

“Sblocca cantieri”

# La normativa in materia di contratti pubblici e la tela di Penelope

di Giuliano Taglianetti

La normativa che regola la materia dei contratti pubblici è caratterizzata da continue modifiche e oscillazioni dettate essenzialmente dalla necessità di trovare il giusto equilibrio tra l'esigenza di valorizzare la discrezionalità delle stazioni appaltanti nell'organizzazione delle procedure di gara e quella di garantire la massima trasparenza nell'espletamento di tali procedure.

La necessità di bilanciare questi valori contrapposti e parimenti rilevanti per l'ordinamento giuridico ha reso i contratti pubblici uno dei settori maggiormente instabili nell'ambito del diritto amministrativo. Prendendo spunto dall'ultima, radicale, riforma del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 - avvenuta in seguito all'adozione del D.L. n. 32/2019, c.d. “sblocca cantieri”, convertito con mod. dalla L. n. 55/2019 - il lavoro si propone di svolgere una riflessione critica sui continui “cambi di rotta” che hanno investito, e continuano a investire, la materia dei contratti pubblici.

## Premessa: “corsi” e “ricorsi” storici della legislazione in materia di contratti pubblici

La normativa che regola la materia dei contratti pubblici è caratterizzata da continue modifiche e oscillazioni dettate essenzialmente dalla necessità di trovare il giusto equilibrio tra l'esigenza di valorizzare la discrezionalità delle stazioni appaltanti nell'organizzazione delle procedure di gara (quale strumento per assicurare il buon andamento, l'efficienza e l'adeguatezza dell'azione amministrativa (1))

e quella di garantire la massima trasparenza nell'espletamento di tali procedure (al fine di assicurare rigore e imparzialità, in un'ottica di prevenzione della corruzione (2)).

La necessità di bilanciare questi valori contrapposti e parimenti rilevanti per l'ordinamento giuridico ha reso i contratti pubblici uno dei settori maggiormente instabili nell'ambito del diritto amministrativo (3). La caratteristica principale delle riforme riguardanti il settore in parola è quella di alternare nel tempo

(1) Buon andamento, efficienza e adeguatezza postulano libertà di apprezzamento e, quindi, l'attribuzione all'amministrazione di poteri discrezionali, ossia “di mezzi giuridici elastici, per consentire il miglior proporzionamento, al fine stabilito, dell'attività erogata”: è questo l'insegnamento risalente, ma pur sempre attuale, di M. Nigro, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966, 85. Dello stesso A. si veda pure *Silvio Spaventa e la giustizia amministrativa come problema politico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1970, 757, ove si ribadisce che “la discrezionalità amministrativa, sempre in crisi e sempre criticata, si ripropone ogni giorno come lo strumento più adatto a commisurare elasticamente l'azione statale agli scopi che essa si prefigge”.

(2) La tendenza legislativa a contrastare la corruzione attraverso la privazione o la compressione della discrezionalità amministrativa delle stazioni appaltanti, nonché mediante il forte contrasto all'utilizzo di procedure flessibili, è diffusamente evidenziata da G. Fidone, *La corruzione e la discrezionalità amministrativa: il caso dei contratti pubblici*, in questa *Rivista*, 2015, 325 ss., e L. Gili, *La nuova offerta economicamente più vantaggiosa e la*

*discrezionalità amministrativa a più fasi*, in *Urb. e app.*, 2017, 24 ss., spec. 26 ss. In generale, sul rapporto tra corruzione e appalti pubblici si vedano i contributi di G.M. Racca, *La prevenzione e il contrasto della corruzione nei contratti pubblici (art. 1, commi 14-25, 32 e 52-58)*, in B. G. Mattarella - M. Pelissero (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013, 125 ss.; F. Di Cristina, *La corruzione negli appalti pubblici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, 177 ss.; M. A. Sandulli - A. Cancrini, *I contratti pubblici*, in F. Merloni - L. Vandelli (a cura di), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, Firenze, 2010, 437 ss. Più nello specifico, sui rischi connessi alla diminuzione della flessibilità decisoria della pubblica amministrazione, si veda R. Dipace, *L'attività di programmazione come presupposto di decisioni amministrative*, in *Dir. soc.*, 2017, 647 ss.

(3) La tendenza legislativa a “mettere continuamente mano sulla materia con norme particolari” è efficacemente rilevata, in sede di primo commento al decreto “sblocca-cantieri”, anche da M.P. Chiti, *Il decreto “sblocca-cantieri”: ambizioni e limiti*, in questa *Rivista*, 2019, 6, 719 ss.

regole restrittive e condizionanti - finalizzate ad annullare o ridurre al minimo i rischi di parzialità dell'amministrazione - a regole tendenti a privilegiare la flessibilità procedurale e a non porre eccessive limitazioni alla discrezionalità dell'amministrazione aggiudicatrice nell'organizzazione delle procedure di gara per la scelta del contraente.

Per avere un'idea dell'instabilità che caratterizza la materia in esame è interessante ricordare, seppure a grandi linee, la parabola evolutiva del c.d. "appalto integrato" (su cui pure è intervenuta l'ultima riforma legislativa, come si vedrà più innanzi).

La L. 11 febbraio 1994, n. 109, meglio nota come "Legge Merloni", stabilì il generale divieto di affidamento congiunto della progettazione e della esecuzione dei lavori pubblici (4), segnando una significativa riduzione dei margini decisionali delle amministrazioni aggiudicatrici. In particolare, fu sancita l'impossibilità di indire una gara pubblica preordinata all'affidamento di lavori in mancanza di un progetto dettagliato dell'opera da realizzare.

La *ratio legis* sottesa ad assicurare la massima autonomia tra progettazione ed esecuzione dell'opera e l'assoluta separazione di queste due fasi era rinvenibile nella volontà di scongiurare il pericolo che la progettazione potesse essere subordinata a esigenze connesse alla materiale esecuzione dell'intervento; l'intenzione, in sostanza, era quella di evitare la "funzionalizzazione" del progetto agli interessi dell'impresa che avrebbe provveduto alla sua realizzazione.

Chiaramente occorre tenere presente che il processo di formazione della suddetta legge ebbe luogo in una fase storica di tipo emergenziale, in cui era particolarmente sentita la necessità di affrontare il problema della corruzione (5). Ragion per cui fu limitata l'attività discrezionale e valutativa delle stazioni appaltanti e delle commissioni aggiudicatrici in quanto si ritenne che una siffatta attività fosse terreno fertile per l'inverarsi di fenomeni corruttivi.

Operando una radicale inversione di rotta rispetto alla normativa previgente, il D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, mosso anche dall'intento di conformare la normativa nazionale ai principi europei vigenti in *subiecta materia* (6), generalizzò la possibilità di affidare congiuntamente la progettazione e l'esecuzione di lavori pubblici (7), in tal modo valorizzando la discrezionalità delle stazioni appaltanti nell'organizzazione delle procedure di gara.

Dunque, il D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 è intervenuto nuovamente sul tema segnando un parziale ritorno alla Legge Merloni: mentre per i contratti di appalto ha (re)introdotto la regola della separazione della progettazione dall'esecuzione dei lavori pubblici, con conseguente delimitazione della discrezionalità amministrativa nella organizzazione della procedura di gara per la scelta dell'appaltatore (v. il comma 1 dell'art. 59), con riferimento ai contratti di partenariato pubblico-privato ha accentuato il ruolo dei privati nella fase progettuale ed ha valorizzato la flessibilità procedurale, richiamando esplicitamente il principio di "libera" organizzazione delle procedure

(4) La regola della separazione dell'attività di progettazione da quella di esecuzione dei lavori pubblici era desumibile dalla definizione recata dall'art. 2, comma 1, L. n. 109/1994, laddove i lavori pubblici erano descritti come "le attività di costruzione, demolizione, recupero, ristrutturazione, restauro e manutenzione di opere e di impianti, anche di presidio e difesa ambientale e di ingegneria naturalistica", con esclusione dell'attività di progettazione. Ancora più esplicitamente, il successivo art. 19 definiva i contratti di appalto come "contratti a titolo oneroso, conclusi in forma scritta tra un imprenditore e un soggetto di cui all'art. 2, comma 2, aventi per oggetto ... la sola esecuzione dei lavori pubblici di cui all'art. 2, comma 1".

(5) Per un'attenta e approfondita analisi della particolare stagione politico-istituzionale di quegli anni, legata all'emersione del fenomeno noto come "Tangentopoli", si rimanda a S. Moccia, *Il ritorno alla legalità come condizione per uscire a testa alta da Tangentopoli*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 463 ss.; M. Magati, *Corruzione politica e società italiana. Il rapporto degradato tra partiti politici e interessi economici come sintomo di crisi della democrazia: una analisi approfondita*, Bologna, 1996; T. Padovani, *Il problema Tangentopoli tra normalità dell'emergenza ed emergenza della normalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 1302 ss.; A. Sessa, *Corruzione e concussione. Dall'esperienza di tangentopoli rinnovate esigenze di riforma*, in *Ind. Pen.*, 2001, 29 ss.; A. Vannucci, *La corruzione nel sistema politico italiano a dieci anni da "Mani pulite"*, in G. Forti (a cura di), *Il prezzo della tangente da*

*corruzione come sistema a dieci anni da "Mani pulite"*, Milano, 2003, 7 ss.

(6) La Dir. 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (in *GUUE* L 134/114), allora vigente, prevedeva che gli appalti di lavori potessero avere a oggetto sia la sola esecuzione, sia l'affidamento congiunto di esecuzione e progettazione. Coerentemente con tale previsione, la stessa direttiva definiva gli appalti pubblici di lavori come "contratti a titolo oneroso tra uno o più operatori economici e una o più amministrazioni aggiudicatrici ... aventi per oggetto l'esecuzione o, congiuntamente, la progettazione e l'esecuzione di lavori relativi a una delle attività di cui all'allegato I o di un'opera, oppure l'esecuzione, con qualsiasi mezzo, di un'opera rispondente alle esigenze specificate dall'amministrazione aggiudicatrice" (art. 1, comma 2, lett. b).

(7) L'art. 53 stabilì, infatti, che gli appalti relativi a tali lavori potessero avere alternativamente a oggetto, in base "alle esigenze tecniche, organizzative ed economiche", la sola esecuzione dei lavori, con base di gara costituita dal progetto esecutivo redatto dall'amministrazione aggiudicatrice; la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori, con base di gara costituita dal progetto definitivo; la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori, con base di gara costituita dal progetto preliminare e previa acquisizione del progetto definitivo in sede di offerta.

per la scelta del concessionario (v. art. 166, rubricato, appunto, “principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche”).

La diversità di impostazione nella disciplina delle procedure di appalto e di partenariato pubblico-privato è agevolmente spiegabile: nel caso degli appalti, dove il privato non assume alcun rischio connesso alla gestione dell'opera (bensì soltanto i rischi relativi alla realizzazione della stessa) e dove è presente l'erogazione diretta di fondi pubblici, è più avvertita la necessità di porre regole e vincoli procedurali; discende da ciò la tendenza legislativa a non lasciare eccessivi margini di discrezionalità all'amministrazione, al fine di annullare o ridurre al minimo i rischi di parzialità dell'amministrazione stessa. Dove, invece, il rischio operativo (e di percezione dei proventi che il concessionario mira a ottenere dalla gestione dell'opera pubblica) grava sul partner privato, come si verifica nei contratti di partenariato, tale necessità è meno avvertita. In quest'ultima ipotesi, di conseguenza, si tende giustamente a privilegiare la flessibilità procedurale e a non porre eccessive limitazioni alla discrezionalità dell'amministrazione aggiudicatrice nell'organizzazione delle procedure di gara per la scelta del contraente (8).

Un altro esempio paradigmatico del carattere “altalenante”, “incerto” e “ondivago” della legislazione in materia di contratti pubblici è la travagliata evoluzione normativa della disciplina dei criteri di aggiudicazione delle procedure di gara (anch'essa oggetto dell'ultima riforma).

Invero, la richiamata Legge Merloni, al dichiarato fine di contrastare e prevenire i fenomeni corruttivi e di assicurare la massima trasparenza nell'espletamento delle procedure di gara, impose alle stazioni appaltanti il ricorso al solo criterio del prezzo più basso, in tal modo vietando l'utilizzo del metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa (v. art. 21, comma 1) (9).

Tale disciplina fu poi ritenuta in contrasto con il diritto europeo: la Corte di Giustizia, con sentenza 7 ottobre 2004 (10), osservò come la fissazione da parte del legislatore nazionale di un unico e vincolante criterio di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici avesse privato le amministrazioni aggiudicatrici della possibilità di prendere in considerazione la natura e le caratteristiche peculiari di tali appalti e di scegliere per ognuno di essi il criterio più idoneo a garantire la libera concorrenza e ad assicurare la selezione della migliore offerta.

Radicalmente opposta fu quindi la scelta operata dal D.Lgs. n. 163/2006, che stabilì il principio di sostanziale equiordinazione tra i summenzionati criteri, producendo, in tal modo, una “riesplorazione” dei margini di autonomia del potere decisionale della pubblica amministrazione nella gestione delle procedure di gara preordinate all'aggiudicazione dei contratti pubblici (11).

Il D.Lgs. n. 50/2016, disciplinando ancora una volta, *ab imis*, i criteri di aggiudicazione delle procedure di gara, ha espresso un netto *favor* per il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa (v. art. 95, commi 2 e 3), consentendo il ricorso al criterio del prezzo più basso soltanto in determinate ipotesi e al ricorrere di determinate circostanze, o condizioni, previa l'adozione di un'adeguata motivazione da parte della stazione appaltante (v. art. 95, commi 4 e 5) (12).

All'esito di questo breve *excursus* legislativo, nel quale si è cercato di dare cronologicamente atto dei netti “cambi di rotta” che hanno caratterizzato la normativa in materia di contratti pubblici, emerge un'impostazione fondata su scelte legate a contingenze storiche mutevoli, particolari, occasionali e la pressoché totale assenza di una coerenza di indirizzo nel tempo (13).

L'oscillazione fra due opposte tendenze legislative, l'una volta a valorizzare l'autonomia delle pubbliche

(8) Sul punto, sia consentito rinviare a G. Taglianetti, *Il divieto di affidamento congiunto della progettazione e dell'esecuzione dei lavori pubblici nel d. lgs. 50/2016*, in *Munus*, 2017, 527-528.

(9) Come osserva convincentemente M. Clarich, *La legge Merloni tra instabilità e flessibilità*, in *Corr. giur.*, 2002, 1401-1403, nella prospettiva del legislatore dell'epoca si ritenne di dover garantire prioritariamente la massima trasparenza attraverso regole rigide e automatismi valutativi, invece di cercare di sintetizzare tutti i principi in gioco attraverso norme di raccordo e strumenti flessibili.

(10) Sintesi S.p.a. c. Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici, in causa C-247/02, EU:C:2004:593, in questa *Rivista*, 2005, 133 ss., con nota di C. Lacava, *La libertà di scelta dei criteri di aggiudicazione per le amministrazioni*.

(11) V. il previgente art. 81, commi 1 e 2: “Nei contratti pubblici, fatte salve le disposizioni legislative, regolamentari o amministrative relative alla remunerazione di servizi specifici, la migliore

offerta è selezionata con il criterio del prezzo più basso o con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. 2. Le stazioni appaltanti scelgono, tra i criteri di cui al comma 1, quello più adeguato in relazione alle caratteristiche dell'oggetto del contratto, e indicano nel bando di gara quale dei due criteri di cui al comma 1 sarà applicato per selezionare la migliore offerta”.

(12) Per un'analisi (critica) della disciplina del potere decisionale della pubblica amministrazione nella scelta dei criteri di aggiudicazione dei contratti pubblici, v. G. Leone, *L'offerta economicamente più vantaggiosa ... non è sempre la migliore offerta*, in *Dir. e proc. amm.*, 2018, 838 ss., ove si stigmatizza la netta preferenza accordata dal D.Lgs. n. 50/2016 al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa rispetto a quello del miglior prezzo.

(13) È significativo quanto osservato in proposito da G. Coraggio nella presentazione del testo *Contratti pubblici e la loro gestione: conformità normativa e compliance. Atti del convegno svoltosi a Roma il 23 aprile 2009*, in *www.opentech.it*: “... nella

amministrazioni nell'organizzazione delle procedure di gara preordinate all'affidamento di contratti pubblici, l'altra diretta a condizionare e limitare tale autonomia, l'alternarsi di rigidità e flessibilità, di conservazione e rinnovamento, la tendenza del legislatore a "fare", "disfare" e "rifare", consentono di paragonare a ragione la normativa in materia di contratti pubblici alla celebre tela di Penelope, nella quale tutto ciò che veniva tessuto il giorno veniva poi disfatto la notte.

### **Il D.L. n. 32/2019 (c.d. "sblocca cantieri") e la Legge di conversione n. 55/2019: nulla (o assai poco) di nuovo sotto il sole**

In tale delineato contesto, connotato dal susseguirsi di provvedimenti legislativi tesi ad affermare principi contrastanti e che di fatto si sono rivelati privi di incisività, si inserisce il D.L. 18 aprile 2019, n. 32, c.d. "sblocca cantieri", convertito con modificazioni dalla L. 14 giugno 2019, n. 55, il cui scopo principale è quello di semplificare e rendere più efficienti le procedure preordinate all'affidamento di contratti pubblici.

Alcuni elementi di novità introdotti dalla normativa in commento non sono frutto di scelte "creative" del legislatore nazionale, in quanto derivano dalla necessità di conformare il Codice dei contratti alla normativa europea - e, segnatamente, alle Dir.2014/23/UE (c.d. "Direttiva concessioni"), 2014/24/UE (c.d. "Direttiva

appalti") e 2014/25/UE (c.d. "Direttiva settori speciali") - in seguito ai rilievi svolti dalla Commissione con la procedura di infrazione n. 2273/2018 (14).

Una prima considerazione preliminare: pur avendo profondamente innovato la previgente normativa (sono stati modificati ben 32 articoli del D.Lgs. n. 50/2016 (15)), il decreto "sblocca cantieri" e la sua legge di conversione non hanno introdotto nel nostro ordinamento novità in senso assoluto (16).

Al contrario, le principali innovazioni che erano state introdotte nel recente passato nella materia dei contratti pubblici, vale a dire le linee guida ANAC e l'onere di immediata impugnazione delle ammissioni alla gara dei concorrenti, sono state, rispettivamente, ridimensionate e superate dall'ultimo intervento legislativo.

Invero, con riferimento alla prima delle summenzionate novità, il legislatore dell'ultima riforma, ispirato dall'ambizione - dietro la quale non è difficile scorgere una velata forma di utopismo - di garantire certezza e prevedibilità nel settore dei contratti pubblici, ha ridimensionato il sistema (c.d. di *soft law*) (17) delle linee guida vincolanti dell'ANAC (18) a favore di un parziale (19) ritorno al passato, cioè al regolamento unico (riconducibile, invece, al sistema c.d. di *hard law*), a cui è stato assegnato il compito di dare "esecuzione, attuazione e integrazione" al Codice dei contratti pubblici (20).

lunga esperienza che ho avuto, che abbiamo avuto molti di noi, tutti quelli della nostra età che si sono occupati della materia, abbiamo potuto constatare che sono state battute, in materia di appalti pubblici, tutte le strade immaginabili, tutte" (p. 12).

(14) Il riferimento è, in particolare, alle disposizioni del D.Lgs. n. 50/2016 in tema di calcolo del valore stimato degli appalti (art. 35), motivi di esclusione (art. 80), offerte anormalmente basse (art. 97), subappalto (art. 105).

(15) Le modifiche apportate al Codice dei contratti pubblici dalla L. n. 55/2019 sono numerose e non è possibile in questa sede elencarle tutte. Per un'analisi esaustiva e puntuale di tali modifiche si rinvia ai seguenti volumi: M. Mariani - L. Spagnoletti - E. Toma (a cura di), *La legge "sblocca cantieri" (Legge 14 giugno 2019, n. 55). Le novità del Codice dei contratti pubblici*, Torino, 2019; A. Storto - D. Bolognino - H. Bonura (a cura di), *I contratti pubblici dopo la conversione del decreto sblocca cantieri*, Piacenza, 2019; F. Caringella - M. Giustiniani (a cura di), *Il decreto sblocca cantieri. Commento organico alle novità introdotte nei contratti pubblici dal d.l. 18 aprile 2019, n. 32, conv. dalla l. 14 giugno 2019, n. 55*, Roma, 2019.

(16) D'altronde, anche il nome con il quale è stata battezzata la riforma, "Sblocca cantieri", non appare particolarmente originale in quanto rievoca il c.d. decreto "Sblocca Italia" del 2014 (D.L. 12 settembre 2014, n. 133), anch'esso ispirato dall'ambizione di semplificare e accelerare le procedure di affidamento dei contratti pubblici.

(17) Per una ricostruzione delle molteplici definizioni di "soft law", si vedano E. Mostacci, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova, 2008, spec. 20 ss.; A. Somma (a

cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, 2009 (v., in particolare, il lavoro di R. Bin, *Soft law, no law*, 31 ss.).

(18) Per la qualificazione e l'inquadramento giuridico di tali strumenti, cfr., *ex multis*, G. Morbidelli, *Linee guida dell'ANAC: comandi o consigli?*, in *Dir. amm.*, 2016, 273 ss.; C. Deodato, *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2016; F. Cintioli, *Il sindacato del Giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del c.d. pre-contraenzioso e sulle raccomandazioni di ANAC*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 381 ss.; G.A. Giuffrè, *Le "nuove" dimensioni del regolamento. Il caso delle linee guida ANAC*, in *www.federalismi.it*, n. 2/2017; A.M. Nico, *Le linee guida ANAC tra normazione e amministrazione*, in F. Garella - M. Mariani - L. Spagnoletti - E. Toma (a cura di), *I nodi del Codice dei contratti pubblici*, Bari, 2018, 341 ss.

(19) Come osservato da attenta dottrina (M.P. Chiti, *Il decreto "sblocca-cantieri": ambizioni e limiti*, cit., 721-722), non si è trattato "di un integrale ritorno al modello regolamento, con un *revirement* al sistema precedente al Codice del 2016, dato che il prossimo regolamento avrà un ambito di applicazione limitato ad una serie di temi esemplificativamente ('ad esempio') previsti dal nuovo art. 27-*octies*. Per le restanti tematiche rimangono in vigore le attuali linee guida vincolanti, i decreti ministeriali e gli altri atti in vigore".

(20) È quanto prevede l'attuale versione del comma 27 *octies* dell'art. 216, D.Lgs. n. 50/2016, che assegna al nuovo regolamento il compito di disciplinare le seguenti "materie": "a) nomina, ruolo e compiti del responsabile del procedimento; b) progettazione di lavori, servizi e forniture, e verifica del progetto; c) sistema di qualificazione e requisiti degli esecutori di lavori e dei contraenti generali; d) procedure di affidamento e realizzazione dei contratti

Con riguardo alla seconda, lo stesso legislatore, muovendosi nella direzione auspicata da autorevole dottrina (21), ha abrogato i commi 2 bis e 6 bis dell'art. 120 c.p.a. (22), nonostante tali disposizioni avessero superato il vaglio di compatibilità con il diritto dell'Unione europea (23): nella relazione illustrativa del disegno di legge di conversione del D.L. n. 32/2019 (d.d.l. S. 1248) si è fondatamente osservato come la previsione del c.d. rito "superaccelerato" rischiasse di comprimere il diritto di difesa degli operatori economici, pur non essendo idonea al perseguimento dell'obiettivo di deflazione giudiziaria del contenzioso in materia di contratti pubblici.

Molte altre modifiche al Codice dei contratti pubblici introdotte dall'ultima riforma rappresentano, in effetti, un vero e proprio cambio di rotta rispetto alla strada intrapresa dal legislatore del D.Lgs. n. 50/2016 e un "ritorno al passato" (24).

Invero, la L.n. 55/2019 è tornata (ancora una volta) a disciplinare l'"appalto integrato" (su cui v. *supra*),

sospendendo in via "sperimentale" (fino al 31 dicembre 2020) il divieto di affidamento congiunto della progettazione e dell'esecuzione dei lavori pubblici sancito dal citato art. 59 del D.Lgs. n. 50/2016.

La temporanea sospensione delle norme non ha riguardato soltanto il divieto di affidamento congiunto della progettazione e dell'esecuzione dei lavori pubblici, ma è stata estesa anche ad altre importanti disposizioni normative, tra le quali quelle che prevedono l'obbligo dei Comuni non capoluogo di accorpate le procedure di appalto ricorrendo a centrali di committenza e soggetti aggregatori (art. 37, comma 4), l'obbligo delle amministrazioni aggiudicatrici di scegliere i commissari tra gli esperti iscritti all'albo istituito presso l'ANAC (art. 77, comma 3) (25), l'obbligo di indicare la terna dei subappaltatori al momento della presentazione dell'offerta (art. 105, comma 6) (26).

Finanche la disciplina dei criteri di aggiudicazione delle procedure di gara è stata oggetto dell'ennesima

di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie comunitarie; e) direzione dei lavori e dell'esecuzione; f) esecuzione dei contratti di lavori, servizi e forniture, contabilità, sospensioni e penali; g) collaudo e verifica di conformità; h) affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria e relativi requisiti degli operatori economici; i) lavori riguardanti i beni culturali". Il nuovo regolamento, dunque, assorbirà o abrogherà soltanto una parte degli attuali provvedimenti attuativi del codice, lasciandone in vigore una parte molto consistente. Sul punto, cfr. P. Chirulli - S. Bardelloni, *Il decreto "sblocca cantieri": un perenne equilibrio precario tra interessi contrapposti*, in *www.mefop.it*, 9 settembre 2019, ove si osserva che, "nelle more dell'emanazione del nuovo regolamento, gli attuali atti attuativi rimarranno in vigore, ancorché inapplicabili laddove incoerenti con la fonte primaria di riferimento, così come modificata dallo "sblocca cantieri"".

(21) Avevano espresso severe perplessità sul giudizio disciplinato dall'art. 120, commi 2 bis e 6 bis, c.p.a. M. A. Sandulli, *Nuovi ostacoli alla tutela contro la pubblica amministrazione (legge di stabilità 2016 e legge delega sul recepimento delle Direttive contrattuali)*, in *www.federalismi.it*, n. 2/2016, spec. 5 ss.; G. Severini, *Il nuovo contenzioso sui contratti pubblici (l'art. 204 del Codice degli appalti pubblici e delle concessioni, ovvero il nuovo art. 120 del Codice del processo amministrativo)*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2016, spec. 3 ss.; G. Veltri, *Il contenzioso nel nuovo Codice dei contratti pubblici: alcune riflessioni critiche*, *ivi*, par. 5; R. Caponigro, *Il rapporto tra tutela della concorrenza ed interesse alla scelta del miglior contraente nell'impugnazione degli atti di gara*, *ivi*, in part. 38 ss.; R. De Nictolis, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e app.*, 2016, 503 ss., spec. 540 ss.; A. G. Pietrosanti, *Piena conoscenza, termine per impugnare ed effettività della tutela nel rito "super accelerato" ex art. 120, co. 2-bis, c. p.a.*, in *www.federalismi.it*, n. 7/2017; I. Lagrotta, *Il rito "super accelerato" in materia di appalti tra profili di (in)compatibilità costituzionale e conformità alla normativa comunitaria*, *ivi*, n. 7/2018; M. Lipari, *La decorrenza del termine di ricorso nel rito superspeciale di cui all'art. 120, co. 2-bis e 6-bis, del CPA: pubblicazione e comunicazione formale del provvedimento motivato, disponibilità effettiva degli atti di gara, irrilevanza della "piena conoscenza"; l'ammissione conseguente alla verifica dei requisiti*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2018.

(22) Sul punto, cfr. l'interessante analisi di D. Galli, *Ritorno alle origini: la soppressione del rito super accelerato*, in questa *Rivista*, 2019, 6, 746 ss.

(23) V. l'ordinanza della Corte di Giustizia UE 14 febbraio 2019, C-54/18, a commento della quale sia consentito rinviare a G. Taglianetti, *La disciplina dei termini per ricorrere nel rito speciale in materia di contratti pubblici tra certezza e giustizia: considerazioni a margine dell'ordinanza della Corte di giustizia UE, 14 febbraio 2019, C-54/18*, in *Riv. giur. ed.*, 2019, 485 ss.

(24) Per avere un'idea del disordine e dell'incertezza che governano la materia dei contratti pubblici, può essere interessante osservare che l'ultima riforma è stata approvata in un momento in cui molti degli strumenti attuativi del D.Lgs. n. 50/2016 non erano stati ancora adottati, o, comunque, non avevano ancora raggiunto la piena operatività: è il caso, ad esempio, del sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti, funzionale alla riduzione del loro numero, e dell'albo dei commissari di gara esterni all'amministrazione aggiudicatrice, implementato e gestito dall'ANAC con lo scopo di garantire nelle procedure di gara "sopra-soglia" l'imparzialità e la professionalità dei giudizi di valutazione delle offerte.

(25) Sembra opportuno segnalare che, anteriormente alla novella, la compilazione dell'albo ANAC era stata più volte rinviata dalla stessa Autorità per l'insufficienza delle relative iscrizioni.

(26) Per un commento specifico degli interventi di revisione dell'art. 105 ad opera della riforma, v. M. Dugato, *Il subappalto*, in questa *Rivista*, 2019, 6, 737 ss., ove si evidenzia il fallimento - certificato dalla recente sentenza della Corte di Giustizia UE, Quinta Sezione, del 26 settembre 2019 (causa C-63/18), che ha dichiarato incompatibile col diritto dell'Unione la scelta di porre un limite automatico alla quota subappaltabile - del tentativo di superare la perdurante asimmetria tra diritto nazionale e diritto dell'Unione europea nella disciplina del subappalto. L'A. rileva laconicamente che "allo stato attuale dell'arte ... in attesa che il legislatore ripensi radicalmente all'opportunità di imporre limitazioni (legittime) al subappalto o ricalibri le ipotesi in cui siffatte limitazioni debbano operare, la disciplina dell'art. 105 è destinata alla doverosa disapplicazione in ragione della pronuncia della Corte di Giustizia" (p. 740). Sul punto, si vedano anche le interessanti osservazioni di G. A. Giuffrè, *L'ennesimo no della CGUE sull'ammissibilità dei limiti al subappalto*, in *Riv. giur. ed.*, 2019, 1446 ss. In una prospettiva più vasta, sulle difficoltà connesse al contemporaneo tra l'esigenza di favorire la partecipazione agli appalti delle piccole e medie imprese e quella di scongiurare il rischio di accordi anticoncorrenziali v., in particolare, R. Caranta, *I contratti pubblici*, Torino, 2012, 362 ss.

modifica: la L.n. 55/2019, in sede di conversione del D.L. n. 32/2019, operando un parziale ritorno al passato (27), ha sancito, con esclusivo riferimento agli appalti “sotto-soglia”, l’equiordinazione tra il criterio del prezzo più basso e l’offerta economicamente più vantaggiosa (v. art. 36, comma 9 bis, D.Lgs. n. 50/2016) (28).

Il legislatore ha inteso, in tal modo, “rivalutare il criterio del minor prezzo, ormai *reietto*, restituendogli pari dignità rispetto all’offerta economicamente più vantaggiosa, seppur limitatamente ai contratti di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria” (29).

Quest’ultima modifica desta non poche perplessità sul piano della coerenza sistematica, poiché si ritiene che la scelta del criterio di aggiudicazione, sotto il profilo logico, non dovrebbe dipendere dal valore dell’appalto, bensì dalle caratteristiche intrinseche dei lavori, dei servizi e delle forniture da aggiudicare e dal loro grado di suscettibilità di miglioramenti qualitativi.

Con riferimento, invece, agli appalti “sopra-soglia” resta ferma la pregressa impostazione basata sul *favor*

per il criterio di aggiudicazione dell’offerta economicamente più vantaggiosa (v. art. 95, commi 2 e 3 (30)), con conseguente possibilità per le stazioni appaltanti di scegliere il criterio del prezzo più basso soltanto in determinate ipotesi e al ricorrere di determinate circostanze, o condizioni, previa l’adozione di un’adeguata motivazione da parte della stazione appaltante (v. art. 95, commi 4 e 5) (31).

Anche la disciplina della procedura preordinata all’affidamento di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea ha subito alcune rilevanti modifiche, nel segno della “semplificazione” del quadro procedurale degli affidamenti dei contratti pubblici.

Se per gli affidamenti (di tutte le tipologie: lavori, servizi e forniture) di importo inferiore a 40.000 euro non vi è stata modifica del testo previgente, rimanendo inalterata la possibilità di ricorrere in tali ipotesi all’affidamento diretto “puro” (32), le modifiche riguardano gli affidamenti di importo superiore a 40 mila euro, soprattutto in materia di appalti di lavori, per i quali sono previste ben cinque fasce di

(27) V. quanto osservato *supra*, par. 1.

(28) Sul punto, cfr. M. Velliscig, *Le principali novità in tema di affidamenti sottosoglia*, in *Lamministrativista-Speciale riforma*, 2019, 57, il quale, alludendo criticamente all’ipertrofia normativa che connota la materia dei contratti pubblici, rileva che “il susseguirsi di riforme, piuttosto incisive, in materia di affidamenti sottosoglia ha determinato l’insorgere, secondo il noto principio *tempus regit actum*, di almeno tre assetti normativi, oltre a quello previgente, ed in specie: l’aumento delle soglie per gli appalti di lavori prevista dalla legge di bilancio, il regime emerso dal decreto ‘Sblocca cantieri’ e quello modificato dalla sua legge di conversione”.

(29) F. Caringella - M. Giustiniani, *Il codice dei contratti pubblici al suo terzo tagliando: riforma della riforma o restaurazione?* in *Il decreto sblocca cantieri*, cit., 5.

(30) Quest’ultimo comma prevede che siano aggiudicati “esclusivamente sulla base del criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo: a) i contratti relativi ai servizi sociali e di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica, nonché ai servizi ad alta intensità di manodopera, come definiti all’articolo 50, comma 1, fatti salvi gli affidamenti ai sensi dell’articolo 36, comma 2, lettera a); b) i contratti relativi all’affidamento dei servizi di ingegneria e architettura e degli altri servizi di natura tecnica e intellettuale di importo pari o superiore a 40.000 euro; b-bis) i contratti di servizi e le forniture di importo pari o superiore a 40.000 euro caratterizzati da notevole contenuto tecnologico o che hanno un carattere innovativo”. In tali fattispecie il legislatore ha ritenuto inaccettabile il rischio di una corsa al ribasso sul prezzo a discapito della qualità; con specifico riferimento ai contratti inerenti ai servizi ad alta intensità di manodopera, vale a dire i servizi “nei quali il costo della manodopera è pari almeno al 50 per cento dell’importo totale del contratto”, si è inteso, invece, scongiurare il rischio di una politica dei prezzi “spregiudicata” da parte del concorrente, tale da comprimere le garanzie previste per i dipendenti, soprattutto in materia di sicurezza.

(31) Va osservato che, con specifico riferimento agli appalti “sopra-soglia”, la riforma ha sensibilmente ridotto le ipotesi in cui

le stazioni appaltanti possono optare per il criterio del prezzo più basso (cfr. l’art. 95, comma 4, D.Lgs. n. 50/2016). Inoltre, è stata aggiunta una nuova fattispecie (cfr. il comma 3 dello stesso art. 95) alla quale si applica esclusivamente il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa: “i contratti di servizi e le forniture di importo pari o superiore a 40.000 euro caratterizzati da notevole contenuto tecnologico o che hanno un carattere innovativo”. Sotto questo profilo sono state recepite le sollecitazioni della commissione speciale del Consiglio di Stato, espresse nel parere n. 855 del 1° aprile 2016 (consultabile in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)) sullo schema del Codice dei contratti, circa la necessità di precisare il rapporto tra la regola e le eccezioni in ordine alla scelta dei criteri di aggiudicazione (per una simile osservazione, v. L. Fiorentino, *I criteri di aggiudicazione*, in questa *Rivista*, 2019, 6, 744).

(32) Sul rischio di particolare esposizione delle procedure semplificate di affidamento a pratiche corruttive e clientelari, cfr., *ex multis*, F. Manganaro - R. Parisi, *I contratti pubblici sotto soglia alla luce delle linee guida n. 4 dell’ANAC*, in *Urb. e app.*, 2018, 589 ss. Sul tema, è di particolare interesse la questione dell’applicabilità dell’obbligo di motivazione agli affidamenti diretti. Al riguardo, l’ANAC, nel documento di consultazione sull’aggiornamento delle linee-guida n. 4/2016, pubblicato l’8 settembre 2017, ha precisato che nell’ambito degli affidamenti diretti la scelta dell’affidatario richiede un’adeguata motivazione e che detto onere motivazionale possa essere soddisfatto, ad esempio, mediante un confronto con la spesa per precedenti affidamenti o con il corrispettivo riconosciuto da altre Amministrazioni per affidamenti analoghi, nonché tramite il confronto dei preventivi di spesa forniti da due o più operatori economici (quest’ultima, secondo l’ANAC, rappresenta una *best practice*, anche alla luce del principio di concorrenza). Cfr., in senso contrario, T.A.R. Molise, Campobasso, Sez. I, 12 settembre 2018, n. 533, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), che considera l’affidamento diretto del tutto svincolato da un onere motivazionale: “in caso di importi inferiori ai 40 mila euro non si pone neppure il problema di coniugare l’affidamento diretto con l’esigenza di una adeguata motivazione”.

importo, con una graduazione crescente dell'intensità dei vincoli procedurali.

Tali procedure sono state declinate nella prospettiva di contemperare le esigenze di celerità, efficienza e semplificazione procedimentale, da un lato, con i valori costituzionali di legalità e imparzialità, dall'altro (33).

Il temperamento degli obblighi procedurali è stato articolato in maniera proporzionale al diverso valore delle soglie considerate.

L'attuale disciplina prevede per i lavori di importo pari o superiore a 40.000 euro e inferiore a 150.000, nonché per le forniture e i servizi inferiori alle soglie di cui all'articolo 35 (vale a dire per le forniture e i servizi di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea) l'affidamento diretto previa consultazione di almeno tre preventivi (per i lavori) o di cinque preventivi (per i servizi e le forniture): si tratta di una procedura negoziale semplificata, ovvero, se si preferisce, di un affidamento diretto "aggravato"; in buona sostanza, l'art. 36, comma 2, lett. b), disciplina un *tertium genus* a contenuto ibrido, a metà strada tra l'affidamento diretto vero e proprio e la procedura negoziata disciplinata dall'art. 63 del Codice dei contratti pubblici (34).

Per i lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 350.000 euro l'affidamento deve avvenire

ricorrendo alla procedura negoziata previa consultazione, ove esistenti, di almeno dieci operatori economici, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di fiducia, e, comunque, nel rispetto del criterio di rotazione degli inviti (35).

Successivamente è contemplata la quarta fascia di valore, anch'essa relativa soltanto ai lavori, che ricomprende i contratti tra i 350.000 euro e 1 milione di euro. Anche in questa fascia è prevista la procedura negoziata a inviti (36), tuttavia con la regola che i soggetti da invitare alla procedura debbono essere almeno quindici, sempre se esistenti in tale numero. Infine, per la quinta fascia corrispondente ai lavori il cui importo sia superiore al milione di euro (e inferiore alle soglie di rilevanza europea), si prevede il ricorso alla procedura aperta. In quest'ultimo caso l'amministrazione aggiudicatrice è tenuta ad applicare il meccanismo di esclusione automatica delle offerte anomale se il numero delle offerte è pari o superiore a dieci.

Dunque, anche nell'ambito dei contratti "sotto-soglia", la riforma non ha introdotto novità sostanziali, avendo previsto, in realtà, modalità di affidamento ibride, con una graduazione crescente dell'intensità dei vincoli procedurali, riconducibili a procedure già esistenti e disciplinate dal Codice dei contratti pubblici (37).

(33) Sulle difficoltà connesse al bilanciamento di tali valori, cfr., approfonditamente, F. Manganaro, *Principio di legalità e semplificazione dell'attività amministrativa*, Napoli, 2000; P.L. Portaluri, *Tutela della concorrenza e flessibilità delle relazioni contrattuali nella procedura negoziata previo bando di gara*, in *Foro amm. TAR*, 2007, 403 ss.; A. Masucci, *Acquisto di beni e servizi sotto soglia e mercato elettronico. Profili ricostruttivi della procedura telematica di acquisto di beni e servizi attraverso il mercato elettronico*, in *Dir. e proc. amm.*, 2013, 745 ss.

(34) Vi è chi, tra i primi commentatori della novella, parla di "affidamento diretto mediato dalla previa valutazione dei preventivi": così S. Usai, *Affidamento diretto mediato dalla valutazione di preventivi ed il problema della discrezionalità del RUP (nella scelta degli appaltatori da far concorrere)*, in *www.appaltiecontratti.it*, 2019. In termini analoghi, si esprime A. Paccione, *Le nuove regole in materia di procedure di affidamento di contratti sotto-soglia*, in *Il decreto sblocca cantieri*, cit., 52, secondo il quale "una forma di affidamento diretto 'temperato' ha fatto ingresso nell'ordinamento". Altri autori, invece, qualificano la procedura di cui all'art. 36, comma 2, lett. b), come una specifica tipologia di procedura negoziata "visto che la procedura prende il via con un'indagine di mercato come indicato dalla norma la quale prescrive che questa viene avviata 'sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici'" (così, M. Terrei, *Procedura negoziata "ibrida" e richiesta preventivi*, in *www.quotidianolegale.it*, 2019). Sul tema, v., altresì, T.A.R. Sardegna, Sez. II, 30 agosto 2019, Decreto n. 212, in *www.giustizia-amministrativa.it*, secondo cui la procedura disciplinata dalla lett. b), comma 2, dell'art. 36 del Codice dei contratti "è un affidamento diretto previa valutazione di tre preventivi e non una procedura negoziata con le relative formalità".

(35) La giurisprudenza (v., per tutte, T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. IV, 9 febbraio 2018, n. 380, in *www.giustizia-amministrativa.it*) e l'ANAC (Linee guida recanti "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", punti 3.6 e 3.7, in *www.anticorruzione.it*) hanno chiarito che il principio di rotazione non è un principio inderogabile e hanno altresì individuato i due presupposti che devono necessariamente sussistere affinché tale principio possa essere derogato: l'appaltatore deve avere eseguito il contratto a regola d'arte, nel rispetto dei tempi e delle modalità pattuite; è necessario che, a seguito di un'indagine di mercato, risulti che non esistano valide alternative, ovvero non risulti l'esistenza di imprese in grado di offrire prestazioni analoghe alle medesime condizioni ovvero a condizioni più favorevoli.

(36) La giurisprudenza ha stabilito che nel momento in cui un'amministrazione aggiudicatrice attiva una competizione tra imprese, prevedendo un confronto tra diverse offerte o preventivi, pur senza previa pubblicazione di un bando, deve dotarsi di regole e criteri di valutazione trasparenti ed oggettivi. In particolare, è stato chiarito che una competizione, pur informale, che coinvolga più offerenti, "ha comunque la sostanza di un procedimento a evidenza pubblica" e che, pertanto, debbono essere rispettati i principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità e pubblicità (in tal senso, cfr. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 4 gennaio 2019, n. 52, in *www.giustizia-amministrativa.it*).

(37) Sulle modifiche apportate dalla riforma alla disciplina dell'affidamento dei contratti "sotto-soglia", si vedano le giuste osservazioni critiche di A. Massera, *Le procedure sotto soglia*, in questa *Rivista*, 2019, 6, 735-736: "se è vero che l'esito di questo per il vero non lineare processo di riforma sembra essere quello di un notevole incremento dello spazio di discrezionalità e autonomia

### Considerazioni conclusive

All'esito di questo *excursus* sulle principali novità introdotte dall'ultima riforma è emerso chiaramente che - al netto delle modifiche di mero dettaglio e di quelle scaturenti dal tentativo (in parte già rivelatosi vano (38)) di conformare la normativa nazionale ai rilievi svolti dalla Commissione europea con la richiamata procedura di infrazione n. 2273/2018 - la L. n. 55/2019 non ha introdotto nel nostro ordinamento elementi di novità in senso assoluto.

La riforma si caratterizza, invece, per avere operato un cambio di rotta, un'"inversione di marcia" (secondo alcuni commentatori una "retromarcia" (39)), rispetto alla strada intrapresa dal legislatore del D.Lgs. n. 50/2016 e un parziale "ritorno al passato": come si è visto, sono state rispettivamente ridimensionate e superate le principali innovazioni che erano state introdotte nel recente passato nella materia dei contratti pubblici, vale a dire le linee guida ANAC e l'onere di immediata impugnazione delle ammissioni alla gara dei concorrenti; sono state sospese in via "sperimentale" le disposizioni che prevedevano il divieto di affidamento congiunto della progettazione e della esecuzione dei lavori pubblici, l'obbligo dei Comuni non capoluogo di gestione associata delle procedure preordinate all'affidamento di contratti pubblici, l'obbligo delle amministrazioni aggiudicatrici di scegliere i commissari tra gli esperti iscritti all'albo istituito presso l'ANAC, l'obbligo di indicare la terna dei subappaltatori al momento della presentazione dell'offerta; ancora, è stato superato il *favor* per l'offerta economicamente più vantaggiosa limitatamente alle procedure preordinate all'affidamento di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea.

Per questo, a proposito dell'ultima riforma appare lecito "domandarsi se sia davvero corretto parlare di *nuova rivoluzione* oppure se sia più appropriato definirla una *restaurazione*: sotto molti aspetti il

legislatore sembra aver riportato le lancette a prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 50/2016" (40).

Ferme queste considerazioni generali, volendo trarre un bilancio sull'ultimo intervento legislativo, non è revocabile in dubbio che l'obiettivo di semplificare e rendere più efficienti le procedure preordinate all'affidamento di contratti pubblici perseguito dalla riforma sia apprezzabile e meritevole di tutela.

Tuttavia, nell'ambito della riforma non è rinvenibile una chiara direzione strategica.

Si consideri, ad esempio, la disciplina della tecnica di attuazione delle norme del Codice: la L.n. 55 del 2019 ha ridimensionato il sistema di regolazione flessibile, introducendo un sistema "misto" (come abbiamo visto in precedenza, il nuovo regolamento assorbirà o abrogherà soltanto una parte degli attuali provvedimenti attuativi del Codice, lasciandone in vigore una parte consistente) che rischia paradossalmente di incrementare quell'incertezza che si voleva eliminare tornando alla precedente tecnica di regolamentazione rigida (41).

Si consideri, ancora, la disciplina dei criteri di aggiudicazione delle procedure di gara: la L.n. 55 del 2019 ha sancito il principio di sostanziale equiordinazione tra il criterio del prezzo più basso e quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, producendo, in tal modo, una "riesplorazione" dei margini di autonomia del potere decisionale della pubblica amministrazione nella gestione delle procedure di gara preordinate all'aggiudicazione dei contratti pubblici, ma ciò solo limitatamente ai contratti di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria.

Quest'ultima modifica desta non poche perplessità sul piano della coerenza sistematica, poiché - come già osservato (v., *supra*, il precedente paragrafo) - si ritiene che la scelta del criterio di aggiudicazione, sotto il profilo logico, non dovrebbe dipendere dal valore del contratto, bensì dalle caratteristiche intrinseche dei lavori, dei servizi e delle forniture

delle stazioni appaltanti, esso vuole presentarsi come in qualche modo controbilanciato dall'obbligo per le stesse, con riguardo a (quasi) tutte le procedure, del ricorso a indagini di mercato ed elenchi di operatori economici, ma nel quale non sembrano mancare elementi di fiduciarità (in qualche misura riecheggianti l'antica figura dei contratti in economia) laddove l'affidamento diretto viene a trovare un campo economicamente più esteso di applicazione seppure rivestito di modalità - l'acquisizione di un certo numero di preventivi anche se non di offerte formulate alla stregua di specifici criteri predeterminati - che intendono almeno garantire una qualche valutazione comparativa, specie per quanto riguarda la congruità del prezzo".

(38) Cfr., con riguardo alla disciplina del subappalto, la citata pronuncia della Corte di Giustizia del 26 settembre 2019, che ha affermato l'incompatibilità con il diritto dell'Unione europea delle restrizioni automatiche, generali e puramente quantitative alla quota subappaltabile (v., *supra*, nt. 26).

(39) Cfr. M.P. Chiti, *Il decreto "sblocca-cantieri": ambizioni e limiti*, cit., 719, che, a proposito di alcune rilevanti novità introdotte dalla riforma, parla di "ritorno ad un non rimpianto passato".

(40) F. Caringella - M. Giustiniani, *Il codice dei contratti pubblici al suo terzo tagliando: riforma della riforma o restaurazione?*, in *Il decreto sblocca cantieri*, cit., 6.

(41) Sulla sussistenza di un simile rischio, v. pure P. Chirulli - S. Bardelloni, *op. cit.* Della stessa opinione M.P. Chiti, *Il decreto "sblocca-cantieri": ambizioni e limiti*, cit., 721: "Se il legislatore avesse voluto davvero effettuare una 'riforma' delle fonti della disciplina dei contratti pubblici avrebbe avuto tutte le motivazioni per farla, e gli strumenti operativi per realizzarla. Il decreto, come convertito dalla L. n. 55/2019, ha però fallito l'intento di rappresentare una vera 'riforma', dando vita a modifiche che rendono il quadro delle fonti della materia ancora più complicato, in certe parti contraddittorio e ulteriormente instabile".

da aggiudicare e dal loro grado di suscettibilità di miglioramenti qualitativi.

Anche la scelta di sospendere (e di non abrogare) alcune rilevanti disposizioni contenute nel Codice, al fine di valutarne gli effetti, denota di per sé un certo grado di incertezza del legislatore nel regolare la materia.

Tale incertezza amplifica l'instabilità del sistema, genera inefficienza dell'azione amministrativa, disorientamento tra gli operatori economici e si rivela, altresì, terreno fertile per eventi di corruzione (42). Il ciclico mutamento del quadro legislativo, l'iper-trofia normativa, la stratificazione di norme e regole-unitamente all'estrema varietà delle soluzioni giurisprudenziali (43), alla corruzione delle classi dirigenti locali e (forse soprattutto) alla loro impreparazione ad assumere responsabilità decisionali - rappresentano i principali ostacoli allo sviluppo del "mercato" dei contratti pubblici (44).

Rimangono ancora valide e attuali le parole di Aristotele, secondo il quale è necessaria molta prudenza nel cambiamento delle leggi, perché si corre il rischio di cadere nel peggio: "Infatti, se il miglioramento che se ne ricava è poco sensibile, essendo d'altra parte dannoso abituare gli uomini a mutare facilmente le leggi, è evidente che si deve passar sopra a qualche errore degli uomini politici e dei legislatori ... la legge non ha alcuna efficacia per ottenere l'ubbidienza senza l'abitudine, e questa non si contrae che in un lungo tratto di tempo; sicché il passare facilmente dalle leggi esistenti ad altre leggi nuove non fa altro che indebolire il potere obbligante della legge" (45). Ed, in effetti, è innegabile che "... il continuo disfare le leggi scuote la certezza, e con la certezza scalza anche la stima della legge, lasciandola apparire come imposizione arbitraria, invece che come dettato di ragione" (46).

(42) Sulle ricadute del "disordine" normativo in materia di appalti pubblici, cfr., in particolare, le considerazioni di M. P. Chiti, *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in questa *Rivista*, 2016, 436 ss.

(43) Non è revocabile in dubbio che l'instabilità del quadro normativo in materia dei contratti pubblici sia amplificata dai (fin troppo) frequenti mutamenti delle opinioni giudiziali: valga, per tutti, l'esempio della tormentata questione della latitudine applicativa del soccorso istruttorio e delle conseguenze connesse alla mancata indicazione nell'offerta economica dei costi interni per la sicurezza del lavoro, che ha dato luogo a orientamenti giurisprudenziali oscillanti e non sempre coerenti. Sulla questione, tra i tanti, di recente, cfr. G. Mangialardi, *Soccorso istruttorio per la mancata indicazione delle componenti del prezzo finale proposto (Consiglio di Stato, sez. V, 3 maggio 2019, n. 2875)*, in *Urb. e app.*, 2019, 658 ss.; A. Nicodemo, *Il cronoprogramma nell'offerta: tra tassatività delle cause di esclusione, soccorso istruttorio e i criteri interpretativi da adottare (T.A.R. Campania Salerno, sez. II, 29 marzo 2019, n. 501)*, *ivi*, 713 ss.; M. Baldi - F. Rumma, *L'obbligo di indicazione separata dei costi di sicurezza aziendali dopo il nuovo codice appalti (T.A.R., Sez. IV, Catania, 17 novembre 2017, n. 2688)*, in *Urb. e app.*, 2018, 252 ss.).

(44) In merito alla necessità di fornire alla disciplina dei contratti pubblici un quadro giuridico stabile, si vedano le raccomandazioni della commissione speciale del Consiglio di Stato formulate nel parere n. 855/2016. In quella sede è stato osservato che "la stratificazione e frammentazione normativa, in una con il difetto di un congruo periodo di riflessione e decantazione normativa, ha comportato il sovrapporsi di regimi transitori, il determinarsi di incertezza applicativa, l'aumento del contenzioso e dei costi amministrativi per le imprese, soprattutto piccole e medie". Nella stessa direzione, è stato osservato che "il settore degli appalti ha assoluto bisogno di stabilità e certezza delle regole e non di continui cambiamenti che finiscono per disorientare gli operatori economici e i funzionari amministrativi" (in questi termini si è espresso R. Cantone, nel suo intervento di presentazione della Relazione annuale sull'attività svolta dall'ANAC nel 2018, consultabile in [www.anticorruzione.it](http://www.anticorruzione.it)).

(45) Aristotele, *Politica*, II, 8, 1269 a, 20-24, come richiamato da R. Pizzorni, *Diritto naturale e diritto positivo in S. Tommaso D'Aquino*, Bologna, 1999, 339.

(46) Così R. Pizzorni, *Diritto, etica e religione. Il fondamento metafisico del diritto secondo Tommaso d'Aquino*, Bologna, 2006, 161, richiamando il pensiero di G. Graneris, *La filosofia del diritto nella sua storia e nei suoi problemi*, Roma, 1961, 211.