, *Contratti pubblici: tra ultime novità legislative ed esigenze di semplificazione*, in C. FRANCHINI – F. SCIAUDONE (a cura di), *op. cit.*

³⁹ Ci si riferisce alla leggenda narrata da Plutarco nelle *Vite parallele – Vite di Teseo e Romolo*, secondo cui Minosse, re di Creta, costringeva dei ragazzi ateniesi ad addentrarsi nel labirinto (edificato per nascondervi il Minotauro, essere mostruoso nato dall'accoppiamento di Pasifae – moglie di Minosse – con il toro di Creta) affinché fossero vittime dell'animale mitologico. Teseo, eroe ateniese, si offrì come volontario per andare nel labirinto ad uccidere il Minotauro e, giunto sull'isola di Creta, ricevette in dono dalla figlia di Minosse, Arianna (la quale si era innamorata di lui), una spada avvelenata ed un gomito di spago che gli sarebbe servito per ritrovare l'uscita dal labirinto. Senza tale ultimo prezioso dono, Teseo difficilmente avrebbe potuto ritrovare la via di uscita a causa dell'intricchezza delle strade.

Mutuando questo paradosso al Codice, sarebbe necessario chiedersi se, a seguito dei *repentini e costanti mutamenti normativi*, l'entità codicistica, mutata nella *sostanza* senza variazioni formali, possa definirsi ancora la stessa entità.

Ad avviso dello scrivente, se si ha riguardo non solo al Codice ma anche alla legge delega e alle direttive del 2014, la risposta non può che essere negativa. E ciò dovrebbe rappresentare non solo un segnale di allarme o un indizio di fallimento per i regolatori, ma anche una base per ripartire correggendo gli errori nel tempo effettuati.

3. Una breve sintesi delle novità introdotte dal Decreto Sblocca cantieri

Come anticipato, la l. n. 55/2019, nel convertire il d.l. n. 32/2019, ha modificato molteplici disposizioni del Codice, ridisegnando sensibilmente la disciplina della materia⁴⁰.

Prima di procedere all'esame sintetico delle novità recate dal Decreto Sblocca cantieri, occorre rilevare che, sul piano della disciplina transitoria, le novelle si applicano alle procedure i cui bandi o avvisi sono stati pubblicati successivamente alla data di entrata in vigore della legge di conversione, ossia successivamente al 18.6.2019⁴¹, nonché, in caso di contratti senza previa pubblicazione di bandi o avvisi, alle procedure in cui – alla medesima data – non sono stati ancora diramati gli inviti a presentare le offerte (art. 1, c. 21)⁴².

Nella versione originaria del d.l., la nuova disciplina si sarebbe dovuta applicare alle procedure con bandi, avvisi, inviti, pubblicati dopo l'entrata in vigore del decreto⁴³; tuttavia, la vigenza è stata differita alla legge di conversione e sono stati salvati gli effetti *medio tempore* prodotti dal d.l.: dunque, alle procedure bandite nella sua vigenza si applica la relativa disciplina anche per la parte non convertita in legge.

Dunque, emerge un dato sconcertante: nel giro di pochi mesi ci sono state tre diverse discipline applicabili, la prima anteriore al d.l., la seconda introdotta dal d.l. e la terza introdotta dalla legge di conversione. Forse sarebbe stato opportuno per il Legislatore adottare una migliore tecnica legislativa onde evitare di intricarsi in *esta selva selvaggia*, mutuando un verso dal Canto I dell'Inferno di D. Alighieri.

⁴⁰ P.A. GALLO, *Il varo e la conversione dello 'sblocca cantieri': cronistoria di un decreto-legge*, in D. BOLOGNINO – H. BONURA – A. STORTO (a cura di), *op. cit.*, pp. 5 ss.

⁴¹ La l. n. 55/2019 è stata pubblicata in G.U. il 17.6.2019 ed è entrata in vigore il giorno successivo.

⁴² Art. 1, c. 21, l. n. 55/2019: “Le disposizioni di cui al comma 20 si applicano alle procedure i cui bandi o avvisi, con i quali si indice una gara, sono pubblicati successivamente alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, alle procedure in cui, alla medesima data, non sono ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte o i preventivi?”.

⁴³ Art. 1, c. 3, d.l. n. 32/2019: “Le disposizioni di cui ai commi 1 e 2 si applicano alle procedure i cui bandi o avvisi, con i quali si indice una gara, sono pubblicati successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto, nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, alle procedure in cui, alla medesima data, non sono ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte?”.

Invece, in merito all'abrogazione del rito speciale di cui all'art. 120 cc. 2 *bis* e 6 *bis* c.p.a.⁴⁴, la medesima ha avuto vigenza per i processi iniziati dopo l'entrata in vigore del d.l. e della legge di conversione. Non si ha riguardo alla data di pubblicazione di bandi o avvisi, o alla data di diramazione degli inviti, né alla data di adozione del provvedimento di ammissione o di esclusione, bensì esclusivamente alla data di inizio del processo (art. 1, c. 22)⁴⁵.

Per inizio del processo deve intendersi la data in cui il ricorso è stato, dopo la sua notifica, depositato in giudizio. Inoltre, per inizio del processo deve intendersi il primo grado di giudizio, e non anche la proposizione dell'appello⁴⁶.

⁴⁴ P. DE NICTOLIS, *Il rito superspeciale in materia di ammissioni ed esclusioni fra dubbi di eurounitariet  e costituzionalit *, in Urb. app. (Milano, IPSOA), 2020, n. 1; R. DE NICTOLIS, *op. cit.* 2020, pp. 2050 ss.; L. SALVEMINI, *Procedure ad evidenza pubblica, efficienza amministrativa ed altri valori costituzionali: esigenze di bilanciamento*, in www.federalismi.it, 2020, n. 14; F. CARINGELLA, *op. cit.*, pp. 815 ss.; R. DE NICTOLIS, *Riti processuali*, in M.A. SANDULLI – R. DE NICTOLIS (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici. Volume V. Esecuzione. Settori speciali. Appalti con regimi speciali*, pp. 724 ss.; G. GRASSO, *Il rito superaccelerato in materia di ammissioni ed esclusioni*, in C. CONTESSA (a cura di), *Il contenzioso e la giurisprudenza in materia di appalti pubblici*, Piacenza, La Tribuna, 2019, pp. 907 ss.; I. GROSSI, *Il rito super accelerato supera il vaglio della Corte di Giustizia*, in Urb. app. (Milano, IPSOA), 2019, n. 2; E.M. BARBIERI, *Provvedimenti impugnabili con il rito "specialissimo" previsto dall'art. 120, comma 2 bis, codice del processo amministrativo*, in Riv. trim. app. (Santarcangelo di Romagna, Maggioli), 2018, n. 4; R. CAPONIGRO, *Le prime criticit  nell'applicazione del nuovo codice dei contratti pubblici da parte della giurisprudenza amministrativa*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2018; I. LAGROTTA, *Il rito super accelerato in materia di appalti tra profili di (in)compatibilit  costituzionale e conformit  alla normativa comunitaria*, in www.federalismi.it, 2018, n. 7; G. LA ROSA, *Il ricorso incidentale nel rito super-speciale di cui all'art. 120 commi 2 bis e 6 bis c.p.a.*, in Urb. app. (Milano, IPSOA), 2018, n. 2; G. LO SAPIO, *Rito superaccelerato e tecniche di giuridicazione degli interessi*, in Urb. app. (Milano, IPSOA), 2018, n. 4; S. TRANQUILLI, *Prime riflessioni a margine di alcune recenti oscillazioni giurisprudenziali sull'individuazione del dies a quo per impugnare le ammissioni e le esclusioni dalle gare alla luce della disciplina del rito super-speciale*, in www.federalismi.it, 2018, n. 5; L. BERTONAZZI, *Limiti applicativi del nuovo giudizio di cui all'art. 120, comma 2-bis, c.p.a. e sua compatibilit  con la tutela cautelare*, in Dir. proc. amm. (Milano, Giuffr ), 2017, n. 2; A. CAIFFA, *I ricorsi giurisdizionali*, in M. CORRADINO – S. STICCHI DAMIANI (a cura di), *op. cit.*, pp. 734 ss.; G. CUMIN, *Rito superaccelerato, esecuzione anticipata e frammentazione dell'interesse a ricorrere*, in Urb. app. (Milano, IPSOA), 2017, n. 5; M. LIPARI, *La nuova tutela cautelare degli interessi legittimi: il rito appalti e le esigenze imperative di interesse generale*, in www.federalismi.it, 2017, n. 5; A.G. PIETROSANTI, *Piena conoscenza, termine per impugnare ed effettivit  della tutela nel rito super accelerato ex art. 120, co. 2 bis, c.p.a.*, in www.federalismi.it, 2017, n. 7; L. PRESUTTI, *Il precontenzioso e il rito accelerato nelle procedure per l'affidamento di contratti pubblici*, in Urb. app. (Milano, IPSOA), 2017, n. 3; M.A. SANDULLI, *Un mini passo in avanti verso l'effettivit  della tutela in tema di contratti pubblici? Primissime considerazioni sull'art. 19 d.lgs. n. 56/2017*, in www.federalismi.it, 2017, n. 10; R. CAPONIGRO, *Il rapporto tra tutela della concorrenza ed interesse alla scelta del miglior contraente nell'impugnazione degli atti di gara*, in www.giustamm.it, 2016, n. 6; L. COCCHI, *Prime osservazioni sul nuovo rito degli appalti*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2016; E. FOLLIERI, *Le novit  sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel Codice dei contratti pubblici*, in Urb. app. (Milano, IPSOA), 2016, n. 8; I. MARTELLA, *Le novit  processuali nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in Dir. proc. amm. (Milano, Giuffr ), 2016, n. 2; M.A. SANDULLI, *Nuovi limiti alla tutela giurisdizionale in materia di contratti pubblici*, in www.federalismi.it, 2016, n. 15; G. SEVERINI, *Il nuovo contenzioso sui contratti pubblici*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2016; G. VELTRI, *Il contenzioso nel nuovo codice dei contratti pubblici: alcune riflessioni critiche*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2016.

⁴⁵ Art. 1, c. 22, l. n. 55/2019: "All'art. 120 del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, sono apportate le seguenti modificazioni: a) i commi 2-bis e 6-bis sono abrogati".

Analogamente disponeva l'art. 1, c. 4, d.l. n. 32/2019.

⁴⁶ R. DE NICTOLIS, *op. cit.* 2020, pp. 2081 ss.; G. DI PARDO, *Il decreto sblocca-cantieri intona il de profundis per il rito speciale ex art. 120 co. 2 bis del codice del processo amministrativo*, in www.lexitalia.it, 2019, 4; D. GALLI, *Ritorno alle origini: la soppressione del rito superaccelerato*, in Giorn. dir. amm. (Milano, IPSOA), 2019, n. 6; M. LIPARI, *Il rito superspeciale in materia di ammissioni e di esclusioni (art. 120, co. 2 bis e 6 bis del cpa) va in soffitta. E, ora, quali conseguenze pratiche?* in www.giustizia-amministrativa.it, 2019.

In giurisprudenza si veda, *contra*, TAR Calabria – Reggio Calabria, 13.5.2019, n. 324, secondo il quale, contrariamente all'opinione dominante, "per processi iniziati dopo la data di entrata in vigore del presente decreto [devono] intendersi, nell'ottica di

Quanto alla tecnica legislativa utilizzata, bisogna rilevare una modalità tecnica discutibile e foriera di dubbi per quanto concerne la conversione del decreto in legge: difatti, rispetto alla versione originaria del d.l., in sede di conversione non si è proceduto con la consueta tecnica di emendamenti al testo base, ma con la doppia tecnica di emendamenti al testo base ed introduzione di ulteriori 19 commi nell'art. 1 del d.l., del tutto autonomi.

La risultanza della conversione in legge con tale tecnica è stata la sovrapposizione e la coesistenza di due interventi normativi in parte di novella e in parte di disposizioni transitorie.

Occorre adesso tentare di identificare la *ratio* di tale intervento in cui si possono individuare sinteticamente sei matrici⁴⁷:

- (i) semplificare le fonti attuative;
- (ii) modificare taluni istituti per scongiurare le procedure di infrazione comunitaria o le condanne da parte della CGUE;
- (iii) semplificare le procedure di gara;
- (iv) correggere alcune norme per dirimere questioni esegetiche e coordinare il Codice con sopravvenuti atti normativi;
- (v) prorogare alcuni termini;
- (vi) accelerare il contenzioso.

In ossequio alla *prima matrice*, una parte degli atti attuativi del Codice deve essere sostituita da un regolamento, da adottarsi con d.p.r. ai sensi dell'art. 17, c. 1, lett. a e b, l. n. 400/1988.

Nelle more di tale atto, gli strumenti di *soft regulation* adottati (che tale regolamento deve sostituire) rimangono transitoriamente efficaci.

Tuttavia, tale salvezza riguarda soltanto gli atti già vigenti: perciò, il potere di adottarne nuovi o di modificare quelli esistenti è stato inesercitabile dal 18.6.2019⁴⁸.

Rispondono alla *seconda matrice*:

- (i) la sospensione, fino al 31.12.2020, dell'art. 80, c. 5⁴⁹, quanto alla terna dei subappaltatori;

chi agisce in giudizio ovvero di chi lo ha iniziato, quelli in cui il ricorso introduttivo venga notificato (e non depositato) dopo il 19 aprile 2019".

⁴⁷ R. DE NICTOLIS, *op. ult. cit.*, pp. 24-28.

⁴⁸ H. BONURA – F. CIARAVELLA, *L'attuazione del Codice dei contratti pubblici tra Linee Guida e Regolamento: conflitto o composizione di competenze?*, in D. BOLOGNINO – H. BONURA – A. STORTO (a cura di), *op. cit.*, pp. 13 ss.; C. GENOVESE – L. SECCIA, *L'abrogazione delle Linee Guida ANAC e il nuovo Regolamento unico*, in G.A. GIUFFRÈ – S. TRANQUILLI (a cura di), *op. cit.*, pp. 25 ss.; A. MADEO, *Il ridimensionamento della soft law, il ritorno al Regolamento Unico di attuazione del Codice e il relativo regime transitorio*, in F. CARINGELLA – M. GIUSTINIANI (a cura di), *op. cit.*, pp. 223 ss.; A.M. NICO – F. SICURO, *Dal decreto ministeriale al regolamento*, in M. MARIANI – L. SPAGNOLETTI – E. TOMA (a cura di), *op. cit.*, pp. 301 ss.; M.P. SANTORO, *Dalla soft law al regolamento*, in M. MARIANI – L. SPAGNOLETTI – E. TOMA (a cura di), *op. cit.*, pp. 311 ss.

⁴⁹ B. BRUNO, *Motivi di esclusione*, in M. MARIANI – L. SPAGNOLETTI – E. TOMA (a cura di), *op. cit.*, pp. 125 ss.; G.A. GIUFFRÈ, *Le principali novità in tema di subappalto*, in G.A. GIUFFRÈ – S. TRANQUILLI (a cura di), *op. cit.*, pp. 102 ss.; M.

(ii) la sospensione fino al 31.12.2020 dell'art. 105⁵⁰ in tema di terna di subappaltatori e di importo massimo subappaltabile⁵¹.

Per quanto concerne la *terza matrice*, l'art. 1, c. 20, l. n. 55/2019 ha riscritto radicalmente la disciplina delle gare sotto-soglia *ex art. 36⁵² (lett. b)*, e ha ritoccato anche ulteriori regole contenute negli 95⁵³ (*lett. t*) e 97⁵⁴ (*lett. u*) quanto alla verifica di anomalia, in chiave di massima semplificazione, per una maggiore flessibilità delle procedure.

Nell'ottica prevista dalla *quarta matrice*, la l. n. 55/2019 ha rimediato ad una serie di scelte operate dalla legge delega e dal Codice autonomamente rispetto alle direttive europee che, sebbene finalizzate ad una maggiore qualità e trasparenza degli appalti pubblici, si sono rivelate nell'applicazione pratica troppo rigide, fonte di rallentamenti delle procedure di gara.

In tale gruppo di modifiche rientrano le semplificazioni in merito:

(i) alle gare dei Comuni non capoluogo di Provincia ai sensi dell'art. 37, c. 4⁵⁵, fino al 31.12.2020 (*ex art. 1, c. 1, lett. a, l. n. 55/2019*);

(ii) all'appalto integrato ai sensi dell'art. 59, c. 1⁵⁶, fino al 31.12.2020 (*ex art. 1, c. 1, lett. b*);

GIUSTINIANI – A. PACCIONE, *Le nuove regole in materia di motivi di esclusione*, in F. CARINGELLA – M. GIUSTINIANI (a cura di), *op. cit.*, pp. 105 ss.

⁵⁰ P. FONTANA, *Le nuove regole in materia di subappalto*, in F. CARINGELLA – M. GIUSTINIANI (a cura di), *op. cit.*, pp. 157 ss.; G. A. GIUFFRÈ, *op. ult. cit.*, pp. 102 ss.; M. MARIANI, *Subappalto*, in M. MARIANI – L. SPAGNOLETTI – E. TOMA (a cura di), *op. cit.*, pp. 163 ss.; G. MAZZOTTA, *Norme di sospensione o a carattere temporaneo*, in D. BOLOGNINO – H. BONURA – A. STORTO (a cura di), *op. cit.*, pp. 88 ss.

⁵¹ Art. 1, c. 18, l. n. 55/2019: “Nelle more di una complessiva revisione del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, fino al 31 dicembre 2020, in deroga all'articolo 105, comma 2, del medesimo codice, fatto salvo quanto previsto dal comma 5 del medesimo articolo 105, il subappalto è indicato dalle stazioni appaltanti nel bando di gara e non può superare la quota del 40 per cento dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture.

Fino alla medesima data di cui al periodo precedente, sono altresì sospese l'applicazione del comma 6 dell'articolo 105 e del terzo periodo del comma 2 dell'art. 174, nonché le verifiche in sede di gara, di cui all'articolo 80 del medesimo codice, riferite al subappaltatore”.

⁵² M. FAVIERE, *Contratti sotto soglia*, in M. MARIANI – L. SPAGNOLETTI – E. TOMA (a cura di), *op. cit.*, pp. 51 ss.; R. GIORDANO, *Le nuove procedure di affidamento e gara: modifica delle 'soglie', dei criteri di aggiudicazione e della valutazione delle offerte anomale*, in D. BOLOGNINO – H. BONURA – A. STORTO (a cura di), *op. cit.*, pp. 34 ss.; A. PACCIONE, *Le nuove regole in materia di procedure di affidamento di contratti sotto-soglia*, in F. CARINGELLA – M. GIUSTINIANI (a cura di), *op. cit.*, pp. 43 ss.; M. VELLISCIG, *Le principali novità in tema di affidamenti sottosoglia*, in G.A. GIUFFRÈ – S. TRANQUILLI (a cura di), *op. cit.*, pp. 51 ss.

⁵³ R. GIORDANO, *op. cit.*, pp. 39 ss.; F. MIGLIAROTTI, *Criteri di aggiudicazione dell'appalto*, in M. MARIANI – L. SPAGNOLETTI – E. TOMA (a cura di), *op. cit.*, pp. 147 ss.; M. VIOLA, *Le nuove regole in materia di criteri di aggiudicazione*, in F. CARINGELLA – M. GIUSTINIANI (a cura di), *op. cit.*, pp. 137 ss.

⁵⁴ R. GIORDANO, *op. cit.*, pp. 39 ss.; I. MADEO, *Le nuove regole in materia di offerte anormalmente basse*, in F. CARINGELLA – M. GIUSTINIANI (a cura di), *op. cit.*, pp. 147 ss.; L.M. PETRONE, *Le principali novità in tema di offerte anomale*, in G.A. GIUFFRÈ – S. TRANQUILLI (a cura di), *op. cit.*, pp. 59 ss.; M. VALENTE, *Offerte anormalmente basse*, in M. MARIANI – L. SPAGNOLETTI – E. TOMA (a cura di), *op. cit.*, pp. 155 ss.

⁵⁵ I. MADEO, *Le nuove regole in materia di aggregazioni e centralizzazione delle committenze*, in F. CARINGELLA – M. GIUSTINIANI (a cura di), *op. cit.*, pp. 63 ss.; G. MAZZOTTA, *op. cit.*, p. 80; B.A. PASQUALONE, *Aggregazioni e centralizzazione delle committenze*, in M. MARIANI – L. SPAGNOLETTI – E. TOMA (a cura di), *op. cit.*, pp. 63 ss.

⁵⁶ A. ANNIBALI, *Scelta delle procedure e oggetto del contratto*, in M. MARIANI – L. SPAGNOLETTI – E. TOMA (a cura di), *op. cit.*, pp. 99 ss.; G. MAZZOTTA, *op. cit.*, p. 81; A. PACCIONE, *Le nuove regole in materia di scelta delle procedure e oggetto del contratto*, in F. CARINGELLA – M. GIUSTINIANI (a cura di), *op. cit.*, pp. 83 ss.

(iii) all'utilizzo dell'Albo dei commissari di gara ai sensi dell'art. 77, c. 3⁵⁷, fino al 31.12.2020 (*ex art. 1, c. 1, lett. c*);

(iv) ai requisiti di qualificazione degli operatori di mercato ai sensi dell'art. 84⁵⁸ (*ex art. 1, c. 20, lett. q*);

(v) all'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'art. 95⁵⁹ (*ex art. 1, c. 20, lett. t*).

Inoltre, appartengono alla stessa *ratio legis*:

(i) le modifiche dell'art. 97⁶⁰ in tema di offerte anomale (*ex art. 1, c. 20, lett. u*);

(ii) le modifiche dell'art. 95, c. 15⁶¹, in tema di cristallizzazione della soglia di anomalia (*ex art. 1, c. 20, lett. t*);

(iii) le norme di coordinamento tra il Codice dei contratti pubblici e il Codice della crisi d'impresa (d.lgs. 12.1.2019, n. 14) in tema di partecipazione alle gare e prosecuzione nei contratti per i soggetti in concordato ai sensi dell'art. 110⁶² (*ex art. 2*).

In merito alla *quinta matrice* si segnalano:

(i) la proroga al 31.12.2020 dell'obbligo di adeguamento per le concessioni in essere alle nuove regole in materia di esternalizzazione *ex art. 177, c. 2⁶³* (*ex art. 1, c. 20, lett. bb*);

(ii) la proroga per indire le gare per le concessioni autostradali *ex art. 216, c. 27 sexies⁶⁴* (*ex art. 1, c. 20, lett. gg*).

Infine, per quanto concerne l'*ultima matrice*, come anticipato, è stato abolito il rito super-accelerato avverso esclusioni e ammissioni di cui all'art. 120, cc. 2 *bis* e 6 *bis* c.p.a.⁶⁵

⁵⁷ H. BONURA – F. CIARAVELLA, *Il 'pacchetto' di correttivi per accelerare le procedure di gara*, in D. BOLOGNINO – H. BONURA – A. STORTO (a cura di), *op. cit.*, pp. 25 ss.; M. SANTORO, *Commissione giudicatrice*, in M. MARIANI – L. SPAGNOLETTI – E. TOMA (a cura di), *op. cit.*, pp. 113 ss.; M. VIOLA, *Le nuove regole in materia di commissione giudicatrice*, in F. CARINGELLA – M. GIUSTINIANI (a cura di), *op. cit.*, pp. 99 ss.

⁵⁸ H. BONURA – F. CIARAVELLA, *op. ult. cit.*, p. 27; F. CAPUTI IAMBRENGHI, *Sistema unico di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici*, in M. MARIANI – L. SPAGNOLETTI – E. TOMA (a cura di), *op. cit.*, pp. 136 ss.; P. FONTANA, *Le nuove regole in materia di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici*, in F. CARINGELLA – M. GIUSTINIANI (a cura di), *op. cit.*, pp. 121 ss.

⁵⁹ R. GIORDANO, *op. cit.*, pp. 39 ss.; F. MIGLIAROTTI, *op. cit.*, pp. 147 ss.; M. VIOLA, *Le nuove regole in materia di criteri di aggiudicazione*, in F. CARINGELLA – M. GIUSTINIANI (a cura di), *op. cit.*, pp. 137 ss.

⁶⁰ R. GIORDANO, *op. cit.*, pp. 39 ss.; I. MADEO, *Le nuove regole in materia di offerte anormalmente basse*, in F. CARINGELLA – M. GIUSTINIANI (a cura di), *op. cit.*, pp. 147 ss.; L.M. PETRONE, *op. cit.*, pp. 59 ss.; M. VALENTE, *op. cit.*, pp. 155 ss.

⁶¹ R. GIORDANO, *op. cit.*, pp. 39 ss.; F. MIGLIAROTTI, *op. cit.*, pp. 147 ss.; M. VIOLA, *op. ult. cit.*, pp. 137 ss.

⁶² F.P. BELLO – E. LUPO, *Procedure di affidamento in caso di fallimento dell'esecutore o di risoluzione del contratto e misure straordinarie di gestione*, in M. MARIANI – L. SPAGNOLETTI – E. TOMA (a cura di), *op. cit.*, pp. 175 ss.; D. BOLOGNINO, *Crisi d'impresa e contratti pubblici: tra favor per l'impresa e tutela dell'interesse della stazione appaltante e dei creditori*, in D. BOLOGNINO – H. BONURA – A. STORTO (a cura di), *op. cit.*, pp. 43 ss.; M. VIOLA, *Le nuove regole in materia di crisi d'impresa*, in F. CARINGELLA – M. GIUSTINIANI (a cura di), *op. cit.*, pp. 173 ss.

⁶³ P. BALDUCCI, *Affidamenti dei concessionari*, in M. MARIANI – L. SPAGNOLETTI – E. TOMA (a cura di), *op. cit.*, pp. 201 ss.; F. NARDONE, *Le novità introdotte dal decreto sblocca cantieri e dalla legge di conversione in materia di concessioni: l'impatto sul Codice dei contratti*, in D. BOLOGNINO – H. BONURA – A. STORTO (a cura di), *op. cit.*, pp. 92 ss.; D. SAMMARRO, *Le principali novità in materia di concessioni autostradali*, in G.A. GIUFFRÈ – S. TRANQUILLI (a cura di), *op. cit.*, pp. 48 ss.; M. VIOLA, *Le nuove regole in materia di affidamenti dei concessionari*, in F. CARINGELLA – M. GIUSTINIANI (a cura di), *op. cit.*, pp. 185 ss.

⁶⁴ A. GHIRIBELLI, *Disposizioni transitorie e di coordinamento*, in M. MARIANI – L. SPAGNOLETTI – E. TOMA (a cura di), *op. cit.*, pp. 273 ss.; F. NARDONE, *op. cit.*, pp. 97 ss.; D. SAMMARRO, *op. cit.*, pp. 48 ss.

4. Le intrinseche ragioni del declino della regolazione sub-primaria flessibile

Venendo all'esame del *revirement* legislativo circa le fonti della materia, è necessario ricordare che, al momento del concepimento del vigente sistema di regolazione sub-primaria flessibile, il Legislatore immaginava un ideale tanto *salvifico in astratto* quanto *irrealizzabile in concreto*: quello di realizzare un Codice composto di norme snelle e auto-esecutive, cui affiancare gli atti regolamentari *impropriamente* definiti di “*soft law*”⁶⁶.

Tuttavia, tali strumenti sono apparsi da subito incompleti e disordinati: *incompleti* perché manca la definizione puntuale del loro oggetto e della loro efficacia; *disordinati* perché questi atti sono contemplati da numerose disposizioni sparse nel Codice in modo disorganico.

È piuttosto singolare che il Legislatore abbia affidato alla regolazione sub-primaria flessibile un ruolo così pervasivo nella attuazione e semplificazione del Codice e, al tempo stesso, abbia ommesso di fornire una disciplina chiara della sua fisionomia e del suo contenuto.

Interrogandosi sulle ragioni del declino di tale impianto regolatorio occorre considerare che il medesimo avrebbe dovuto contenere *prescrizioni di dettaglio* dirette a concretizzare il risultato indicato in modo generico dal Codice.

Al contrario, gli atti attuativi (in particolar modo le Linee guida) si sono limitati a dettare *prescrizioni generiche*, vanificando l'ontologia degli strumenti di regolazione flessibile.

A ciò si aggiunga che il tratto caratterizzante tale regolazione, ossia la rapida e periodica modificabilità, è risultato spesso astratto.

In primo luogo, poiché della prospettata velocità di questi procedimenti non si è avuto un riscontro concreto: ad esempio, le Linee guida sono state emanate con ritmi piuttosto lenti, non necessariamente più serrati di quelli propri dei regolamenti governativi.

In secondo luogo, il dato della modificabilità nel tempo del precetto non ha offerto particolari elementi di interesse per definire il carattere davvero innovativo della flessibilità: l'attribuzione di un inesauribile potere di intervento è connaturato ad ogni fonte legislativa⁶⁷.

Un ulteriore problema dell'assetto disciplinare sub-primario ha riguardato i termini di completamento: infatti, mentre nel caso del modello rigido-regolamentare gli operatori economici e le stazioni appaltanti hanno a disposizione un testo unitario idoneo a disciplinare l'intero ambito sub-primario dal momento

⁶⁵ M. GIUSTINIANI – P. FONTANA, *L'abrogazione del rito processuale super-accelerato*, in F. CARINGELLA – M. GIUSTINIANI (a cura di), *op. cit.*, pp. 245 ss.; H. SIMONETTI – A. STORTO, *Il rito c.d. super veloce per i giudizi riguardanti i contratti pubblici: l'interesse al ricorso 'liberato'*, in D. BOLOGNINO – H. BONURA – A. STORTO (a cura di), *op. cit.*, pp. 67 ss.; E. TOMA, *Ricorsi giurisdizionali*, in M. MARIANI – L. SPAGNOLETTI – E. TOMA (a cura di), *op. cit.*, pp. 237 ss.; S. TRANQUILLI, *Le principali novità giurisprudenziali sul rito speciale*, in G.A. GIUFFRÈ – S. TRANQUILLI (a cura di) *op. cit.*, pp. 86 ss.

⁶⁶ C. CONTESSA, *Dalla legge delega al nuovo Codice: opportunità e profili di criticità*, in www.giustamm.it, 2016, n. 4 ed in C. CONTESSA – D. CROCCO (a cura di), *Il nuovo Codice degli appalti commentato*, Roma, DEI, 2016.

⁶⁷ M. LIPARI, *La regolazione flessibile dei contratti pubblici e le linee guida dell'ANAC cit.*, pp. 136 ss.

della sua emanazione, nel caso della regolazione sub-primaria flessibile l'opera di composizione del quadro disciplinare non offre alcuna certezza circa il momento del perfezionamento⁶⁸.

In altri termini, tale impianto regolatorio – pur presentato come una scelta migliorativa e idonea a soddisfare celermente le esigenze di chiarezza, in ossequio al principio costituzionale ed europeo di certezza del diritto – ha finito in concreto per determinare incertezze ben maggiori, con quanto ne è conseguito in termini di incremento del contenzioso e rallentamento delle gare pubbliche⁶⁹.

Dunque, come ha rilevato autorevole dottrina (M. Lipari), bisogna rimarcare come lo *stravolgimento del sistema delle fonti* non ha determinato particolari benefici⁷⁰.

A tal punto, può notarsi come la regolazione sub-primaria flessibile (in particolar modo le Linee guida dell'ANAC) abbia costituito un notevole fattore di appesantimento della disciplina, in completa contraddizione con la ragione ispiratrice che – a mo' di canto delle sirene⁷¹ – aveva sedotto il Legislatore.

Difatti, la *soft regulation* avrebbe dovuto fungere da accompagnamento e da supporto alle Pubbliche Amministrazioni ai fini della più utile attuazione della normativa⁷².

Se fosse stata ricondotta entro questi limiti, la medesima, per un verso, sarebbe risultata uno strumento di estrema efficacia in ragione del suo carattere informale e duttile e, per altro verso, avrebbe evitato di complicare (anziché semplificare) l'attuazione delle leggi, generando un contenzioso dagli esiti incerti, introducendo fattori di incertezza in ordine alla loro effettiva cogenza e aggravando la stessa conoscibilità delle regole⁷³.

Dunque, l'esito di queste criticità è stato l'uovo di Colombo⁷⁴: il ritorno ad un regolamento.

⁶⁸ C. CONTESSA, *La regolazione subprimaria nel nuovo codice degli appalti*, in ISTITUTO ENCICLOPEDIA ITALIANA, *Il libro dell'anno di diritto 2017*, Roma, 2017.

⁶⁹ G.A. GIUFFRÈ, *Le nuove dimensioni del regolamento cit.*, p. 9.

⁷⁰ M. LIPARI, *op. ult. cit.*; si veda anche F. CINTIOLI, *op. ult. cit.*: “I giuristi si sono accapigliati in un dibattito per capire se le linee guida fossero norme oppure no, che cosa fosse esattamente questa soft law, al di là dell'affascinante tonalità anglosassone. Ma dietro questo dialogo tra tecnici c'era un equivoco di fondo: o c'è bisogno di una regola, ma allora che la si faccia e che sia una norma di un regolamento vero e proprio e tracciata con linguaggio giuridico, oppure non ce n'è bisogno, e allora facciamo a meno anche delle linee guida” (p. 102).

Inoltre, l'Autore ha sostenuto che “il problema [della regolazione sub-primaria flessibile] derivava in larga parte dalle scelte legislative: se le linee guida sono fatte da un'autorità che deve prevenire la corruzione e se si muove da una cultura del sospetto che dice che le amministrazioni sono (sovente) corrotte, allora è difficile che le stesse linee guida possano avere uno scopo di semplificazione e alleggerimento e di accompagnamento delle stazioni appaltanti al risultato” (p. 103).

⁷¹ Omero, nel XII libro dell'*Odissea*, narra che il canto delle sirene fosse ammaliante ma anche letale per gli uditori: “A colui che ignaro s'accosta e ascolta la voce delle Sirene, mai più la moglie e i figli bambini gli sono vicini, felici che a casa è tornato” (vv. 41-43).

⁷² S. VALAGUZZA, *Nudging pubblico vs. pubblico cit.*, p. 116.

⁷³ C. DEODATO, *Le linee guida dell'ANAC cit.* pp. 12-13.

⁷⁴ Ci si riferisce all'aneddoto secondo cui C. Colombo trovò una soluzione banale ad un problema apparentemente complesso (riportato da G. Benzoni nell'*Historia del Mondo Nuovo*): dei nobili spagnoli diffidavano delle capacità del navigatore di poter trovare le Indie, ma Colombo “fattosi portare un uovo, lo pose in tavola, dicendo: io voglio, Signori, con qualsivoglia di voi giocare una scommessa che non farete stare questo uovo in piedi come farò io, nudo senza cosa alcuna. Vi provarono tutti, ed a nessuno successe di farlo stare in piedi; come alle mani del Colombo l'uovo venne, dandogli una battuta sulla tavola lo fermò,

5. Il ritorno al Regolamento unico

Come anticipato, tra le novelle recate dal Decreto Sblocca cantieri, una posizione preminente ha assunto la disposizione del comma 27 *octies* dell'art. 216, che ha previsto l'introduzione (invero, si direbbe il *ritorno*) di un regolamento vocato a sostituire, nell'ambito delle fonti di produzione disciplinanti la materia dei contratti pubblici, i decreti ministeriali e le Linee guida che non hanno sortito gli effetti sperati.

Difatti, il comma 27 *octies* sancisce che “*nelle more dell'adozione, entro 180 giorni dalla data di entrata in vigore della presente disposizione, ai sensi dell'art. 17, comma 1, lettere a) e b), della legge 23 agosto 1988, n. 400, su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti di concerto con il Ministero dell'economia e delle finanze ... di un regolamento unico recante disposizioni di esecuzione, attuazione e integrazione del presente codice, le Linee Guida e i decreti adottati in attuazione delle previgenti disposizioni di cui agli articoli 24, comma 2, 31, comma 5, 36, comma 7, 89, comma 11, 111, commi 1 e 2, 146, comma 4, 147, commi 1 e 2, e 150, comma 2, rimangono in vigore o restano efficaci fino alla data di entrata in vigore del regolamento di cui al presente comma*”.

Pertanto, al fine di perseguire la menzionata *ratio* di uniformità e razionalizzazione, il regolamento *dovrebbe* veicolare una necessaria rigenerazione normativa del sistema introdotto dal Codice, la cui complessità ha recato un tangibile *vulnus* al principio della certezza del diritto ed alla consequenziale individuazione della disciplina applicabile.

È in questo panorama di diffusa macchinosità che trova giustificazione la reintroduzione del regolamento, il quale, rispetto alla (subordinata) fonte del decreto ministeriale o delle Linee guida dell'ANAC, *dovrebbe* garantire una maggiore vincolatività, uniformità e coerenza ricostruttiva della materia⁷⁵.

Di contro, i continui mutamenti e l'eccessiva flessibilità degli strumenti di *soft law* compromettevano la corretta applicazione del diritto, disorientavano le stazioni appaltanti e rischiavano di favorire proprio quei fenomeni di inefficienza e corruzione che le riforme del 2016, del 2017 e del 2019 in realtà avrebbero voluto prevenire⁷⁶.

6. La disciplina recata dall'*emanando* Regolamento

L'art. 216, c. 27 *octies*, ha affidato al regolamento la disciplina circa:

- (a) la nomina, il ruolo e i compiti del RUP,
- (b) la progettazione di lavori, servizi e forniture e la verifica del progetto,
- (c) il sistema di qualificazione e i requisiti degli esecutori di lavori e dei contraenti generali,

appiattendoci così un poco della punta; onde tutti restarono smarriti, intendendo che voleva dire: che dovevano cercare le Indie, e non ridersi di chi le cercava prima di loro”.

⁷⁵ A.M. NICO – F. SICURO, *op. cit.*, p. 308.

⁷⁶ M.P. SANTORO, *op. cit.*, pp. 315-318.

- (d) le procedure di affidamento e realizzazione dei contratti di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie comunitarie,
- (e) la direzione dei lavori e dell'esecuzione,
- (f) l'esecuzione dei contratti di lavori, servizi e forniture, la contabilità, le sospensioni e le penali,
- (g) il collaudo e la verifica di conformità,
- (h) l'affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria e i relativi requisiti degli operatori economici,
- (i) i lavori riguardanti i beni culturali.

L'emanando Regolamento – ancora in fase di bozza, nonostante siano trascorsi i 180 giorni indicati dal c. 27 *octies* (per essere precisi, in realtà sono passati *più di 365 giorni*) – consta *per ora* di soli 315 articoli, suddivisi in sette Parti.

Nel dettaglio, la Parte I, recante le disposizioni comuni, disciplina, rispettivamente nei Titoli II (artt. 3-6) e III (artt. 7-14), le nuove funzioni del RUP⁷⁷ e gli affidamenti di appalti e concessioni di importo inferiore alle soglie comunitarie⁷⁸.

Entrambi ricalcano quasi integralmente il contenuto delle Linee guida nn. 3 (Delibera n. 1096 del 26.10.2016, aggiornata con Delibera n. 1007 dell'11.10.2017) e 4 (Delibera n. 1097 del 26.10.2016, aggiornata con Delibera n. 206 dell'1.3.2018) dell'ANAC.

Non ci si può esimere dal rilevare che una così minuziosa disciplina *potrebbe* ridurre notevolmente la flessibilità e la discrezionalità in capo alle stazioni appaltanti.

Per quanto concerne la Parte II sui sistemi di affidamento e realizzazione di appalti pubblici e concessioni di lavori, essa è suddivisa in sei Titoli,

- (i) il I (artt. 15-31) sulle SOA,
- (ii) il II (artt. 32-73) sui sistemi di qualificazione delle imprese⁷⁹,
- (iii) il III (artt. 74-77) sull'avvalimento⁸⁰,

⁷⁷ R. DE NICTOLIS, *op. ult. cit.*, pp. 408-424; F. CARINGELLA, *op. cit.*, pp. 373 ss.; G.D. COMPORI, *Il procedimento e il responsabile*, in M. CLARICH (a cura di), *op. cit.*, pp. 273 ss.; C. SALTELLI, *Responsabile del procedimento negli appalti e nelle concessioni*, in M.A. SANDULLI – R. DE NICTOLIS (a cura di), *op. cit. V. II*, pp. 49 ss.; R. GAROFOLI – G. FERRARI, *op. cit.*, pp. 243 ss.; M.C. ROSSI TAFURI – I. SORRENTINO, *Modalità di affidamento*, in M. CORRADINO – S. STICCHI DAMIANI (a cura di), *op. cit.*, pp. 80 ss.

⁷⁸ R. DE NICTOLIS, *op. ult. cit.*, pp. 551-587; F. CARINGELLA, *op. cit.*, pp. 63 ss.; G. FONDERICO, *Contratti sotto soglia*, in M. CLARICH (a cura di), *op. cit.*, pp. 867 ss.; A. POLICE, *Ambito soggettivo: soglie*, in M.A. SANDULLI – R. DE NICTOLIS (a cura di), *op. cit. V. I*, pp. 685 ss.; M. SANINO, *Contratti sotto soglia*, in M.A. SANDULLI – R. DE NICTOLIS (a cura di), *op. cit. V. II*, pp. 323 ss.; C. NUZZO, *Rilevanza comunitaria e contratti sotto soglia*, in M. CORRADINO – S. STICCHI DAMIANI (a cura di), *op. cit.*, pp. 103 ss.; R. GAROFOLI – G. FERRARI, *op. cit.*, pp. 323 ss.

⁷⁹ R. DE NICTOLIS, *op. ult. cit.*, pp. 800-867; F. CARINGELLA, *op. cit.*, pp. 199 ss.; F. FRANCIOSI, *Requisiti speciali di capacità dei concorrenti*, in M.A. SANDULLI – R. DE NICTOLIS (a cura di), *op. cit. V. II*, pp. 1037 ss.; A. CIANFLONE – G. GIOVANNINI – V. LOPILATO, *op. cit.*, pp. 599 ss.; G. IOANNIDES, *op. cit.*, pp. 644 ss.

⁸⁰ R. DE NICTOLIS, *op. ult. cit.*, pp. 877-912; F. CARINGELLA, *op. cit.*, pp. 326 ss.; G. IOANNIDES, *op. cit.*, pp. 665 ss.; C. ZUCHELLI, *L'avvalimento*, in M.A. SANDULLI – R. DE NICTOLIS (a cura di), *op. cit. V. II*, pp. 1104 ss.; A. CIANFLONE –

(iv) il IV (artt. 78-126) sulla progettazione dei lavori⁸¹,

(v) il V (artt. 127-137) sullo svolgimento delle procedure e sulla selezione delle offerte⁸² (in particolare, l'appalto integrato⁸³),

(vi) il VI (artt. 138-212) sull'esecuzione dei lavori (la direzione dei lavori e la direzione tecnica⁸⁴, il contratto, la contabilità dei lavori e il pagamento, l'esecuzione in senso stretto⁸⁵, il collaudo⁸⁶).

Una disciplina così strutturata dell'esecuzione ricalca *ampiamente* il Regolamento del 2010: ad esempio, con riferimento alla disciplina della SOA dell'emanando Regolamento si vedano gli artt. 60-104 del precedente Regolamento⁸⁷; lo stesso si dica della novella disciplina della progettazione dei lavori,

G. GIOVANNINI – V. LOPILATO, *op. cit.*, pp. 599 ss.; U. DE LUCA, *L'avvalimento*, in M. CORRADINO – S. STICCHI DAMIANI (a cura di), *op. cit.*, pp. 385 ss.; R. GAROFOLI – G. FERRARI, *op. cit.*, pp. 711 ss.

⁸¹ R. DE NICTOLIS, *op. ult. cit.*, pp. 320-335; F. CARINGELLA, *op. cit.*, pp. 339 ss.; C. CRESTA, *Livelli della progettazione*, in M.A. SANDULLI – R. DE NICTOLIS (a cura di), *op. cit. V. I*, pp. 1181 ss.; C. CRESTA, *Verifica dei progetti*, *ivi*, pp. 1257 ss.; R. DI PACE, *Pianificazione, programmazione, progettazione*, in M. CLARICH (a cura di), *op. cit.*, pp. 305 ss.; A. GRAZIANO, *Programmazione*, in M.A. SANDULLI – R. DE NICTOLIS (a cura di), *op. cit. V. I*, pp. 1123 ss.; A. CIANFLONE – G. GIOVANNINI – V. LOPILATO, *op. cit.*, pp. 859 ss.; R. GAROFOLI – G. FERRARI, *op. cit.*, pp. 173 ss.; V.D. SCIANCALEPORE, *Pianificazione, programmazione e progettazione*, in M. CORRADINO – S. STICCHI DAMIANI (a cura di), *op. cit.*, pp. 43 ss.

⁸² R. DE NICTOLIS, *op. ult. cit.*, pp. 1184-1235; F. CARDARELLI, *Criteri di aggiudicazione*, in M.A. SANDULLI – R. DE NICTOLIS (a cura di), *op. cit. V. III*, pp. 531 ss.; F. CARINGELLA, *op. cit.*, pp. 439 ss., 505 ss.; C. CRESTA, *Formule e modelli matematici OEPV*, in M.A. SANDULLI – R. DE NICTOLIS (a cura di), *op. cit. V. III*, pp. 581 ss.; P. DELLA VENTURA, *Controlli sugli atti delle procedure di affidamento*, in M.A. SANDULLI – R. DE NICTOLIS (a cura di), *op. cit. V. II*, pp. 136 ss.; M. LIPARI, *Fasi delle procedure di affidamento*, *ivi*, pp. 76 ss.; G. MARGIOTTA, *Scelta delle procedure, procedura aperta e ristretta*, in M.A. SANDULLI – R. DE NICTOLIS (a cura di), *op. cit. V. III*, pp. 3 ss.; P. MILAZZO, *op. cit.*, pp. 461 ss.; A. CIANFLONE – G. GIOVANNINI – V. LOPILATO, *op. cit.*, pp. 1037 ss.; R. ESPOSITO, *Le procedure di scelta del contraente nei settori ordinari*, in M. CORRADINO – S. STICCHI DAMIANI (a cura di), *op. cit.*, pp. 225 ss.; R. GAROFOLI – G. FERRARI, *op. cit.*, pp. 409 ss., 513 ss.; A. SAVINO, *Modalità comuni alle procedure di affidamento*, in M. CORRADINO – S. STICCHI DAMIANI (a cura di), *op. cit.*, pp. 187 ss.

⁸³ R. DE NICTOLIS, *op. ult. cit.*, pp. 161-164.

⁸⁴ R. DE NICTOLIS, *op. ult. cit.*, pp. 1384-1408; A. BARONE, *Direzione dei lavori, direzione dell'esecuzione e RUP nella fase di esecuzione dei contratti pubblici*, in M.A. SANDULLI – R. DE NICTOLIS (a cura di), *op. cit. V. IV*, pp. 181 ss.; A. CIANFLONE – G. GIOVANNINI – V. LOPILATO, *op. cit.*, pp. 1740 ss.

⁸⁵ R. DE NICTOLIS, *op. ult. cit.*, pp. 1422-1457, 1484-1490; D. BOLOGNINO, *L'esecuzione e le vicende del contratto*, in M. CLARICH (a cura di), *op. cit.*, pp. 774 ss.; F. CARINGELLA, *op. cit.*, pp. 547 ss.; A. PLAISANT, *Sospensione*, in M.A. SANDULLI – R. DE NICTOLIS (a cura di), *op. cit. V. IV*, pp. 319 ss.; F. SCIAUDONE, *Varianti e modifiche*, *ivi*, pp. 253 ss.; M. ZOPPOLATO – A. COMPARONI, *Pagamenti e penali*, *ivi*, pp. 283 ss.; M. ZOPPOLATO – A. COMPARONI, *Revisione dei prezzi*, *ivi*, pp. 65 ss.; A. CIANFLONE – G. GIOVANNINI – V. LOPILATO, *op. cit.*, pp. 279 ss., 830 ss., 1665 ss., 1808 ss., 1830 ss., 1881 ss., 1898 ss., 1910 ss., 1929 ss., 1935 ss., 1946 ss., 1955 ss., 1975 ss., 2037 ss., 2053 ss., 2107 ss., 2123 ss., 2585 ss., 2627 ss.; S. BUFARDECI, *L'esecuzione dei contratti pubblici*, in M. CORRADINO – S. STICCHI DAMIANI (a cura di), *op. cit.*, pp. 437 ss.; R. GAROFOLI – G. FERRARI, *op. cit.*, pp. 795 ss.

⁸⁶ R. DE NICTOLIS, *op. ult. cit.*, pp. 1541-1558; D. BOLOGNINO, *op. ult. cit.*, pp. 819 ss.; F. CARINGELLA, *op. cit.*, pp. 591 ss.; G. TROTTA – E. ROBALDO, *Collaudo*, in M.A. SANDULLI – R. DE NICTOLIS (a cura di), *op. cit. V. IV*, pp. 441 ss.; A. CIANFLONE – G. GIOVANNINI – V. LOPILATO, *op. cit.*, pp. 2187 ss., 2211 ss., 2227 ss., 2256 ss.; S. BUFARDECI, *op. cit.*, pp. 452 ss.

⁸⁷ S. BACCARINI – G. CHINÉ – R. PROIETTI (a cura di), *op. cit.*, pp. 2417 ss., 2419 ss., 2428 ss., 2444 ss., 2448 ss.; A. BOTTO – M.L. CHIMENTI – L. IANNOTTA – N. TORCHIO, *Il sistema di qualificazione per i lavori pubblici e le categorie di opere*, in M.A. SANDULLI – R. DE NICTOLIS – R. GAROFOLI (a cura di), *op. cit.*, pp. 4569 ss.

comparabile con gli artt. 14-59 del d.p.r. n. 207/2010⁸⁸. Parimenti, per il Titolo VI dell'*emanando* Regolamento il regolatore ha preso *lauto* spunto dagli artt. 137-238 del precedente atto regolamentare⁸⁹.

Si potrebbe pensare che i compilatori della bozza di Regolamento siano stati ispirati dal noto verso di G. Tomasi di Lampedusa de *Il gattopardo*: “*Se vogliamo che tutto rimanga com'è, bisogna che tutto cambi*”.

Se l'intenzione del regolatore sia stata *effettivamente* la reviviscenza del d.p.r. n. 207/2010, forse sarebbe bastato abrogare l'art. 217, c. 1, lett. u, del Codice, recante l'abrogazione del precedente Regolamento, senza sprechi di tempo ed energie per scrivere un altro regolamento e creare ulteriore confusione negli operatori.

Ma, al netto di simili speculazioni, sia concesso avere *almeno* una perplessità: se il Legislatore si era risoluto per l'abrogazione del d.p.r. n. 207/2010 *forse* era dovuto alle sue inefficienze.

Dunque, far risorgere il precedente Regolamento, così aspramente criticato dalla dottrina, dai giudici e dagli operatori di sistema, non sembra essere il miglior modo per dare attuazione all'art. 216, c. 27 *octies*.

Né vale a giustificare una simile operazione palingenetica l'esigenza di accelerare i tempi, poiché il termine indicato dal c. 27 *octies* (180 giorni) è meramente ordinatorio; inoltre, oramai è trascorso più di un anno, dunque – ad avviso dello scrivente – sarebbe preferibile attendere ulteriormente per un *valido* regolamento piuttosto che ripristinare quello precedente *ampiamente invalidato*.

La Parte III (artt. 213-272) è dedicata ai sistemi di affidamento dei contratti concernenti servizi⁹⁰, la Parte IV (artt. 273-285) al partenariato pubblico privato⁹¹, la Parte V (artt. 286-308) agli appalti relativi ai beni culturali⁹² e la Parte VI (artt. 309-312) ai contratti relativi a lavori, servizi e forniture nei settori speciali⁹³. Infine, la Parte VII (artt. 313-315) reca le norme transitorie e finali.

⁸⁸ S. BACCARINI – G. CHINÉ – R. PROIETTI (a cura di), *op. cit.*, pp. 2376 ss., 2381 ss., 2389 ss., 2398 ss., 2406 ss.; S. MORO, *La programmazione dei lavori pubblici*, in R. VILLATA – M. BERTOLISSI – V. DOMINICHELLI – G. SALA (a cura di), *op. cit.*, pp. 1187 ss.; D. VOLPE, *La progettazione dell'opera pubblica*, *ivi*, pp. 1535 ss.; A. COLETTA, *La progettazione*, in M.A. SANDULLI – R. DE NICTOLIS – R. GAROFOLI (a cura di), *op. cit.*, pp. 4489 ss.; A. COLETTA, *La verifica dei progetti*, *ivi*, pp. 4539 ss.; S. STICCHI DAMIANI, *La programmazione dei lavori pubblici*, *ivi*, pp. 4469 ss.

⁸⁹ S. BACCARINI – G. CHINÉ – R. PROIETTI (a cura di), *op. cit.*, pp. 2473 ss., 2501 ss., 2515 ss.; M. BRASSON, *La direzione dei lavori*, in R. VILLATA – M. BERTOLISSI – V. DOMINICHELLI – G. SALA (a cura di), *op. cit.*, pp. 1215 ss.; G. MARTINI, *Le riserve*, *ivi*, pp. 1311 ss.; J. NARDELLI, *Il collaudo dei lavori pubblici*, *ivi*, pp. 1453 ss.; G. SALA, *Le modifiche dopo la stipula dei contratti pubblici*, *ivi*, pp. 465 ss.; S. SIMONATO, *La contabilità dell'esecuzione e il pagamento del corrispettivo*, *ivi*, pp. 1095 ss.; A. COLETTA, *La contabilità*, in M.A. SANDULLI – R. DE NICTOLIS – R. GAROFOLI (a cura di), *op. cit.*, pp. 4793 ss.; A.M. GIAMPAOLINO – F. GOGGIAMANI, *I pagamenti, le penali e la revisione dei prezzi*, *ivi*, pp. 4701 ss.; A.M. GIAMPAOLINO, *La sospensione e la ripresa dei lavori*, *ivi*, pp. 4749 ss.; F. GOGGIAMANI, *La consegna dei lavori*, *ivi*, pp. 4733 ss.; F. GOGGIAMANI, *Le varianti*, *ivi*, pp. 4759 ss.; E. ROBALDO, *Il collaudo*, *ivi*, pp. 4809 ss.; M. ZOPPOLATO, *I documenti contrattuali e le spese del contratto*, *ivi*, pp. 4689 ss.; M. ZOPPOLATO, *La direzione dei lavori*, *ivi*, pp. 4721 ss.

⁹⁰ R. DE NICTOLIS, *op. ult. cit.*, pp. 1401-1406.

⁹¹ R. DE NICTOLIS, *op. ult. cit.*, pp. 1876-1895; F. CARINGELLA, *op. cit.*, pp. 665 ss.; C. CONTESSA, *PPPC: modello generale*, in M.A. SANDULLI – R. DE NICTOLIS (a cura di), *op. cit. V. V*, pp. 207 ss.; G. VICICONTE, *I contratti di partenariato e la locazione finanziaria*, in M. CLARICH (a cura di), *op. cit.*, pp. 1175 ss.; R. GAROFOLI – G. FERRARI, *op. cit.*, pp. 1151 ss.; C.M. SARACINO, *Il partenariato pubblico-privato*, in M. CORRADINO – S. STICCHI DAMIANI (a cura di), *op. cit.*, pp. 677 ss.

⁹² R. DE NICTOLIS, *op. ult. cit.*, pp. 1652-1673; P. CARPENTIERI – P. UNGARI, *Beni culturali*, in M.A. SANDULLI – R. DE NICTOLIS (a cura di), *op. cit. V. IV*, pp. 773 ss.; G. MANFREDI, *Appalti nel settore dei beni culturali*, in M. CLARICH (a cura

Ciò che emerge dalla lettura della bozza di Regolamento è che, sebbene *apparentemente* il Governo abbia dedicato maggiore attenzione alla fase esecutiva dei contratti pubblici, la medesima è stata lasciata in balia delle stesse criticità che le venivano rivolte nel precedente impianto codicistico-regolamentare⁹⁴.

Difatti, erroneamente si pensava (ed evidentemente si pensa ancora) che l'esecuzione possa rivestire un *ruolo ancillare* rispetto alla scelta del contraente nella logica che informa le commesse pubbliche, quando – in realtà – proprio la fase esecutiva *dovrebbe* misurare la tenuta e l'effettività dell'intero sistema di selezione prefigurato dal Codice.

Le due fasi, pubblicistica e privatistica, sono – *rectius, dovrebbero essere* – connotate dalla presenza costante dell'interesse pubblico affidato all'amministrazione, ossia l'interesse alla corretta esecuzione della commessa⁹⁵.

Provando a sommare le riflessioni in merito a questa bozza di Regolamento, si può trarre una metafora dalla mitologia classica: sembra che il regolatore abbia deciso di impersonare la figura di Procuste⁹⁶ che supplizia le malcapitate stazioni appaltanti – e di riflesso gli operatori privati – al fine di uniformarle e ridurle ad un unico *modus operandi*, riducendo *surrettiziamente* l'operabilità degli strumenti flessibili e discrezionali pur disciplinati dal Codice e previsti dalle direttive del 2014.

Dunque, forse non è un male che questo Regolamento non sia stato ancora emanato, essendo necessaria una debita e più approfondita riflessione circa l'impianto che il Governo vuole fornire al mercato dei contratti pubblici.

Concludendo sul punto, in merito alla tanto osannata reintroduzione del Regolamento, si potrebbe citare il titolo della commedia shakespeariana “*Molto rumore per nulla*”.

È giunto ora il momento di analizzare le disposizioni principali del Decreto Semplificazioni che modificano, *per l'ennesima volta*, il Codice, senza una *ratio* ben definita.

di), *op. cit.*, pp. 929 ss.; R. GAROFOLI – G. FERRARI, *op. cit.*, pp. 969 ss.; G. MAGGI, *Appalti nel settore dei beni culturali*, in M. CORRADINO – S. STICCHI DAMIANI (a cura di), *op. cit.*, pp. 583 ss.

⁹³ R. DE NICTOLIS, *op. ult. cit.*, pp. 1565-1573; S. CADEDDU – S. FIENGA, *Appalti di lavori, servizi e forniture nei settori del gas, energia, acqua, trasporti e servizi postali*, in M. CLARICH (a cura di), *op. cit.*, pp. 1044 ss.; F. CARINGELLA, *op. cit.*, pp. 633 ss.; F. PELLIZZER – A. POLICE, *Settori speciali. Profili generali*, in M.A. SANDULLI – R. DE NICTOLIS (a cura di), *op. cit. V. IV*, pp. 503 ss.; M. CONTE, *I settori speciali*, in M. CORRADINO – S. STICCHI DAMIANI (a cura di), *op. cit.*, pp. 501 ss.; R. GAROFOLI – G. FERRARI, *op. cit.*, pp. 917 ss.

⁹⁴ R. GAROFOLI – G. FERRARI, *op. cit.*, pp. 795 ss.

⁹⁵ S. VINTI, *L'eterogenesi dei fini tradisce lo scopo ultimo e l'oggetto stesso della disciplina sui contratti pubblici*, in www.federalismi.it, 2020, n. 12.

⁹⁶ Il riferimento è nuovamente alle “*Vite parallele – Vite di Teseo e Romolo*” di Plutarco.

7. Le novità del Decreto Semplificazioni

La crisi sanitaria da Covid-19 ha sortito effetti molto negativi non solo sulla salute, bensì anche sulla crescita economica sul Paese, ed in particolare sul settore dei contratti pubblici, il quale si è quasi del tutto paralizzato a causa delle restrizioni adottate dal Governo per il contenimento della pandemia.

Tuttavia, anche il Decreto Semplificazioni – come il Decreto Sblocca cantieri – ha modificato il Codice con norme sia permanenti che temporanee, la qual cosa – sia concesso dire – non rappresenta un indice sintomatico di *certezza del diritto*, anche nella logica del legittimo affidamento da parte dei privati.

Occorre analizzare nel dettaglio talune di queste disposizioni.

l) L'art. 1, c. 1 sui contratti sotto-soglia dispone che, *in deroga all'art. 36, c. 2 del Codice*, si applicano le procedure di affidamento di cui ai cc. 2, 3 e 4 dello stesso art. 1, qualora la determina a contrarre o altro atto di avvio del procedimento equivalente sia adottato entro il 31.7.2021.

L'aggiudicazione o l'individuazione definitiva del contraente deve avvenire entro il termine di 2 mesi dalla data di adozione dell'atto di avvio del procedimento, aumentati a 4 mesi nei casi di cui al c. 2, lett. b.

Il mancato rispetto di tali termini, la mancata tempestiva stipulazione del contratto e il tardivo avvio dell'esecuzione dello stesso possono essere valutati ai fini della responsabilità del RUP per danno erariale e, qualora imputabili all'operatore economico, costituiscono causa di esclusione dell'operatore dalla procedura o di risoluzione del contratto per inadempimento.

Fermo quanto previsto dagli artt. 37 e 38 del Codice, il c. 2 sancisce che, sino al 31.7.2021, le stazioni appaltanti procedono tramite:

(lett. a) l'affidamento diretto per lavori, servizi e forniture di importo inferiore a 150.000 euro;

(lett. b) la procedura negoziata senza bando – ai sensi dell'art. 63 del Codice⁹⁷ – con consultazione di almeno 5 operatori nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, per l'affidamento di servizi e forniture di importo pari o superiore a 150.000 euro e fino alle soglie di cui all'art. 35 del Codice, e di lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 350.000 euro.

Per lavori di importo pari o superiore a 350.000 euro e inferiore a un milione di euro la consultazione deve riguardare almeno 10 operatori, mentre per lavori di importo pari o superiore a un milione di euro e fino alle soglie comunitarie la consultazione deve riguardare 15 operatori.

Ai sensi del c. 3, gli affidamenti diretti possono essere realizzati tramite determina a contrarre o atto equivalente che contenga, *ex art. 32, c. 2, del Codice*, l'oggetto dell'affidamento, l'importo, il fornitore,

⁹⁷ R. DE NICTOLIS, *op. ult. cit.*, pp. 1000 ss.; F. CARINGELLA, *op. cit.*, pp. 418 ss.; R. DE NICTOLIS, *Procedure negoziate con e senza bando*, in M.A. SANDULLI – R. DE NICTOLIS (a cura di), *op. cit. V. III*, pp. 43 ss.; P. MILAZZO, *op. cit.*, pp. 484 ss.; R. GAROFOLI – G. FERRARI, *op. cit.*, pp. 550 ss.; R. ESPOSITO, *op. cit.*, pp. 236 ss.

le ragioni della scelta del fornitore, il possesso da parte sua dei requisiti di carattere generale, nonché il possesso dei requisiti tecnico-professionali.

Per gli affidamenti con procedura negoziata l'aggiudicazione può avvenire sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa o del prezzo più basso; in questo secondo caso, le stazioni appaltanti procedono all'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia⁹⁸.

II) L'art. 2, c. 1 sancisce che si applicano le procedure di affidamento e la disciplina dell'esecuzione recata dal Decreto ai contratti sopra-soglia qualora la determina a contrarre o altro atto di avvio del procedimento equivalente sia adottato entro il 31.7.2021.

L'aggiudicazione o l'individuazione definitiva del contraente deve avvenire entro 6 mesi dalla data di adozione dell'atto di avvio del procedimento.

Ai sensi del c. 2, *salvo quanto previsto dal c. 3*, le stazioni appaltanti procedono all'affidamento delle attività di esecuzione di lavori, servizi e forniture, di importo pari o superiore alle soglie comunitarie, mediante la procedura aperta, ristretta o, previa motivazione sulla sussistenza dei presupposti previsti dalla legge, della procedura competitiva con negoziazione di cui agli artt. 61 e 62 del Codice, per i settori ordinari, e di cui agli artt. 123 e 124, per i settori speciali.

Infine, il c. 3 dispone che le stazioni appaltanti procedono mediante la procedura negoziata di cui all'art. 63 del Codice, per i settori ordinari, e di cui all'art. 125, per i settori speciali, *nella misura strettamente necessaria* quando, *per ragioni di estrema urgenza* derivanti dagli effetti negativi della crisi causata dalla pandemia da Covid-19 o dal pericolo di sospensione delle attività determinato dalle misure di contenimento adottate per fronteggiare la crisi, i termini – anche abbreviati – previsti dalle procedure ordinarie non possono essere rispettati⁹⁹.

III) L'art. 4, c. 1, prevede che la stipulazione del contratto di appalto o di concessione “*deve avere luogo*” entro 60 giorni dall'aggiudicazione “*salvo diverso termine previsto nel bando o nell'invito ad offrire, ovvero l'ipotesi di differimento espressamente concordata con l'aggiudicatario, purché comunque giustificata dall'interesse alla sollecita esecuzione del contratto. La mancata stipulazione del contratto nel termine previsto deve essere motivata con specifico riferimento all'interesse della stazione appaltante e a quello nazionale alla sollecita esecuzione del contratto e viene valutata ai fini della responsabilità erariale e disciplinare del dirigente preposto. Non costituisce giustificazione adeguata per la mancata stipulazione del contratto nel termine previsto, salvo quanto previsto dai commi 9¹⁰⁰ e 11¹⁰¹, la pendenza*”

⁹⁸ SENATO DELLA REPUBBLICA – CAMERA DEI DEPUTATI, Dossier “*Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale*”, 21.7.2020, pp. 9 ss.

⁹⁹ Dossier *cit.*, pp. 19 ss.

¹⁰⁰ Art. 32, c. 9, Codice: “*Il contratto non può comunque essere stipulato prima di trentacinque giorni dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione*”.

di un ricorso giurisdizionale, nel cui ambito non sia stata disposta o inibita la stipulazione del contratto. Le stazioni appaltanti hanno facoltà di stipulare contratti di assicurazione della propria responsabilità civile derivante dalla conclusione del contratto e dalla prosecuzione o sospensione della sua esecuzione”, modificando così l’art. 32, c. 8 del Codice.

Ai sensi dei cc. 2 e 3, in caso di impugnazione degli atti relativi alle procedure di affidamento dei contratti sotto-soglia e sopra-soglia, si applica l’art. 125, c. 2, c.p.a.¹⁰²

Infine, il c. 4 apporta alcune modifiche alla disciplina processuale del c.d. rito appalti prevedendo che il giudizio “è di norma definito, anche in deroga al comma 1, primo periodo dell’articolo 74¹⁰³, in esito all’udienza cautelare ai sensi dell’articolo 60¹⁰⁴, ove ne ricorrano i presupposti, e, in mancanza, viene comunque definito con sentenza in forma semplificata ad una udienza fissata d’ufficio e da tenersi entro quarantacinque giorni dalla scadenza del termine per la costituzione delle parti diverse dal ricorrente” (art. 120, c. 6, c.p.a.) e che “Il giudice deposita la sentenza con la sentenza con la quale definisce il giudizio entro quindici giorni dall’udienza di discussione. Quando la stesura della motivazione è particolarmente complessa, il giudice pubblica il dispositivo nel termine di cui al primo periodo, indicando anche le domande eventualmente accolte e le misure per darvi attuazione, e comunque deposita la sentenza entro trenta giorni dall’udienza” (art. 120, c. 9, c.p.a.)¹⁰⁵.

IV) Ai sensi dell’art. 5, c. 1, fino al 31.7.2021, in deroga all’art. 107 del Codice, la sospensione, volontaria o coattiva, dell’esecuzione di lavori di importo pari o superiore alle soglie comunitarie, anche se già iniziati, può avvenire, esclusivamente, per il tempo strettamente necessario al loro superamento, per le seguenti ragioni:

¹⁰¹ Art. 32, c. 11, Codice: “Se è proposto ricorso avverso l’aggiudicazione con contestuale domanda cautelare, il contratto non può essere stipulato, dal momento della notificazione dell’istanza cautelare alla stazione appaltante e per i successivi venti giorni, a condizione che entro tale termine intervenga almeno il provvedimento cautelare di primo grado o la pubblicazione del dispositivo della sentenza di primo grado in caso di decisione del merito all’udienza cautelare ovvero fino alla pronuncia di detti provvedimenti se successiva. L’effetto sospensivo sulla stipula del contratto cessa quando, in sede di esame della domanda cautelare, il giudice si dichiara incompetente ai sensi dell’articolo 15, comma 4, del codice del processo amministrativo di cui all’Allegato I al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, o fissa con ordinanza la data di discussione del merito senza concedere misure cautelari o rinvia al giudizio di merito l’esame della domanda cautelare, con il consenso delle parti, da intendersi quale implicita rinuncia all’immediato esame della domanda cautelare”.

¹⁰² Art. 125, c. 2, c.p.a.: “In sede di pronuncia del provvedimento cautelare, si tiene conto delle probabili conseguenze del provvedimento stesso per tutti gli interessi che possono essere lesi, nonché del preminente interesse nazionale alla sollecita realizzazione dell’opera, e, ai fini dell’accoglimento della domanda cautelare, si valuta anche la irreparabilità del pregiudizio per il ricorrente, il cui interesse va comunque comparato con quello del soggetto aggiudicatore alla celere prosecuzione delle procedure”.

¹⁰³ Art. 74, c.p.a.: “Nel caso in cui ravvisi la manifesta fondatezza ovvero la manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza del ricorso, il giudice decide con sentenza in forma semplificata”.

¹⁰⁴ Art. 60, c.p.a.: “In sede di decisione della domanda cautelare, purché siano trascorsi almeno venti giorni dall’ultima notificazione del ricorso, il collegio, accertata la completezza del contraddittorio e dell’istruttoria, sentite sul punto le parti costituite, può definire, in camera di consiglio, il giudizio con sentenza in forma semplificata, salvo che una delle parti dichiari che intende proporre motivi aggiunti, ricorsi incidentale o regolamento di competenza, ovvero regolamento di giurisdizione. Se la parte dichiara che intende proporre regolamento di competenza o di giurisdizione, il giudice assegna un termine non superiore a trenta giorni. Ove ne ricorrano i presupposti, il collegio dispone l’integrazione del contraddittorio o il rinvio per consentire la proposizione di motivi aggiunti, ricorso incidentale, regolamento di competenza o di giurisdizione e fissa contestualmente la data per il prosieguo della trattazione”.

¹⁰⁵ Dossier cit., pp. 36 ss.

- (i) cause previste da disposizioni di legge penale, dal Codice delle leggi antimafia (d.lgs. n. 159/2011), nonché da vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea;
- (ii) gravi ragioni di ordine pubblico, salute pubblica o dei soggetti coinvolti nella realizzazione delle opere, ivi incluse le misure adottate per contrastare l'emergenza sanitaria da Covid-19;
- (iii) gravi ragioni di ordine tecnico, idonee ad incidere sulla realizzazione a regola d'arte dell'opera, in relazione alle modalità di superamento delle quali non vi è accordo tra le parti;
- (iv) gravi ragioni di pubblico interesse.

Il c. 4 dispone che, nel caso in cui la prosecuzione dei lavori, per qualsiasi motivo, ivi incluse la crisi o l'insolvenza dell'esecutore anche in caso di concordato con continuità aziendale ovvero di autorizzazione all'esercizio provvisorio dell'impresa, non possa proseguire con il soggetto designato, la stazione appaltante dichiara (*in deroga all'art. 108, cc. 3 e 4 del Codice*) la risoluzione del contratto e provvede secondo una delle seguenti alternative modalità:

- (i) procede all'esecuzione in via diretta dei lavori;
- (ii) interpella progressivamente i soggetti che hanno partecipato alla originaria procedura di gara come risultanti dalla relativa graduatoria, al fine di stipulare un nuovo contratto per l'affidamento del completamento dei lavori;
- (iii) indice una nuova procedura per l'affidamento del completamento dell'opera;
- (iv) propone alle autorità governative la nomina di un Commissario straordinario per lo svolgimento delle attività necessarie al completamento dell'opera *ex art. 4 della l. n. 55/2019*.

Il c. 5 sancisce che le disposizioni relative alle crisi d'impresa del c. 4 del Decreto si applicano anche in caso di ritardo dell'avvio o dell'esecuzione dei lavori, non giustificato dalle esigenze descritte al c. 1 dello stesso art. 5, nella sua compiuta realizzazione per un numero di giorni pari o superiore a un decimo del tempo previsto o stabilito per la realizzazione dell'opera e, comunque, pari ad almeno 30 giorni per ogni anno previsto o stabilito per la realizzazione dell'opera, da calcolarsi a decorrere dall'entrata in vigore del Decreto.

Infine, il c. 6 precisa che le parti non possono invocare l'inadempimento della controparte per sospendere l'esecuzione dei lavori di realizzazione dell'opera.

In sede giudiziale il giudice tiene conto delle probabili conseguenze del provvedimento stesso per tutti gli interessi che possono essere lesi, nonché del preminente interesse nazionale o locale alla sollecita realizzazione dell'opera e, ai fini dell'accoglimento della domanda cautelare, il giudice valuta anche la irreparabilità del pregiudizio dell'operatore economico, il cui interesse va comunque comparato con quello del soggetto pubblico alla celere realizzazione dell'opera¹⁰⁶.

¹⁰⁶ Dossier *cit.*, pp. 43 ss.

✓) L'art. 8, c. 1, dispone che in relazione alle procedure pendenti alla data di entrata in vigore del Decreto e, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, alle procedure in cui, alla medesima data, siano già stati inviati gli inviti a presentare le offerte o i preventivi, ma non scaduti i relativi termini e per le procedure avviate a decorrere dalla medesima data e fino al 31.7.2021:

(i) è sempre autorizzata la consegna dei lavori in via di urgenza e nel caso di servizi e forniture, l'esecuzione del contratto in via d'urgenza *ex art.* 32, c. 8, del Codice;

(ii) in relazione alle procedure ordinarie si applicano le riduzioni dei termini procedurali per ragioni di urgenza di cui agli artt. 60 c. 3, 61 c. 6, 62 c. 5, 74 cc. 2 e 3, del Codice e nella motivazione del provvedimento che dispone la riduzione dei termini non è necessario dar conto delle ragioni di urgenza, che si considerano comunque sussistenti.

Il c. 2 reca disposizioni per accelerare l'aggiudicazione delle gare, prevedendo che, per le procedure per le quali sia scaduto entro il 22.2.2020 il termine per la presentazione delle offerte, le stazioni appaltanti provvedono all'adozione dell'eventuale provvedimento di aggiudicazione entro la data del 31.12.2020.

Con il c. 4 sono dettate alcune indicazioni relative ai lavori in corso di esecuzione alla data di entrata in vigore del Decreto e, in particolare:

(i) l'obbligo per il direttore dei lavori di adottare, in relazione alle lavorazioni effettuate alla medesima data e anche in deroga alle specifiche clausole contrattuali, lo stato di avanzamento dei lavori entro 15 giorni dalla data di entrata in vigore del Decreto; l'obbligo di emettere il certificato di pagamento contestualmente e comunque entro 5 giorni dall'adozione del SAL; l'obbligo di effettuare il pagamento entro 15 giorni dall'emissione del certificato;

(ii) l'obbligo di riconoscere all'appaltatore i maggiori costi derivanti dall'adeguamento e dall'integrazione, da parte del coordinatore della sicurezza in fase di esecuzione, del piano di sicurezza e coordinamento in attuazione delle misure anti-Covid, con la precisazione che il rimborso di detti oneri deve avvenire in occasione del pagamento del primo SAL successivo all'approvazione dell'aggiornamento del piano di sicurezza e coordinamento recante la quantificazione degli oneri aggiuntivi;

(iii) l'esonero dell'imputabilità dell'esecutore laddove richieda la proroga del termine (*ex art.* 107, c. 5) nel caso in cui il rispetto delle misure anti-Covid (ritenuto una causa di forza maggiore *ex art.* 107, c. 4, del Codice) impedisca, anche solo parzialmente, il regolare svolgimento dei lavori o la regolare esecuzione dei servizi e delle forniture o impedisca di ultimare i lavori, i servizi e le forniture nel termine contrattualmente previsto.

Il c. 7, lett. a, proroga dal 31.12.2020 al 31.12.2021 la sospensione degli artt. 37 c. 4, 59 c. 1 e 77 c. 3 del Codice (prevista dall'art. 1, c. 1, lett. a, b e c della l. n. 55/2019)¹⁰⁷.

V) Infine, l'art. 9, c. 1, modifica l'art. 4 della l. n. 55/2019 recante le norme sulla nomina ed i poteri dei Commissari straordinari, prevedendo:

(i) la possibilità del Presidente del Consiglio dei Ministri di individuare con proprio decreto gli interventi infrastrutturali caratterizzati da un elevato grado di complessità progettuale, da una particolare difficoltà esecutiva o attuativa, da complessità delle procedure tecnico-amministrative ovvero che comportano un rilevante impatto sul tessuto socio-economico a livello nazionale, regionale o locale, per la cui realizzazione o completamento si rende necessaria la nomina di uno o più Commissari straordinari (c. 1);

(ii) la possibilità per i Commissari straordinari di essere abilitati ad assumere direttamente le funzioni di stazione appaltante operando *in deroga* alle disposizioni di legge in materia di contratti pubblici, fatto salvo il rispetto delle disposizioni del Codice delle leggi antimafia e dei vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione Europea (c. 3)¹⁰⁸.

Invero – senza sbilanciarsi in giudizi affrettati sulle singole disposizioni poiché al momento della redazione del presente articolo il Decreto Semplificazioni non è stato ancora convertito in legge¹⁰⁹ e, laddove ciò avvenisse, bisognerebbe esaminare la presenza di eventuali modifiche e, in seguito, la portata concreta di tali disposizioni – può comunque affermarsi che si attendevano dal Governo alcuni provvedimenti *più coraggiosi e meno procrastinatori* in questo Decreto, come ad esempio è avvenuto con la proroga del termine di sospensione dell'obbligo per i Comuni non capoluogo di Provincia di ricorrere a centrali di committenza, del divieto di ricorrere al soccorso istruttorio e dell'obbligo di ricorrere ai commissari iscritti presso l'Albo dell'ANAC.

Per quanto concerne la sospensione dell'obbligo dei Comuni non capoluogo di Provincia di ricorrere alle centrali di committenza, giova ricordare che la previsione dell'art. 37, c. 4 è finalizzata a

- (i) creare delle economie di scala,
- (ii) assicurare un più elevato livello di qualità delle amministrazioni aggiudicatrici,
- (iii) ridurre le stazioni appaltanti, anche in funzione preventiva dei fenomeni corruttivi,
- (iv) migliorare la qualità delle procedure di gara.

Tuttavia, preme evidenziare che, onde evitare fenomeni di collusione delle imprese e di riduzione della concorrenza in danno alle piccole e medie imprese (rischi dovuti all'innalzamento dei requisiti di

¹⁰⁷ Dossier *cit.*, pp. 64 ss.

¹⁰⁸ IBIDEM, pp. 94 ss.

¹⁰⁹ In data 16.7.2020 è stato presentato durante la XVIII Legislatura in Senato dal Governo Conte II il disegno di legge n. 1883/2020 di conversione del d.l. n. 76/2020.

partecipazione e dell'importo delle garanzie fideiussorie per la stipula e la regolare esecuzione dei contratti), il Legislatore ha previsto la suddivisione degli appalti in lotti (art. 51)¹¹⁰.

Inoltre, la disciplina della lottizzazione prevede che il valore dei lotti deve essere adeguato a garantire l'effettiva possibilità di partecipazione delle piccole e medie imprese.

Tale disposizione ha anche la finalità di impedire alle stazioni appaltanti di suddividere l'appalto in lotti al solo fine di eludere l'applicazione delle disposizioni codicistiche, in particolar modo quelle riferite alle soglie comunitarie.

Dunque, individuata la *ratio* delle centralizzazioni delle committenze e fugati gli eventuali rischi, non si ravvisa la motivazione della sospensione (e della proroga della sospensione) dell'obbligo per le piccole stazioni appaltanti comunali di ricorrere a centrali di committenza o a soggetti aggregatori qualificati.

Nella *mens legis* tale sospensione dell'obbligo di ricorrere alle centralizzazioni delle committenze *sarebbe* destinata a rilanciare gli investimenti pubblici e facilitare l'apertura dei cantieri per la realizzazione delle opere pubbliche.

Ma, sia concesso rilevare che un piccolo Comune non capoluogo di Provincia difficilmente è deputato alla realizzazione di quelle che si definiscono “grandi opere di rilievo nazionale”.

Inoltre, tale assunto è parimenti fallace poiché fondato su un ragionamento abduittivo: l'economia viene rilanciata (*risultato*) non ostacolando la disciplina pro-concorrenziale europea (*regola*) e dunque è necessario sospendere l'obbligo di ricorso alle centrali di committenza (*caso*). Una simile inferenza logica è illativa poiché è lo stesso Legislatore europeo a prevedere l'utilità delle centralizzazioni delle committenze all'art. 37 della direttiva 24/2014, disponendo che “1. *Gli Stati membri possono prevedere la possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di acquistare lavori, forniture e/o servizi da una centrale di committenza.* 2. *Un'amministrazione aggiudicatrice rispetta i suoi obblighi ai sensi della presente direttiva quando acquista forniture o servizi da una centrale di committenza*”.

Dunque, può dirsi che detta sospensione in realtà rallenta soltanto il processo di riduzione del numero delle stazioni appaltanti e ripropone le criticità connesse alle capacità gestionali dei piccoli Comuni in termini di

- (i) competenza,
- (ii) contenimento dell'azzardo morale,
- (iii) facilitazioni dei controlli da parte dei soggetti deputati,
- (iv) economia degli affidamenti¹¹¹.

¹¹⁰ R. DE NICTOLIS, *op. cit.* 2020, pp. 510 ss.; M. CAFAGNO – A. FARÌ, *I principi e il complesso ruolo dell'amministrazione nella disciplina dei contratti per il perseguimento degli interessi pubblici*, in M. CLARICH (a cura di), *op. cit.*, pp. 220 ss.; F. CARINGELLA, *op. cit.*, pp. 484 ss.; L.R. PERFETTI, *Suddivisione in lotti*, in M.A. SANDULLI – R. DE NICTOLIS (a cura di), *op. cit.* V. II, pp. 237 ss.; R. GAROFOLI – G. FERRARI, *op. cit.*, pp. 464 ss.; A. SAVINO, *op. cit.*, pp. 193 ss.

¹¹¹ ANAC, *Decreto legge 18 aprile 2019, n. 32. Prime valutazioni di impatto sul sistema degli appalti pubblici*, 2019, p. 24.

Mutuando una esemplificazione dalla geometria, tale questione è risolvibile attraverso il problema di Didone, così nominato dalla leggenda del personaggio eponimo (narrata nell'*Eneide* di Virgilio, *Liber I*, vv. 343-368): tradita dal fratello Pigmalione che ne usurpò il trono, Didone lasciò Tiro e approdò sulle coste libiche dove regnava Iarba; costui, innamoratosi della nobile straniera, le promise qualsiasi cosa ella avesse desiderato e, una volta che Didone gli chiese del terreno ove installarsi con i profughi fenici al suo seguito, gliene concesse tanto quanto ne poteva contenere una pelle di bue.

Al fine di efficientare l'uso della pelle di bue, la fondatrice di Cartagine la tagliò in piccoli filamenti e di tal fatta massimizzò il perimetro del suolo occupato.

Trasponendo tale problema isoperimetrico nel settore dei contratti pubblici, risulta evidente che occorra efficientare la scarsità delle risorse a disposizione della Pubblica Amministrazione: tale risultato è perseguibile soltanto se, ridotta la pelle di bue in filamenti (la competenza dei funzionari pubblici, la riproducibilità delle economie di scala, la concentrazione e conseguentemente l'efficientamento dei controlli sulle stazioni appaltanti, la riduzione degli elementi in cui è possibile che la corruzione si annidi), si ricava la massimizzazione del perimetro attraverso la concentrazione delle stazioni appaltanti.

In merito alla sospensione del divieto di appalto integrato sono state espresse opinioni divergenti: da un lato, è stato prospettato il rischio che l'appalto integrato – ammettendo una sorta di commistione tra il progetto e l'opera da realizzare – non sia in grado di garantire una buona qualità dei lavori; dall'altro, è stata apprezzata la procedura più snella, poiché si adatta meglio alla realizzazione di progetti infrastrutturali che richiedono una stretta collaborazione delle imprese già nella fase di progettazione dell'opera.

Ma, prescindendo dalle queste teoresi, la mera sospensione non sortisce alcun effetto utile. Delle due l'una: o il Legislatore decidere di espungere dall'ordinamento l'affidamento congiunto di progettazione ed esecuzione in materia di lavori pubblici, o stabilisce una palingenesi dell'istituto, liberalizzandolo e apportando le debite modifiche all'art. 59 per fugare le criticità manifestatesi nella vigenza del precedente Codice.

Con riferimento alla sospensione dell'obbligo di selezione dei commissari dall'Albo istituito presso l'ANAC, giova ricercare la teleologia del disposto dall'art. 77 c. 3 nella *larvata* sfiducia mostrata dal Legislatore nei confronti delle stazioni appaltanti e nella *ostentata* scelta di privilegiare un meccanismo ritenuto più trasparente ed imparziale rispetto a quello precedente e finalizzato, dunque, al contrasto alla corruzione.

Durante la vigenza del precedente Codice, i commissari di gara erano scelti all'interno della stazione appaltante: ciò si spiegava con l'esigenza di ridurre e contenere i costi legati alla nomina e al funzionamento della commissione.

Tale dicotomia che vede opposti i commissari interni (scelti su base discrezionale dalla stazione appaltante) e i commissari esterni (scelti asetticamente da un Albo istituito presso l'ANAC) rievoca il dilemma del porcospino teorizzato dal filosofo A. Schopenhauer in una delle sue opere più famose, *“Parerga e paralipomena”*.

Tale dilemma esplica l'esigenza di armonizzarsi di due porcospini, ossia due interessi contrapposti, i quali devono temperare le proprie esigenze al fine di perseguire un obiettivo comune: l'illustre filosofo narra che i due porcospini (il bisogno di socializzazione degli uomini e l'insofferenza verso gli altrui difetti) sono costretti ad avvicinarsi l'un l'altro a causa del freddo; tuttavia, allorché si accostano cominciano a soffrire il dolore delle reciproche spine, e devono allontanarsi, finché non avvertono nuovamente il gelo; tale situazione di instabilità cessa soltanto quando i porcospini rinvergono la giusta distanza.

Parimenti può dirsi con riferimento all'obbligatorietà di ricorrere ai commissari di gara iscritti presso l'Albo dell'ANAC: da un lato, vi è l'eccessiva discrezionalità delle stazioni appaltanti nella scelta dei commissari interni; dall'altro, il bizantinismo di selezionare gli esperti dall'Albo dell'ANAC. Per temperare una simile contrapposizione potrebbe *semplicemente* rendersi *sempre* facoltativo l'utilizzo dei commissari esperti iscritti all'Albo dell'ANAC: se il fine di estrarre i commissari dall'Albo dell'ANAC è dettato esclusivamente da ragioni di tecnicismo, tale scopo sarebbe parimenti perseguito concentrando le stazioni appaltanti e formando idoneamente i dipendenti delle stazioni appaltanti a rivestire il ruolo di commissario di gara.

Ciò posto, è ora possibile giungere a delle conclusioni che cercano di prospettare gli scenari futuribili del mercato dei contratti pubblici.

8. Conclusioni: quale futuro per i contratti pubblici?

Se si guarda ai contratti pubblici come un mercato regolato si manifestano subito le differenze rispetto agli altri mercati sottoposti a regolazione indipendente.

La prima importante difformità è relativa ai destinatari della regolazione: *prevalentemente* i soggetti privati sui mercati regolati tradizionali, *prevalentemente* le Pubbliche Amministrazioni nella loro qualità di stazioni appaltanti nel mercato dei contratti pubblici.

Altresì la stessa strutturazione del mercato appare diversa: in dissonanza dai privati, le stazioni appaltanti non possono scegliere se e quando entrare o uscire dal mercato di riferimento.

Inoltre, è evidente che la presenza di un'Autorità indipendente di regolazione è divenuta, ormai, *necessaria e obbligata* per la maggior parte dei mercati regolati in conseguenza dell'integrazione europea: così è sicuramente per i mercati finanziari, per il mercato elettrico e per il mercato delle comunicazioni

elettroniche, per i quali – peraltro – i regolatori nazionali trovano la propria proiezione nei nuovi regolatori europei.

Invece, le direttive europee non prevedono la costituzione di un'Autorità indipendente per il mercato dei contratti pubblici.

Di qui anche una ulteriore ragione di incertezza circa la qualificazione dei poteri regolatori, per la mancanza di un quadro di riferimento generale e diffuso negli ordinamenti soggetti alle regole delle direttive europee in materia¹¹².

Difatti, già all'alba del nuovo Codice una autorevole dottrina (N. Longobardi) aveva preconizzato che *“è stata scaricata sull'ANAC un'amplissima responsabilità di carattere politico, da svolgere attraverso la ponderazione dell'interesse pubblico alla prevenzione della corruzione (di cui è depositaria) con l'interesse al buon funzionamento delle procedure relative ai contratti pubblici ed alla corretta esecuzione di essi, assicurando al contempo in principio comunitario di concorrenza”*¹¹³.

Inoltre, come aveva osservato un'altra insigne dottrina (R. Greco) *“l'approccio dell'ANAC è stato giudicato alquanto astratto, malgrado l'esperienza pratica che dovrebbe derivare dall'assorbimento della soppressa AVCP, al punto da spingere a domandarsi se sia stato saggio scaricare su tale soggetto una così ampia responsabilità politica, in assenza di una chiara definizione di ruoli e competenze”*¹¹⁴.

A fronte di queste difficoltà, un'ulteriore eminente dottrina (F. Cintioli) ha ipotizzato che *“l'Anac, per sopravvivere come autorità che tratta la materia dei contratti pubblici, dovrebbe abbandonare le funzioni di prevenzione della corruzione, che potrebbero essere lasciate in capo a un'Autorità separata. E dovrebbe, la nuova Autorità dei contratti pubblici, avere come principale missione non già quella di 'vigilare' sugli appalti come in passato, ma, anzitutto, il favorire la positiva conclusione delle procedure di appalto e di assistere a questo scopo le stazioni appaltanti”*¹¹⁵.

Oltre a questo mutamento istituzionale, per stabilizzare la disciplina della contrattualistica pubblica urge, altresì, un'ulteriore modifica volta a scongiurare le criticità che sinora hanno afflitto le commesse pubbliche: il proliferare delle stazioni appaltanti e l'incapacità tecnica delle stesse, la presenza di operatori economici poco rispettosi della legalità (infiltrazioni criminali) e le relazioni pericolose tra questi e i funzionari delle stazioni appaltanti (pratiche corruttive), la complessità burocratica.

La legge delega e il Codice avevano fatto una diagnosi corretta del male che affligge il mercato dei contratti pubblici, e hanno prescritto una cura appropriata. *Il male è che c'è troppo di tutto*: troppe regole, troppi regolatori, troppe stazioni appaltanti, troppe deroghe, troppe giurisdizioni e troppo contenzioso (civile, penale, amministrativo, contabile, se non si vogliono considerare anche i giudizi civili, costituzionali ed europei).

¹¹² L. TORCHIA, *op. cit.*, pp. 77-79; *contra*, C. BENETAZZO, *I nuovi poteri regolatori cit.*

¹¹³ N. LONGOBARDI, *L'Autorità nazionale anticorruzione cit.*, p. 18.

¹¹⁴ R. GRECO, *op. cit.*, p. 6.

¹¹⁵ F. CINTIOLI, *op. ult. cit.*, p. 118.

La cura (seguendo il principio metodologico del rasoio di Occam, tale per cui “*frustra fit per plura quod potest fieri per pauciora*”¹¹⁶) deve essere *drasticamente* e *concretamente* dimagrante e semplificante¹¹⁷. Ma a tal punto occorre chiedersi da dove sia necessario cominciare la dieta.

Ad avviso dello scrivente, la cura dovrebbe iniziare proprio dal superamento dell’attuale sistema fondato su 45 atti attuativi, sostituendoli tutti con un unico – *ma davvero unico* – Regolamento di attuazione e di esecuzione, come avveniva con il d.p.r. n. 207/2010, e limando le norme del Codice che distorcono *per eccesso* la disciplina europea – in violazione del divieto di *gold plating* – e che prevedono una eziologia esogena all’ottica contabilistica.

Inoltre, come sostenuto da autorevole dottrina (F. Cintioli), il sistema normale della contrattualistica pubblica non funziona più ed è sempre più necessario il ricorso all’amministrazione commissariale ai sensi dell’art. 214, c. 4 del Codice¹¹⁸ e dell’art. 4 della l. n. 55/2019¹¹⁹, come dimostrano la ricostruzione del Ponte Morandi a Genova¹²⁰ e le varie deroghe al Codice previste dal Decreto Sblocca cantieri¹²¹ e, da ultimo, dal Decreto Semplificazioni¹²².

¹¹⁶ Riportato da Tommaso d’Aquino nel *Commentum in libros sententiarum Petri Lombardi, Liber I*.

¹¹⁷ R. DE NICTOLIS, *op. ult. cit.*, pp. 34–35.

¹¹⁸ Art. 214, c. 4: “*Al fine di agevolare, sin dall’inizio della fase istruttoria, la realizzazione di infrastrutture e di insediamenti prioritari, il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, sentiti i Ministri competenti, nonché i Presidenti delle regioni o province autonome interessate, propone al Presidente del Consiglio dei ministri la nomina di commissari straordinari, i quali seguono l’andamento delle opere e provvedono alle opportune azioni di indirizzo e supporto promuovendo anche attività di prevenzione dell’insorgenza dei conflitti e dei contenziosi anche con riferimento alle esigenze delle comunità locali, nonché le occorrenti intese tra i soggetti pubblici e privati interessati?*”.

¹¹⁹ Art. 4: “*1. Per gli interventi infrastrutturali ritenuti prioritari, individuati con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, da adottare entro centottanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti... il Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti sentito il Ministro dell’economia e delle finanze, dispone la nomina di uno o più Commissari straordinari...*

2. Per le finalità di cui al comma 1, ed allo scopo di poter celermente stabilire le condizioni per l’effettiva realizzazione dei lavori, i Commissari straordinari, individuabili anche nell’ambito delle società a controllo pubblico, cui spetta l’assunzione di ogni determinazione ritenuta necessaria per l’avvio ovvero per la prosecuzione dei lavori, anche sospesi, provvedono all’eventuale rielaborazione e approvazione dei progetti non ancora appaltati... L’approvazione dei progetti da parte dei Commissari straordinari, d’intesa con i Presidenti delle regioni territorialmente competenti, sostituisce, ad ogni effetto di legge, ogni autorizzazione, parere, visto e nulla osta occorrenti per l’avvio o la prosecuzione dei lavori, fatta eccezione per quelli relativi alla tutela dell’ambiente, per i quali i termini dei relativi procedimenti sono dimezzati, e per quelli relativi alla tutela di beni culturali e paesaggistici, per i quali il termine di adozione dell’autorizzazione, parere, visto e nulla osta è fissato nella misura massima di sessanta giorni dalla data di ricezione della richiesta, decorso il quale, ove l’autorità competente non si sia pronunciata, detti atti si intendono rilasciati...

3. Per l’esecuzione degli interventi, i Commissari straordinari possono essere abilitati ad assumere direttamente le funzioni di stazione appaltante e operano in deroga alle disposizioni di legge in materia di contratti pubblici, fatto salvo il rispetto delle disposizioni del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, nonché dei vincoli inderogabili derivanti dall’appartenenza all’Unione europea?”.

¹²⁰ Il d.l. 28.9.2018, n. 109, conv. in l. 16.11.2018, n. 130 (c.d. “Decreto Genova”) ha disposto un insieme di misure urgenti al fine di ricostruire le infrastrutture necessarie ad assicurare la viabilità nel Comune di Genova e nelle relative aree portuali, danneggiate a seguito del crollo del tratto del viadotto Polcevera dell’autostrada A10 (c.d. “Ponte Morandi”). La realizzazione della ricostruzione è stata affidata alla responsabilità di un Commissario straordinario, il sindaco di Genova M. Bucci.

Ai sensi del c. 5: “*Per la demolizione, la rimozione, lo smaltimento e il conferimento in discarica dei materiali di risulta, nonché per la progettazione, l’affidamento e la ricostruzione dell’infrastruttura e il ripristino del connesso sistema viario, il Commissario straordinario opera in deroga ad ogni disposizione di legge diversa da quella penale, fatto salvo il rispetto delle disposizioni del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, nonché dei vincoli inderogabili derivanti dall’appartenenza all’Unione europea?*”.

Difatti, secondo l'Autore “*nel dibattito politico istituzionale si torna ad auspicare la nomina di tanti commissari speciali quante sono le opere da sbloccare*”¹²³.

Questa autorevole dottrina rinviene la causa del desiderio di tornare all'amministrazione commissariale delle grandi opere (e, *incidenter*, della paralisi generalizzata delle commesse pubbliche) nell'estremo formalismo che cristallizza le gare nel rispetto delle norme sulla concorrenza¹²⁴ e sull'anticorruzione¹²⁵,

Ai sensi del c. 7 dell'art. 1: “*Il Commissario straordinario affida, ai sensi dell'articolo 32 della direttiva 2014/24/UE... la realizzazione delle attività concernenti il ripristino del sistema viario, nonché quelle connesse, ad uno o più operatori economici diversi dal concessionario del tratto autostradale alla data dell'evento e da società o da soggetti da quest'ultimo controllati o, comunque, ad esso collegati?*”.

L'art. 32 della direttiva 24 del 2014 prevede che “*1. Nei casi e nelle circostanze specifici di cui ai paragrafi 2 e 5, gli Stati membri possono prevedere che le amministrazioni aggiudicatrici aggiudichino appalti pubblici mediante una procedura negoziata senza previa pubblicazione.*

2. Nel caso degli appalti pubblici di lavori, forniture e servizi, la procedura negoziata senza previa pubblicazione può essere utilizzata nei casi seguenti: ... c) nella misura strettamente necessaria quando, per ragioni di estrema urgenza derivanti da eventi imprevedibili dall'amministrazione aggiudicatrice, i termini per le procedure aperte o per le procedure ristrette o per le procedure competitive con negoziazione non possono essere rispettati. Le circostanze invocate per giustificare l'estrema urgenza non sono in alcun caso imputabili alle amministrazioni aggiudicatrici?”.

Si veda G. MARCHEGIANI, *La ricostruzione del ponte Morandi di Genova alla luce del diritto dell'Unione europea*, in www.federalismi.it, 2019, n. 2.

¹²¹ A. D'ERCOLE, *Commissari straordinari e interventi sostitutivi*, in D. BOLOGNINO – H. BONURA – A. STORTO (a cura di), *op. cit.*, pp. 100 ss.; R.G. RODIO, *Commissari straordinari, interventi sostitutivi e responsabilità erariali*, in M. MARIANI – L. SPAGNOLETTI – E. TOMA (a cura di), *op. cit.*, pp. 287 ss.

¹²² Tuttavia, il Decreto Semplificazioni ha già sollevato forti obiezioni da parte di S. Cassese, specialmente in merito al c.d. “*modello Genova*”.

Difatti, intervistato da F. Fantozzi in data 7.7.2020 per l'HuffingtonPost, il prof. Cassese ha affermato: “*Il modello Genova non è esportabile perché riguarda la ricostruzione di un'opera già esistente e perché quell'opera non è stata finanziata con risorse provenienti dal Tesoro*”.

¹²³ F. CINTIOLI, *op. ult. cit.*, p. 14.

¹²⁴ F. CINTIOLI, *op. ult. cit.*: “*(I) Poiché la stazione appaltante deve solo regolare la competizione, quasi fosse uno dei regolatori del mercato nel frattempo apparsi nell'ordinamento in forma di autorità indipendenti, è chiamata essenzialmente a essere baluardo di legalità quindi, il compito della stazione appaltante è solo di applicare la legge. Più che scegliere discrezionalmente il miglior contraente, deve solo affidare l'appalto al concorrente che vincerà la competizione mercatistica secondo canoni di legalità. Le regole contano più della discrezionalità.*

(II) Poiché si devono regolare e tutelare molti diritti in conflitto tra loro, è necessario che siano apprestate le sedi naturali in cui questo confronto possa svolgersi; e la sede naturale è il procedimento di gara, possibilmente inteso nel modo più articolato e più attento e misurato in modo tale da dare completa protezione di ogni diritto in gioco: più procedimenti significa più tutela, più tutela significa più concorrenza.

(III) Poiché l'obiettivo principale è la tutela dei diritti delle imprese in competizione e non l'interesse della stazione appaltante ad affidare l'appalto al miglior contraente possibile e a fare l'opera pubblica, si deve dare ampio spazio alla difesa di questi diritti, il che ci porta direttamente davanti al giudice. Ognuna delle molte (anzi moltissime) norme sulle gare di appalto diventa fonte di un 'diritto' e questo diritto merita una tutela giurisdizionale effettiva. È così che è nato l'immenso contenzioso sui contratti pubblici?” (pp. 41 ss.).

Dunque, secondo l'Autore si ha una concatenazione negativa di rapporti causa–effetto: meno discrezionalità e flessibilità, più procedimenti e più norme e più rigidità, più contenzioso.

¹²⁵ F. CINTIOLI, *op. ult. cit.*: “*in che modo un'autorità che deve prevenire la corruzione può assolvere il suo compito nel campo degli appalti pubblici? La risposta è stata tanto semplice quanto perentoria: aumentando le gare e riducendo la discrezionalità delle stazioni appaltanti, facendo così delle gare e del procedimento lo strumento per prevenire la corruzione. Poiché si parte dal sospetto verso ogni stazione appaltante, la gara è vista come il rimedio per fronteggiare il sospetto...*

Così, d'un tratto, si è passati dall'equazione 'più concorrenza uguale a più regole e più gare' a quella 'meno corruzione uguale a più regole e più gare'...

Se l'interrogativo era 'come si fa a contrastare la corruzione negli appalti pubblici', non è affatto detto che la risposta fosse 'con più gare e più vincoli formali'. Non comprendo perché una gara formale, con molte regole, con articolatissimi punteggi sulla qualità progettuale, con sofisticate elencazioni di requisiti, con complicatissime clausole escludenti, sia qualcosa che riduce il rischio di turbamenti corruttivi.

A me sembra, a dire il vero, che, invece, sia proprio nella complessità della regolazione che si può annidare il tentativo di favorire in modo illecito un concorrente. Nel labirinto delle regole potrebbe meglio nascondersi il tentativo di guidare una gara verso un certo risultato”.

impedendo così alle stazioni appaltanti di assumere delle decisioni più sostanzialistiche, più flessibili e discrezionali, meno bizantine.

Difatti, secondo il prof. Cintioli l'*eterogenesi dei fini* ha dimostrato la fallacia del nuovo Codice, un novello *servitore di due padroni*¹²⁶ (la concorrenza e l'anticorruzione)¹²⁷: i regolatori pretendono dalla disciplina dei contratti pubblici non la mera esecuzione dei contratti pubblici secondo un'ottica contabilistica (volta ad evitare sprechi di denaro pubblico e a verificare che i privati non interrompano, modifichino o abbandonino definitivamente le commesse), bensì la quadratura del cerchio.

Mutuando tale problema filosofico tratto dalla geometria piana, se nella circonferenza di un cerchio – raffigurante l'efficientamento delle gare pubbliche – viene iscritto un quadrato (rappresentante i voleri del Legislatore, cioè (i) la tutela della concorrenza, (ii) il contrasto alla corruzione nelle stazioni

L'Autore conclude il proprio ragionamento affermando che “*non era scritto che il contrasto della corruzione in via amministrativa dovesse passare per la proliferazione dei procedimenti. E, invece, l'anticorruzione nel campo degli appalti ha finito con l'essere un potente continuatore [della] tendenza alla complicazione*” (pp. 66 ss.).

¹²⁶ Ci si riferisce all'omonima commedia di C. Goldoni in cui si narrano gli equivoci e i guai di Truffaldino, disposto a servire due padroni pur di massimizzare il proprio profitto; tuttavia, il servitore alla fine viene scoperto ed è costretto a confessare le proprie debolezze.

¹²⁷ F. CINTIOLI, *op. ult. cit.*: “*La finalità originaria delle norme sugli appalti pubblici era quella di tipo 'contabile', per la sua derivazione dalla originaria disciplina sulla contabilità dello Stato. Questo significa che l'obbligo di scegliere l'appaltatore mediante una gara – per la selezione imparziale del contraente – e il rispetto di una disciplina speciale in esecuzione – quanto a varianti, collaudo, direzione lavori – erano ispirati alla volontà di proteggere l'amministrazione appaltante e l'interesse pubblico da questa impersonato... Ascrivendo alla contabilità di Stato il procedimento selettivo dell'appaltatore, sostanzialmente si diceva che l'interesse pubblico cui queste disposizioni rispondevano era quello di garantire alla stazione appaltante il miglior contraente possibile, il più efficiente, il più parsimonioso... L'interesse in gioco era sì dell'amministrazione ma era pubblico nel senso più autentico: perché è della collettività l'interesse a che si facciano gli appalti pubblici, a che siano eseguiti nel modo più efficiente e a che siano utilizzate nel miglior modo le risorse collettive?*”.

Tuttavia, con l'avvento del diritto europeo “*la tutela della concorrenza diventa la parola chiave per spiegare il senso di queste norme... La finalità delle norme sulla c.d. evidenza pubblica non più la tutela dell'interesse della stazione appaltante secondo l'impostazione tradizionale e contabilistica, bensì è la tutela della concorrenza tra le imprese e, quindi (passaggio centrale), la tutela di una serie di interessi sparsi tra i partecipanti alla gara*”.

Inoltre, l'Autore afferma che “*le gare non proteggono l'interesse della stazione appaltante (che poi rappresenta l'interesse di tutti noi) ma gli interessi di tutte le singole imprese*” e ciò ha generato due conseguenze principali:

“(a) *l'enfasi sui diritti delle imprese a scapito dell'interesse pubblico, la crescita della complicazione, l'aumento delle norme e dei procedimenti, nonché della litigiosità e, quindi, la proliferazione del contenzioso;*

(b) *la convinzione che la concorrenza imponga di aumentare le gare, di imporre i procedimenti anche dove prima non c'erano, di aumentare vincoli e oneri e ridurre la capacità di scelta autonoma della stazione appaltante*” (pp. 34 ss.).

Ulteriore elemento cui l'Autore imputa un appesantimento eterogenetico dei fini della contrattualistica pubblica è la cultura del sospetto circa la corruttela negli appalti pubblici: “*La prevenzione della corruzione è diventata una delle fondamentali, se non talora la principale finalità delle norme che servono a scegliere l'appaltatore pubblico e a fare un'opera pubblica o acquistare una fornitura o un servizio.*

In un colpo solo, dopo aver già fatto transitare questo settore dalla finalità di tutela della stazione appaltante e dei suoi interessi pubblici alla finalità di tutela degli interessi dei singoli aspiranti e partecipanti alla gara, l'ordinamento italiano lo contrassegna adesso con un ulteriore scopo: prevenire la corruzione e assicurare la 'legalità'.

Questo percorso erompe con l'istituzione della nuova Anac e dirama un messaggio forte e chiaro a tutti: questo settore è in preda alla corruzione e, quindi, le norme sugli appalti pubblici vanno affidate alle cure di un'autorità che abbia come prima missione di combattere l'illegalità”.

L'Autore conclude il ragionamento affermando che “*gli appalti pubblici servono a costruire strade e mantenere scuole, a dotare l'amministrazione di risorse efficienti, a far funzionare i servizi pubblici e le norme che li regolano, a questo devono, anzitutto, mirare e non a prevenire la corruzione.*

A quest'ultimo scopo ci penserà il diritto penale, nonché – pur serbandosi qualche riserva personale sull'argomento – la prevenzione della corruzione in via amministrativa” (pp. 62 ss.).

appaltanti, (iii) il rilancio dell'economia nazionale e (iv) la realizzazione delle commesse pubbliche) al fine di isoperimetrare le due aree, si ha come risultato finale l'infinita ed inefficace dilatazione del quadrato¹²⁸.

In altri termini, se i regolatori finalizzano – *rectius*, funzionalizzano – l'efficientamento delle gare pubbliche alla contemporanea realizzazione dei suddetti obiettivi, per perseguire lo scopo fondamentale – e cioè l'esecuzione delle commesse pubbliche – sono costretti ad ampliare eccessivamente l'area inerente alla contrattualistica pubblica; tuttavia, l'esito – come dimostrato dallo *status quo* del mercato dei contratti pubblici dalla vigenza del presente Codice ad oggi – non potrà che essere un fallimentare tentativo di armonizzare tutti i suddetti mezzi, perdendo di vista il fine ultimo.

Dunque, il prof. Cintioli chiude il proprio ragionamento proponendo di semplificare la normativa codicistica, traslando la disciplina specialistica del Codice in un *emanando* regolamento al fine di rendere il Codice più intellegibile e meno tecnico-operativo¹²⁹.

A tal punto, condividendo le conclusioni dell'illustre dottrina citata, ad avviso dello scrivente ciò di cui ha più bisogno il settore dei contratti pubblici è una fase di *repulisti* normativo e di sostanziale tregua che consenta di raggiungere un ragionevole livello di certezza e stabilità dei rapporti giuridici per un periodo di tempo adeguato¹³⁰.

Dunque, a chi si domanda se, alla luce del nuovo Regolamento e del Decreto Semplificazioni, convenga riscrivere¹³¹ o apportare ulteriori modifiche al Codice, la risposta non può che essere quella fornita da

¹²⁸ Come scriveva il filosofo N. Cusano nel *De docta ignorantia* (Liber I. Capitulum III), “*polygonia quanto inscripta plurium angulorum fuerit, tanto similior circulo, numquam tamen efficitur aequalis, etiamsi angulos in infinitum multiplicaverit*”.

¹²⁹ F. CINTIOLI, *op. ult. cit.*: “*Si è puntato sulla riduzione complessiva degli articoli, ma si è trascurato che quel che conta sono le norme. Se in un articolo inserisco, anziché solo tre commi dedicati organicamente a un certo istituto, altri quattro commi, di cui due dedicati a una questione differente e altri due a una questione ancora diversa, in un solo articolo avrò ovviamente collocato non più una bensì tre ‘norme’. È accaduto che alcune delle norme presenti nel regolamento del 2010 siano state in verità collocate direttamente nel codice, perché si trattava di istituti necessari e che non potevano essere lasciati alla futura produzione di linee guida.*

Questo però ha gonfiato il codice e, soprattutto, questo è accaduto in maniera non sempre razionale, perché, se una disposizione era in un testo che serviva a sua volta ad attuare il testo principale (il regolamento rispetto al codice), spostandola nel secondo si alterava l'armonia complessiva di un sistema di regole generali.

Più in generale, tutto il codice del 2016 ha questa caratteristica: accomunare nei suoi articoli, accanto a una disciplina generale di un certo istituto, propria di quel che un codice dovrebbe essere, una disciplina di aspetti specialissimi, che in precedenza appartenevano al regolamento” (pp. 97 ss.).

¹³⁰ C. CONTESSA, *Codice dei contratti pubblici: è il caso di riscriverlo ora*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2019; si veda anche F. CINTIOLI, *op. ult. cit.*, secondo cui le continue riforme legislative “*hanno tempi e costi di metabolizzazione molto alti... In altre parole, l'amministrazione è fatta di uomini e mezzi, ma anche di consuetudini e di ingranaggi che per muoversi speditamente hanno bisogno di assimilare prassi costanti. Sicché, i problemi da sormontare diventano tanti se l'amministrazione si vede costretta, di legislatura in legislatura, a recepire una serie di modifiche a tutto campo*” (p. 88).

¹³¹ Come paventato dal Disegno di legge n. 1162, presentato durante la XVIII Legislatura in data 22.3.2019 dal Presidente del Consiglio dei Ministri G. Conte, dal Ministro per la Pubblica Amministrazione G. Bongiorno, dal Ministro delle Infrastrutture e Trasporti D. Toninelli, di concerto con il Ministro dell'Economia e Finanze G. Tria (Governo Conte-I), recante “*Delega al governo per la semplificazione, la razionalizzazione, il riordino, il coordinamento e l'integrazione della normativa in materia di contratti pubblici*”.

una eminente dottrina (C. Contessa): “Nel settore degli appalti pubblici il principale impulso alla revisione delle norme nazionali proviene sempre dall’ordinamento UE ... il legislatore UE, consapevole delle difficoltà di conferire un definitivo assetto normativo a fenomeni economici in continua evoluzione (quali quelli che caratterizzano il settore degli appalti e ne ispirano la disciplina), si è mosso nella direzione pragmatica di fissare un certo numero di regole destinate a durare per circa un decennio, per poi procedere – secondo una logica in parte ispirata a quella della c.d. sunset legislation – all’integrale abrogazione del testo ormai desueto e della sua sostituzione con uno radicalmente nuovo”.

Ebbene, l’Autore, interrogandosi sull’utilità della riscrittura integrale del d.lgs. n. 50/2016, osserva che sarebbe controproducente “procedere all’integrale revisione della disciplina di settore quando si è ormai – per così dire – a metà del guado”, poiché, in un’ottica probabilistica, il prossimo Codice non sarebbe emanato prima di un paio di anni dalla delega del Legislatore nazionale (dunque, orientativamente nel 2022), allorquando sarà presumibile che il Legislatore europeo avrà già avviato i negoziati per l’adozione del prossimo pacchetto normativo europeo, la cui adozione si collocherà prevedibilmente tra entro il 2024¹³².

Orbene, è palese la rischiosità – eccessiva e forse superflua – di una riscrittura del Codice *ex novo* per un tempo così esiguo.

Ma, come anticipato, se le modifiche al Codice possono essere superflue, addirittura nocive al sistema, ciò non implica che si debba continuare ad applicare il Codice con tutte le sue farraginosità, specialmente allorché l’emergenza sanitaria da Covid-19 ha dimostrato le debolezze, i meccanicismi e le lungaggini del sistema degli acquisti pubblici¹³³.

Difatti, stesso la Commissione europea, nella “Comunicazione-Orientamenti sull’utilizzo del quadro in materia di appalti pubblici nella situazione di emergenza connessa alla crisi della Covid-19” del 1.4.2020, ha ricordato che

In particolare, l’art. 1, c. 1 prevede che “Il Governo è delegato ad adottare, entro un anno dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi per il riassetto delle disposizioni in materia dei contratti pubblici ... adottando un nuovo codice dei contratti pubblici in sostituzione del codice di cui al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50”.

Inoltre, al c. 2 vengono previsti dei principi e criteri direttivi quali:

“c) restituire alle disposizioni semplicità e chiarezza di linguaggio, nonché ragionevoli proporzioni dimensionali quanto al numero degli articoli, dei commi e delle parole, privilegiando, ove possibile, una disciplina per principi e indicando nella rubrica di ciascun articolo il corrispondente articolo delle direttive europee cui è data attuazione”;

“d) assicurare l’efficienza e la tempestività delle procedure di programmazione, di affidamento, di gestione e di esecuzione degli appalti pubblici e dei contratti di concessione, al fine di ridurre e rendere certi i tempi di realizzazione delle opere pubbliche, compresi le infrastrutture e gli insediamenti prioritari per lo sviluppo del Paese, nonché di esecuzione dei servizi e delle forniture, limitando i livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive europee”;

“f) prevedere discipline opportunamente differenziate applicabili ai contratti pubblici di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria ... ispirate alla massima semplificazione e rapidità, e una disciplina specifica per i contratti attivi”;

“g) promuovere la discrezionalità e la responsabilità delle stazioni appaltanti, anche nell’ottica di assicurare maggiore flessibilità nell’utilizzo delle procedure di scelta del contraente, fornendo alle medesime stazioni appaltanti misure e strumenti di supporto attraverso il potenziamento dell’attività di vigilanza collaborativa e consultiva delle competenti autorità amministrative indipendenti, nonché delle altre amministrazioni pubbliche”.

¹³² C. CONTESSA, *op. ult. cit.*, pp. 7-9.

¹³³ ASSONIME, *Circolare n. 10 del 22.5.2020 – Appalti pubblici nell’emergenza Covid-19: orientamenti europei, decreto ‘Cura Italia’ e decreto ‘Rilancio’*.

“il quadro europeo in materia di appalti pubblici offre agli acquirenti pubblici tutta la flessibilità necessaria per acquistare il più rapidamente possibile beni e servizi direttamente collegati alla crisi della Covid-19”.

A questo punto ci si chiede se, superata questa fase emergenziale, tale flessibilità degli strumenti già sussistenti nella disciplina codicistica (come ad esempio l'estensione dell'ambito di applicabilità dell'uso della procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara¹³⁴ ex art. 63 e delle procedure in caso di somma urgenza ex art. 163¹³⁵) non possa permanere nel sistema e pervadere anche gli istituti più rigidi.

Urge che la vera logica della contrattualistica pubblica torni ad essere quella contabilistica, con i giusti contemperamenti della logica pro-concorrenziale e anti-corruttiva, anziché quella che tenta di scovare il dipendente pubblico corrotto o gli imprenditori collusi, anche a costo di ritardare o addirittura impedire l'aggiudicazione o l'esecuzione della commessa pubblica di rimando al detto biblico *“Muovia Sansone con tutti i filistei”*.

In conclusione, ciò che lo scrivente auspica è che le stazioni appaltanti e gli operatori economici non si rispecchino nel paradosso dell'asino di Buridano (riportato da K. Popper nell'opera *“Il pensiero essenziale”*), ossia un asino che, indeciso se indirizzarsi al secchio contenente l'acqua (la concorrenza) o al secchio contenente il fieno (l'anticorruzione) preferisca rimanere inerte sino al sopraggiungere della morte.

Ma, per scongiurare una simile evenienza, sono necessarie le più volte richiamate matrici: la semplificazione e la stabilità normativa mirate all'efficientamento delle gare, dei contratti pubblici e – non da ultimo – dell'erario statale.

¹³⁴ ANAC, *Proposta di intervento normativo al fine di consentire il ricorso alle procedure previste nell'art. 163 e nell'art. 63 del codice dei contratti pubblici fino al 31 dicembre 2020*, 1.6.2020.

L'Autorità, tuttavia, sottolinea che *“Il ricorso alle procedure di emergenza secondo quanto sopra delineato non può comunque comportare l'inosservanza delle seguenti condizioni:*

- (a) la necessaria verifica del possesso dei requisiti da parte dell'operatore economico affidatario del contratto (già prevista);*
- (b) la verifica antimafia;*
- (c) la tracciabilità degli atti compiuti (a fini di controlli successivi, a campione);*
- (d) la tracciabilità dei flussi finanziari;*
- (e) la necessaria autorizzazione per l'utilizzazione di imprese subappaltatrici;*
- (f) la possibilità di controlli successivi, a campione, sui prezzi praticati;*
- (g) la piena trasparenza, attraverso la pubblicazione sul sito dell'amministrazione, di tutti gli atti adottati, anche relativi alla fase di esecuzione del contratto”.*

Si veda anche ANAC, *Ricognizione delle disposizioni acceleratorie e di semplificazione, presenti nel codice dei contratti e nell'attuale quadro normativo, al fine di fornire indicazioni alle stazioni appaltanti per agevolare lo svolgimento delle procedure di affidamento*, 22.4.2020.

Inoltre, secondo l'Autorità è necessario che le procedure di gara vengano digitalizzate affinché si possa perseguire l'intento della semplificazione, specialmente *“in relazione all'attuazione dell'art. 38 del Codice che prevede il sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti”*: ANAC, *Strategie e azioni per l'effettiva semplificazione e trasparenza nei contratti pubblici attraverso la completa digitalizzazione: le proposte dell'Autorità*, 27.5.2020.

¹³⁵ U. FRANGIPANE, *Gli appalti pubblici al tempo della pandemia*, 2020, in Osservatorio Emergenza Covid-19 su www.federalismi.it.