

Il primo (e unico) correttivo al ‘Codice dei contratti’ Un passo avanti verso la semplificazione del sistema? (*)

SOMMARIO: 1. Aspetti generali della questione - 2. La scelta del Legislatore di adottare un unico testo correttivo e le conseguenze di sistema - 3. Su cosa *può* e su cosa *non può* incidere un decreto correttivo – 4. Una (breve) analisi per settori - 4.1 Le novità e le semplificazioni in tema di affidamenti sotto-soglia (art. 36) - 4.2. Le innovazioni in tema di programmazione (artt. 21, 22, 23) - 4.3. Gli interventi in tema di trasparenza, pubblicazioni e comunicazioni (articoli 29, 53 e 76) - 4.4. Il nuovo ambito dell'appalto integrato (art. 59) - 4.5. Le novità in tema di Commissioni giudicatrici (art. 77, 78) - 4.6. Le modifiche in tema di aggiudicazione al prezzo più basso e di offerte anomale (artt. 95, 97) - 4.7. Il soccorso istruttorio (gratuito) nella previsione del Decreto correttivo (art. 83, co. 9) - 4.8. L'abrogazione della disposizione sulle cc.dd. ‘raccomandazioni vincolanti’ dell'ANAC. Cenni e rinvio (art. 211, co. 2) - 4.9. Le innovazioni in tema di subappalto (art. 105) - 5. Un primo tentativo di sintesi: il decreto correttivo muove verso la (parziale) attenuazione dei vincoli e dei limiti insiti nella prima formulazione del ‘Codice’?

1. Aspetti generali della questione

Il 5 maggio 2017 (dopo oltre tre settimane dall'approvazione definitiva da parte del Consiglio dei Ministri) è stato pubblicato in Gazzetta ufficiale il decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56 (recante ‘*Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50*’).

L'approvazione definitiva del decreto correttivo è stata accompagnata da una notevole eco mediatica riferita in particolare alla controversa soppressione della disposizione relativa alle raccomandazioni vincolanti dell'ANAC (si tratta del comma 2 dell'articolo 211 del ‘Codice’) e per alcuni giorni la questione – peraltro certamente rilevante – ha in qualche misura monopolizzato l'intera attenzione da parte dell'opinione pubblica e degli stessi operatori del settore¹.

Tuttavia, il nuovo testo che ora viene consegnato agli operatori reca contenuti ben più ampi e articolati e merita di essere esaminato con l'attenzione che è propria degli interventi di grande rilievo sistematico.

Del resto, si può affermare che con l'approvazione del nuovo decreto si sia ormai chiusa la *prima fase* della fissazione delle regole che disciplineranno

(*) Il presente contributo è estratto dal volume: C. CONTESSA, D. CROCCO, *Codice dei contratti pubblici commentato articolo per articolo*, Roma, 2017, di imminente pubblicazione.

¹ Il notevole interesse mediatico suscitato dalla questione viene confermato dai contributi che autorevoli studiosi hanno affidato alle pagine di alcuni fra i principali quotidiani nazionali (si vedano al riguardo il contributo di Giovanni VERDE su ‘*Il Mattino*’ di Napoli del 23 aprile 2017 e quello di Giulio NAPOLITANO su ‘*Il Corriere della Sera*’ del 28 aprile 2017).

al livello nazionale il cruciale settore degli appalti e delle concessioni – verosimilmente – per il prossimo decennio circa.

Prende in tal modo l'avvio una nuova (e non meno complessa) fase nel corso della quale occorrerà *in primo luogo* completare il frastagliato mosaico degli atti di regolazione subprimaria previsti dal nuovo 'Codice'; *in secondo luogo* assicurare un adeguato livello di collaborazione fra i diversi attori istituzionali al fine di conferire al settore un adeguato livello di chiarezza e univocità e – *da ultimo* – governare nel modo più accorto e lungimirante possibile l'adozione degli ulteriori (quanto inevitabili) interventi normativi che in futuro interesseranno nuovamente la materia.

Non è evidentemente possibile esaminare con qualche grado di completezza gli oltre 130 articoli di cui si compone il decreto correttivo (il quale ha pertanto inciso su oltre la metà dei 220 articoli che compongono il 'Codice').

In numerosi casi, del resto, gli interventi apportati all'iniziale testo del 'Codice' presentano un contenuto estremamente tecnico o di dettaglio e non si prestano quindi agevolmente a una esposizione piana e men che dispersiva.

Cionondimeno nelle pagine che seguono si tenterà *dapprima* di richiamare alcune delle principali questioni – per così dire – 'di sistema' che vengono suscitate dall'esame del nuovo testo; *successivamente* si concentrerà l'attenzione su alcune aree tematiche di particolare interesse per gli operatori pratici del settore che risultano state incise dall'intervento correttivo; *infine* si tenterà di trarre alcune (evidentemente provvisorie) conclusioni dalla prima lettura del nuovo testo.

2. La scelta del Legislatore di adottare un unico testo correttivo e le conseguenze di sistema

Come è noto il Legislatore della delega (l. 28 gennaio 2016, n. 11)² si è in parte posto sul solco – per così dire – 'tipico' delle deleghe legislative riguardanti l'attuazione delle direttive UE (ed infatti la legge in questione richiama in modo espresso i principi e criteri direttivi generali di cui alla l. 234 del 2012 – c.d. 'legge Moavero Milanese' -), ma se ne è discostato in modo rilevante per quanto riguarda l'*iter* di approvazione del decreto delegato e dei successivi interventi correttivi.

In particolare:

- mentre l'articolo 31 della l. 234, cit. stabilisce che il Governo possa adottare disposizioni integrative e correttive dei decreti legislativi di

² Sul punto sia consentito richiamare C. CONTESSA, *Dalla legge delega al nuovo 'Codice': opportunità e profili di criticità*, in www.giustizia-amministrativa.it e in questo volume (v. in particolare i paragrafi 1 e 2).

recepimento di direttive UE entro il termine di *ventiquattro mesi* dall'entrata in vigore di ciascuno di essi

- al contrario, la scelta del Legislatore del 2016 è stata nel senso di accelerare l'adozione dei decreti (*rectius*: del decreto) integrativi e correttivi, conferendo a tal fine il più breve periodo di *un anno* (in tal senso, il comma 8 dell'articolo unico della l. 11, cit.).

La scelta in tal modo operata dal Legislatore (che si è posta in controtendenza rispetto a quella che aveva accompagnato l'approvazione del previgente 'Codice')³ è stata evidentemente ispirata dalla volontà di assicurare nel tempo più breve possibile una adeguata sistematizzazione al settore in esame, superando le incertezze che sovente accompagnano periodi transitori di durata eccessiva.

D'altra parte è innegabile che la previsione di un adeguato periodo di osservazione e metabolizzazione sarebbe risultata utile in considerazione dello stato tutt'altro che completo dell'assetto della disciplina subprimaria⁴ attuativa del nuovo 'Codice' (e tanto, nella consapevolezza di quanto sia ben difficile 'chiudere il cantiere' di una importante riforma di settore prima ancora che molti dei suoi più rilevanti elementi costitutivi abbiano visto la luce).

Del resto, lo stesso Consiglio di Stato (che, pure, con il parere sul nuovo decreto in data 30 marzo 2017 ha doverosamente rispettato la scelta del Parlamento di accelerare il termine ultimo per l'adozione de(l) decret(o) correttiv(o)), ha tuttavia espresso l'auspicio che il Governo possa sensibilizzare il Parlamento in ordine a un incremento da uno a due anni del termine per adottare ulteriori decreti correttivi⁵

Vi è infatti la consapevolezza che la fissazione di un termine piuttosto breve per l'adozione di decreti correttivi se (per un verso) persegue il condivisibile intento di responsabilizzare il Governo e lo stesso Parlamento a sistematizzare in modo compiuto e in tempi ragionevoli la materia disciplinata, per altro verso non fa certamente venire meno le esigenze di modifica eventualmente residuanti anche a seguito del più attento e meditato intervento di riforma.

³ E' noto al riguardo che la l. 62 del 2005 (si tratta della legge comunitaria per il 2004 la quale aveva conferito la delega per 'emanazione del decreto legislativo n. 163 del 2006) aveva previsto un termine di ventiquattro mesi per l'adozione di decreti correttivi.

⁴ Al momento in cui il presente contributo viene dato alle stampe, dei cinquantacinque atti di regolazione subprimaria previsti dal nuovo 'Codice' ne risultano adottati in via definitiva soltanto undici.

Occorre tuttavia rilevare che l'Autorità di settore ha nel frattempo adottato alcune Linee guida non vincolanti che non erano state espressamente previste dal 'Codice', ma la cui adozione è da ricondurre alla previsione 'pan-tipizzante' di cui all'articolo 213, comma 2 (si pensi – solo a mo' di esempio alle Linee guida n. 2 del 21 settembre 2016 sull'offerta economicamente più vantaggiosa).

⁵ Con il parere dello scorso 30 marzo il Consiglio di Stato (nel richiamare il precedente parere n. 855/2016 del 1° aprile 2016 sull'iniziale testo del nuovo 'Codice' ha ribadito che «i correttivi conseguono un effetto utile se intervengono dopo un ragionevole periodo di applicazione pratica, necessario per una compiuta verifica di impatto della regolamentazione. Nel caso di codificazioni settoriali, specie se, come in questo caso, vi sono numerosi regimi transitori, un periodo ragionevole di osservazione è almeno biennale.

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

Il rischio connesso a un intervento così congegnato sotto il profilo strutturale non è tanto che venga impedita la possibilità *in se* di intervenire nuovamente in futuro sul testo del ‘Codice’, quanto – piuttosto - che ne resti preclusa la possibilità di farlo in modo organico e con procedure – per così dire – strutturate a condivise nell’ambito di un circuito istituzionale consolidato.

Del resto, è ben presente agli operatori l’esperienza (tutto sommato recente) degli interventi di modifica che hanno interessato il decreto legislativo n. 163: in quel caso il Legislatore delegato si è avvalso per ben tre volte della possibilità – riconosciuta in sede di delega – di emanare decreti correttivi⁶, ma ciò non ha impedito che il ‘Codice’ fosse comunque fatto oggetto nel corso del tempo di decine di interventi correttivi, il più delle volte non collocati nell’ambito di un disegno riformatore organico, ma dettati dalle variabili contingenze del momento (è noto al riguardo che il ‘Codice de Lise’ è stato modificato per ben quarantaquattro volte nei dieci anni circa della sua tormentata vigenza)⁷.

3. Su cosa può e su cosa non può incidere un decreto correttivo

Contrariamente al suo antecedente storico del 2006 (che era stato accompagnato alla sua emanazione da un *favor* pressoché unanime fra gli analisti, per poi perdere gradualmente nel corso degli anni il consenso inizialmente riconosciuto), il nuovo ‘Codice’ è stato fin da subito fatto oggetto di critiche piuttosto serrate da parte degli osservatori, molti dei quali hanno ritenuto che esso fosse caratterizzato da un non adeguato livello di qualità della regolazione.

Non si ritiene qui di stabilire se tali critiche al nuovo ‘Codice’ (peraltro molto diffuse) colgano nel segno ovvero se esse siano piuttosto il frutto di un atteggiamento ingeneroso verso un testo che comunque presenta numerosi e rilevanti aspetti di innovatività.

Sta di fatto, comunque, che l’attesa del decreto correttivo è stata accompagnata da aspettative numerose e probabilmente eccessive, come se il testo in questione potesse portare a una complessiva rimeditazione di alcune fra le principali scelte di fondo che hanno caratterizzato l’impianto complessivo del decreto n. 50 del 2016.

Le cose evidentemente non stanno così e chi si attendeva un testo *rivoluzionario* rispetto all’iniziale impianto del nuovo ‘Codice dei contratti pubblici’ era inevitabilmente destinato a vedere frustrate le proprie aspettative.

⁶ I decreti correttivi emanati fra il 2007 e il 2008 ai sensi del previgente ‘Codice dei contratti’ sono stati: *i*) il n. 6 del 2007; *ii*) il n. 113 del 2007 e *iii*) il n. 152 del 2008.

⁷ Il dato in questione è stato sottolineato dal parere reso dal Consiglio di Stato del 1° aprile 2016 sullo schema di nuovo ‘Codice’ (par. 1.a.4).

Se, tuttavia, si guarda allo strumento in esame in modo pacato e scevro da condizionamenti ‘di contesto’, si deve riconoscere: *i*) che il decreto legislativo n. 56 del 2017 ha in effetti apportato numerose e rilevanti modifiche al nuovo Codice; *ii*) che esso ha utilizzato in modo ampio le potenzialità (comunque, non infinite) proprie di un decreto correttivo; *iii*) che esso, in definitiva, ha restituito agli operatori del settore un testo più chiaro, completo e lineare rispetto a quello emanato nell’aprile del 2016.

Occorre tuttavia domandarsi *cosa possa e cosa non possa* essere disposto da un decreto legislativo correttivo di un testo di recepimento di direttive eurounitarie (e, di conseguenza, quali siano le aspettative che ragionevolmente possono essere riposte su un testo di tal genere).

La questione è stata esaminata in modo ampio e approfondito dal parere del Consiglio di Stato dello scorso 30 marzo.

In particolare, i Magistrati di Palazzo Spada hanno *in primis* chiarito quali siano i contenuti – per così dire – ‘*in negativo*’ che un decreto correttivo *non può e non deve* in via di principio contenere.

In primo luogo lo strumento del decreto correttivo non può costituire l’occasione per esercitare in modo tardivo parti della delega che non sono state esercitate ‘in prima battuta’ e quindi per ovviare all’incompletezza *in parte qua* del testo di base (si pensi al caso del criterio di delega *hhh*) il quale prevedeva l’adozione di una disciplina specifica per le concessioni nel settore idrico e che non rinviene una puntuale traduzione nel testo del ‘Codice’: la lacuna in questione non poteva essere emendata con il nuovo testo il quale non vi ha infatti in alcun modo provveduto).

In secondo luogo – come si è già accennato – lo strumento del decreto correttivo *non può e non deve* consentire una rimediazione *funditus* degli orientamenti di massima che hanno ispirato la stesura del testo iniziale⁸, ma deve limitarsi a svolgere una (peraltro, rilevatissima) funzione completiva e integrativa delle opzioni normative già contenute nel testo oggetto di modifica.

Venendo invece ai contenuti – per così dire – ‘*in positivo*’ che possono essere recati da un decreto correttivo, il Consiglio di Stato ne ha individuati essenzialmente quattro.

In primo luogo lo strumento in parola può intervenire al fine di assicurare la qualità formale del testo, «*con l’eliminazione di illegittimità, refusi, difetti di coordinamento, errori tecnici, illogicità, contraddizioni, [apportando], previa verifica di impatto, le correzioni e integrazioni che l’applicazione pratica renda opportune*».

⁸ Con il parere del 30 marzo 2017 il Consiglio di Stato ha osservato al riguardo che con il decreto correttivo «*[si può] intervenire per garantire la “qualità formale” del testo, con l’eliminazione di illegittimità, refusi, difetti di coordinamento, errori tecnici, illogicità, contraddizioni, apportare, previa verifica di impatto, le correzioni e integrazioni che l’applicazione pratica renda opportune ma non potranno rimettersi in discussione le scelte di fondo operate in sede di primo esercizio della delega*» (in tal senso: Corte cost. 26 giugno 2001 n. 206; Cons. Stato, ad. gen., 6 giugno 2007 n. 1).

E' evidente al riguardo che una parte degli interventi in questione siano piuttosto propri dello strumento dell'avviso di rettifica⁹, ma è del pari evidente che – a fronte di un testo ancora caratterizzato da numerose lacune e difetti di coordinamento – l'approvazione del decreto correttivo rappresenti comunque una preziosa occasione per procedere a una vera e propria 'bonifica' dell'articolato, rappresentando comunque un veicolo utile a tal fine¹⁰.

Una seconda tipologia di interventi che risulta certamente compatibile con lo strumento del decreto correttivo è rappresentata dagli interventi di coordinamento esterno e dalle conseguenti abrogazioni delle numerose disposizioni di leggi speciali che hanno inciso sulla materia dei contratti pubblici ma che non sono stati richiamati in modo espresso dall'articolo 217 del nuovo 'Codice' (si tratta, per l'appunto, dell'articolo dedicato alle abrogazioni espresse).

Sotto tale aspetto l'esigenza di procedere a un siffatto coordinamento esterno muove da una duplice esigenza:

- da un lato, quella di individuare fin dove possibile (e per evidenti ragioni di certezza per gli operatori) le ipotesi di abrogazione espressa conseguenti all'entrata in vigore del nuovo testo e
- dall'altro la consapevolezza (dettata da pure ragioni di *Realpolitik*) della difficoltà di individuare con adeguata precisione tutte le ipotesi di abrogazione necessaria con il conseguente obbligo di ricorrere al criterio residuale (e tuttavia necessario) dell'abrogazione per incompatibilità ai sensi dell'articolo 15 disp. prel. cod. civ.

Una terza tipologia di correzioni include quelle che si rendono necessarie al fine di rimuovere alcuni errori di recepimento delle direttive e di attuazione della legge delega, i quali si traducono in altrettante illegittimità delle disposizioni del nuovo 'Codice' per potenziale contrasto con le direttive o per eccesso di delega.

Basti pensare al riguardo (ma il novero degli esempi potrebbe essere molto più nutrito) all'articolo 83, comma 9 del nuovo 'Codice' (in tema di c.d. 'soccorso istruttorio a pagamento') il quale è stato modificato in sede di decreto correttivo stante il suo oggettivo contrasto con il criterio di delega z) il quale imponeva *expressis verbis* il carattere gratuito del ricorso al soccorso istruttorio.

Si tratta, come è del tutto evidente, di un novero di ipotesi particolarmente delicate in quanto l'introduzione di siffatte modifiche pone

⁹ Si osserva al riguardo che con l'avviso di rettifica in data 15 luglio 2016 sono state apportate numerose modifiche al testo, con la correzione di molte decine di errori materiali e omissioni.

In particolare, con l'avviso del luglio 2016; sono stati corretti e/o modificati circa la metà dei duecentoventi articoli di cui si compone il 'Codice'; sono state apportate a testo circa centottanta correzioni/modifiche di diverso impatto e contenuto.

Sotto questo aspetto, non è in realtà neppure esatto affermare che il recente correttivo rappresenti il primo rilevante intervento di modifica al 'Codice dei contratti pubblici'.

¹⁰ E' qui importante osservare che, nel più volte richiamato parere del 30 marzo 2017 il Consiglio di Stato ha evidenziato circa cento refusi ed errori materiali e che il decreto correttivo ha in larghissima parte recepito le indicazioni fornite dall'Alto Organo consultivo.

rilevanti problemi in ordine all'effettiva individuazione delle ipotesi di potenziale illegittimità, nonché in ordine all'eventuale possibilità di introdurre regimi transitori volti a regolare i rapporti sorti nella vigenza delle disposizioni a dubbio di illegittimità.

La quarta (e ultima) tipologia di interventi compatibile con lo strumento del decreto correttivo (si tratta di una tipologia di carattere residuale ma che forse rappresenta la figura più rilevante) è rappresentata dalle correzioni finalizzate «*a rimediare a difficoltà insorte nella prima applicazione dei nuovi istituti, come emerso dalle audizioni, dal dibattito dottrinale e dalla prima giurisprudenza*».

Si tratta, a ben vedere, di una figura 'di confine' di estrema delicatezza, in quanto è sempre estremamente difficile distinguere fra:

- (da un lato) gli interventi che mirano a rimodulare attraverso una sorta di pura e semplice *emendatio libelli* le scelte di fondo già effettuate (e si tratta di interventi consentiti) e
- (dall'altro) gli interventi che mirano a rimeditare *funditus* le scelte di politica normativa in precedenza già adottate (e si tratta, invece, di interventi in radice preclusi, quanto meno attraverso il ricorso alla figura del 'correttivo').

4. Una (breve) analisi per settori

Una volta operata una disamina generale sulla configurazione istituzionale e sistematica della figura dei decreti correttivi, è ora possibile passare a una sintetica analisi su alcuni fra i principali settori di intervento del recente decreto correttivo.

E' qui appena il caso di sottolineare che l'analisi che segue non ha (né può avere) alcun carattere di esaustività e che l'individuazione dei settori di maggiore interesse per gli operatori è il frutto di valutazioni inevitabilmente soggettive (e quindi opinabili).

Il criterio prescelto per tale individuazione è – per così dire – di tipo 'multilivello': in alcuni casi ci si baserà su un dato storico e comparativo (e ci si soffermerà quindi sull'ulteriore evoluzione di istituti che, già nella vigenza del vecchio 'Codice' avevano presentato problematiche di particolare interesse); in altri casi ci si soffermerà sull'ampiezza del dibattito svoltosi in occasione dell'adozione del 'correttivo'; in altri casi ancora ci si concentrerà su istituti che risultano di particolare interesse in ragione delle più recenti evoluzioni giurisprudenziali.

Nelle pagine che seguono, per ragioni di comodità espositiva, le disposizioni verranno richiamate secondo la numerazione che assumono nell'ambito del testo consolidato del 'Codice'

4.1 Le novità e le semplificazioni in tema di affidamenti sotto-soglia (art. 36)

Come è noto, nella previgente disciplina relativa agli affidamenti ‘sotto-soglia’, il decreto legislativo n. 163 del 2006 aveva operato una vera e propria ‘scelta di campo’ e aveva previsto (agli articoli 121, seguenti) che (per una incoercibile scelta del Legislatore nazionale), per le procedure ‘sotto-soglia’ trovassero applicazione, in modo pressoché integrale, le disposizioni proprie del ‘sopra-soglia’ («*in quanto non derogate dalle norme del presente Titolo*»).

Nel corso degli anni, tuttavia, la scelta in questione era stata sottoposta a critica da parte di numerosi osservatori i quali avevano individuato nella sostanziale assimilazione al ‘sopra-soglia’ una fonte di (non necessarie) complicazioni operative a carico delle amministrazioni, senza che ne risultasse adeguatamente incrementato il complessivo livello di rigore del sistema.

E’ altresì noto che la legge di delega n. 11 del 2016 ha tenuto conto delle critiche rivolte al modello di cui al decreto legislativo n.163 del 2006 e ha fissato un apposito criterio di delega per gli affidamenti sotto-soglia, prevedendo «g) (...) *una disciplina applicabile ai contratti pubblici di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria (...) ispirat[a] a criteri di massima semplificazione e rapidità dei procedimenti, salvaguardando i principi di trasparenza e imparzialità della gara (...)*».

Il nuovo ‘Codice’ ha tradotto le indicazioni fornite dal Parlamento compendiando in un’unica disposizione (l’articolo 36) l’intero *setting* delle disposizioni dedicate agli affidamenti sotto-soglia e richiamando nell’*incipit* del comma 1 il tradizionale elenco dei principi in tema di affidamento di matrice UE (fra cui quelli di economicità, trasparenza, non discriminazione e pubblicità).

Nell’ottobre del 2016, poi, l’Autorità di settore (avvalendosi della previsione abilitante di cui al comma 7 dell’articolo 36) ha adottato le Linee Guida n. 4, relative alle *procedure per l’affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici*.

Il testo in questione (cui il Consiglio di Stato ha riconosciuto valenza *non vincolante*)¹¹ si caratterizza per avere introdotto una rilevante proceduralizzazione dell’intero ambito del sotto-soglia, introducendo altresì previsioni piuttosto analitiche e prescrittive anche per gli affidamenti di importo inferiore a 40mila euro.

Alcuni fra i primi commentatori hanno rilevato che, se (per un verso) le Linee Guida in questione hanno introdotto un auspicabile livello di dettaglio disciplinare, per altro verso esse hanno probabilmente irrigidito oltre quanto necessario questo delicato ambito di affidamenti e, in ultima analisi, si sono

¹¹ In tal senso il parere n. 1903 del 13 settembre 2016 reso dalla Commissione speciale del Consiglio di Stato sullo schema delle Linee-Guida in esame.

discostate – almeno in parte – dagli obiettivi di *massima semplificazione e rapidità* indicati dalla legge delega.

Ebbene, questo era il quadro normativo e applicativo esistente al momento di adozione del decreto correttivo n. 56 del 2016 le cui previsioni – per quanto riguarda gli affidamenti sotto soglia – risultano sovente ispirate dalla *ratio* di snellimento delle procedure, di semplificazione e, in ultima analisi, di attenuazione del rigore applicativo che aveva caratterizzato la prima formulazione del Decreto 50 e le Linee Guida n. 4 dell'ANAC.

Al riguardo l'innovazione probabilmente più rilevante è quella apportata al comma 2, lettera a) circa gli affidamenti di importo inferiore a quarantamila euro il quale:

- i) ha eliminato la previsione espressa di un obbligo di motivazione in ordine alle ragioni dell'affidamento diretto (anche se, ad avviso di chi scrive, un siffatto obbligo è comunque da ritenersi immanente nel sistema);
- ii) ha eliminato (peraltro, con una formulazione perfettibile) l'obbligo della previa consultazione di due o più operatori economici.

Si osserva comunque che, in sede di approvazione definitiva del Decreto correttivo il Governo ha deciso (ad avviso di chi scrive, in modo condivisibile) di non accogliere la proposta delle Commissioni parlamentari le quali suggerivano di introdurre un'ulteriore misura di estrema semplificazione, limitando la verifica dei requisiti nei confronti dei soggetti aggiudicatari al solo possesso del documento unico di regolarità contributiva (DURC).

D'altra parte, non può tacersi che alcune fra le innovazioni del Decreto correttivo sembrano muovere nella direzione di fatto opposta di incrementare i vincoli già esistenti a Legislazione vigente. Ne consegue che (in disparte ogni valutazione sul merito delle scelte operate dal Governo) la disciplina in tema di affidamenti sotto soglia che emerge dal Decreto correttivo appariva ispirata a finalità non del tutto omogenee fra loro.

Fra gli interventi che testimoniano l'opzione di un incremento dei vincoli nel settore in esame, ci si limita qui a richiamare:

- la previsione (nuovo comma 1) che estende il principio di rotazione anche agli *affidamenti* (la precedente formulazione riferiva il principio in questione ai soli *inviti*);
- la previsione (nuovo comma 2, lettera c)) secondo cui, nelle procedure semplificate per gli affidamenti di lavori di importo compreso fra 150mila e un milione di euro occorre invitare almeno quindici operatori economici (laddove l'iniziale formulazione del nuovo 'Codice' limitava tale numero minimo a dieci e il previgente 'Codice' a cinque');

4.2. Le innovazioni in tema di programmazione (artt. 21, 22, 23)

Per quanto riguarda gli interventi che il Decreto correttivo ha apportato in tema di programmazione e di progettazione, per evidenti ragioni di brevità ci si limita qui a rilevare:

- che è stata di fatto ridimensionata la portata applicativa del c.d. *débat public* sulle grandi opere infrastrutturali di rilevanza sociale (articolo 22) ed è stato previsto che tale dibattito intervenga, di fatto, solo nella fase dello studio di fattibilità;
- che è stata prevista (al nuovo comma 3-*bis* dell'articolo 23) una progettazione semplificata per gli interventi di manutenzione ordinaria di importo inferiore a 2,5 milioni di euro;
- che è stato prevista un'ulteriore semplificazione del contenuto dello studio di fattibilità, prevedendo (nuovo comma 5 dell'articolo 23) che esso sia limitato di fatto a un mero '*documento di fattibilità delle alternative progettuali*'.

Il Decreto correttivo ha anche introdotto rilevanti interventi che muovono nella direzione della razionalizzazione e dell'efficientamento delle procedure di programmazione nell'ambito dei servizi e delle forniture¹².

Al riguardo si segnala che il rinnovato comma 1 dell'articolo 21 stabilisce ora che il programma biennale degli acquisti di beni e servizi sia approvato nel rispetto dei documenti programmatori e in coerenza con il bilancio nonché, per gli enti locali, secondo le norme che disciplinano la programmazione economico-finanziaria degli enti.

4.3. Gli interventi in tema di trasparenza, pubblicazioni e comunicazioni (articoli 29, 53 e 76)

Come è noto, una delle incongruenze che hanno caratterizzato la prima fase di operatività del nuovo 'Codice' è consistita nel carattere non organico delle disposizioni in tema di trasparenza, accesso agli atti e di informazione ai candidati.

In particolare, il 'Codice' ha disperso la disciplina in questione in diversi punti dell'articolato, e precisamente:

¹² Si tratta, del resto, di un obiettivo pienamente conforme ai dettami della legge di delega, la quale (con il criterio direttivo *bb*) aveva indicato l'obiettivo della complessiva "*razionalizzazione delle procedure di spesa attraverso l'applicazione di criteri di qualità, efficienza, professionalizzazione delle stazioni appaltanti, prevedendo la riorganizzazione delle funzioni delle stazioni appaltanti, con particolare riferimento alle fasi di programmazione e controllo, nonché prevedendo l'introduzione di un apposito sistema, gestito dall'ANAC, di qualificazione delle medesime stazioni appaltanti, teso a valutarne l'effettiva capacità tecnica e organizzativa, sulla base di parametri obiettivi*".

- l'articolo 29 ha recato le previsioni in tema di trasparenza (nonché le previsioni di raccordo con il nuovo rito speciale anticipato e accelerato di cui all'articolo 120, comma 2-*bis* del cod. proc. amm.);
- l'articolo 53 ha recato le previsioni in tema di diritto di accesso agli atti (già in precedenza contenute nell'articolo 13 del previgente 'Codice');
- l'articolo 76, dal canto suo, ha fissato le disposizioni relative alle informazioni che devono essere rese ai candidati in relazione ai momenti principali che caratterizzano la gara (es.: decisione di aggiudicazione o di non aggiudicazione dell'appalto).

Ora, per quanto riguarda i rapporti fra i generali obblighi in tema di trasparenza dell'attività amministrativa (ai sensi del decreto legislativo n. 33 del 2013 e dell'articolo 29 del nuovo 'Codice') e il diritto di accesso agli atti amministrativi (articolo 53), ci si limita qui ad osservare che

- (per un verso) l'articolo 29, comma 1 ha stabilito che *«tutti gli atti [delle SS.AA. relativi] alle procedure per l'affidamento di appalti pubblici (...) devono essere pubblicati e aggiornati sul profilo del committente (...) con l'applicazione delle disposizioni di cui al d.lgs 14 marzo 2013, n. 33»* mentre
- (per altro verso) l'articolo 53 (in tema di accesso agli atti) opera un espresso rinvio alle generali disposizioni in tema di accesso agli atti di cui agli articoli 22 e seguenti della l. 241 del 1990.

In definitiva, nonostante l'impegnativa affermazione di principio recata dal 'Decreto trasparenza' del 2003 in ordine al generalizzato obbligo per le PP.AA. di garantire l'*accessibilità totale* agli atti dell'intero ciclo della gara, resta comunque in vigore nella materia in esame l'intero *setting* di disposizioni relative all'accesso agli atti amministrativi di cui agli articoli 22 e seguenti della l. 241 del 1990.

Non a caso, del resto, la nuova disciplina in tema di accesso civico (decreto legislativo n. 33 del 2013) ha espressamente fatto salve le disposizioni in materia di accesso agli atti amministrativi di cui al Capo V della l. 241 del 1990 (in tal senso, l'articolo 4, comma 6 e l'articolo 5, comma 11 del 'decreto trasparenza').

Sotto questo aspetto ci si limita qui a segnalare che il '*decreto correttivo*' n. 56 del 2017 non ha recato innovazioni di sorta per ciò che riguarda i (non sempre chiari) aspetti di confine fra:

- (da un lato) gli obblighi di trasparenza ricadenti in capo alle SS.AA. ai sensi del decreto legislativo n. 33 del 2013 (nonché dell'articolo 29 del 'Codice') e
- (dall'altro) le disposizioni in tema di accesso agli atti di cui all'articolo 53 del medesimo 'Codice'.

Al contrario, il decreto legislativo n. 56 del 2017 ha recato modifiche di un certo rilievo all'articolo 29, in tema di obblighi di trasparenza ricadenti in capo alle SS.AA. al fine di armonizzarne le previsioni con il nuovo articolo 120,

comma 2-*bis* del cod. proc. amm. sul c.d. ‘rito speciale accelerato’ in tema di ammissioni ed esclusioni dalle pubbliche gare.

Ed infatti, nel primo periodo di applicazione del nuovo rito, gli osservatori avevano evidenziato almeno due criticità:

- in primo luogo il fatto che le disposizioni in tema di pubblicazione dell’atto di ammissione (articolo 29) e quelle in tema di comunicazioni individuali finalizzate all’impugnativa (articolo 76) fossero allocate in due punti diversi del testo;
- in secondo luogo, il fatto che il concorrente interessato all’impugnativa dell’ammissione di un concorrente (e tenuto a proporla entro un breve termine di decadenza) dovesse procedere basandosi sul solo contenuto della pubblicazione effettuata ai sensi dell’articolo 29 (*i.e.*: in un momento in cui era nota l’ammissione del concorrente ma non ne erano di fatto note le ragioni se non sulla base degli scarni dati desumibili dalle dichiarazioni contenute nel DGUE).

Ebbene, il ‘Decreto correttivo’ interviene al fine di correggere le rilevate discrasie e reca un più stretto coordinamento fra le informazioni pubblicate dalla S.A. ai sensi dell’articolo 29 e quelle in tema di proposizione del ricorso di cui al comma 2-*bis* dell’articolo 120 del cod. proc. amm.

Viene in tal modo previsto che, al fine di consentire l’eventuale proposizione del ricorso ai sensi della richiamata disposizione codicistica, sono pubblicati nei *due giorni* dall’adozione, il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni all’esito della verifica della documentazione attestante l’assenza dei motivi di esclusione di cui all’articolo 80, nonché la sussistenza dei requisiti economico-finanziari e tecnico-professionali.

Entro il medesimo termine di due giorni è dato avviso ai candidati e concorrenti, del provvedimento in questione «indicando l’ufficio o il collegamento informatico ad accesso riservato dove sono disponibili i relativi atti. Il termine per l’impugnativa di cui al citato articolo 120, comma 2-*bis*, decorre dal momento in cui gli atti di cui al secondo periodo sono resi in concreto disponibili, corredati di motivazione».

La nuova disposizione risulta certamente condivisibile per la parte in cui, superando una parte delle incertezze in precedenza connesse al non completo coordinamento fra gli articoli 29 e 76, ha reso più certi i presupposti conoscitivi e fattuali sui quali si fonda la proposizione del ricorso ‘speciale e accelerato’ di cui al più volte richiamato comma 2-*bis* dell’articolo 120.

D’altra parte la previsione in parola sembra presentare ancora taluni profili di criticità.

In primo luogo essa impone ancora oggi (come invero previsto sin dalla prima formulazione del nuovo ‘Codice’) di presentare immediatamente l’impugnativa in sede giurisdizionale avverso gli atti che determinano la composizione della Commissione. Sotto tale aspetto la novella normativa sembra non tenere adeguatamente conto del fatto (peraltro, già segnalato dal

Consiglio di Stato in sede consultiva) che, in base a un più che consolidato orientamento, i vizi relativi alla composizione della Commissione non sono direttamente lesivi della sfera giuridica dei concorrenti (e, conseguentemente, non sono immediatamente impugnabili).

In secondo luogo si osserva che la scelta di far decorrere il termine *a quo* per proporre l'impugnativa avverso le ammissioni dei concorrenti alla gara dal momento in cui gli atti “*sono resi in concreto disponibili, corredati di motivazione*”, se – per un verso – risponde alla comprensibile (e condivisibile) finalità di garantire in modo pieno ed effettivo l'esercizio della tutela *ex art. 24, Cost.*, per altro verso può produrre l'effetto di dilatare – e di molto – nel tempo l'effettiva definizione di controversie (quelle relative alle ammissioni e alle esclusioni dalle gare) che, invece, il legislatore del 2016 aveva immaginato destinate ad essere definite entro un brevissimo lasso di tempo.

I primi mesi di applicazione del nuovo rito speciale super-accelerato hanno dimostrato che fosse in parte irrealistica l'ambizione del Legislatore della riforma di delineare un rito effettivamente fondato su due fasi nettamente distinte (quella in cui si fa questione delle ammissioni e delle esclusioni e quella in cui si fa questione della legittimità dell'aggiudicazione in quanto tale).

La pratica ha infatti dimostrato che le esigenze e la tempistica processuale propria della prima tipologia di impugnativa, lungi dal rappresentare un effettivo fattore di deflazione e contingentamento dei tempi (attraverso l'introduzione di un rigido *barrage* processuale) finiscono sovente per costituire fonte di intreccio fra due iniziative processuali che dovrebbero avere carattere sequenziale, ma che invece finiscono – nella pratica – per intrecciarsi in modo non organico, con l'effetto paradossale di moltiplicare le occasioni di contenzioso e di non garantire l'auspicata certezza dei tempi di definizione delle liti¹³.

4.4. Il nuovo ambito dell'appalto integrato (art. 59)

¹³ Si ritiene qui di segnalare le approfondite considerazioni contenute nell'ordinanza Cons. Stato, V, 14 marzo 2017, n. 1059 (Pres. Severini, Est. Troiano). Con l'ordinanza in parola il Consiglio di Stato ha esaminato (e respinto) la possibilità di ammettere che, nell'ambito dello ‘specialissimo’ rito *ex art. 120, comma 2-bis, cod. proc. amm.*, sia impugnata con motivi aggiunti l'aggiudicazione *medio tempore* intervenuta (*i.e.*: un atto che la cui *cognitio* è ordinariamente demandata al diverso rito in tema di appalti di cui agli artt. 119 e 120 *cod. proc. amm.*).

Secondo i Giudici di Palazzo Spada, infatti, «[deve] ritenersi ammissibile la proposizione di domande, cautelari e di merito, avverso l'aggiudicazione definitiva nell'ambito di un ricorso a tutela anticipata, preliminare e autonomo, che segue uno schema speciale nel contesto del già speciale “rito appalti”, proposto avverso un atto di ammissione e assoggettato come tale alla disciplina processuale dei commi 2-*bis* e 6-*bis* del citato articolo 120 *Cod. proc. amm.* – rito chiamato in dottrina “specialissimo” o “super speciale”, distinto per le speciali condizioni dell'azione e per la struttura del giudizio e finalizzato alla rapida costituzione di certezze giuridiche poi incontestabili sui protagonisti della gara-, dovendo, invece anche agli strumentali fini cautelari trattarsi il ricorso avverso l'aggiudicazione definitiva secondo l'usuale rito, pur “speciale”, disciplinato dai restanti commi del citato articolo 120».

La storia dell'appalto integrato (*i.e.*: dell'appalto che abbia ad oggetto in modo congiunto le attività di progettazione e di esecuzione) ha conosciuto nell'esperienza italiana un andamento a dir poco ondivago.

La legge n. 109 del 1994 (c.d. '*legge Merloni*') limitò fortemente il ricorso all'appalto integrato (relegandolo a ipotesi del tutto tassative), in quanto muoveva dalla premessa per cui tale figura determinasse una impropria commistione di ruoli fra i progettisti e gli esecutori delle OO.PP.

Secondo il Legislatore del 1994 (il quale era ispirato da premesse tanto condivise in via teorica quanto disattese nella pratica), era altresì necessario rafforzare la progettualità interna alle SS.AA.

Tuttavia, l'esperienza pratica dimostrò che progetti non adeguati realizzati da uffici tecnici talvolta non all'altezza delle notevoli aspettative in loro riposte comportavano la frequente necessità di varianti in corso d'opera e l'apposizione di numerose riserve, con conseguente inarrestabile lievitazione dei costi a carico delle stesse amministrazioni.

In definitiva (richiamando l'intramontabile monito di J.W. Goethe) era accaduto che la soluzione a un problema si fosse rivelata essa stessa un problema.

Il Codice dei contratti del 2006, al contrario, riconobbe valenza generale alla figura dell'appalto integrato, ritenendo (sulla base di un approccio invero opposto rispetto a quello che aveva ispirato la legge quadro del 1994) che essa avesse una *piena e pari dignità* rispetto alle (tipiche) modalità di affidamento aventi ad oggetto la sola esecuzione dell'opera.

Tuttavia, anche in questo caso l'esperienza pratica dimostrò che la fiducia riposta dal Legislatore in una figura volta alla limitazione dei costi era stata forse eccessiva e in parte mal riposta, in quanto le SS.AA. risultavano troppo spesso 'ostaggio' delle conoscenze tecniche della controparte contrattuale, nei cui confronti lamentavano una strutturale asimmetria informativa (foriera, come nel passato, di lievitazione dei costi a carico delle amministrazioni).

Il nuovo 'Codice', quindi (sulla base di un approccio – per così dire - *ciclico e pendolare* alle grandi scelte di politica normativa in tema di appalti) torna a guardare alla figura dell'appalto integrato con malcelata diffidenza.

Non a caso, la legge delega n. 11 del 2016 ha fissato – fra i criteri generali della delega – quello della «*valorizzazione della fase progettuale (...), limitando radicalmente il ricorso all'appalto integrato (...)*» (si tratta del criterio di delega *oo*)).

Pertanto, gli operatori del settore si attendevano che, in sede di esercizio della delega, il ricorso a tale figura sarebbe stato di fatto vietato o che – quanto meno – la possibilità di farvi ricorso sarebbe stata, appunto, *radicalmente limitata*.

Ebbene, le aspettative in parola sono state – almeno in parte – disattese all'indomani della pubblicazione del nuovo 'Codice'. Ed infatti, l'articolo 59,

comma 1, se - per un verso - ha sancito in modo stentoreo che «è vietato il ricorso all'affidamento congiunto della progettazione e dell'esecuzione di lavori», per altro verso ha accompagnato tale affermazione di principio alla fissazione di eccezioni la cui portata - quantitativa e qualitativa - ha indotto alcuni fra i primi osservatori a ritenere che le eccezioni avessero in qualche misura *cannibalizzato* la valenza stessa del principio.

In particolare, il medesimo articolo 59 ha stabilito che l'appalto integrato sia ancora possibile in caso: *i*) di affidamento a contraente generale (articolo 194 e segg.); *ii*) di finanza di progetto (articolo 183); *iii*) di affidamento in concessione (Parte III del 'Codice'); *iv*) di contratti di partenariato pubblico-privato (articolo 180 e segg.), nonché *v*) di contratto di disponibilità (articolo 188).

Dal canto suo, anche il 'Decreto correttivo' n. 56 del 2017 ha incrementato ulteriormente le ipotesi di possibile ricorso all'appalto integrato, aggiungendovi: *i*) le ipotesi di locazione finanziaria (articolo 187); *ii*) le opere di urbanizzazione a scomputo dei relativi oneri (articolo 1, co. 2, lettera e)); *iii*) le ipotesi in cui «l'elemento tecnologico o innovativo delle opere oggetto dell'appalto sia nettamente prevalente rispetto all'importo complessivo dei lavori».

Si tratta - è appena il caso di osservarlo - di integrazioni le quali (al di là della condivisibilità o ragionevolezza delle singole previsioni) rendono ancora più critica la piena affermazione del principio di assoluta eccezionalità sancito in termini netti dalla legge di delega¹⁴.

Ad ogni modo, al fine di temperare un così rilevante ampliamento del possibile ricorso alla figura dell'appalto integrato, il Decreto correttivo ha comunque imposto in capo alle stazioni appaltanti uno stringente obbligo di motivazione e ha stabilito (nuovo art. 59, co. 1-ter) che «il ricorso agli affidamenti di cui al comma 1-bis deve essere motivato nella determina a contrarre. Tale determina chiarisce, altresì, in modo puntuale la rilevanza dei presupposti tecnici ed oggettivi che consentono il ricorso all'affidamento congiunto e l'effettiva incidenza sui tempi della realizzazione delle opere in caso di affidamento separato di lavori e progettazione».

La recente evoluzione della vicenda dell'appalto integrato conferma ancora una volta che il Legislatore fissa talora obiettivi tanto ambiziosi quanto difficilmente traducibili in pratica e che la materia sottostante si rivela sovente refrattaria ai tentativi (pure se pomposamente affermati) di governarne l'incoercibile valenza.

¹⁴ E' importante segnalare al riguardo che nella prima stesura del Decreto correttivo si era addirittura ipotizzato di introdurre altre due ipotesi di ricorso all'appalto integrato, che sarebbe stato ammesso nelle ipotesi di partenariato per l'innovazione (articolo 65) e di dialogo competitivo (articolo 64). Tali previsioni sono state in seguito espunte sulla base dell'obiezione di coloro che contestavano la compatibilità fra tale ulteriore estensione e la tendenziale preclusione recata dalla legge di delega.

4.5. Le novità in tema di Commissioni giudicatrici (art. 77, 78)

E' noto che una delle principali novità recate dal nuovo 'Codice' sia consistita nel rilevante 'cambiamento di rotta' per ciò che riguarda le Commissioni giudicatrici nel caso di aggiudicazione all'offerta economicamente più vantaggiosa (articoli 77 e 78 - già articolo 84 del previgente 'Codice' -).

In particolare:

- mentre il '*Codice de Lise*' fissava il generale principio secondo cui i membri delle commissioni aggiudicatrici dovessero tendenzialmente essere soggetti interni alla S.A.
- al contrario, la legge delega n. 11 del 2016 ha fissato l'opposto principio secondo cui le commissioni sono di regola composte da membri esterni, tratti da un elenco fornito dall'ANAC e sorteggiati fra i soggetti iscritti a un apposito Albo (tenuto dalla stessa Autorità).

In attuazione della delega, quindi, il nuovo 'Codice'

- ha fissato (all'articolo 77) le disposizioni generali in tema di commissioni aggiudicatrici;
- ha sancito il principio generale secondo cui: *i)* i commissari devono essere iscritti all'albo tenuto presso l'ANAC; *ii)* la regola è quella per cui i Commissari siano esterni alla S.A.; *iii)* l'eccezione è invece rappresentata dalla possibilità di nominare Commissari interni alla medesima amministrazione;
- ha confermato nei confronti dei Commissari di un rigido sistema di incompatibilità e casi di astensione;
- ha recato (all'articolo 78) la disciplina generale in tema di istituzione e tenuta – presso l'ANAC - dell'Albo dei componenti delle commissioni aggiudicatrici (richiedendo adeguati requisiti di moralità e professionalità)

Il sistema in tal modo delineato è stato ulteriormente integrato dalle Linee Guida n. 5 dell'ANAC del 26 ottobre 2016 (sui «*criteri di scelta dei commissari di gara e di iscrizione degli esperti nell'albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici*») le quali hanno disciplinato nel dettaglio i presupposti, le condizioni e le modalità di iscrizione all'Albo in questione.

Ebbene, il recente Decreto correttivo si è posto su una linea di *sostanziale continuità* con il recente passato e ha introdotto ulteriori modulazioni della disciplina certamente coerenti con le linee di fondo tracciate dalla legge delega.

In particolare, il decreto legislativo n. 56 del 2017:

- ha ulteriormente limitato la nomina dei commissari interni - nel sottosoglia - ad «*alcuni*» soltanto, in tal modo superando possibili

- aspetti di incertezza connessi all'iniziale formulazione della disposizione (nuovo articolo 77, comma 3);
- ha comunque escluso la possibilità che il presidente della Commissione sia interno alla S.A. (*ivi*);
 - ha ammesso la possibilità di nominare commissari interni «*in caso di affidamento di contratti per i servizi e le forniture di elevato contenuto scientifico tecnologico o innovativo, effettuati nell'ambito di attività di ricerca e sviluppo*»;
 - ha eliminato (conformemente ai più recenti orientamenti del Consiglio di Stato)¹⁵ il generale divieto per il RUP di essere membro delle commissioni (nuovo articolo 77, comma 4). In tal modo il Legislatore delegato ha accolto un rilievo formulato al testo delle Linee Guida sul RUP dell'ottobre del 2016 dagli stessi Magistrati di Palazzo Spada i quali avevano rilevato che gli atti di regolazione subprimaria non possono rappresentare l'occasione per porre in discussione l'interpretazione e l'applicazione delle norme di diritto per come delineata dai correnti orientamenti giurisprudenziali¹⁶.

4.6. Le modifiche in tema di aggiudicazione al prezzo più basso e di offerte anomale (artt. 95, 97)

Il tema dei criteri di aggiudicazione è uno di quelli sui quali il dibattito nazionale non ha palesato nel corso degli anni un atteggiamento adeguatamente sereno e meditato.

Basterà qui ripercorrere brevemente gli orientamenti che si sono susseguiti sul punto per averne conferma:

La legge Merloni del 1994, al dichiarato fine di contrastare in modo adeguato i fenomeni corruttivi, impose che l'aggiudicazione avvenisse con il criterio del prezzo più basso (e in tal modo vietò di fatto il ricorso al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ritenendo che il riconoscimento di ampi spazi di discrezionalità alle SS.AA. rappresentasse *ex se* un fattore idoneo a favorire fenomeni degenerativi).

Nell'ottobre del 2004 la Corte di giustizia dell'UE dichiarò il carattere anticomunitario del sostanziale e generalizzato divieto imposto dalla l. 109 del 1994 ed impose di fatto l'obbligo del ripristino dei due tradizionali criteri di aggiudicazione¹⁷.

¹⁵ Sul punto ci si limiterà qui a richiamare le sentenze Cons. Stato, V, sent. 23 marzo 2015, n. 1565.

¹⁶ Consiglio di Stato – Commissione speciale, parere 2 agosto 2016, n. 1767.

¹⁷ Corte di giustizia, sentenza 7 ottobre 2004 in causa C-247/02 (Sintesi), in: *Corr. Giur.*, 2004, 12, 1668; *Giornale Dir. Amm.*, 2005, 2, 133 nota di C. LACAVA; *Giur. It.*, 2005, 158. Nell'occasione, come è noto, la Corte affermò che l'articolo 30, n. 1, della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici, dev'essere interpretato nel senso che osta ad una normativa nazionale (come quella italiana del 1994) la quale, ai

Il ‘Codice dei contratti’ del 2006, conformandosi al *dictum* dei Giudici di Lussemburgo, pose in effetti i due criteri di aggiudicazione su un piano di *piena e sostanziale equiordinazione* (del resto, la stessa legge di delega n. 62 del 2005, all’articolo 25 fissò come specifico criterio di delega quello volto alla piena e puntuale conformazione alla richiamata sentenza della CGUE).

La c.d. ‘Direttiva appalti’ n. 2014/24/UE ha eliminato di fatto dall’ordinamento la figura stessa dell’aggiudicazione al prezzo più basso (quanto meno per gli affidamenti di rilevanza UE) e ha introdotto la diversa figura dell’aggiudicazione all’offerta economicamente più vantaggiosa con il criterio del prezzo o del costo.

Nella sua originaria stesura il nuovo ‘Codice’ (articolo 95, comma 4) ha ammesso il ricorso al criterio del prezzo più basso in ipotesi del tutto tassative, e in particolare:

- per i lavori di importo inferiore a un milione di euro;
- per i servizi e le forniture con caratteristiche standardizzate;
- per i servizi e le forniture (sottosoglia) caratterizzati da elevata ripetitività.

Ora, il recente ‘Decreto correttivo’ (ponendosi *in parte qua* su una linea di parziale discontinuità con il recente passato) ha ampliato il ricorso al criterio del prezzo più basso e ha previsto:

- i) che sia *sempre* possibile ricorrere al criterio in esame per affidamenti di importo inferiore a 40mila euro (e ciò sarà possibile *anche* nei contratti di servizi sociali e ad alta intensità di manodopera);
- ii) che sia possibile ricorrere al criterio in parola nel caso di lavori per affidamenti di valore fino a due milioni di euro, a condizione che l’appalto sia indetto sulla base del progetto esecutivo (con la conseguenza che l’esecuzione non comporti rilevanti difficoltà operative).

Ad avviso di chi scrive, il parziale ampliamento in tal modo operato appare comunque coerente con il criterio di delega che impone di introdurre, per gli affidamenti sottosoglia, «criteri di massima semplificazione e rapidità dei procedimenti, salvaguardando i principi di trasparenza e imparzialità della gara»¹⁸.

Al contrario, in sede di approvazione finale del ‘Decreto correttivo’ non è stata accolta la richiesta formulata dalle Commissioni parlamentari di ammettere *sempre* il criterio del prezzo più basso per le procedure negoziate senza la previa pubblicazione di un bando di gara per i casi di somma urgenza (articolo 63, comma 2, lettera d)).

fini dell’aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici mediante procedure di gara aperte o ristrette, imponga, in termini generali ed astratti, alle amministrazioni aggiudicatrici di ricorrere unicamente al criterio del prezzo più basso.

¹⁸ Legge 11 del 2016, articolo 1, comma 1, lettera g).

Per quanto riguarda, invece, il delicato tema dell'anomalia delle offerte (già disciplinato dagli articoli da 89 a 89 del previgente 'Codice'), il recente Decreto correttivo presenta aspetti di continuità con il recente passato, ma anche profili di novità.

Per quanto riguarda il primo ambito il Decreto legislativo n. 56 del 2017 ha confermato (al comma 8 del rinnovato articolo 97) la possibilità di prevedere l'esclusione automatica delle offerte anomale per i lavori, i servizi e le forniture di importo inferiore alle soglie di rilevanza UE, laddove il criterio di aggiudicazione sia quello del prezzo più basso.

E la previsione in parola stata mantenuta nell'articolato nonostante l'invito alla cautela rivolto dal Consiglio di Stato il quale aveva sottolineato i noti profili di criticità emersi in ambito eurounitario e connessi alla previsione di automatismi escludenti (in tal senso la sentenza della Corte di giustizia dell'UE del 15 maggio 2008 in causa C-147/06 - *Secap*)¹⁹.

Per quanto riguarda, invece, gli aspetti di novità introdotti dal recente intervento correttivo sul tema dell'anomalia delle offerte, si segnala in primo luogo che esso ha incrementato (dal 10 al 20 per cento) il numero delle offerte sulle quali operare il c.d. 'taglio delle ali' già disciplinato dal comma 1 dell'articolo 86 del previgente 'Codice'.

Il decreto-legge n. 56 del 2016 ha inoltre stabilito che il criterio di determinazione della soglia di anomalia nel caso di aggiudicazione all'offerta economicamente più vantaggiosa valga solo nel caso in cui i concorrenti siano più di cinque. La previsione è evidentemente ispirata dalla consapevolezza per cui, a fronte di un numero del tutto esiguo di offerte, l'operatività di un criterio puramente matematico non ha modo di operare su un campione adeguato di concorrenti e dunque rischia esso stesso di determinare effetti distorsivi.

4.7. Il soccorso istruttorio (gratuito) nella previsione del Decreto correttivo (art. 83, co. 9)

Il tema del soccorso istruttorio ha suscitato nel corso degli anni un vivace dibattito in dottrina e in giurisprudenza e sembra ancora oggi lontano dal pervenire a una stabile sistematizzazione normativa.

Del resto, rifuggendo dalla diffusa tentazione di riguardare alla questione attraverso eccessive semplificazioni, deve riconoscersi che il tema in questione non possa essere esaminato soltanto dall'angolo visuale dell'incondizionata

¹⁹ Come è noto, la sentenza in questione (in: *Giur. It.*, 2008, 10, 2321) è stata resa su un caso italiano (su ordinanza di rimessione del Consiglio di Stato del 25 ottobre 2005) ad aveva ad oggetto la compatibilità con il diritto UE dell'articolo 21, comma 1-bis della legge Merloni il quale ammetteva, appunto, l'esclusione automatica delle offerte anomale negli appalti di lavori sottosoglia.

espansione del *favor participationis*, ma impone adeguate forme di bilanciamento con il concomitante principio della *par condicio* concorrenziale²⁰.

Ebbene, all'esito di una tormentata (e non sempre lineare) evoluzione normativa, il Decreto correttivo ha nuovamente tentato di conferire alla materia un assetto stabile ma, ad avviso di chi scrive, il pur apprezzabile tentativo in tal modo compiuto non sembra idoneo a superare le numerose problematiche ancora in campo,

E' quindi ipotizzabile (sia pure con l'auspicio di peccare di pessimismo e di essere conseguentemente smentiti) che la tematica in esame conoscerà in tempi piuttosto brevi ulteriori interventi modificativi.

Ripercorrendo sinteticamente l'evoluzione della materia, è noto che fino al 2014 il tema del c.d. 'soccorso istruttorio' nella materia delle pubbliche gare non era del tutto sconosciuto al dibattito pubblicistico nazionale, anche se la sua disciplina positiva si esauriva nella sola previsione di cui al comma 1 dell'articolo 46 del decreto legislativo n. 163 del 2006²¹.

Con il c.d. 'decreto Madia' n. 90 del 2014 fu introdotto nel *corpus* del previgente 'Codice' il nuovo comma 2-*bis* dell'articolo 38 il quale ammetteva il soccorso istruttorio (a pagamento) nel caso di *manca*za, *incompletezza* e *ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive* da presentare ai fini partecipativi.

Le previsioni nazionali sono state in qualche misura confermate dall'articolo 59, paragrafo 4 della 'Direttiva appalti' n. 2014/24/UE, secondo cui *«l'amministrazione aggiudicatrice PUÒ chiedere a offerenti e candidati, in qualsiasi momento nel corso della procedura, di presentare tutti i documenti complementari o parte di essi, qualora questo sia necessario per assicurare il corretto svolgimento della procedura»*.

La legge di delega n. 11 del 2016 ha generalizzato l'obbligo per le amministrazioni di ammettere il soccorso istruttorio, riconoscendo ai concorrenti *«[la] piena possibilità di integrazione documentale non onerosa di qualsiasi elemento di natura formale della domanda, purché non attenga agli elementi oggetto di valutazioni sul merito dell'offerta (...)»*.

La legge del 2016 ha altresì fissato il generale principio della gratuità del ricorso a tale beneficio di legge.

Ebbene, l'originaria formulazione del nuovo 'Codice' (articolo 83, comma 9), non sembrava soddisfare in modo pieno e adeguato le prescrizioni imposte dalla legge di delega.

In particolare:

²⁰ L'impostazione in questione è tracciata in modo netto dalla sentenza della CGUE sul caso *Cartiera dell'Adda* del 6 novembre 2014 in causa C-42/13.

²¹ La disposizione appena richiamata stabiliva che «nei limiti previsti dagli articoli da 38 a 45, le stazioni appaltanti invitano, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati».

- mancava ancora una precisa distinzione fra la nozione di ‘*elemento di natura formale della domanda*’ (che è compatibile con il beneficio del soccorso) e quella di ‘*irregolarità essenziale non sanabile*’ (che era sconosciuta al preesistente assetto normativo ed impediva il beneficio in parola);
- permaneva (e in apparente distonia con la legge di delega) il carattere oneroso del soccorso istruttorio (anche se l’ammontare della sanzione era stato fortemente ridotto rispetto a quanto previsto dal ‘decreto Madia’ del 2014).

Ebbene, la consapevolezza delle criticità sottese alla prima formulazione del ‘Codice’ hanno indotto il Governo a modificare ancora una volta la disciplina in tema di soccorso istruttorio.

Tuttavia, se – per un verso - la prima formulazione del decreto correttivo risolveva il nodo dell’onerosità (il quale costituiva il principale profilo di criticità rispetto alle previsioni della delega); per altro verso la stessa sembrava riservare un’eccessiva semplificazione alla definizione delle ipotesi in cui è ammesso il beneficio in esame²².

La consapevolezza di tali criticità ha indotto, in sede di approvazione del testo finale, ad accogliere in modo pressoché integrale la formulazione proposta dal Consiglio di Stato con il parere del 30 marzo 2017.

In particolare, i Magistrati di Palazzo Spada avevano rilevato che l’iniziale formulazione del correttivo palesasse alcune incongruenze e, in particolare:

- che la semplificazione in tal modo apportata risultasse probabilmente eccessiva (a fronte di un fenomeno che è comunque oggettivamente complesso e refrattario a forme di semplificazione estrema);
- che era necessario chiarire la nozione di ‘elemento formale della domanda’;
- che era altresì necessario fare salva la preesistente nozione di ‘irregolarità essenziali non sanabili’ (che non consentono comunque di accordare il beneficio del soccorso istruttorio).

Nel suo testo finale²³, quindi, il nuovo comma 8 dell’articolo 83 riprende *in toto* i suggerimenti dell’Alto Organo consultivo.

²² In particolare, l’originaria formulazione del Decreto correttivo ammetteva il ricorso al soccorso istruttorio in caso di «carenze di qualsiasi elemento formale della domanda, con esclusione di quelle incidenti sulle valutazioni del merito dell’offerta economica e di quella tecnica», in tal modo rasentando la radicale indeterminatezza della fattispecie.

²³ A seguito dell’entrata in vigore del Decreto correttivo, il comma 9 dell’articolo 83 così recita: «le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma. In particolare, in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all’articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all’offerta economica e all’offerta tecnica, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara.

Ebbene, nonostante gli indubbi miglioramenti da ultimo apportati al testo in esame, permangono nondimeno taluni aspetti di criticità.

In particolare, all'indomani dell'entrata in vigore del decreto legislativo n. 56 del 2017 è fatto domandarsi:

- se il richiamo alla «*manca*za (...) *degli elementi*» per cui è ammesso il soccorso istruttorio sia riferibile anche agli elementi di carattere sostanziale (come sembrerebbe evincersi dalla *litera legis*) ovvero se tale richiamo debba restare limitato (come sembra preferibile) ai soli elementi di carattere dichiarativo;
- se la radicale carenza del Documento di Gara Unico Europeo (DGUE) consenta il beneficio del soccorso istruttorio (si tratta di una possibilità che sembrerebbe ammessa dalla disposizione testuale, ma che appare francamente poco convincente dal punto di vista sostanziale);
- se anche all'indomani del Decreto correttivo siano ancora configurabili ipotesi di «*irregolarità non essenziali*» (per le quali – come nell'antecedente normativo del 2014 - il soccorso istruttorio non è neppure richiesto, se non a rischio di complicare il quadro applicativo di un istituto enucleato per conseguire rilevanti ed effettive semplificazioni di sistema).

4.8. L'abrogazione della disposizione sulle cc.dd. 'raccomandazioni vincolanti' dell'ANAC. Cenni e rinvio (art. 211, co. 2)

Nei giorni immediatamente successivi l'approvazione in via definitiva del c.d. Decreto correttivo (13 aprile 2017) l'attenzione politico-mediatica si è concentrata (e con intensità raramente rinvenibile nel settore in esame) sull'abrogazione, ad opera dell'articolo 123 del nuovo decreto, della disposizione codicistica relativa alle cc.dd. «*raccomandazioni vincolanti*» dell'ANAC.

La questione sarà più approfonditamente esaminata da Cesare Lamberti nel suo contributo sui nuovi poteri dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, ragione per cui ci si limiterà qui a richiamarne soltanto alcuni aspetti generali.

La disposizione in questione (che era stata collocata nell'ambito dell'articolo relativo ai «*pareri di precontenzioso dell'ANAC*», pur disciplinando un fenomeno evidentemente diverso) stabiliva che, laddove l'Autorità nell'esercizio delle proprie funzioni avesse ritenuto sussistente un vizio di legittimità in uno degli atti della procedura, avrebbe potuto rivolgere all'amministrazione una raccomandazione (vincolante) alla rimozione in autotutela dell'atto in odore di illegittimità.

Costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa».

In caso di mancata conformazione all'invito l'Autorità avrebbe irrogato una sanzione pecuniaria (posta a carico del dirigente responsabile), incidendo altresì sul sistema reputazionale della stazione appaltante ai sensi dell'articolo 36 del nuovo 'Codice'.

In sede di espressione del parere sullo schema di nuovo 'Codice' (1° aprile 2016) il Consiglio di Stato aveva evidenziato i numerosi profili di criticità - *anche* di ordine costituzionale - connessi alla disposizione in esame e aveva suggerito di sostituire la previsione con una diversa ispirata al modello di legittimazione processuale differenziata introdotta nella materia *Antitrust* già dal dicembre del 2011 (si tratta dell'articolo 21-*bis* della l. 287 del 1990).

Il monito del Consiglio di Stato era rimasto in quella fase inascoltato e in dottrina non erano mancate le voci critiche al modello in esame²⁴.

In sede di approvazione definitiva del Decreto correttivo il Governo ha disposto l'abrogazione integrale della disposizione in questione ma, a seguito delle vibranti proteste scatenate dall'intervento (di cui si è censurata da più parti l'idoneità ad incidere in modo pregiudizievole sui poteri di vigilanza e controllo dell'ANAC), autorevoli esponenti dello stesso Governo hanno assicurato che la disposizione sarebbe stata a breve ripristinata.

Al momento in cui il presente contributo viene dato alle stampe non è ancora del tutto chiaro quale sarà l'epilogo della vicenda.

La tesi allo stato più accreditata è quella per cui in sede di conversione del decreto-legge n. 50 del 2017 (c.d. 'Manovrina') sarà introdotta in via emendativa una disposizione la quale non riprenderà *in toto* l'abrogata disposizione in tema di 'raccomandazioni vincolanti', ma introdurrà – sia pure con adeguate modulazioni e differenziazioni – un modello simile a quello del richiamato articolo 21-*bis* della l. 287 del 1990 (disposizione che – giova rammentarlo – ha superato indenne il vaglio di costituzionalità)²⁵.

Al riguardo ci si limita ad osservare che l'intervento in questione non sortirà l'effetto di ripristinare le linee di fondo di un modello che assegnava all'Autorità poteri implicanti profili di giurisdizionalità, bensì quello di instaurare un ben diverso modello più solidamente tributario del generale principio della distinzione fra i poteri.

4.9. Le innovazioni in tema di subappalto (art. 105)

Per quanto riguarda il tema del subappalto (già disciplinato in via generale dall'articolo 118 del previgente 'Codice' e da ultimo dall'articolo 105 del decreto legislativo n. 50 del 2016) il recente Decreto correttivo ha

²⁴ G. VELTRI, *Il contenzioso nel nuovo Codice dei contratti pubblici: alcune riflessioni critiche*, in: www.giustizia-amministrativa.it; P. QUINTO, *La morale del motorino e le "raccomandazioni" di Cantone*, in: www.lexitalia.it; P. COSMAI, *I pareri di pre-contenzioso e le raccomandazioni ANAC nel nuovo codice dei contratti*, in *Aziendaitalia*, fasc. 11/2016;

²⁵ Corte costituzionale, sent. 14 febbraio 2013, n. 20 (in: *Foro It.*, 2013, 5, 1, 1398).

apportato significative modifiche su numerosi fra i ben ventuno commi di cui si compone l'articolo.

Per evidenti ragioni di sintesi, la presente analisi si incentrerà su alcuni soltanto fra gli interventi in parola.

Una prima previsione di indubbio interesse concerne l'abrogazione della previgente disposizione che legittimava l'istituto del subappalto solo se espressamente previsto dalla legge di gara (si tratta del comma 4, lettera *a*)).

Per effetto dell'abrogazione di tale previsione (peraltro, di dubbia legittimità eurounitaria, come sancito dalla Corte di giustizia nel luglio del 2016)²⁶ sarà evidentemente possibile fare ricorso all'istituto in parola anche nel silenzio sul punto da parte della *lex specialis*.

In secondo luogo si segnala che il nuovo comma 4, lettera *a*) introduce *ex novo* (e in accoglimento di una condizione espressa dalle competenti Commissioni parlamentari) il divieto per le SS.AA. di affidare prestazioni in subappalto in favore di operatori economici che abbiano essi stessi partecipato – nella diversa veste di concorrenti – alla procedura per l'affidamento dell'appalto.

In tal modo il Legislatore del 2017 risolve (e con una soluzione di indubbio rigore applicativo) una *vexata quaestio* sulla quale si erano registrate opinioni divergenti.

La disposizione da ultimo trasfusa nel testo del decreto n. 56 del 2017 risulta ancora più restrittiva di quella originariamente ipotizzata dal Governo (il quale aveva delineato una mera facoltà per la S.A. di vietare il subappalto nelle ipotesi in cui il subappaltatore avesse altresì presentato un'offerta in proprio, ma non aveva introdotto alcun automatismo in tal senso)²⁷.

Al contrario, il Governo non ha accolto l'invito formulato dal Consiglio di Stato con il parere del 30 marzo 2017 di chiarire se sussista per le imprese il divieto di indicare il medesimo operatore nell'ambito delle 'terne' di diversi concorrenti partecipanti alla medesima procedura.

Si tratta di una questione che, a questo punto, dovrà essere affrontata e risolta in sede giurisprudenziale.

La terza questione che si segnala risulta di grandissimo interesse sistematico e riguarda la possibilità di riferire il 30 per cento della quota subappaltabile al valore del contratto ovvero alla sola categoria prevalente.

Nella sua originaria formulazione il 'Codice' del 2016 stabiliva che il richiamato limite quantitativo operasse sull'importo complessivo del contratto

²⁶ Corte di giustizia, sentenza 14 luglio 2016 in causa C-406/14.

²⁷ Ed infatti, nel testo approvato in via preliminare dal Consiglio dei Ministri era previsto l'inserimento di un comma *7-bis* secondo cui «*autorizzazione al subappalto può essere negata nell'ipotesi in cui il subappaltatore abbia presentato offerta nell'ambito del medesimo procedimento di gara, a condizione che tale facoltà sia stata precisata negli atti di gara*».

La previsione in parola è stata invece espunta in sede di approvazione definitiva del testo ed è stata sostituita con quella – di certo più restrittiva – di cui al nuovo comma 4, lettera *a*).

(in tal modo differenziandosi dal previgente impianto normativo, che invece riferiva tale limite alla sola categoria prevalente)²⁸.

Lo schema del Decreto correttivo approvato dal Governo in via preliminare proponeva un deciso *cambio di rotta* e stabiliva (con un sostanziale ‘ritorno al passato’) che l’eventuale subappalto non potesse superare la quota del 30 per cento dell’importo dei soli lavori della categoria prevalente.

Nel suo parere del 30 marzo 2017 il Consiglio di Stato prendeva atto del sostanziale *revirement* operato dal Governo rispetto alla scelta operata appena un anno prima, così come della *ratio* di ampliamento del ricorso all’istituto del subappalto che sembrava ispirare la prima bozza di Decreto correttivo. I Magistrati di Palazzo Spada rappresentavano inoltre che la finalità di ampliamento del ricorso all’istituto che sembrava emergere risultava in effetti compatibile con gli orientamenti di recente manifestati dalla Corte di Giustizia dell’UE con la richiamata sentenza del 14 luglio 2016.

Tuttavia, il Consiglio di Stato forniva al Governo (al fine di impostare nel modo più consapevole la propria scelta finale) anche argomenti che avrebbero potuto deporre nel senso del mantenimento dello *status quo ante* (*i.e.*: del più restrittivo orientamento assunto nell’aprile del 2016).

In particolare l’Alto Organo consultivo rappresentava

- che l’eventuale introduzione o mantenimento di limiti al subappalto più rigorosi rispetto a quelli contenuti nelle Direttive UE del 2014 verosimilmente non violerebbe il generale divieto di *gold plating* sancito in via generale dalla l. 11 del 2016;
- che l’orientamento (tendenzialmente ostativo all’introduzione di limiti di sorta al subappalto) espresso dalla Corte di Giustizia con la più volte richiamata sentenza del luglio del 2016 era maturato nell’ambito del diverso quadro normativo di cui al ‘pacchetto’ del 2004 (laddove il nuovo quadro introdotto dalle Direttive del 2014 sembrerebbe temperare l’accentuato *favor* nei confronti del subappalto, lasciando maggiori margini di intervento ai Legislatori nazionali);
- che, in definitiva, «il Governo ben potrebbe scegliere “l’opzione zero” ossia di non intervenire sulla scelta di fondo già operata dal codice, difendendo la scelta italiana in sede di eventuale procedura di infrazione (ove essa venisse avviata dalla Commissione europea (...)), e se del caso modificando in un secondo momento la norma *de quo*, a seguito di una eventuale condanna in sede comunitaria».

Ebbene, il Governo ha puntualmente accolto il suggerimento formulato dal Consiglio di Stato e ha infine scelto di lasciare invariata l’originaria formulazione del ‘Codice’ (*i.e.*: riferendo il limite della quota subappaltabile all’importo complessivo dei lavori).

²⁸ In tal senso il comma 2 dell’articolo 118 del previgente ‘Codice’ e il comma 1 dell’articolo 170 del relativo regolamento. Sul punto: C. CAVALLARI, *Il subappalto nella disciplina dei lavori pubblici: limiti e condizioni di ammissibilità*, in *Corr. Merito*, fasc. 10/2012.

A questo punto spetterà con ogni probabilità agli Organi dell'Unione stabilire: *i*) se tale scelta risulti violativa dei principi del diritto eurounitario (per aver introdotto vincoli e limiti al subappalto non ammessi da tale Ordinamento); ovvero *ii*) se tali vincoli e limiti risultino comunque compatibili con l'Ordinamento UE per essere stati limitati a quanto necessario e sufficiente per conseguire concomitanti obiettivi di interesse generale quali quelli di maggiore trasparenza e piena tutela dei diritti dei lavoratori).

5. Un primo tentativo di sintesi: il decreto correttivo muove verso la (parziale) attenuazione dei vincoli e dei limiti insiti nella prima formulazione del 'Codice'?

All'esito del dibattito parlamentare e dei pareri che hanno preceduto l'approvazione del decreto legislativo n. 56 del 2017 sono stati eliminati dal testo numerose fra le previsioni di maggior interesse sistematico (e di maggiore criticità, come la richiamata disposizione in tema di raccomandazioni vincolanti dell'Autorità di settore).

Ciononostante, gli ambiti di intervento che caratterizzano il recente 'decreto correttivo' che sono talmente numerosi ed eterogenei (e talvolta ispirati da linee di indirizzo talmente diversificate) da rendere estremamente difficile tentare una sintesi o individuare una sorta di *fil rouge* che li colleghi in modo plausibile.

Tuttavia, se proprio ci si sforza di individuare un tratto comune che unisce molti fra i principali interventi del decreto legislativo n. 56 del 2017, si può affermare che esso sia costituito da una diffusa tendenza all'*attenuazione dei vincoli* che inizialmente erano stati posti dal nuovo 'Codice'.

Basti pensare al riguardo (ma l'elenco è evidentemente tutt'altro che completo):

- alla parziale limitazione dei vincoli e dei limiti che hanno caratterizzato sino a tempi molto recenti la materia degli appalti 'sotto-soglia', con particolare riguardo a quelli di importo inferiore a 40mila euro
- al deciso temperamento dei vincoli posti al ricorso all'appalto integrato (al punto da indurre alcuni fra i primi osservatori a dubitare della piena compatibilità *in parte qua* fra il 'Decreto correttivo' e la legge delega n. 11 del 2016). Al riguardo il decreto n. 56 del 2017, invece di limitare le eccezioni al divieto (conformemente al criterio di delega che imponeva una *drastica limitazione* del ricorso allo strumento) ha addirittura introdotto alcune ulteriori ipotesi eccezionali;
- all'ampliamento dell'area di operatività della nozione di 'concessione' (attraverso un approccio più elastico alla nozione di 'rischio operativo sostanziale') e alla contestuale contrazione dell'ambito di operatività

della nozione di ‘appalto’ (che, come è noto, presenta vincoli e limiti più stringenti e prescrittivi);

- alla possibilità di ricorrere al criterio del prezzo più basso negli appalti di lavori per affidamenti fino a due milioni di euro (a condizione, però, che l'appalto sia indetto sulla base del progetto esecutivo);
- all'introduzione (peraltro, con valenza di fatto retroattiva) di disposizioni di estremo favore per ciò che riguarda il periodo transitorio delle nuove regole codicistiche in tema di opere di urbanizzazione a scomputo, di gare per le manutenzioni e di obblighi di iscrizione agli albi professionali dei progettisti interni agli enti.

Gli esempi potrebbero evidentemente continuare ma, ai fini che qui rilevano, il loro richiamo appare sufficiente per testimoniare un orientamento legislativo piuttosto chiaro nelle sue linee di fondo.

Ci si domanda a questo punto se la parziale attenuazione dei vincoli in questione risulti antinomica rispetto agli orientamenti di fondo che hanno caratterizzato gli interventi normativi degli anni più recenti, i quali hanno guardato al settore degli appalti e delle concessioni come una sorta di ‘*grande malato*’ dell’ordinamento giuridico nazionale e hanno declinato con toni sempre più marcati il valore fondante e primario dell’obiettivo della lotta alla corruzione.

Non è irrilevante, del resto anche dal punto di vista semantico e definitorio (*si nomina sunt consequantia rerum*) la scelta del Legislatore di trasformare la preesistente Autorità di vigilanza per il settore degli appalti in Autorità Nazionale Anticorruzione, attraverso una sorta di identificazione *anche definitoria* fra il settore degli appalti e il mondo della corruzione in quanto tale.

Al riguardo è necessario domandarsi se l’introduzione di limiti meno stringenti rispetto al recente passato non palesi una intrinseca contraddizione con un orientamento normativo che troppo spesso tende a identificare la *fisiologia* dei fenomeni (*i.e.*: la gestione del ciclo dell’appalto) con la *patologia* dei fenomeni medesimi (*i.e.* i fenomeni corruttivi che vi si possono consumare).

Sotto questo aspetto le innovazioni apportate dal Decreto correttivo conferiscono rinnovati profili di attualità alla dibattuta questione se (al di là delle formule di circostanza) sia davvero possibile coniugare gli obiettivi – apparentemente antinomici – della maggiore flessibilità e snellezza (da un lato) e del maggior rigore e del contrasto alla corruzione (dall’altro).

Ad avviso di chi scrive al quesito in parola può (e anzi *deve*) essere fornita risposta affermativa al fine di non dequotare al rango dell’irrelevanza le numerose previsioni codicistiche le quali, pure, muovono dall’intenzione di valorizzare il ruolo delle amministrazioni aggiudicatrici e dei professionisti che vi operano e, in ultima analisi, di instaurare una favorevole interrelazione fra la *complessità* delle regole e delle procedure; la *professionalità* che deve caratterizzare a ogni livello gli operatori che vi si cimentano e la

responsabilità che deve rappresentare una sorta di immanente elemento di chiusura, ma non certo il principale – né l'unico – fra gli elementi ispiratori del sistema degli appalti e delle concessioni.

La valorizzazione della progettualità interna, la qualificazione delle stazioni appaltanti e il rafforzamento del ruolo dei responsabili unici dei procedimenti di gara non possono e non devono essere intesi quali mere formule verbali (alle quali sovraintende, tuttavia, un sistema sovraordinato di controlli e sanzioni che rappresenta la vera chiave di volta del nuovo sistema normativo).

Al contrario, tali istituti (il cui tratto comune è rappresentato dalla rinnovata fiducia nei confronti della possibilità per le amministrazioni di governare in modo corretto e professionale un sistema di grande complessità) rappresentano altrettanti tasselli di un mosaico normativo che riconosce pari dignità al *setting* degli strumenti operativi e decisionali posti a disposizione delle amministrazioni e al (pur robusto) apparato dei controlli che caratterizza il nuovo modello codicistico.

La storia più e meno recente ha insegnato che un apparato di vigilanza e controllo, per robusto che sia, non può di per sé solo garantire la correttezza e la trasparenza delle procedure e che impostare il sistema normativo su una più o meno celata sfiducia nei confronti dei suoi attori non è un atteggiamento destinato al successo nel medio periodo.

Ad avviso di chi scrive, quindi, i numerosi indici normativi i quali testimoniano forme di attenuazione dei vincoli e dei limiti che avevano ispirato l'originaria stesura del 'Codice', lungi dal costituire altrettante forme di arretramento rispetto all'obiettivo del massimo rigore nelle pubbliche gare, costituiscono invece altrettanti indici di un più meditato orientamento volto a coniugare in modo attento la trasparenza, ma anche l'attenzione alle esigenze delle amministrazioni; la lotta alla corruzione, ma anche la salvaguardia del fondamentale principio della presunzione di legittimità degli atti amministrativi.

Non spetta a chi scrive il compito di stabilire se il recente Decreto correttivo possa segnare una qualche forma di arretramento rispetto agli obiettivi di massimo rigore che sembravano ispirare in modo pressoché monolitico il 'Codice' nella sua formulazione originaria.

Si ritiene tuttavia che merita il massimo apprezzamento il tentativo di *'mantenere alta la guardia'* nei confronti dei gravi fenomeni che troppo spesso hanno segnato lo sviluppo di questo settore dell'Ordinamento, ma al contempo di recuperare il giusto grado di fiducia nei confronti della possibilità del sistema nazionale degli appalti e delle concessioni di governare in modo funzionale e corretto le proprie dinamiche.

Si tratta di una prova di fiducia del tutto dovuta nei confronti di un sistema normativo (quello nazionale in tema di appalti e di concessioni) il quale, pur fra i suoi troppi e troppo noti aspetti di criticità, costituisce pur

sempre (ed è giusto ricordarlo) uno dei più antichi, imitati e gloriosi modelli in ambito continentale.

Claudio Contessa
Consigliere di Stato

Publicato il 24 maggio 2017