

D.Lgs. n. 50/2016

Il nuovo Codice dei contratti pubblici: regole, procedimento, processo

di Luisa Torchia (*)

Il nuovo Codice dei contratti pubblici, predisposto in occasione del recepimento delle direttive del 2014 sui settori ordinari, i settori speciali e le concessioni contiene molte novità importanti. Il fuoco dell'analisi è concentrato su tre questioni: le nuove funzioni di regolazione dell'Anac e la loro collocazione nel sistema delle fonti, lo svolgimento delle procedure di gara e i criteri per l'esercizio dell'ampliata discrezionalità delle stazioni appaltanti, la disciplina del contenzioso in materia di provvedimenti di ammissione e di esclusione dalle gare.

Un nuovo Codice o un Codice nuovo?

Il nuovo Codice dei contratti pubblici è il prodotto di un'operazione di recepimento lunga e molto articolata, sia per i tempi impiegati, sia per il numero dei soggetti coinvolti nei diversi procedimenti di consultazione attivati in sede parlamentare come in sede governativa, prima per la predisposizione della legge di delega e poi del decreto delegato.

Per comprendere e valutare sino in fondo la portata sarebbe necessario un esame concentrato sulla corrispondenza fra le tre molto corpose direttive, la legge delega, ricca di settantuno principi e criteri direttivi e il testo del decreto delegato che tutti chiamiamo Codice, anche se in realtà questo non è il suo vero nome, perché il D.Lgs. n. 50/2016 è in effetti intitolato "Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture".

Questo esame di corrispondenza, pure necessario, non sarebbe peraltro però sufficiente, perché il Codice rinvia a numerosi atti attuativi, che contribui-

ranno a disegnarne la fisionomia nel prossimo futuro e senza i quali su alcuni punti cruciali restano aperte diverse possibili opzioni.

Non è possibile fare, quindi, un bilancio consuntivo, per il quale occorre attendere gli sviluppi almeno dei prossimi mesi (1). Si può tentare, invece, un bilancio previsionale, finalizzato ad analizzare gli elementi e gli snodi cruciali per individuare i cambiamenti in atto e le tendenze prevalenti.

Per semplicità espositiva e di ragionamento proverò ad organizzare questo bilancio intorno ad una domanda: abbiamo un nuovo Codice, ma è anche un Codice nuovo? Per rispondere alla domanda prenderò in esame i tre elementi richiamati nel titolo della mia relazione: le regole, il procedimento, il processo. Non è qui possibile, naturalmente, un'analisi di dettaglio delle norme relative a questi tre elementi, ma sembra utile concentrare l'esame sui profili di maggiore novità e quindi, rispettivamente, sulla configurazione del mercato dei contratti pubblici come mercato soggetto a regolazione, con relativo ruolo dell'autorità competente; sulla discrezionalità amministrativa e sulla capacità di scelta richiesta alle stazioni appaltanti e sulle innovazioni procedurali, con l'introduzione del dibattito pubblico; infine, per quanto riguarda il

(*) Testo rivisto della relazione svolta al Congresso nazionale dell'Unione avvocati amministrativisti, Genova, 1° luglio 2016.

(1) V. comunque, fra le prime analisi, i commenti pubblicati in questa *Rivista*, 2016, 4, 436-521; R. De Nictolis, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e app.*, 2016, 5.

processo, sul nuovo rito per le controversie in materia di appalti.

La regolazione del mercato dei contratti pubblici

La scelta del legislatore delegato relativamente all'assetto delle regole è stata chiara ed espressa sin dall'inizio e finalizzata a superare, anzi abbandonare, il regolamento del 2010, come prova della volontà dichiarata di semplificare il sistema. Si può naturalmente discutere del fatto che un numero minore di norme o la sostituzione di un regolamento con molti diversi atti delle autorità competenti produca una effettiva semplificazione, ma non c'è dubbio sul fatto che questa sia una fra le principali innovazioni della nuova disciplina dei contratti pubblici.

Si sono aperti, così, due problemi principali. La sostituzione del regolamento ministeriale con l'attribuzione di un ampio potere regolatorio in capo all'Anac porta con sé la connessa questione della collocazione di queste regole sul piano delle fonti del diritto e, quindi, della natura, dei limiti e dei modi di esercizio del potere regolatorio. Sotto altro profilo, l'identificazione dell'oggetto della regolazione con "il mercato dei contratti pubblici" porta a chiedersi se si tratti di un mercato regolato nello stesso senso in cui lo sono altri mercati soggetti al potere di regolazione di autorità indipendenti, come ad esempio i mercati finanziari, o il mercato elettrico, o il mercato delle comunicazioni elettroniche.

Partiamo dal primo problema: siamo di fronte ad un nuovo assetto delle fonti? I primi commentatori hanno segnalato diverse perplessità, concentrare soprattutto sulla natura incerta delle nuove regole e sulla loro difficile collocazione all'interno del quadro delle fonti del diritto quale sinora ricostruito dalla dottrina e applicato dalla giurisprudenza (2).

(2) V. C. Deodato, *Le linee guida dell'Anac: una nuova fonte del diritto?*, consultabile sul sito www.giustizia-amministrativa.it; M.P. Chiti, *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in questa *Rivista*, 2016, 4, 436.

(3) Cons. Stato, Commissione speciale, par. n. 855/2016.

(4) Un esempio si trova, invece, nell'ordinamento europeo per quanto riguarda la determinazione delle norme tecniche di regolamentazione e delle norme tecniche di attuazione per la disciplina dei mercati finanziari, ambedue dotate di efficacia vincolante. Gli standard tecnici vincolanti sono elaborati dal regolatore europeo (ad esempio, l'Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati) e adottati con successivo atto della Commissione, come atti delegati ex art. 290 TFUE o atti di esecuzione ex art. 291 TFUE. L'efficacia vincolante deriva

Un tentativo di soluzione si trova nel parere del Consiglio di Stato sullo schema di decreto delegato (3) e si fonda sulla distinzione fra potestà regolamentare del Ministero delle infrastrutture (Mit) e potestà regolatoria dell'Anac.

Per i regolamenti ministeriali il Consiglio di Stato richiama l'assetto consolidato secondo il quale l'atto regolamentare ha natura normativa in ragione dell'efficacia innovativa dell'ordinamento e della generalità ed astrattezza delle disposizioni (per fare qualche esempio, rientrano in questa categoria il regolamento sui requisiti dei progettisti delle amministrazioni aggiudicatrici, previsto dall'art. 24, comma 2 del Codice, o il regolamento in materia di direzione dei lavori, previsto dall'art. 111, commi 2 e 3). Si tratta, quindi, di regolamenti ministeriali soggetti alla disciplina dell'art. 17 della L. n. 400/1988, con la conseguenza che seguono la forma e la disciplina procedimentale stabilite dai commi 3 e 4 appunto dell'art. 17, resistono all'abrogazione da parte di fonti sotto-ordinate, possono essere disapplicati dal giudice amministrativo.

L'incasellamento di questi regolamenti in una categoria già nota, con tutti gli indubbi vantaggi connessi, lascia però irrisolto un problema, perché alcuni di questi regolamenti vengono adottati su proposta o previo parere dell'Anac. Emerge, così, una commistione inedita, almeno per l'ordinamento italiano (4), fra la potestà regolamentare ministeriale e l'attività di un'autorità indipendente che come vedremo subito, il Consiglio di Stato ritiene essere anche un'autorità di regolazione.

Sempre seguendo la ricostruzione operata nel parere, gli atti dell'Anac possono essere divisi in due categorie. Se si tratta di atti privi di carattere vincolante, essi vengono qualificati come atti amministrativi in senso proprio. Se si tratta, invece, di linee guida o altri atti dotati con delibera dell'ANAC a carattere vincolante *erga omnes* (5) o, ancora di altri atti innominati, ma comunque riconducibili all'espressione "altri atti di regolamentazione

formalmente, quindi, sul piano delle fonti, dall'esercizio di un potere delegato alla Commissione, ma il regolamento prevede che la Commissione possa discostarsi dalla proposta del regolatore solo previa specifica motivazione e, soprattutto, che il regolatore abbia il potere di iniziativa.

(5) Sempre per fare qualche esempio: gli atti, in materia di sistemi di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici, previsti dall'art. 83, comma 2; gli atti in materia di disciplina degli organismi di attestazione SOA, previsti dall'art. 84, comma 2; gli atti relativi alla determinazione dei requisiti partecipativi in caso di fallimento previsti dall'art. 110, comma 5, lett. b); gli atti relativi ai requisiti di qualificazione del contraente generale previsti dall'art. 197, comma 4.

flessibile” utilizzata dal Codice (6), il Consiglio di Stato esclude che sussista vera e propria natura normativa, che sarebbe in effetti *extra ordinem*, in mancanza di un fondamento chiaro per un’innovazione così netta del nostro sistema delle fonti.

Il parere propone, invece, una soluzione che si potrebbe definire combinatoria. Si combina, infatti, la valenza certamente generale di questi atti con la natura del soggetto emanante, e cioè l’ANAC, la quale si configura a tutti gli effetti come un’autorità amministrativa indipendente, con funzioni anche di regolazione. Secondo questa ricostruzione, trattandosi di atti prodotti da un’autorità di regolazione (anche se l’Anac ha naturalmente ampi e ulteriori poteri rispetto a quelli regolatori) li si può ricondurre alla categoria degli atti di regolazione delle autorità indipendenti: non regolamenti in senso proprio ma atti amministrativi generali e, appunto, “di regolazione”.

È da notare come in questa ricostruzione è la natura dell’autorità che, per così dire, “trascolora” sulla natura delle regole. La premessa maggiore è data dalla natura dell’autorità come autorità di regolazione e ad essa consegue che gli atti sono quindi qualificabili come atti di regolazione. Di solito accade, in effetti, il contrario: la premessa maggiore è data dall’attribuzione di poteri qualificati formalmente come poteri di regolazione e da ciò discende la natura dell’autorità come autorità di regolazione. Questa soluzione risolve una questione e ne lascia aperta un’altra. Trova soluzione, infatti, pur in assenza di espressa previsione normativa, la questione del procedimento di formazione degli atti di regolazione dell’Anac, ai quali si applicano le garanzie procedurali (ad esempio in materia di consultazione degli *stakeholders*) e di qualità della regolazione (come, ad esempio, l’analisi di impatto della regolazione) ormai tipizzate e ricorrenti per l’esercizio dei poteri di regolazione. Bisogna inoltre ricordare che pur in assenza di obbligo normativo, l’Anac ha comunque volontariamente sottoposto i suoi primi atti regolatori al parere del Consiglio di Stato, ad ulteriore garanzia di corretta formazione delle regole (7).

Resta invece aperta una questione di fondo: il mercato dei contratti pubblici può essere qualificato come un mercato regolato? Sono evidenti le differenze rispetto ai mercati regolati tradizionali, come

i mercati finanziari o il mercato delle comunicazioni elettroniche. Nel caso del mercato dei contratti pubblici le regole sono rivolte, infatti, prioritariamente e prevalentemente ad amministrazioni pubbliche e i soggetti regolati, vigilati, controllati e comunque destinatari dell’esercizio dei poteri dell’Anac sono appunto prima di tutto e prevalentemente le amministrazioni e non i soggetti o comunque gli operatori privati.

Emerge, così, una questione ancora più generale: è necessaria una regolazione autonoma dal governo - una regolazione indipendente - per il mercato dei contratti pubblici? Anche per questo aspetto sono evidenti le differenti ragioni che fondano la regolazione indipendente per altri mercati. In relazione ad essi le autorità indipendenti intervengono primariamente per garantire la concorrenza e la parità fra gli operatori e la tutela degli utenti, mentre nel caso dei contratti pubblici la tutela della concorrenza è compito di ogni singola stazione appaltante. Si tratta inoltre di un mercato per così dire coatto: le amministrazioni soggette alle regole del Codice non possono, al contrario degli operatori dei mercati finanziari o del mercato elettrico, decidere di entrare o uscire dal mercato liberamente, perché il rispetto di quelle regole è per loro doveroso in ogni caso.

La presenza di un’autorità indipendente di regolazione è divenuta inoltre ormai, per la maggior parte dei mercati regolati, necessaria e obbligata in conseguenza dell’integrazione europea: così è sicuramente per i mercati finanziari, per il mercato elettrico e per il mercato delle comunicazioni elettroniche, per i quali esistono, oltre ai regolatori nazionali, anche regolatori europei.

La presenza di un’autorità indipendente per il mercato dei contratti pubblici non è invece prevista dalle direttive europee, né sussiste nella maggior parte dei paesi europei, con la conseguenza che la qualificazione dei poteri regolatori resta incerta anche per la mancanza di un quadro di riferimento generale e diffuso negli altri ordinamenti soggetti alle regole delle direttive europee in materia.

Questa incertezza è resa più acuta dalla natura composita della missione dell’Anac, nella quale non è chiaro se la vigilanza sui contratti pubblici sia strumentale e finalizzata alla lotta alla corruzione o se, invece, sia la prevenzione della corruzione

(6) Come, ad esempio, l’atto relativo ai requisiti e ai compiti del r.u.p. per i lavori di maggiore complessità previsto dall’art. 31, comma 5 o l’atto relativo alla definizione delle classifiche di qualificazione del contraente generale previsto dall’art. 197, comma 3.

(7) Il Consiglio di Stato ha già reso il parere sulle linee guida dell’Anac in materia di responsabile unico del procedimento, criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa e servizi di architettura ed ingegneria (parere della Commissione speciale 2 agosto 2016, n. 1767).

ad essere strumentale al buon funzionamento del mercato dei contratti pubblici, che costituisce, in Italia come in altri paesi, una leva economica assai rilevante.

Il riconoscimento di poteri regolatori in capo all'Anac dovrebbe comunque comportare, per il futuro, lo sviluppo di una capacità di regolazione economica in senso proprio del mercato, con l'utilizzo degli strumenti tipici della regolazione economica, quali ad esempio le analisi di mercato, o l'individuazione di regole proconcorrenziali diverse a seconda delle dimensioni dei contratti e delle stazioni appaltanti chiamate ad aggiudicarli, la periodica valutazione *ex post* dei risultati raggiunti dalla regole e la conseguente opera di affinamento e modifica.

A rendere ancora più complicato il quadro, rimane per ora da chiarire - e lo si potrà probabilmente determinare solo in base all'esperienza concreta - il rapporto fra l'esercizio del potere di regolazione e gli altri numerosi e importanti poteri dell'Anac: poteri di vigilanza, poteri sanzionatori, poteri sul precontenzioso e, più in generale, poteri di controllo che a volte rasentano da vicino l'amministrazione attiva (8), come accade, ad esempio, per l'istituto, sinora inedito, della raccomandazione vincolante (così testualmente definita dall'art. 211 del Codice). L'Anac può, infatti, quando ritiene che un atto della procedura di gara sia viziato, invitare "mediante atto di raccomandazione" la stazione appaltante ad agire in autotutela. Se l'amministrazione non si adegua alla raccomandazione, l'Autorità irroga una sanzione pecuniaria (che incide sulla reputazione della stazione appaltante, da misurare con appositi strumenti). La raccomandazione vincolante può essere impugnata dinanzi al giudice amministrativo.

Non sembra esserci una chiara corrispondenza, quindi, fra l'ambito e l'esercizio dei poteri di regolazione e l'ambito di esercizio degli altri poteri, mediante i quali l'Anac, vigila, controlla, sanziona, dà pareri di precontenzioso e, a volte, si sostituisce alla stazione appaltante e solo l'esercizio concreto del potere regolatorio potrà fornire gli elementi per uscire dalla incertezza, insieme naturalmente agli orientamenti del giudice amministrativo, al cui sindacato sono soggetti tutti gli atti dell'autorità.

Il procedimento di decisione e la capacità delle stazioni appaltanti

È osservazione comune e condivisa che la nuova disciplina attribuisca maggiore discrezionalità e capacità di scelta alle stazioni appaltanti su molti diversi elementi, dal tipo di procedura ai criteri di aggiudicazione, dai criteri di selezione alla definizione del rapporto concessorio.

Il tema è controverso più per una ragione pratica che per una ragione teorica o di sistema. La discrezionalità viene infatti spesso invocata come necessario antidoto alla rigidità delle regole, agli automatismi che non consentono di calibrare il bando e l'aggiudicazione sulle concrete esigenze dell'amministrazione, al formalismo imperante che spesso separa ineluttabilmente la decisione legittima dalla decisione buona ed efficiente.

Una volta che, come è accaduto con le direttive prima e con il loro recepimento poi, la discrezionalità viene in effetti riconosciuta ed ampliata, le critiche cambiano però registro e si lamenta la frammentazione delle decisioni, l'una diversa dall'altra, la possibilità di arbitrio, l'imposizione di requisiti che limitano la partecipazione, l'applicazione di criteri aperti ad interpretazione.

Non si tratta di un problema risolvibile in astratto: senza discrezionalità il sistema è ingessato, con troppa discrezionalità il sistema può divenire arbitrario ed imprevedibile. Il problema centrale è invece l'esistenza e ancora di più la costruzione della capacità amministrativa delle stazioni appaltanti, che sorregga scelte discrezionali attendibili e tecnicamente fondate.

L'elemento più importante che potrebbe in effetti fare di questo nuovo Codice un Codice nuovo - nuovo soprattutto per l'arretratezza del sistema amministrativo italiano - è la disciplina della qualificazione delle stazioni appaltanti (9). Si è introdotto così, infatti, un principio essenziale, secondo il quale gestire una procedura di appalto non è un compito amministrativo indifferenziato, che può essere eseguito, appunto, da qualsiasi amministrazione pubblica solo per la sua natura di amministrazione pubblica, ma è, invece, una funzione specializzata - un mestiere, si direbbe nel settore privato - che richiede il possesso di specifici requisiti. Fra questi, innanzitutto, lo sviluppo di una cultura non solo giuridica, ma anche professionale, econo-

(8) E. D'Alterio, *Regolare, vigilare, punire, giudicare: l'Anac nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in questa Rivista, 2016, 4, 499 ss.

(9) L. Donato (a cura di), *La riforma delle stazioni appaltanti*.

Ricerca della qualità e disciplina europea, Quaderni di ricerca giuridica della consulenza legale, Banca d'Italia, n. 80, 2016; L. Fiorentino, *Le centrali di committenza e la qualificazione delle stazioni appaltanti*, in questa Rivista, 2016, 4, 443 ss.

mica e tecnica, misurata e calibrata sulle dimensioni delle gare e sulla qualità e natura dei beni o delle prestazioni da acquisire o delle opere da realizzare.

Le stazioni appaltanti, per qualificarsi, dovranno essere in grado di mostrare la loro capacità di programmare le proprie esigenze, di definire progetti, di individuare le specifiche tecniche, di determinare e poi verificare la qualità delle prestazioni e, *last but not least*, di controllare l'esecuzione, elemento fondamentale per assicurare il buon esito della gara non solo sul piano procedurale, ma sul piano sostanziale. Si tratta, ove fosse realizzata, di una vera e propria riforma amministrativa, entro la quale potrebbe anche ipotizzarsi una possibile specializzazione delle stazioni appaltanti, che potranno operare non solo per se stesse ma anche per altre amministrazioni non qualificate o dotate di altra specializzazione, dimostrando così appunto di essere capaci, come gli operatori, di "stare sul mercato".

L'introduzione del dibattito pubblico

L'introduzione del dibattito pubblico nell'ordinamento italiano costituisce un'altra grande novità del Codice, anche se al momento si tratta di regole non operative, perché l'operatività della disciplina è rinviata, nei suoi contenuti essenziali, ad un futuro D.P.C.M. che dovrà, entro un anno, definire i tempi e le modalità con cui i portatori di interessi e i comitati di cittadini potranno manifestare l'interesse a partecipare. La sinteticità delle norme primarie lascia ampio spazio all'atto attuativo, ma si possono sin d'ora indicare tre questioni che richiedono soluzione se si vuole che l'istituto del dibattito pubblico si sviluppi e non resti sul piano delle mere enunciazioni (10).

Il D.P.C.M. dovrà, in primo luogo, distinguere i casi in cui il dibattito pubblico è facoltativo dai casi in cui è invece obbligatorio. Si tratta di una scelta che può, naturalmente, svuotare di significato il nuovo istituto o rafforzarlo. Si porrà, in secondo luogo, il problema degli strumenti di gestione della procedura. Le norme primarie non prevedono, a differenza ad esempio di quanto accade in Francia, la nomina di una commissione indipendente, ma attribuiscono la gestione della procedura al soggetto che propone l'opera e quindi ad un soggetto che ha, per definizione, una posizione di parte. È più difficile garantire, così, l'imparzialità nella gestione

della partecipazione e delle informazioni e si rischia che il conflitto fra le diverse opzioni, invece di trovare rappresentazione e possibilmente soluzione nel corso della procedura, si sposti nuovamente a valle della procedura stessa.

Andrà risolto, inoltre, il rapporto con la conferenza di servizi, rispetto alla quale il dibattito pubblico sembra configurato come un sub-procedimento che si apre nella fase della progettazione preliminare e si chiude nella fase della progettazione definitiva. È stato osservato che questo assetto lascia però aperto il problema di chi riporta gli esiti del dibattito pubblico in conferenza e di cosa accade se questi esiti vengono riportati in modo distorto o anche solo incompleto, con la possibilità quindi di nuovo contenzioso.

Il dibattito pubblico è uno strumento utile se riesce a far uscire i processi decisionali dal doppio stallo che si crea quando c'è da una parte una pubblica amministrazione arroccata su una scelta che ha già fatto e dall'altra soggetti o comitati arroccati sull'opposizione pregiudiziale a quella scelta. In assenza di soluzioni equilibrate il rischio è che il dibattito pubblico sia visto dalla pubblica amministrazione come una ulteriore incombenza o adempimento e dai privati come uno strumento di legittimazione surrettizia di scelte già fatte.

Il nuovo rito per le controversie in materia di appalti

Il processo amministrativo è, nel nostro ordinamento, la sede propria e tipica per le controversie in materia di procedure per l'assegnazione dei contratti pubblici e gli orientamenti giurisprudenziali hanno contribuito a plasmare la disciplina e, a volte, anche ad introdurre principi poi ripresi dal legislatore (basti pensare alla questione del soccorso istruttorio e all'opzione fra prevalenza del formalismo e prevalenza del sostanzialismo ad essa sottesa (11)).

Con il Codice il sindacato giurisdizionale si amplia ancora, perché esso si estende non solo a tutti gli atti di regolazione dell'Anac, ma anche ai pareri vincolanti resi dall'autorità sulle questioni insorte in sede di gara e alle raccomandazioni vincolanti rivolte alle stazioni appaltanti per sollecitarne il potere di autotutela.

Il Codice introduce, inoltre, un nuovo rito accelerato in materia di appalti, modificando l'articolo

(10) Per un esame analitico dei problemi v. A. Averardi, *L'incerto ingresso del dibattito pubblico in Italia*, in questa Rivista, 2016, 4, 505 ss.

(11) L. Torchia, *La nuova direttiva europea in materia di appalti di lavori, servizi e forniture nei settori ordinari*, in *Diritto amministrativo*, n. 2-3, 2015.

120 del codice del processo amministrativo. La novità sta però non tanto nei tempi, pur molto ristretti, del giudizio (12), quanto nel suo carattere preliminare. Diviene obbligatoria, infatti, l'impugnazione dei provvedimenti di esclusione e di quelli di ammissione alla gara entro trenta giorni dalla loro adozione e i relativi vizi non potranno più farsi valere in sede di contestazione dell'aggiudicazione (13).

Il nuovo rito è stato oggetto di molte critiche (14), sia sotto il profilo della sua pratica applicazione, sia, più radicalmente, sotto il profilo del suo possibile contrasto con il diritto di difesa.

Sul piano applicativo, l'impugnazione immediata delle esclusioni come delle ammissioni richiede la disponibilità concreta e altrettanto immediata delle informazioni necessarie per far valere gli eventuali vizi. La necessaria connessione con le norme in materia di trasparenza, comunicazioni della stazione appaltante e diritto di accesso agli atti della procedura è evidente, ma è stata disciplinata e risolta solo parzialmente all'interno del Codice, nonostante gli espressi suggerimenti in questa direzione contenuti nel già citato parere del Consiglio di Stato. Il legislatore delegato ha comunque accolto alcuni di quei suggerimenti (negli articoli 29 e 76) per quanto riguarda la tempestiva pubblicità e accessibilità degli atti di gara inerenti ammissioni ed esclusioni, prevedendo così una vera e propria subfase di gara che culmina in un provvedimento di determinazione delle ammissioni e delle esclusioni, con connessi obblighi di pubblicità e di comunicazione.

Su un piano più generale, la finalità della norma è chiara e, almeno in astratto, condivisa da tutti gli osservatori ed è volta alla deflazione del contenzioso successivo all'aggiudicazione. Si tratta di un contenzioso frequente, nella prassi complicato ed esasperato dai ricorsi incidentali, con il quale si ri-

mette in discussione la fase di ammissione alla gara. Procedure lunghe e complesse nel corso delle quali sono state valutate offerte tecniche molto articolate vengono così portate dinanzi al giudice, dopo la conclusione, in ragione di vizi che spesso attengono non, appunto, alla qualità dell'offerta, ma ai requisiti di partecipazione o alle dichiarazioni ad essi relative.

Il nuovo rito è strutturato, invece, sull'esempio del rito elettorale, anticipando il contenzioso sulla fase di ammissione prima che la competizione vera e propria cominci, in modo che essa si svolga tra concorrenti tutti ugualmente in possesso dei requisiti necessari e che non sia possibile rimettere in discussione, dopo l'aggiudicazione, i passaggi precedenti della gara.

Se l'obiettivo è, almeno a parole, condiviso, non altrettanto avviene per la soluzione introdotta con il Codice. Le critiche sono numerose, ma si appuntano soprattutto sull'onere di impugnare preliminarmente i provvedimenti di ammissione alla gara e sulla preclusione che deriva dalla mancata impugnazione di questi provvedimenti per l'eventuale controversia sull'aggiudicazione.

Gli argomenti più frequentemente utilizzati in proposito sono due, uno di natura pratica e l'altro di natura teorica.

La tutela giurisdizionale sarebbe, resa, in primo luogo, eccessivamente e ingiustamente difficile e costosa. Nelle gare con numerosi partecipanti occorrerebbe impugnare molti provvedimenti, la misura sarebbe insostenibile per le piccole e medie imprese, il costo del contributo unificato, già considerato troppo alto, si tradurrebbe in un vero e proprio ostacolo all'accesso alla tutela giurisdizionale. In una parola, il contenzioso si ridurrebbe, ma si tratterebbe di una riduzione a spese del diritto di difesa e dell'accesso alla giustizia.

(12) La norma prevede che *"Il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali va impugnato nel termine di trenta giorni, decorrente dalla sua pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante, ai sensi dell'articolo 29, comma 1, del codice dei contratti pubblici adottato in attuazione della legge 28 gennaio 2016, n. 11. L'omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale. È altresì inammissibile l'impugnazione della proposta di aggiudicazione, ove disposta, e degli altri atti endo-procedimentali privi di immediata lesività"*. Il giudizio deve essere definito in camera di consiglio o, su richiesta delle parti, in udienza pubblica. I termini per la produzione di documenti, di memorie e di repliche sono abbreviati (rispettivamente dieci, sei e tre giorni) e l'appello deve essere proposto entro trenta giorni

(non si applica il termine lungo decorrente dalla pubblicazione). V. C. Contessa, *Le forme di tutela nel nuovo Codice*, in questa Rivista, 2016, 4, 515 ss.

(13) Per una prima proposta in questa direzione v. A. Pajno, *Giustizia amministrativa e crisi economica*, Convegno di Varenna, 2014.

(14) V. M. Lipari, *La tutela giurisdizionale e precontenziosa nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in www.federalismi.it; R. Caponigro, *Il rapporto tra tutela della concorrenza ed interesse alla scelta del miglior contraente nell'impugnazione degli atti di gara*; M.A. Sandulli, *Nuovi limiti alla tutela giurisdizionale in materia di contratti pubblici*; 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)*; G. Veltri, *Il contenzioso nel nuovo codice dei contratti pubblici: alcune riflessioni critiche*, tutti consultabili sul sito www.giustizia-amministrativa.it.

Il secondo argomento è invece relativo all'assenza, in capo al partecipante alla gara, di un interesse concreto e attuale all'impugnazione dell'ammissione di altri concorrenti, perché questo interesse verrebbe in essere, secondo l'impostazione tramandata, solo quando uno, e uno solo, dei tanti soggetti ammessi, diviene aggiudicatario. Secondo questo orientamento critico, il nuovo rito si configurerebbe come una sorta di giurisdizione oggettiva, perché il concorrente è obbligato a far valere gli eventuali vizi della procedura di gara prima di essere divenuto aggiudicatario e indipendentemente dalla sua *chance* di assicurarsi l'aggiudicazione: ma in quanto mero concorrente, egli non è necessariamente interessato o, *rectius*, non ha un interesse qualificato alla regolarità della gara.

Stupisce, per la verità, che questa argomentazione venga utilizzata a volte dagli stessi commentatori che hanno criticato il riconoscimento dell'effetto c.d. "paralizzante" del ricorso incidentale, perché quel riconoscimento era basato, appunto, sulla insussistenza di un interesse qualificato del ricorrente principale privo dei requisiti. Ma per quell'ipotesi si è affermato, e l'ha detto con enfasi degna di miglior causa anche la Corte di cassazione (15), che la finalità perseguita dall'ordinamento non sarebbe la realizzazione dell'opera, ma la legittimità dell'azione amministrativa, facendo così appunto riemergere un carattere tipico della giurisdizione oggettiva, nella quale gli interessi delle parti vengono tralasciati, per così dire, dall'interesse pubblico generale, quasi che questo potesse essere determinato indipendentemente da quelli.

Sembra possibile, però, per il caso del nuovo rito in materia di appalti, una diversa ricostruzione, che non lo avvicina affatto ad una giurisdizione di tipo oggettivo. Il legislatore - al quale spetta per Costituzione questo compito - ha selezionato e individuato uno specifico interesse qualificato nell'interesse alla corretta composizione della platea dei concorrenti, sia a favore dei partecipanti alla gara, sia a favore della stazione appaltante. La *ratio* del nuovo rito è volta a definire la platea dei soggetti ammessi alla gara in un momento antecedente all'esame delle offerte e alla conseguente aggiudicazione. Si può dunque ben applicare la tradizionale e tramandata ricostruzione dell'interesse concreto e attuale che legittima all'azione: il bene

della vita sottostante all'interesse qualificato di chi partecipa ad una procedura di gara non è solo l'aggiudicazione, ma anche, e preliminarmente, la *chance* di corretta competizione, in modo che la scelta venga operata fra soggetti tutti ugualmente qualificati che, si direbbe nel diritto della concorrenza, competono "sui meriti".

Questa possibile ricostruzione trova peraltro fondamento anche nella qualificazione del settore, operata direttamente dalle direttive europee, come un mercato dei contratti pubblici. Trattandosi di un mercato, l'accesso al mercato, quando si concretizza nel procedimento di gara, è immediatamente rilevante e dà quindi vita a situazioni soggettive qualificate e passibili di tutela giurisdizionale.

Al di là della questione specifica, l'introduzione del nuovo rito in materia di appalti pone, inoltre, una questione più generale relativa all'utilizzo razionale ed efficiente di una risorsa preziosa, come la giustizia (nel caso di specie, la giustizia amministrativa) che non è infinita e non può essere sprecata, anche e proprio per garantire l'effettività del diritto di difesa. Le soluzioni possono essere, naturalmente, molte e diverse ed essere affinate e articolate a seconda dei settori, ma il problema si pone in tutti gli ordinamenti democratici e non può essere eluso.

Conclusioni

Il bilancio preventivo che mi sono proposta di fare, se pur limitato ad alcuni elementi, sembra mostrare che c'è una possibilità che il nuovo Codice diventi in effetti un Codice nuovo, e cioè uno strumento di innovazione e di modernizzazione. Naturalmente questo dipende da molti diversi fattori e richiede l'impegno congiunto e collaborativo di molti diversi soggetti: dal ministero, dall'autorità di regolazione, dalla cabina di regia istituita in attuazione delle direttive europee, dalle stazioni appaltanti, dalle imprese e dagli operatori economici, dai giudici e *last but not least* anche dagli avvocati.

Gli avvocati amministrativisti possono rivendicare, in proposito, una gloriosa tradizione, che non posso qui ricordare in tutta la sua ricchezza. Mi limiterò a ricordare le parole di un grande studioso, che è stato anche un grande avvocato. Come ha detto Mario Nigro in una conferenza del 1989 de-

(15) V. Cass., SS.UU., 21 giugno 2012, n. 10294, sent., ove si afferma che "la realizzazione dell'opera non rappresenta in ogni caso l'aspirazione dell'ordinamento". La questione del rapporto fra ricorso principale e ricorso incidentale è stata sottoposta anche alla Corte di giustizia europea, che si è pronunciata

prima con la sentenza *Fastweb*, 4 luglio 2013, C-100/12 e da ultimo con la sentenza *Puligienica/Airgest*, 5 aprile 2016, C-689/13, con argomentazioni da ultimo riesaminate dal Cons. Stato, Sez. III, n. 3708/2016.

dicata appunto al ruolo dell'avvocato amministrativista, "l'avvocato non è un mercenario pagato per sterminare l'avversario; questa è la guerra. Invece il processo, l'attività contenziosa, l'attività che esige l'intervento dell'avvocato è dialogo, dialogo, il quale presuppone che al di sotto dei dialo-

ganti ci sia lo stesso complesso di valori e di idealità" (16).

E a questo dialogo gli avvocati amministrativisti certo non si sottrarranno, anche al fine di fare del nuovo Codice un'occasione di modernizzazione del sistema.

(16) M. Nigro, *L'avvocato amministrativista. Conferenza alla Scuola forense di Roma* (15 febbraio 1989) in *Mario Nigro giurista*, Milano, 1998, 56.