

CONVEGNO *“Il nuovo Codice degli appalti”*

PARMA 11 novembre 2016

Le novità processuali introdotte dal codice degli appalti”

L'intervento sarà articolato in due parti.

Mi occuperò dapprima di descrivere i principi generali e le maggiori criticità del nuovo Codice degli appalti, dedicando la seconda parte a un sintetico commento alle novità in materia di contenzioso.

Con il decreto legislativo n.50 del 18 aprile 2016 (che continueremo a chiamare “Codice” nonostante la sorprendente assenza di tale parola nel titolo del provvedimento) sono state recepite le direttive europee n. 2014/24/UE sugli appalti nei settori ordinari, n. 2014/25/UE sugli appalti nei settori speciali e n. 2014/23/UE sui contratti di concessione, secondo uno schema normativo che prevede la sostituzione integrale del vecchio codice (d.lgs. n.163 del 2006), che viene, quindi, abrogato, e una codificazione “snella” (per come meglio chiarito appresso) della normativa sui contratti pubblici.

Il nuovo Codice risulta, in particolare, concepito con la finalità di risolvere le criticità già riscontrate a carico del vecchio codice (e, in particolare, l'eccesso di regole, il numero spropositato di stazioni appaltanti, il prevalente utilizzo di procedure “alleggerite” e un contenzioso eccessivamente formalistico) e con gli obiettivi strategici della semplificazione e della trasparenza.

In particolare, il nuovo Codice, e per quanto più interessa, ha previsto il contenimento della disciplina primaria agli aspetti normativi essenziali, in quanto funzionali al recepimento delle direttive, con il rinvio di quella secondaria a numerosi atti attuativi, un'ordinata transizione dalla vecchia alla nuova disciplina e ulteriori regole sul contenzioso, finalizzate ad accelerare e a semplificare la definizione dei ricorsi.

L'intenzione era, quindi, quella di apprestare un sistema di regole semplici e chiare, al fine di restituire, in una prospettiva di efficienza economica, certezza al settore dei contratti pubblici.

E lo si è fatto pensando a un codice snello, che contenga la sistemazione e l'armonizzazione della materia dei contratti pubblici, con l'affidamento della regolazione di dettaglio ed attuativa alla *soft law* e, in particolare, alle linee guida dell'ANAC, ritenute molto più adatte dei regolamenti governativi alla definizione della disciplina secondaria.

L'idea ha certamente un suo fascino, ma ha funzionato? Non come ci si aspettava. O, meglio, sta funzionando con notevoli (e, forse, impreviste, difficoltà di attuazione).

IL perseguimento dell'obiettivo di una codificazione snella, efficace ed esauriente (e, come tale, comprensiva di tutta la normativa riguardante i contratti pubblici) sconta, infatti, i problemi relativi alla persistenza di una competenza legislativa regionale per i profili di organizzazione delle procedure amministrative dalle Regioni, alla sopravvivenza di normative speciali (in ordine alle quali è dubbia l'abrogazione tacita per effetto dell'entrata in vigore della nuova disciplina), all'omessa (e, viceversa, opportuna) legislazione delle soluzioni giurisprudenziali ad alcune questioni problematiche, all'attuazione della disciplina legislativa primaria e, infine, a una chiara e funzionale definizione della normativa transitoria.

Senza approfondire tutti i profili problematici segnalati, ci limiteremo ad alcune sintetiche considerazioni sulle ultime due questioni menzionate.

Quanto all'attuazione del Codice, si è già detto che si è scelto di utilizzare strumenti di regolazione flessibile, mediante il rinvio della disciplina di dettaglio a circa 50 atti attuativi, che seguiranno *iter* differenti e che presentano una natura giuridica del tutto eterogenea.

Il rischio di tale assetto regolatorio è che la sua completa definizione, lungi dal semplificare il sistema, lo complica e ne rallenti l'operatività.

A prescindere, infatti, dai problemi di compatibilità con il sistema costituzionale delle fonti, l'affidamento dell'attuazione a circa 50 provvedimenti (di cui finora ne sono

stati approvati meno di dieci) comporta un duplice effetto negativo: la difficoltà di conoscenza di tutti i provvedimenti attuativi (e quella, conseguente, del necessario coordinamento tra di essi) e un inevitabile ritardo nell'avvio del completo funzionamento della nuova disciplina.

Una regolamentazione che pretende di essere completa, efficace e coordinata necessita, invero, dell'entrata in vigore contestuale dell'intero sistema di regole (primarie e secondarie).

Con la conseguenza che l'articolazione del sistema regolativo in diversi provvedimenti, che acquistano efficacia in tempi diversi e non coordinati tra di loro, genera l'effetto di ritardare e complicare la funzionalità del nuovo sistema regolativo, se non di vanificarne del tutto l'efficacia (almeno per il periodo necessario al completamento del quadro delle regole).

E' vero che si è mantenuto in vita (in parte) il vecchio regolamento (fino all'emanazione degli atti attuativi destinati a sostituire le vecchie regole), ma l'incertezza sui tempi di attuazione delle nuove linee guida e sui relativi contenuti ha comportato finora un blocco (o, comunque, una notevole riduzione) dell'indizione di nuove gare.

Quanto, appunto, al connesso problema della fase transitoria, osservo che, in via generale, ogni provvedimento normativo deve recare un'autonoma regolazione della transizione tra il regime previgente e quello nuovo.

Le opzioni astrattamente ipotizzabili sono tre: a) la normativa anteriore continua ad applicarsi ai rapporti sorti prima dell'entrata in vigore del nuovo atto normativo (principio di ultrattività); b) applicazione della nuova normativa anche ai rapporti pendenti (principio di retroattività); c) regolazione autonoma provvisoria.

Nel Codice è stata scelta, in via generale, la prima (art.216, comma 1) e, cioè, l'applicazione delle nuove regole solo alle procedure bandite dopo l'entrata in vigore del decreto legislativo, fatte salve diverse e speciali disposizioni transitorie.

Senonchè, tale criterio non funziona quando l'operatività della nuova disciplina esige l'adozione di atti attuativi (a fronte dell'abrogazione anche di quelli previgenti).

Il Consiglio di Stato, aveva, al riguardo, rilevato, nel parere sullo schema di decreto legislativo, che l'integrale abrogazione, con effetto immediato, del d.lgs. n.163 del 2006 e del d.P.R. n.207 del 2010 implicava rilevanti problemi applicativi, in violazione del criterio di delega su "*un'ordinata transizione tra la previgente e la nuova disciplina*", per quegli aspetti regolamentari rimessi ad atti attuativi (decreti ministeriali, delibere ANAC) e fino alla loro adozione e aveva, quindi, suggerito di inserire, nel testo, la clausola della cedevolezza del regolamento attuativo del Codice previgente (che prevedesse, in particolare, l'abrogazione di quest'ultimo "*con effetto dalla data di adozione degli atti attuativi del presente codice, i quali operano la ricognizione delle disposizioni del d.P.R. n. 207 del 2010 da essi sostituite*" e con la previsione della loro abrogazione, in ogni caso, dal 1° giugno 2018).

Il Governo ha recepito solo in parte tale suggerimento, optando per la diversa soluzione di prevedere l'espressa abrogazione immediata delle disposizioni regolamentari testualmente indicate e la clausola generale di cedevolezza per le altre.

Senonchè tale opzione non pare risolutiva dei problemi di diritto intertemporale e, anzi, appare foriera di ulteriori complicazioni e incertezze, per due ordini di considerazioni.

Innanzitutto, perché le parti del vecchio regolamento di cui è stata sancita l'ultrattività sono state concepite con riferimento alla normativa primaria previgente (contestualmente abrogata), sicchè difficilmente appaiono funzionali all'attuazione di una disciplina legislativa diversa.

E, poi, perché l'abrogazione immediata di alcune disposizioni non risulta presidiata dall'operatività di una nuova disciplina di dettaglio contestualmente

efficace, con la conseguenza che, per i relativi profili normativi, si è determinato un vuoto di regole che ne impedisce del tutto l'attuazione.

Come si vede, quindi, anche le segnalate criticità della fase transitoria concorrono a generare un quadro di incertezza che non favorisce certo l'avvio dell'operatività della nuova disciplina.

Restano da esaminare le novità processuali introdotte dal Codice, in una prospettiva di semplificazione e di accelerazione del contenzioso sugli appalti.

Le esigenze di sollecita definizione dei giudizi amministrativi in materia di appalti hanno, da sempre, giustificato la previsione di regole processuali speciali per le relative controversie.

La specialità, rispetto al rito ordinario, è consistita, soprattutto, nella riduzione dei termini, in funzione acceleratoria, e nella previsione di regole che impongono la definizione del ricorso in tempi certi e rapidi (obbligo di fissazione dell'udienza pubblica in termini brevi, pubblicazione del dispositivo di decisione, ecc.).

Nonostante le anzidette previsioni, la disciplina speciale del rito in materia di appalti ha continuato ad essere percepita come inadeguata a soddisfare compiutamente le esigenze relative alla certezza e alla velocità di definizione delle controversie e il relativo contenzioso ad essere avvertito come un fattore di rallentamento, se non di ostacolo, a un efficiente e produttiva gestione dei contratti pubblici.

Anche il legislatore del Codice si è fatto, allora, carico dell'ennesima revisione del rito degli appalti, introducendo alcune rilevanti novità, finalizzate proprio a ridurre al minimo gli "ostacoli" del contenzioso amministrativo a un efficiente sviluppo del mercato degli appalti pubblici.

E tale obiettivo è stato perseguito mediante un duplice strumento: la revisione, in generale, della tutela cautelare e l'introduzione di un nuovo rito per le impugnazioni delle ammissioni e delle esclusioni dalle gare.

In ordine al primo profilo, è stato inserito al comma 120 del c.p.a il nuovo comma 8-ter, che impone al giudice, nella decisione cautelare, di tenere conto delle

“esigenze imperative connesse a un interesse pubblico generale all’esecuzione del contratto, dandone conto nella motivazione”.

La norma risulta chiaramente finalizzata a irrigidire le condizioni che autorizzano al concessione della misura cautelare e dimostra una sfavore verso la sospensiva delle aggiudicazioni, oltre a sottendere una sfiducia nei confronti del giudice amministrativo.

Ne è stata, tuttavia, rilevata l’inutilità, atteso che già adesso il giudice amministrativo, nell’esame delle istanze cautelari, opera una comparazione di tutti gli interessi coinvolti e si fa, quindi, carico di quello pubblico all’esecuzione dell’appalto, sicchè la previsione risulta scarsamente innovativa ed efficace.

In ogni caso, anche prescindendo da un probabile vizio di eccesso di delega (perché quest’ultima riferiva il criterio in questione solo agli appalti di lavori, mentre con il decreto legislativo è stato declinato come applicabile a tutte le tipologie di appalti), la previsione, se intesa e applicata come riduttiva della pienezza della tutela interinale, si presta ad essere censurata come irragionevolmente limitativa del diritto di tutela cautelare (con profili di dubbia compatibilità costituzionale ed europea).

Più significativa si rivela, invece, l’introduzione di un nuovo rito, denominato “superspeciale” (nella misura in cui presenta elementi di specialità anche rispetto al rito, già speciale, in materia di appalti), sui ricorsi avverso le ammissioni e le esclusioni dalla gara.

Viene imposto, in particolare, un onere di impugnazione immediata delle altrui ammissioni (oltre che della propria esclusione), con una innovazione assoluta del regime processuale previgente, che imponeva solo l’impugnazione della propria esclusione, e non anche delle ammissioni delle altre imprese (la cui illegittimità poteva essere fatta valere in occasione dell’impugnazione dell’aggiudicazione).

All’imposizione del predetto onere viene fatta espressamente conseguire la preclusione (nell’ipotesi della sua inosservanza) della possibilità di impugnare

l'aggiudicazione deducendone l'invalidità derivata dall'ammissione, che, a quel punto, consolida i suoi effetti e diventa inoppugnabile.

La *ratio* dell'intervento va identificata nell'esigenza di cristallizzare in tempi brevi le questioni attinenti ai titoli di partecipazione alla gara, di definire, quindi, la platea dei concorrenti e di evitare contestazioni tardive e formalistiche dei requisiti di ammissione alla procedura, anche mediante (l'abuso dei) ricorsi incidentali.

Se la finalità dell'intervento risulta senz'altro condivisibile e apprezzabile, non mancano, tuttavia, i profili di criticità di seguito sintetizzati.

Possono essere, in particolare, espresse perplessità sulla compatibilità costituzionale con gli artt.24 e 113 (nella misura in cui l'interesse al ricorso è presunto e non è direttamente riconducibile al bene della vita di riferimento: l'aggiudicazione della gara), sul carattere (inevitabilmente) sommario dei giudizi, sul rischio di eccessiva compressione dei diritti di difesa (in difetto di un adeguato strumento di conoscenza dei provvedimenti di esclusione e di ammissione e delle loro motivazioni), sulla mancanza di una chiara scansione temporale della fase di ammissione alla gara, rispetto a quella della valutazione delle offerte (e, in particolare, sotto il profilo del difetto di coordinamento con le regole del soccorso istruttorio e con i poteri di autotutela), sulla limitazione del rito solo alle ammissioni e alle esclusioni relative ai requisiti di partecipazione e non anche a quelle connesse all'anomalia o al contenuto delle offerte tecniche o economiche e sulla inutilità della previsione del rito camerale (e non in udienza pubblica).

Non resta, tuttavia, che attendere l'applicazione del nuovo rito per esprimere un giudizio definitivo sulla sua utilità e sulla sua efficacia, sperando che non si produca l'effetto di un'eterogenesi dei fini: e, cioè, l'aumento del contenzioso, a dispetto della palese intenzione deflattiva sottesa all'intervento.

Resta, ancora, da chiarire che le nuove regole processuali si applicheranno, in coerenza con il regime transitorio stabilito in via generale dall'art.216, solo al contenzioso relativo alle gare bandite a partire dal 20 aprile 2016, e non anche ai

ricorsi pertinenti alle procedure pendenti al momento dell'entrata in vigore del nuovo Codice (come pure qualcuno ha sostenuto).

In conclusione, non rimane che formulare l'auspicio che si completi presto la fase di implementazione del Codice, mediante la sollecita definizione del quadro regolatorio di secondo livello, e che il nuovo assetto normativo dei contratti pubblici produca finalmente il suo effetto di stimolo alla crescita economica del Paese.

Perché questo accada è, ovviamente, necessario che tutti gli attori del processo di attuazione del Codice si sentano responsabilmente impegnati a concorrere, ciascuno per la propria parte di competenza, al più efficace avvio della sua piena operatività.