

IN VIGORE IL CODICE APPALTI FRA TRIONFALISMI ED INCOGNITE

- di Pietro Quinto -

E' stato pubblicato il 19 aprile (a tarda ora) – disattendendo il termine ritenuto essenziale del 18 aprile, a causa di ulteriori rilievi della Ragioneria dello Stato – il Codice degli Appalti, entrato in vigore il giorno stesso della sua pubblicazione.

E' questo l'effetto distorsivo di una scelta del Governo, piuttosto discutibile nel metodo, nella forma e nella sostanza, di non aver voluto utilizzare il termine lungo previsto dalla legge delega. Come già evidenziavo nei miei precedenti interventi, (LexItalia, n. 4/2016, 5/4/2016, «*I rilievi critici del CdS al nuovo Codice degli Appalti*») la legge delega assegnava il termine vincolante del 18 aprile - peraltro non osservato - solo per il recepimento delle direttive europee. Il Governo avrebbe potuto effettuare in due tempi le operazioni di recepimento delle direttive ed il riordino complessivo della materia entro il 31 luglio. Se è vero che in chiave di apparente semplificazione poteva essere conveniente unificare le due operazioni, per far ciò occorreva attrezzarsi adeguatamente nella fase propedeutica alla approvazione del Codice. Aveva ammonito la Commissione normativa del Consiglio di Stato, usando la matita blue, che «una codificazione richiede un periodo adeguato di ricognizione delle norme e della giurisprudenza, ricostruzione, confronto con gli operatori del settore, al fine di confezionare regole chiare, univoche, ben coordinate».

Ed ancora: «il testo del Codice risente dei tempi ristretti e presenta pertanto inevitabili incoerenze sistematiche, refusi, disposizioni non ben coordinate, imprecisioni lessicali e di recepimento essendo mancata verosimilmente, una pausa di ponderazione e rilettura

complessiva dell'articolato».

Orbene se è vero che dal 21 marzo (data del parere del Consiglio di Stato) al 15 aprile (data del Consiglio dei Ministri) qualche aggiustamento lessicale e sistematico è stato operato, anche con modifiche improvvisate dell'ultima ora che ne hanno ritardato la pubblicazione, rimane ferma la carenza di fondo dell'impostazione codicistica.

In tal senso risulta incisiva ed insuperata la "lezione" della Commissione speciale deputata ad esprimere il giudizio tecnico sul testo normativo: «Un Codice richiede un *quid pluris* rispetto alla semplice raccolta in un testo unico, trattandosi di dare anche una sistemazione organica e ordinata alla materia». «Un Codice deve essere tendenzialmente esaustivo e redatto con linguaggio snello e semplice». «Un Codice "snello" che lascia ampio spazio ad atti attuativi, necessita che gli atti attuativi siano chiari, conoscibili, tempestivi, coordinati tra loro».

A fronte di tali condivisibili considerazioni e suggerimenti la risposta è stata l'immediata entrata in vigore – addirittura lo stesso giorno di pubblicazione in G.U. – del nuovo Codice degli Appalti, che dovrebbe rappresentare una svolta decisiva nel settore dei contratti pubblici aventi una incidenza sul piano economico in misura pari al 18% del PIL comunitario. Si tratta di un fatto veramente inusuale, che riguarda solitamente la decretazione d'urgenza, ma che di certo confligge con l'emanazione di un Codice, che, per definizione, e per la sua funzione di assicurare completezza e chiarezza delle regole, richiede ed impone un tempo adeguato di conoscibilità per tutti i destinatari: cittadini, operatori pubblici e privati.

La previsione dell'immediata entrata in vigore può addirittura evidenziare profili di incostituzionalità in termini di ragionevolezza e di coerenza con il criterio enunciato nella

legge delega di una «ordinata transizione» tra il vecchio e nuovo regime codicistico. La difficoltà materiale di una ordinata transizione si manifesta già nella dimensione del nuovo Codice, che, rispetto alla previsione di un testo «chiaro e sintetico» o, addirittura, «snello», come imposto dalla legge delega, è costituito da 220 articoli contro i precedenti 257, alcuni dei quali occupano più pagine ed un numero elevato di commi, (a titolo esemplificativo si segnalano gli artt. 183 e 194). In alcuni articoli, come l'art. 3 sulle definizioni, v'è una tale reiterazione delle lettere dell'alfabeto, (ha osservato il Consiglio di Stato), che, dopo averle esaurite, si torna ad utilizzarle in misura quadrupla o quintupla, ricominciando dall'inizio: zzzz); bbbbb); ccccc); ddddd); fffff); ggggg) e per un totale complessivo di 83 definizioni. Ciò però che suscita maggiore preoccupazione è il livello normativo di dettaglio che prevede – come già rilevato nei precedenti interventi – l'emanazione di circa 50 atti attuativi di fonte e natura paranormativa molto diversi tra loro. Ciò allo scopo di realizzare un sistema di regolamentazione «snello e flessibile» rispetto al modello tradizionale del regolamento unico di esecuzione.

Sta in fatto però che non v'è alcuna coerenza tra la immediata entrata in vigore del Codice ed i tempi di emanazione degli atti di regolamentazione flessibile.

Nella formulazione definitiva del Codice – recependo alcune osservazioni del Consiglio di Stato – sono state previste (art. 216) disposizioni transitorie e di coordinamento riferite a numerose norme del Codice (circa 40), la cui effettiva operatività è subordinata all'emanazione di un ampio pacchetto di decreti attuativi. Molti di questi riguarderanno istituti significativi del nuovo Codice, come, ad esempio, il rating di impresa, la qualificazione delle stazioni appaltanti, l'istituzione degli albi dei componenti delle commissioni giudicatrici da istituire e gestire con determinazione dell'ANAC (eccedente

peraltro dai limiti della delega che sembra riferirsi solo alla gestione). Per ciascuna di queste norme è previsto uno specifico regime transitorio in attesa dell'emanazione dei singoli decreti attuativi. Vi sarà quindi una esecuzione di questi istituti, per così dire a scacchiera, con qualche problema di un'organica ed esaustiva applicazione. Sicchè – dispone l'art. 217 sulle abrogazioni – fermo restando quanto previsto dall'art. 216 (con riferimento quindi agli specifici regimi transitori) a decorrere dall'entrata in vigore del presente Codice «sono o restano abrogate» (cioè si abrogano due volte), una cinquantina di norme, specificatamente elencate.

Per quanto invece attiene al destino del vecchio regolamento (D.P.R. n. 207/2010), per il quale si prospettavano varie soluzioni, ivi compreso il rinvio al dicembre 2016, il testo definitivo del Codice, (art. 217) per un verso, ne decreta l'abrogazione «dalla data di entrata in vigore degli atti attuativi del presente Codice, i quali operano la ricognizione delle disposizioni del d.p.r. 207 da esse sostituite»!; per altro verso, ne dispone l'immediata abrogazione per «Parti», ad esclusione però di alcuni articoli, «nonché gli allegati e le parti di allegati ivi richiamati».

La originalità e la macchinosità di un siffatto regime transitorio, che rende sostanzialmente impraticabile l'attuazione immediata nella sua organicità della nuova disciplina codicistica – dichiaratamente entrata in vigore lo stesso giorno della sua pubblicazione – è di tutta evidenza e non richiede ulteriori commenti. La sola certezza è che non sembra sia stato conseguito «l'obiettivo di una regolamentazione sintetica e unitaria, chiaramente conoscibile», ma soprattutto appare disatteso il criterio imposto dalla legge delega di una «ordinata transizione tra la previgente e la nuova disciplina».

Nel testo definitivo è rimasto sostanzialmente invariato il regime del contenzioso

giurisdizionale e dei pareri di precontenzioso dell'ANAC (artt. 204 e 211). Con le modifiche introdotte all'art. 120 c.p.a. sono stati confermati i limiti motivazionali per la concessione della tutela cautelare, (con l'introduzione dell'8 ter che sembra applicabile ai processi in corso), per i quali valgono i rilievi già formulati da chi scrive (LexItalia n. 3/2016, 7/3/2016); nonché l'obbligo, a pena di decadenza, della immediata impugnazione delle ammissioni ed esclusioni. E' stato escluso solo l'obbligo della immediata impugnativa della composizione delle commissioni (originariamente prevista) perché non prevista dalla delega (vedi parere del Consiglio di Stato). E' rimasto quindi inascoltato l'invito dell'Avvocatura Amministrativa e dello stesso Consiglio di Stato secondo cui: «la sottoposizione dei concorrenti all'onere di un doppio giudizio (prima quello preliminare sugli atti di ammissione ed esclusione, quindi quello finale sull'esito della gara) pone l'esigenza equitativa di ridurre significativamente (si può pensare ad un dimezzamento) l'entità del contributo unificato per il contenzioso a valle». Ciò al fine di evitare – rilevavo nei precedenti interventi – di ostacolare l'accesso alla giustizia, presidio di legalità dell'agire amministrativo. E' rimasto altresì immutato il comma 11 bis dell'art. 120, che disciplina i limiti di ammissibilità del ricorso cumulativo nel caso di offerte per più lotti. La limitazione del ricorso cumulativo – aveva annotato il Consiglio di Stato – al solo caso di censure identiche, al dichiarato scopo di razionalizzare il rito speciale in esame, rischia di tradursi in un sacrificio al diritto di difesa, aggravato dal rilevante peso del contributo unificato, per obiettivi di politica legislativa, tale da ingenerare sospetti di incostituzionalità per contrasto con gli artt. 3, 24 e 113 Cost.».

V'è infine la disciplina, all'art. 211, dell'intervento precontenzioso: se l'ANAC ritenga viziato da illegittimità un qualsiasi atto del procedimento concorsuale «invita» (senza alcun

limite temporale) mediante atto di «raccomandazione» la stazione appaltante ad agire in autotutela. Il mancato adeguamento alla raccomandazione «vincolante» dell’Autorità è punito con la sanzione amministrativa da € 250 ad €25.000 posta a carico del dirigente responsabile. La «raccomandazione» - che si atteggia come un nuovo istituto nel panorama del diritto amministrativo - e è tuttavia impugnabile. Un siffatto meccanismo incide sul crinale della ragionevolezza perché collide con la presunzione di legittimità degli atti amministrativi. Sicchè la sanzione per l’omesso esercizio del potere di autotutela introduce una sorte di responsabilità per atto legittimo. Non si comprende altresì come l’ANAC possa imporre con una «raccomandazione» ad una Amministrazione di esercitare l’autotutela, in presenza di una disciplina organica (legge 241), che, in disparte l’autonomia delle Amministrazioni, definisce i presupposti di fatto e di diritto per il corretto esercizio dell’autotutela. Sicchè una «raccomandazione» «vincolante» è una contraddizione in termini e di sistema. L’intervento anomalo dell’ANAC non assolve peraltro ad una funzione precontenziosa, perché, invece, promuove un ulteriore contenzioso atteso che per espressa previsione dell’art. 211 «la raccomandazione» è impugnabile innanzi ai competenti organi della giustizia amministrativa ai sensi dell’art. 120 del Codice del processo amministrativo. Ed anche l’eventuale provvedimento di autotutela – se la raccomandazione è accolta – è impugnabile giurisdizionalmente!

Solo il tempo potrà dire se la logica del “fare”, applicata ad un Codice, in uno con il rinvio ad una regolamentazione flessibile e diluita nel tempo, sarà stata utile in termini di semplificazione, snellimento delle procedure ed efficacia operativa, oppure no.