

Hanno collaborato a questo numero

GIANLUCA BRIGANTI - Avvocato e dottorando di ricerca (Ph.D.) in “Diritto Pubblico, Comparato e Internazionale” curriculum di “Diritto Pubblico dell’Economia” presso l’Università degli Studi di Roma “La Sapienza”. Nel corso della sua attività scientifica, ha contribuito alla redazione di commentari, saggi, articoli e altre pubblicazioni scientifiche.

MAIRA CASULLI - Ha svolto la professione forense ed è attualmente funzionaria specialista in attività amministrative e contabili di un ente locale. Formatrice in materia di anticorruzione, trasparenza degli enti pubblici e responsabilità amministrativa da reato. Specializzanda in Studi sull’Amministrazione Pubblica dell’Università di Bologna (SPISA).

SALVATORE GATTO COSTANTINO - Magistrato amministrativo presso il TAR di Roma, ha prestato servizio precedentemente presso il TAR di Catania ed il TAR di Reggio Calabria ed ha svolto attività nella magistratura associata. Prima dell’ingresso nella G.A. è stato avvocato e segretario comunale presso diversi Enti Locali. Ha curato pubblicazioni giuridiche.

ANDREA LUBERTI - Consigliere della Corte dei conti. Vice Capo del Settore legislativo del Ministro per la protezione civile e le politiche del mare.

GIUSEPPE MELI - Avvocato. Collabora con la cattedra di diritto del lavoro presso l’Università degli studi di Catania, con l’incarico di cultore della materia. Ha conseguito un dottorato in Teoria e prassi della regolazione sociale nell’UE.

VERONICA NICOTRA - Segretaria generale dell’Associazione nazionale dei comuni italiani (ANCI).

ANNA LAURA RUM - Laureata con lode in giurisprudenza e avvocato. È coautrice di monografie in materia di diritto amministrativo e autrice di numerose pubblicazioni scientifiche in materia di diritto amministrativo, civile, fallimentare e penale.

PANCRAZIO MARIA SAVASTA - Laureato in Giurisprudenza presso l’Università degli Studi di Messina con il massimo dei voti e la lode, è Magistrato amministrativo presso il TAR di Catania dal 1° gennaio 1997. In data 13 gennaio 2017 ha assunto la funzione di Presidente di Sezione interna e il 24 novembre 2017 quella di Presidente del TAR Catania. Coautore del Manuale dell’Urbanistica, dell’Edilizia e dell’Espropriazione edito dal “Nel Diritto Editore”, è stato relatore in vari convegni concernenti tematiche di diritto amministrativo.

GIUSEPPE URBANO - Avvocato e studioso di diritto amministrativo, attualmente membro dell’Unità per la semplificazione della Presidenza del Consiglio dei Ministri

CONTRATTI PUBBLICI

La (ri)codificazione dei contratti pubblici

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. La regolazione di settore nell'ultimo ventennio. 3. Le problematiche. 4. La disciplina transitoria. 5. La riforma del *public procurement* nell'ambito del PNRR. 6. L'emanazione del nuovo codice dei contratti pubblici.

DI ANDRFEA LUBERTI

ABSTRACT: Gli ultimi decenni hanno registrato la presenza di numerose e complesse fonti del diritto in materia di appalti, in un'ottica di recepimento del diritto europeo e di contrasto alla corruzione. Il nuovo codice dei contratti pubblici è stato pertanto emanato con l'intenzione, da anni dichiarata, di semplificare la regolazione della materia. L'analisi del testo normativo fa registrare qualche perplessità sull'effettivo raggiungimento dell'obiettivo, che dovrà essere valutato dopo un esame più approfondito sull'applicazione del nuovo atto normativo.

ABSTRACT: *The last decades have seen many sources of law in the field of public procurement, having, as main purposes, implementation of European law and fight against corruption. Therefore, the new code has been adopted in order to simplify regulation, which was an aim pursued since a long time. However, the effectiveness of the new code will be evaluated only through a deep analysis on his rules.*

1. Premessa.

La legge 21 giugno 2022, n. 78, aveva delegato il Governo a emanare un atto normativo di razionalizzazione della materia dei contratti pubblici, secondo i criteri direttivi e il procedimento che sarà di presso esaminato.

L'introduzione di una nuova disciplina in materia di *public procurement* rappresenta uno degli obiettivi del *Piano nazionale di ripresa e resilienza* (PNRR), vale a dire del vasto e ambizioso programma di interventi finalizzato a neutralizzare le gravi conseguenze economiche della pandemia da SARS-CoV-2 (COVID - 19), hanno determinato, per restare all'Italia, una diminuzione percentuale del prodotto interno lordo pari all'8,9%⁽¹⁾.

La riforma si colloca, peraltro, in un contesto ordinamentale che già evidenziava la necessità di una complessiva rivisitazione sistemica.

2. La regolazione di settore nell'ultimo ventennio.

A partire dall'inizio del secolo in corso, il settore dei contratti pubblici ha attraversato infatti una complessa fase di regolazione, che aveva portato (circostanza abbastanza inconsueta nel panorama normativo nazionale) a una duplice codificazione nell'arco di poco più di un decennio.

1. V. il comunicato ufficiale dell'Istituto nazionale di statistica <https://www.istat.it/it/archivio/261362>.

La doverosa premessa è data dalla considerazione che, a partire dal 1994, la legislazione nazionale in materia di appalti aveva iniziato a passare da una disciplina sovente scarna e informale a una orientata al rispetto dei principi comunitari (*in nuce* già rientranti nel tessuto costituzionale). L'esternalità negativa era stata però rappresentata dall'ingresso nel corpo normativo di una serie di norme dal contenuto molto specifico, sovente elaborate senza il necessario apporto di tecnici del settore.

Il processo di codificazione (che, comunque, *ex post* non risulta aver ottemperato alle finalità cui era preordinato) è stato quindi indirizzato dal processo normativo (all'epoca indicato come comunitario) che aveva prodotto la sopravvenienza di atti normativi estremamente dettagliati, sovente elaborati in assenza dell'apporto tecnico di specialisti della materia. Il comparto degli appalti pubblici rappresenta infatti un'importante quota dell'economia dell'Unione europea⁽²⁾ e la garanzia di un'effettiva concorrenza in tale comparto rappresenta uno degli strumenti attuativi del mercato unico.

In verità, la *par condicio* nelle procedure di affidamento rappresenta un precipitato logico del perseguimento dell'interesse pubblico da parte della pubblica amministrazione.

Infatti, quest'ultimo esige anche il minor dispendio economico possibile per i soggetti pubblici nelle proprie attività strumentali.

Si tratta di principi ben espressi dalle norme costituzionali di cui agli articoli 81 e 97, che pongono l'equilibrio finanziario tra gli elementi caratterizzanti l'operato dei pubblici poteri⁽³⁾.

Pertanto, già la disciplina contabilistica (legge di contabilità generale di cui al regio decreto 18 novembre 1923, n. 2440, e regolamento di esecuzione di cui al regio decreto 23 maggio 1924, n. 827) perseguiva in prima battuta l'obiettivo di aggiudicare l'affidamento al miglior offerente, raggiungendo quindi in via indiretta il risultato concorrenziale (proprio per il principio dell'aggiudicazione all'offerente le migliori condizioni).

Nella mutata prospettiva, il primo atto normativo di razionalizzazione è stato rappresentato dal decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante il "*Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*", che aveva portato al primo, vero tentativo di codificazione della materia⁽⁴⁾.

Come chiarito anche nell'intitolazione del provvedimento, l'*occasio legis* era stata determinata dall'attuazione di due direttive comunitarie, entrambe emanate in data 31 marzo 2004: la direttiva 2004/17/CE e la direttiva 2004/18/CE. Si trattava di provvedimenti, a loro volta, di sostanziale rifusione e codificazione di una serie di atti sovranazionali in materia di procedure di aggiudicazione che, nel corso deg

li anni, si erano stratificati, il primo in tema di appalti nei settori "speciali" (cioè di pertinenza di figure solo a volte riconducibili al settore pubblico: acqua, energia, servizi di trasporto e postali), il secondo per la generalità dei procedimenti.

Ovviamente, il doveroso recepimento non determinava *ex se* l'obbligo di una codificazione, che è stata piuttosto dettata dalle istanze di semplificazione presenti anche a livello nazionale.

2 Per l'affermazione secondo cui "Ogni anno le autorità pubbliche dei paesi dell'UE spendono in appalti pubblici circa il 14% del PIL, percentuale che corrisponde ad un valore di 1.900 miliardi di EUR" v., con stima relativa all'anno 2017, Commissione europea, Scheda tematica per il semestre europeo – Appalti pubblici, https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/file_import/european-semester_thematic-factsheet_public-rocurement_it.pdf.

3 Per il rapporto tra la disciplina in materia di appalti e quella in tema di spesa pubblica v. il parere del Consiglio di Stato sul testo dello schema di decreto legislativo recante il *Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione* (Commissione speciale, 1 aprile 2016 n. 855 - punto 1.a), reperibile sulla rivista telematica www.federalismi.it al link https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?hpsez=Primo_Piano&content=sullo-schema-di-decreto-legislativo-recante-%2527Codice-degli-appalti-pubblici-e-dei-contratti-di-concessione%2527&content_auth=&Artid=31675.

4 Sul "primo" codice dei contratti pubblici v. R. DE NICTOLIS, *La riforma del Codice appalti*, in *Urbanistica e appalti*, 2010, 3, 253.

La codificazione del 2006 presentava una struttura normativa abbastanza tradizionale (e, va precisato almeno in via incidentale, altamente tecnica) essendo previsto, tra l'altro, ai fini della sua concreta attuazione l'emanazione di un atto regolamentare.

Al contempo, il decreto legislativo n. 163 del 2006 aveva avviato il processo di sostanziale delegificazione del settore, tramite la rivitalizzazione dell'*Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici*.

Tale autorità era stata istituita dall'articolo 4 della legge 11 febbraio 1994, n. 109 (legge quadro in materia di lavori pubblici) e in base all'atto normativo in commento veniva ad assumere la denominazione di *Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture* (AVCP).

Nell'assetto della legge 109 del 1994 l'*authority* di settore presentava, infatti, un estremamente generico potere di vigilanza sul rispetto dei principi comminati da detto atto normativo, con una funzione referente (di proposta e segnalazione) nei confronti del Governo, del Parlamento, e del Ministero dei lavori pubblici.

Con il decreto legislativo n. 163 del 2006 l'AVCP (articolo 6, comma 5) aveva assunto un più specifico potere di vigilanza "*sui contratti pubblici, anche di interesse regionale, di lavori, servizi e forniture nei settori ordinari e nei settori speciali, nonché (...) sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture esclusi dall'ambito di applicazione del (...) codice*", rispetto alle funzioni in precedenza previsti dalla legge n. 109 del 1994.

Per di più, l'AVCP aveva acquisito un'autonomia finanziaria (tramite la possibilità di esazione di un contributo di vigilanza) e un potere sanzionatorio nei confronti dei soggetti vigilati. Tali aspetti avevano determinato l'attrazione dell'*Autorità* al novero delle autorità indipendenti.

Per l'esattezza, in un contesto ordinamentale contraddistinto dall'"erompere" delle autorità indipendenti⁽⁵⁾, l'AVCP era collocabile nell'ambito delle autorità di "regolazione" più che in quello delle autorità "di garanzia", siccome preposta alla disciplina di un settore economico, ancora oggetto di disciplina statutale, ma connotato dalla tendenziale riduzione dell'intervento del potere governativo e politico⁽⁶⁾.

Le caratteristiche di autorità indipendente dell'amministrazione preposta alla regolazione degli affidamenti pubblici risultarono viepiù ampliate dalla ulteriore codificazione del 2016, di cui occorre chiarire presupposti e ragioni. Nel testo pubblicato sulla Gazzetta ufficiale all'epoca dell'emanazione, infatti, l'intitolazione dell'atto normativo destinato a sostituire il codice dei contratti pubblici era quella di "[a]ttuazione 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": dunque, un testo di mero riordino, rispetto alla "codificazione" operata dal precedente codice.

Detto "riordino" risultava peraltro giustificato dall'opzione, operata a livello comunitario, di attrarre alla disciplina delle procedure di affidamento anche le concessioni⁽⁷⁾.

5 L'espressione è di A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze, 1997.

6 Per una complessiva ricognizione del fenomeno v. S. CASSESE - C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996; G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti e autorità di garanzia*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1997, p. 653; F. MERLONI, *Fortuna e limiti delle cosiddette autorità amministrative indipendenti*, in *Politica del diritto*, 1997, p. 642; M. CLARICH, *Le Autorità indipendenti tra regole, discrezionalità e controllo giudiziario*, in *Foro Amministrativo*, 2002, p. 3858; F. MERUSI - M. PASSARO, *Le autorità indipendenti - un potere senza partito*, Bologna, 2003.

7 In relazione ai contigui provvedimenti ampliativi relativi a "ipotesi in cui il numero di titoli autorizzatori disponibili per una determinata attività di servizi sia limitato per ragioni correlate alla scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche disponibili" v. l'articolo 16, comma 1, del decreto legislativo 26 marzo 2010, n. 59, di "[a]ttuazione della direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno".

La denominazione di “*codice dei contratti pubblici*”, infatti, fu introdotta solo con un successivo decreto correttivo (decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56).

In epoca coeva, si era comunque registrato un interessante epifenomeno normativo, di cui occorre dare conto.

Infatti, le competenze in precedenza, come riferito, di spettanza dell'AVCP, previo loro notevole ampliamento, da parte del nuovo “codice” (anche se, come osservato, detta denominazione fu attribuita solo in un momento successivo) furono attribuite ad un'altra autorità indipendente, vale a dire all'*Autorità nazionale anticorruzione* (ANAC).

In particolare, occorre sottolineare che la nascita di tale autorità era stata originariamente indirizzata, come appare anche dal dato onomastico, dalla necessità di individuare un referente del sistema internazionale di prevenzione della corruzione⁽⁸⁾.

Tale compito fu, quindi, in prima battuta incardinato in capo alla preesistente *Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche* (CIVIT) ad opera dell'articolo 1, comma 2, della legge 6 novembre 2012, n. 190, come autorità anticorruzione ai soli fini dell'individuazione

Peraltro, l'attribuzione di detti poteri alla CIVIT si conciliava con la missione istituzionale di tale soggetto pubblico, essenzialmente orientato proprio alla garanzia della *performance* da parte dei pubblici dipendenti, al cui interno ben poteva essere collocato il rispetto di minimali standard etici.

In seguito, secondo un disegno non del tutto organico⁽⁹⁾, l'articolo 5 del decreto-legge 31 agosto 2013, n. 101, convertito dalla legge 30 ottobre 2013, n. 125, sopprime la CIVIT, attribuendo le competenze, nonché le relative risorse umane e strumentali, alla rinnovata ANAC.

Pochi mesi dopo, il decreto - legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, all'articolo 19, attribuì a detta autorità le competenze dell'AVCP, nel frattempo soppressa, con l'eccezione delle funzioni in tema di *performance* ritenute dal Dipartimento della funzione pubblica.

3. Le problematiche.

In base al combinato disposto delle due previsioni, quindi, l'ANAC finiva per cumulare due diverse aree di intervento, solo apparentemente contigue: l'una, afferente alla prevenzione della corruzione (in senso lato) all'interno delle pubbliche amministrazioni; l'altra, più specifica, relativa ai contratti pubblici di lavori, servizi e forniture.

Ammesso che un *minimo comun denominatore* di tali funzioni potesse essere individuato, esso consisteva nella volontà di prevenire i fenomeni corruttivi sottraendo la regolazione in tema di contratti pubblici (ritenuto l'ambito a maggior rischio) al settore politico, individuato come più sensibile ai fenomeni illeciti.

Oltre alla discutibile fondatezza di tale approccio panpenalistico, occorre per contro osservare che il potere di intervento dell'ANAC si presentava come estremamente pervasivo.

⁸ In particolare, l'articolo 6 della Convenzione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite contro la corruzione, siglata a Mérida il 31 ottobre 2003 e recepita nell'ordinamento nazionale dalla legge 3 agosto 2009, n. 116, prevede che “ciascuno Stato assicuri, conformemente ai principi fondamentali del proprio sistema giuridico, l'esistenza di uno o più organi incaricati di prevenire la corruzione cui garantire l'indipendenza necessaria affinché possa esercitare efficacemente le funzioni di accrescimento e di diffusione concernente la prevenzione della corruzione”.

⁹ E. D'ALTERIO, *I nuovi poteri dell'Autorità nazionale anticorruzione: “post fata resurgam”*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2015, 757

Infatti, l'articolo 213, comma 2, dell'abrogando codice dei contratti pubblici dispone espressamente che “LANAC, attraverso linee guida, bandi-tipo, capitolati-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolazione flessibile, comunque denominati, garantisce la promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, cui fornisce supporto anche facilitando lo scambio di informazioni e la omogeneità dei procedimenti amministrativi e favorisce lo sviluppo delle migliori pratiche (...)”.

L'ultimo periodo dell'articolo aggiungeva che “resta ferma l'impugnabilità delle decisioni e degli atti assunti dall'ANAC innanzi ai competenti organi di giustizia amministrativa” anche se tale previsione, costituzionalmente obbligata, doveva essere verificata alla luce della natura sostanzialmente atipica del potere regolatorio dell'ANAC.

Nel complesso, il sistema di *governance* del mercato dei contratti pubblici fondato su strumenti di *soft regulation*, anche per il tramite dell'affidamento alla regolazione da parte di un'autorità indipendente, non sembra aver prodotto risultati particolarmente soddisfacenti.

Nello specifico, va sottolineato che l'attribuzione di un potere regolatorio (ivi comprese le funzioni abilitative o interdittive), destinato a esplicarsi anche nei confronti dei poteri espressivi delle autonomie locali, in quanto amministrazioni aggiudicatrici, mal pareva conciliarsi con l'inverso fenomeno che ha drasticamente limitato i controlli preventivi proprio nei confronti delle regioni e degli enti locali.

Si pensi, ad esempio, alla possibilità di disciplinare, e indirettamente di condizionare, l'affidamento diretto *in house*⁽¹⁰⁾.

Inoltre, la variegata natura dei poteri riconosciuti in capo all'ANAC poneva forti dubbi di collocazione all'interno del sistema delle fonti.

Il riferimento è ad atti di dubbia natura giuridica, come quelli che, proprio in quanto qualificati come *linee guida*, erano chiaramente attratti nell'ambito di quelli di *soft regulation* ma che, in assenza di una espressa attribuzione legislativa, non presentavano carattere normativo⁽¹¹⁾.

Nel nostro ordinamento costituzionale, infatti, il sistema delle fonti non è solo “chiuso” ma anche tassativo o, per meglio dire, “nominativo”. Pertanto, fatta salva la possibilità di impugnazione degli atti in concreto lesivi, restava il problema derivante dal dato che la concreta individuazione della natura degli atti emessi dall'autorità di settore era rimessa, caso per caso, all'interprete⁽¹²⁾.

Analoga perplessità derivava dal sostanziale cumulo di poteri normativi e giudiziari, in virtù del potere di emanare pareri di “precontenzioso” sempre indirettamente vincolanti⁽¹³⁾.

4. La disciplina transitoria.

Le considerazioni critiche testé profuse sono state più volte ribadite anche, tra l'altro, da parte della giurisprudenza contabile, in sede di giudizio di purificazione del

10 Infatti, ai sensi dell'articolo 192, comma 1, del codice dei contratti pubblici, le amministrazioni aggiudicatrici (ivi compresi le regioni e gli enti locali), al fine di provvedere ad affidamenti diretti, devono essere iscritte in elenco curato dall'ANAC “secondo le modalità e i criteri che l'Autorità definisce con proprio atto”. Evidente, quindi, la sostanziale primazia degli atti (para) normativi dell'ANAC rispetto al sistema delle autonomie locali.

11 Commissione speciale del Consiglio di Stato, parere 26 gennaio 2018.

12 In relazione al caso peculiare dell'impugnazione di due “comunicati” del Presidente dell'ANAC e per i presupposti problemi in tema di disciplina del settore dei contratti pubblici, v. TAR LAZIO, sezione I, sentenza 7 marzo 2022, n. 2606, commentata in A. LUBERTI, *Verso un ritorno alla concezione formale delle fonti del diritto (anche) in tema di contratti pubblici?*, in *Azienditalia*, 2022, 6, p. 1079.

13 La norma attributiva del relativo potere è rappresentata dall'articolo 211, comma 1, del codice dei contratti pubblici, mentre la concreta attuazione della previsione è stata effettuata tramite il regolamento dell'ANAC del 10 gennaio 2019.

rendiconto dello Stato (relazione ai sensi dell'articolo 41 del regio decreto 12 luglio 1934, n. 1214)⁽¹⁴⁾, anche accennando a un certo rallentamento, almeno nella fase immediatamente successiva all'entrata in vigore del codice del 2016, dell'avvio di nuove procedure di affidamento.

Anche da parte della classe politica, non sono mancate frequenti richieste di emendare (addirittura in senso “sospensivo” o “abrogatorio”) la disciplina di attuazione della normativa europea, lasciando il settore regolato esclusivamente da quest'ultima⁽¹⁵⁾.

Più in generale, la contestazione più frequente mossa alla normazione di recepimento era infatti quella di avere concretizzato un fenomeno di *gold plating*.

Esso consiste nel “rivestimento” con una disciplina ulteriore in astratto consentita, ma in concreto determinante un livello di normazione eccessivo, di un atto dell'Unione europea, destinato ad essere recepito da una disciplina interna⁽¹⁶⁾.

Tale assunto pare essere confermato dai numerosi interventi registratisi, a partire dalla crisi pandemica del 2020, al fine di “semplificare” la materia (il virgolettato sarà chiarito), da un lato sospendendo o derogando ad alcune disposizioni del codice (in relazione essenzialmente alla durata dell'emergenza pandemica), dall'altro anche anticipando innovazioni destinate a essere recepite nella futura riforma degli affidamenti pubblici. Dette misure sono state poste in essere dal decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito dalla legge 11 settembre 2020, n. 120, le cui disposizioni sono poi state prorogate dal decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77, convertito dalla legge 29 luglio 2021, n. 108, con ulteriori modifiche poi introdotte dal decreto-legge 10 settembre 2021, n. 121, convertito dalla legge 9 novembre 2021, n. 156; nonché, successivamente, dal decreto-legge 6 novembre 2021, n. 152, convertito dalla legge 29 dicembre 2021, n. 233. Le deroghe hanno riguardato, tra l'altro, materie quali la disciplina dell'affidamento dei contratti sotto-soglia, rispetto alla disciplina contenuta negli articoli 36 comma 2 e 157, comma 2 del codice, e la procedura negoziata eccezionale rispetto a quelle previste dagli articoli 63 e 125 del codice.

La contestazione più radicale a tale *modus operandi* può essere fondato sul principio di non contraddizione nei termini che seguono. Infatti, o le norme sospese sono oggetto di una valutazione radicalmente negativa da parte del legislatore (e allora risulta inspiegabile il motivo per cui la caducazione sia solo temporanea); oppure la moratoria ha carattere solo sperimentale, e tale soluzione si presenta in radicale contrasto con il dichiarato obiettivo di semplificazione, visto che comporta il grave inconveniente di determinare la successione di tre diverse normative in un breve arco temporale (quella poi sospesa, quella temporanea più liberale e, da ultimo, quella reviviscente): a peggiorare la situazione, proprio il dato che detto arco temporale non sia nemmeno previamente determinabile, ma rimesso a estemporanee modificazioni in corso d'opera.

14 Per l'affermazione secondo cui “Nonostante la sua promulgazione non lontana nel tempo, il decreto legislativo 50/2016 deve considerarsi un provvedimento in continuo mutamento: le critiche ricevute, soprattutto sotto il profilo della chiarezza espositiva, ne hanno accompagnato la nascita e causato numerosi e continui interventi di modifica, anche al fine di tentare di garantire la certezza dei rapporti giuridici e la chiarezza del tessuto normativo” v. Corte dei conti, Sezioni riunite in sede di controllo, *Relazione sul rendiconto generale dello Stato 2020 - volume I, I conti dello Stato e le politiche di bilancio 2020 - tomo II*, Roma, 2021, *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, reperibile al link <https://www.corteconti.it/Download?id=66f38304-95b3-4d9b-8033-39db44940d6f>, p. 100. In senso analogo *id.*, *Relazione sul rendiconto generale dello Stato 2021 - volume I, I conti dello Stato e le politiche di bilancio 2021 - tomo II*, Roma, 2022, *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, reperibile al link <https://www.corteconti.it/Download?id=fe5074a3-3086-4858-a13c-7b601409faa2>, *passim*.

15 Per una ricognizione “generalista” della tematica v. <https://www.thewatcherpost.it/innovazione/il-codice-appalti-tutti-i-nodi-da-sciogliere/>; <https://www.lavoce.info/archives/74735/interventi-mirati-sul-codice-degli-appalti/>.

16 L'articolo 32, comma 2, lettera c), della legge 24 dicembre 2012, n. 234, prevede al riguardo con disposizione ordinatoria il divieto di *gold plating* per la normativa di recepimento degli atti dell'Unione europea.

5. La riforma del *public procurement* nell'ambito del PNRR.

Al di là delle evidenti eccezionali fattispecie di deroghe o sospensione, come accennato, la riforma del settore dei contratti pubblici deriva (come accennato in massima parte, ma non *in toto*) dalle esigenze di riforma compulsate dal PNRR.

Il PNRR rappresenta, nel diritto interno, lo strumento per accedere al programma *NextGenerationUE*, diretto a risollevare gli stati membri dell'Unione dalle gravi conseguenze economiche e sociali della crisi pandemica.

Esso è disciplinato dal Regolamento del Consiglio 2020/2093 del 17 dicembre 2020, di determinazione del complessivo quadro finanziario pluriennale per le annualità 2021-2027; dallo specifico Regolamento 2020/2094 del Consiglio del 14 dicembre 2020, di istituzione di uno strumento dell'Unione europea per la ripresa, a sostegno alla ripresa dell'economia dopo la crisi Covid-19; nonché dal Regolamento 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021, istitutivo di un dispositivo per la ripresa e la resilienza.

Il complessivo intervento finanziario, effettuato sotto varie forme, ammonta a circa 2.020.00 miliardi di euro, erogati nell'arco temporale 2021-2023 e gravanti sul bilancio dell'Unione europea nel periodo 2021-2027. I fondi saranno, in parte, collocati nell'ambito del bilancio europeo dell'arco temporale interessato, in parte erogati dal *Recovery and Resilience Facility*.

L'Italia, che risulterà destinataria della maggior quota della contribuzione totale (il 20,9 per cento), beneficerà della somma di 65 miliardi di euro a fondo perduto oltre ai finanziamenti a tasso agevolato per ulteriori 127 miliardi di euro.

Nel PNRR, la *Riforma del quadro legislativo in materia di appalti pubblici e concessioni* è collocato come *milestone* M1C1-71 - riforma 1.10.

Premesso che *“La complessità del vigente codice dei contratti pubblici ha causato diverse difficoltà attuative. La riforma prevista si concreta nel recepire le norme delle tre direttive UE (2014/23, 24 e 25), integrandole esclusivamente nelle parti che non siano self executing e ordinandole in una nuova disciplina più snella rispetto a quella vigente, che riduca al massimo le regole che vanno oltre quelle richieste dalla normativa europea, anche sulla base di una comparazione con la normativa adottata in altri Stati membri dell'Unione europea (...)*” il PNRR prevede(va) la presentazione di un disegno di legge-delega entro il 31 dicembre 2021, e l'adozione delle misure attuative entro nove mesi. La relativa delega aveva una durata di sei mesi dalla data di entrata in vigore dalla legge e concerneva l'adozione di uno, o più decreti legislativi. Essi dovevano essere adottati su proposta del Presidente del Consiglio dei ministri e del Ministro delle infrastrutture e della mobilità sostenibili, di concerto con i ministri competenti e previo parere del Consiglio di Stato, nonché delle commissioni parlamentari competenti. In concreto, la stesura dell'articolato è stata affidata al Consiglio di Stato, con l'avvalimento di componenti delle altre magistrature, di avvocati (del libero foro e dello Stato), nonché di esperti esterni. I criteri indicati nel PNRR come principi regolatori sono presenti, in buona sostanza, tra quelli contenuti nella legge-delega. Peraltro, il dibattito parlamentare ha portato alla valorizzazione di ben trentuno criteri, non del tutto conciliabili tra loro. Tale circostanza ha subito posto il dubbio se, al di là del rispetto formale dei tempi e degli obiettivi, le riforme preannunciate avrebbero perseguito gli obiettivi preannunciati, anche nella loro redazione finale. In prossimità della scadenza del termine il testo è stato inoltre semplificato da una commissione ristretta.

6. Emanazione del nuovo codice dei contratti pubblici.

La delega è stata alla fine esercitata con il decreto 31 marzo 2023, n. 36, recante il codice dei contratti pubblici.

Sul punto, possono essere registrate le seguenti impressioni.

L'obiettivo di una disciplina maggiormente snella non pare essere stato raggiunto *in toto*, considerando che l'articolato nel nuovo codice presenta un totale di duecentoventinove articoli, laddove il precedente ne conteneva duecentoventi. Per di più, a tale numero devono essere aggiunti i numerosi allegati, che contengono le definizioni applicabili all'articolato normativo, evidentemente al fine di non appesantire il suo testo.

Encomiabile appare, comunque, la scelta di fare precedere l'articolato normativo da una elencazione di principi specifici ma di carattere generale, che assumono portata ermeneutica. Essi sono: - il principio del risultato; - il principio della fiducia; - il principio dell'accesso al mercato.

Il previgente codice dei contratti pubblici, pur contenendo una serie di principi generali applicabili alle procedure contrattuali, ne illustrava dettagliatamente il contenuto, facendo perdere in qualche misura i vantaggi di una loro espressa menzione.

Può essere inoltre registrato un sostanziale ampliamento dei casi di affidamento diretto (nel rispetto della normativa europea nonché, comunque, dei principi dalla stessa derivati di concorrenza e non discriminazione che, come accennato, avevano essi stessi giustificato il mutamento di prospettiva della disciplina sugli affidamenti pubblici).

Al contempo, deve essere ricordato che con il decreto legislativo 23 dicembre 2022, n. 201, il legislatore aveva provveduto al riordino della contigua materia dei servizi pubblici locali di rilevanza economica. Sulla base del complesso dei due atti normativi, il ridimensionamento dei poteri regolatori dell'ANAC è *solo parziale*: l'articolo 222 del nuovo codice si presenta, anche sotto il versante della formulazione, contiguo al previgente articolo 213 e ripropone (al comma 16) quegli “*strumenti di regolazione flessibile*” la cui esatta delimitazione e portata giuridica comportava il descritto *gold plating* e che tanta incertezza pareva aver portato agli operatori del settore.