



***PRIME CONSIDERAZIONI SUL DISEGNO DI LEGGE
DELEGA IN MATERIA DI CONTRATTI PUBBLICI
(DDL n. 2330/2021 - XVIII Leg.)***

*Michele COZZIO**

1. Data 21 luglio 2021 il disegno di legge n. 2330 presentato al Parlamento dal Presidente del Consiglio dei Ministri e dal Ministro delle Infrastrutture. Esso reca la delega al Governo per l'adozione di uno o più decreti legislativi sulla disciplina dei contratti pubblici. Gli obiettivi generali dell'intervento legislativo sono così individuati:

- **adeguamento della disciplina nazionale al diritto europeo e ai principi giurisprudenziali della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori, interne e sovranazionali;**
- **razionalizzazione, riordino e semplificazione della disciplina vigente;**
- **modificazioni al fine di evitare procedure di infrazione da parte della Commissione europea ovvero la risoluzione di quelle in corso.**

Segue l'elencazione dei principi e criteri direttivi ai quali dovrà conformarsi l'azione del legislatore delegato. Infine, nei commi nn. 3, 4 e 5 dell'unico articolo che compone il disegno di legge sono riportate indicazioni di natura organizzativa (invarianza

* La versione integrale dello scritto è pubblicata in *Rivista Trimestrale degli Appalti*, 2021, 4.

finanziaria, regimi transitori etc.), alcune delle quali di non poco interesse.

2. Con la presentazione del DDL il Governo dimostra di voler intervenire sulla disciplina del settore con obiettivi di riordino e semplificazione. La presentazione succede alle numerose iniziative degli ultimi anni, mai giunte a compimento o ancora pendenti come nel caso della proposta di legge AC 657 del 24 maggio 2018 e del disegno di legge AS 1162 del 22 marzo 2019.

È difficile fare previsioni su quale sarà l'esito del DDL n. 2330, per certo **questa iniziativa va ricondotta non soltanto alla volontà di migliorare l'ambiente normativo e il funzionamento del settore ma anche alla circostanza che essa rientra tra gli interventi prioritari previsti dal *Piano nazionale di ripresa e resilienza* (PNRR)**, costituendo condizione imprescindibile per rispettare gli accordi con Bruxelles e le tempistiche di utilizzo delle risorse stanziare.

Non si può dimenticare che il Codice dei contratti pubblici del 2016 è stata oggetto di ripetute modifiche fin dai mesi successivi la sua adozione. Tali modifiche sono divenute particolarmente frequenti, incisive e scoordinate a partire dal 2019, assumendo infine i tratti della legislazione emergenziale nel 2020 e 2021 a seguito dell'epidemia. Ne è derivata una situazione di fortissima frammentazione normativa, con non poche difficoltà per gli operatori, pubblici e privati, nell'individuazione delle regole applicabili. Si consideri che le modifiche da ultimo introdotte si caratterizzano per differenti modalità di applicazione: alcune sono a regime, altre a tempo, alcune prorogano la sospensione di taluni istituti, altre si applicano solo alle procedure in corso in determinati periodi di tempo.

Insomma, se non si sbaglia nel dire che **la richiesta di un quadro normativo di più semplice applicazione** accompagna da tempo la disciplina degli appalti pubblici, va preso atto del fatto che essa è **divenuta negli ultimi mesi *urgente necessità per sostenere il rilancio dell'economia.***

Le risorse del PNRR, infatti, sono veicolate in gran parte attraverso il mercato dei contratti pubblici, che rischia, in mancanza di adeguamenti e di soluzioni migliorative, di rappresentare una pericolosa strozzatura. Sul punto la relazione del DDL n. 2330 da atto della necessità di risolvere i problemi applicativi posti dalla normativa vigente (*“le riforme succedutesi hanno reso il quadro normativo di settore poco chiaro... con inevitabili riflessi sul corretto svolgimento del mercato”*), rispetto alla quale l'azione del legislatore delegato legislativa dovrà restituire:

- **semplicità e chiarezza di linguaggio della normativa,**
- **dimensioni ragionevoli e proporzionate,**
- **limiti ai rinvii alla normativa secondaria.**

L'insieme di tali premesse fa ritenere che quest'ennesimo tentativo di modificare in modo strutturale il Codice dei contratti pubblici si basi su ragioni più stringenti che nel passato, tali da non rendere posticipabile (attesa la gravità del momento) l'azione del Governo e del Parlamento.

3. Dalla lettura del disegno di legge emergono alcune scelte di fondo che permettono di intravedere la visione ispiratrice della riforma.

In primo luogo, viene prevista la **possibilità di affidare al Consiglio di Stato il compito di redigere la bozza di articolato** del decreto legislativo (art. 1, co. 4). A tal fine il Consiglio di Stato può avvalersi di magistrati dei tribunali amministrativi regionali, di esperti esterni e rappresentanti del libero foro e dell'Avvocatura generale dello Stato, i quali presteranno la propria attività a titolo gratuito e senza diritto al rimborso delle spese. V'è quindi la possibilità di avere un **testo sul quale il Consiglio di Stato esercita la funzione primaria di redazione e non la consolidata funzione consultiva**. Anzi, il disegno di legge precisa che sugli schemi redatti dal Consiglio di Stato non sarà acquisito il suo parere.

La scelta non è priva di profili discutibili, rispetto ai quali l'auspicio è che la redazione del testo avvenga nell'ambito di un **gruppo di esperti che siano espressione non solo di cultura strettamente giuridica ma anche dei molti saperi tecnici richiesti nel settore**.

L'occasione, inoltre, si dovrebbe sfruttare per l'elaborazione di un testo già pronto per l'innesto e l'applicazione delle soluzioni emergenti, a partire da quelle legate al contesto tecnologico e digitale. Prendendo a prestito il linguaggio informatico, si vorrebbe disporre di un testo che abbia in sé la capacità di supportare *plugin*.

4. Tra le scelte di fondo che caratterizzano la visione insita nel DDL v'è **l'abbandono del 'modello' alla base della normativa vigente**. La disciplina dei contratti pubblici, infatti, presenta un nucleo di regole contenute nel Codice affiancato da un sistema di atti attuativi - plurale, articolato e flessibile - che risponde a finalità esegetiche e regolatorie, nonché ai canoni di una

regolamentazione capace di rinnovarsi rapidamente, svincolata dai tempi delle procedure legislative ordinarie, redatta secondo uno stile discorsivo, ricco di elencazioni aperte ed esemplificazioni in modo da renderla facilmente più usufruibile sul piano della comprensibilità.

Questo modello - il cui apice è segnato dalla *soft law* vincolante espressa dalle linee guida dell'ANAC - ha rappresentato l'elemento più innovativo del Codice del 2016¹, ed è stato anche tra gli elementi (talvolta ingiustamente) più criticati.

La prospettiva delineata dal DDL è quella di un netto ridimensionamento del rapporto tra la normativa primaria del Codice e la normativa attuativa o secondaria. Al riguardo, l'obiettivo indicato dal DDL - *razionalizzare, riordinare e semplificare la normativa vigente* - viene precisato dal criterio secondo il quale la riduzione e la razionalizzazione delle norme è perseguita dalla “*ridefinizione del regime della disciplina secondaria*” (art. 1, co. 2, lett. a).

Sulla base di questo criterio è difficile prevedere quale sarà il futuro della *soft law* nei contratti pubblici, tuttavia **sembra improbabile che essa manterrà la connotazione di regolamentazione aggiuntiva di tipo vincolante**, piuttosto potrebbe assumere contenuti di natura informativa, comunicazione di buone pratiche, schemi di bandi tipo, etc.

¹ Il nucleo delle regole del Codice è stato affiancato da un insieme di atti attuativi, in parte tipici, decreti ministeriali, decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, decreti del Presidente della Repubblica, in parte non corrispondenti a categorie tipizzate, come le Linee guida e altre forme di regolamentazione flessibile, qualificate dal Legislatore come atti di indirizzo dotati di efficacia vincolante. Le Linee guida sono atti demandati all'Autorità Nazionale Anticorruzione, ispirati a soluzioni di *soft law* o diritto debole, suscettibili di riesame nel tempo.

È altresì difficile prevedere quale sarà il futuro della disposizione del Codice - finora inattuata - che rimanda all'adozione di un *regolamento unico di esecuzione, attuazione e integrazione del Codice* (art. 216, co. 27-*octies*). La bozza del regolamento circola da tempo ma contiene un numero di articoli superiore a quelli dello stesso Codice, il che pare porsi in contrasto con gli obiettivi di compattezza e proporzionalità della normativa secondaria che il legislatore delegato dovrebbe perseguire.

Al tema della razionalizzazione e semplificazione del quadro normativo fa da sfondo **la ricerca del difficile equilibrio tra una legislazione - che si vorrebbe snella - e l'esigenza degli operatori di applicare una regolamentazione esaustiva e dettagliata**, in continuità con la tradizione e la mentalità giuridica nazionale formatasi in questo settore. Tale mentalità, non esprime particolare favore per la discrezionalità amministrativa, piuttosto apprezza uno stile normativo dettagliato.

Le regole che vincolano l'attività negoziale delle amministrazioni sono state denominate da Massimo Severo Giannini "*procedure ad evidenza pubblica*", espressione che "ha la rara capacità di coniugare sia il fenomeno descrittivo che quello contenutistico"². Quanto all'efficacia, i giudizi del

² Lo ricorda S. Scoca, *I principi dell'evidenza pubblica*, in C. Franchini (a cura di), *I contratti di appalto pubblico*, Torino, Utet, 2010, 290-292. L'Autore - richiamando M. Giannini, *L'attività amministrativa. Lezioni tenute durante l'anno accademico 1961-1962*, Roma, Jandi Sapi, 1962, 46 e ss. - ribadisce che la necessità di elaborare una disciplina formale antecedente la stipula dei contratti trova giustificazione pratica nell'esigenza di evitare abusi da parte dei fornitori dello Stato e una ragione di coerenza con il sistema del diritto amministrativo, basato sul principio di legalità nella sua accezione formale e sostanziale. Tale visione viene elaborata dalla dottrina fondandola sul fatto che la disciplina dei contratti pubblici era stata inclusa tra le norme sulla contabilità dello Stato, "segno evidente che la preoccupazione principale del legislatore era l'interesse economico-finanziario nell'affidamento dei contratti".

Maestro sono piuttosto critici: *“la pratica ha svuotato quasi completamente il valore operativo delle norme dei contratti ad evidenza pubblica, i quali si sono risolti in strumenti che fanno spendere alle amministrazioni molto di più che se essi non ci fossero, senza che si raggiungano i risultati ultimi di ridurre gli abusi”*³.

Tali criticità, per altro, si trascinano nel tempo⁴ come dimostrano anche le esigenze alla base del DDL n. 2330.

³ Così già M.S. Giannini, *L'attività amministrativa...*, cit., 46, si veda anche 61, 80-82. L'Autore ricorda come sulla gara pubblica “si scrissero molte cose per mostrare come essa offrisse il massimo di garanzie per l'amministrazione, eliminando le possibilità di abuso e ponendo tutti i concorrenti in situazione di parità. Oggi (n.d.r. 1962) i plaudenti sono assai meno, poiché si sono trovati tanti piccoli e grandi accorgimenti per render inoperose le norme, spesso anche molto minuziose”. Più recentemente, gli studi condotti sul tema da M. Cafagno, *Lo Stato banditore. Gare e servizi locali*, Milano, Giuffrè, 2001, 188 e ss. evidenziano anche il ‘rovescio della medaglia’, se è vero, infatti, che l'aumento della competizione genera convenienza ed efficienza, vi sono limiti oltre i quali detta relazione non è più valida, e i benefici marginali della competizione diventano decrescenti. Nel pensiero dell'Autore si dovrebbe perseguire l'obiettivo di favorire il massimo grado di partecipazione di volta in volta idoneo a bilanciare costi e benefici, piuttosto che la massima partecipazione possibile.

⁴ Si considerino le valutazioni espresse da H. Simonetti, *Il nuovo quadro normativo dei contratti pubblici. La dialettica tra diritto eurounitario e nazionale, linee generali e singole tipologie*, nella relazione al corso *L'affidamento e l'esecuzione dei contratti pubblici: differenze e punti di contatto con gli appalti privati*”, organizzato nei giorni 5 e 6 aprile 2018 al T.A.R. Lazio dall'Ufficio studi della Giustizia amministrativa in collaborazione con la Scuola Superiore della Magistratura, per il quale l'interesse degli operatori è concentrato per lo più al procedimento di scelta del contraente, al momento dell'evidenza pubblica, dimenticando che è preordinato alla stipulazione e all'esecuzione del contratto, “un errore ottico in cui spesso incorre la pubblica amministrazione (...) preoccupata come è di uscire indenne dalle complicazioni e dalle insidie della procedura di gara, quasi che alla fine il contratto e il suo esatto adempimento fosse l'ultimo dei problemi”; sul tema si veda anche A. Pajno, *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, in Aa.Vv., *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, atti del 61° convegno di studi di scienza dell'amministrazione, a Varenna, 17-19 settembre 2015, Milano, Giuffrè, 2016, 29-74.

5. Un ulteriore elemento caratterizzante la visione del DDL n. 2330 riguarda l'aderenza alle regole europee in applicazione del divieto di *gold plating*, vale a dire il divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive europee.

L'espressione *gold plating* (letteralmente *doratura*) rinvia alla prassi delle autorità nazionali di regolamentare oltre i requisiti imposti dalla legislazione UE in fase di recepimento o di attuazione. La Commissione europea la definisce come quella tecnica che eccede quanto richiesto dalla normativa europea pur mantenendosi entro la legalità. Gli Stati membri, infatti, hanno ampia discrezionalità in sede di attuazione delle direttive: possono aumentare gli obblighi di comunicazione, aggiungere i requisiti procedurali, o applicare regimi sanzionatori più rigorosi. **Se non è illegale, il *gold plating* è di solito presentato come una cattiva pratica, perché impone costi che si sarebbero potuti evitare.**

Molti Stati membri hanno adottato linee guida o procedure *ad hoc* per limitare gli effetti del *gold plating*. Particolarmente significativo è (*rectius*: era) il documento predisposto dal Governo inglese *Gold-plating review. The operation of the transposition principles in the government's guiding principles for Eu legislation* (marzo 2013), che definisce un elenco di cinque principi 'guida' per il recepimento delle regole europee nell'ordinamento nazionale.

Nel caso dell'Italia, oltre alla citata disposizione della Legge 24 dicembre 2012 n. 234 che introduce il divieto di *gold plating*, si segnala la direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri del 16 gennaio 2013 (*Disciplina sul rispetto dei livelli minimi di*

regolazione previsti dalle direttive europee, nonché aggiornamento del modello di Relazione AIR) che pianifica le modalità con cui le amministrazioni statali assicurano il rispetto dei “livelli minimi di regolazione previsti dalle direttive europee”.

Dal 2010, inoltre, il Dipartimento per gli Affari Giuridici e Legislativi presso la Presidenza del Consiglio ha attivato un portale web (www.qualitanormazione.gov.it) e una serie di iniziative finalizzate a curare l’elaborazione delle metodologie in materia di analisi di impatto della regolamentazione (AIR) e verifica dell’impatto della regolamentazione (VIR).

Il legislatore nazionale, inoltre, ha precisato il contenuto del divieto di *gold plating* stabilendo, in particolare, che *“costituiscono livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive comunitarie: a) l’introduzione o il mantenimento di requisiti, standard, obblighi e oneri non strettamente necessari per l’attuazione delle direttive; b) l’espansione dell’ambito soggettivo o oggettivo di applicazione delle regole rispetto a quanto previsto dalle direttive ove comporti maggiori oneri amministrativi per i destinatari; c) l’introduzione o il mantenimento di sanzioni, procedure o meccanismi operativi più gravosi e complessi di quelli strettamente necessari per l’attuazione delle direttive”* (articolo 14, co. 24-ter, Legge 28 novembre 2005 n. 246 come modificata dalla Legge 12 novembre 2011 n. 183).

Il divieto di *gold plating*, per altro, non è assoluto e incondizionato. Sono ammessi, infatti, livelli di regolazione superiori al minimo purché l’Amministrazione dia conto delle circostanze eccezionali, valutate con metodi d’analisi d’impatto,

che richiedono il superamento di quanto richiesto dalla regolazione europea (articolo 14, co. 24-*quater*, Legge 28 novembre 2005 n. 246 e ss.mm.).

I chiarimenti riguardanti il significato, la portata e i limiti del divieto di *gold plating* non risolvono i problemi che dovrà affrontare il legislatore delegato.

In linea di principio si può osservare che risulta difficile discostarsi dalla regola della direttiva europea solo quando essa dispone un obbligo “*incondizionato e sufficientemente preciso*”, vale a dire tutte le volte in cui la singola disposizione non ammette deroghe o condizioni particolari di attuazione, ovvero è stata oggetto di interpretazione resa dai giudici della Corte di giustizia UE.

Tuttavia occorre essere consapevoli del fatto che **le direttive europee interessano solo una minima parte della disciplina dei contratti pubblici**. Non dobbiamo dimenticare che l'intervento del legislatore europeo è funzionale a questi obiettivi:

- **apertura dei mercati nazionali,**
- **garanzie di competitività e concorrenza per gli operatori economici degli altri Stati,**
- **funzione strategica degli appalti.**

Tutto il resto, ed è molto, rimane affidato alla competenza normativa degli Stati membri. In tal senso, è difficile impostare una normativa nazionale sugli appalti pubblici che si limiti a riprodurre le sole regole delle direttive dell'UE.