

## LA SEMPLIFICAZIONE DELLE PROCEDURE DI AFFIDAMENTO DEI CONTRATTI PUBBLICI

**SOMMARIO:** 1) L'ESIGENZA DELLA SEMPLIFICAZIONE DELL'AZIONE AMMINISTRATIVA TRA I PRINCIPI DI LEGALITÀ ED EFFICIENZA – 2) LA SEMPLIFICAZIONE NELL'AMBITO DEI CONTRATTI PUBBLICI: IL TENTATIVO DI ATTUARE UNA SEMPLIFICAZIONE NORMATIVA – 2.1) I CODICI DI SETTORE QUALI STRUMENTI DI SEMPLIFICAZIONE E RIORDINO DI NORME – 2.2) L'ATTUAZIONE DELLA SEMPLIFICAZIONE NORMATIVA NEL SETTORE DEGLI APPALTI PUBBLICI ATTRAVERSO IL CODICE DEI CONTRATTI – 3) LA SEMPLIFICAZIONE AMMINISTRATIVA NELL'AMBITO DEI CONTRATTI PUBBLICI – 3.1) IL PRINCIPIO DI TASSATIVITÀ DELLE CAUSE DI ESCLUSIONE E LA RATIO DEL POTERE DI SOCCORSO ISTRUTTORIO – 3.2) SEGUE: IL POTERE DI SOCCORSO ISTRUTTORIO COSTITUISCE FACOLTÀ O OBBLIGO, REGOLA O ECCEZIONE? – 3.3) SEGUE: LA PORTATA INNOVATIVA DEL PRINCIPIO DI TASSATIVITÀ DELLE CAUSE DI ESCLUSIONE – 3.4) L'AMBIZIONE DI STANDARDIZZARE LE PROCEDURE: I BANDI TIPO QUALI ULTERIORI STRUMENTI DI SEMPLIFICAZIONE AMMINISTRATIVA DELLE PROCEDURE DI AFFIDAMENTO DEI CONTRATTI PUBBLICI – 4) RIFLESSIONI CONCLUSIVE

1. Qualora si volesse delineare un'immagine esaustiva dello stato delle odierne pubbliche amministrazioni, pur considerando il tempo trascorso e, in tale lasso di tempo, il notevole susseguirsi di accadimenti di differente intensità e natura, risulterebbe tuttavia ancora oggi conferente il rinvio a quanto affermato, circa quarant'anni fa, da un illustre Autore<sup>1</sup>, il quale descriveva le stesse amministrazioni come «*un carro pesantissimo e faticosamente trainato*».

Ebbene, la «fatica del traino», per adoperare le stesse parole del Maestro, in buona parte era determinata dalla lentezza dell'azione amministrativa e dall'appesantimento (spesso inutile) dei procedimenti, nonché dall'aumento esponenziale degli adempimenti posti a carico del cittadino<sup>2</sup>.

L'esigenza di semplificare la complessità, la lunghezza e spesso l'imprevedibilità dell'azione amministrativa nasceva, quindi, in primo luogo dalla necessità, avvertita tanto in dottrina<sup>3</sup> che in giurisprudenza, di

---

<sup>1</sup>La citazione è tratta dal c.d. «Rapporto Giannini», *Rapporto sui principali problemi dell'amministrazione dello Stato*, in *Foro It.*, 1979, V, 289 ed ora in M.S. GIANNINI, *Scritti*, VII, Milano, 2005.

<sup>2</sup>Come evidenziato da A. TRAVI, *La liberalizzazione*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1998, 653 ss., la semplificazione amministrativa si sostanzia, in ultima analisi, nella «*formazione di relazioni più semplici, più chiare e più certe tra amministrazione e cittadino*».

<sup>3</sup>M. AGNOLI, *L'efficienza nell'azione amministrativa*, in *Amm. It.*, 1982, 523; E. GIUDICI, *Efficienza ed efficacia, Le parole dell'impresa. Guida alla letteratura del cambiamento.*, a cura di L. Caselli, 2, Milano, 1995, 620; a cura di F. DENOZZA, *Norme efficienti. L'analisi economica delle regole giuridiche*, Milano, 2002, 25; più di recente A. MASSERA, *I criteri di economicità, efficienza ed efficacia*, in *Codice dell'azione amministrativa* a cura di M.A. SANDULLI, Milano, Angeli, 2011, 22 ss.; G. CORSO, *L'attività amministrativa*, Torino,

restituire efficacia ed efficienza all'agire delle Pubbliche amministrazioni, agire sempre più teso al raggiungimento del risultato<sup>4</sup> rispetto cui l'eccesso di procedimentalizzazione pareva porsi in insanabile contrasto, anche alla luce del principio costituzionale di buon andamento<sup>5</sup>. Si era in particolare affermato<sup>6</sup> che un eccesso di procedimentalizzazione finiva per contraddire il principio del buon andamento, nella misura in cui determinava un irrigidimento dell'azione amministrativa, pregiudicando al contempo i risultati legittimamente attesi dagli interessati.

Peraltro, il passaggio da un modello di amministrazione fondato sostanzialmente sul principio di legalità<sup>7</sup>, ad un modello più ancorato a principi definiti (non a caso) di tipo «aziendalistico», *maxime* i principi dell'economicità e dell'efficienza, non poteva che riflettersi sulla disciplina e, in ultima analisi, anche sul «ruolo» del procedimento nel nostro

---

Utet,1999, 41 ss.. In particolare tale ultimo Autore afferma che efficacia ed efficienza dell'azione amministrativa costituiscono la *ratio* fondamentale delle riforme sulla semplificazione.

<sup>4</sup>Sull'amministrazione di risultato, oltre al fondamentale contributo di S. CASSESE, *Cosa vuol dire amministrazione di risultato*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 941, in cui l'illustre Autore manifesta la preoccupazione che il raggiungimento del risultato possa pregiudicare il piano della legalità), cfr. anche M. IMMORDINO e A. POLICE, *Principio di legalità ed amministrazione di risultato*, Torino 2003; L. IANNOTTA, *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative*, in *Rivista di Diritto processuale amministrativo*, 2005; ID. *Principio di Legalità e Amministrazione di risultato*, in *Scritti in onore di Elio Casetta*, 741; R. TASSONE, *Sulla formula amministrazione per risultati*, *ibidem*, pag. 813; M.R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003.

<sup>5</sup>In particolare per i fautori di tale tesi la semplificazione amministrativa costituirebbe l'implementazione del canone del buon andamento di cui all'art. 97 della nostra Carta Costituzionale, per cui si sostiene che l'amministrazione possa dirsi disciplinata secondo il buon andamento e dunque secondo efficacia ed efficienza, allorché la disciplina assicuri che siano ridotti al minimo necessario i costi ed i vincoli ad essa sottesi (L. TORCHIA, *Tendenze recenti della semplificazione amministrativa*, in *Diritto amministrativo*, 3-4 1998, 393 ss.). In tale orientamento pare quasi di poter cogliere una sorta di sfiducia, verso le regole del procedimento, considerate come un qualcosa «calato dall'alto», che ha solo finalità di limitazione della P.A. e di garanzia del cittadino contro gli abusi del potere esercitato dalla medesima P.A.; in altre parole, in questa prospettiva pare di capire che le regole sono considerate un qualcosa che, nella migliore delle ipotesi, non è in grado di assicurare *ex se* il soddisfacimento dell'interesse del privato (si rinvia anche a quanto riportato nella nota *sub* 8).

<sup>6</sup>Così: A. ANDREANI, *Gli interessi pretensivi dinamici nel procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 1994, 323 ss.

<sup>7</sup>Molto acutamente evidenzia il rischio che l'obiettivo del raggiungimento del risultato possa pregiudicare il piano della legalità: S. CASSESE, *Che cosa vuol dire «amministrazione di risultato»*, in *Gior. dir. amm.*, 2004, 941.

Ordinamento, avviato - secondo alcuni autori<sup>8</sup> - ad un vero e proprio «declino».

In effetti, l'avvertita necessità di conferire maggiore efficienza all'azione della pubblica amministrazione a fronte di una crisi delle risorse economiche pubbliche<sup>9</sup>, che appare sempre più rivestire un carattere endemico, rischia di dequotare le garanzie di tipo strumentale-partecipativo, connaturate allo svolgimento dell'*iter* procedimentale<sup>10</sup>; in altre parole, se il procedimento rappresenta l'unica (o almeno la principale) modalità di esplicazione della funzione pubblica, nel cui ambito si compongono gli interessi in gioco anche attraverso gli strumenti partecipativi ed il ricorso al

---

<sup>8</sup>*La cultura del procedimento e il suo declino*, in *L'alta velocità nell'amministrazione* a cura di D. Mastrangelo, Roma, 2009; non è mancato tuttavia chi, agli albori della nascita della dogmatica sul procedimento (che si deve sostanzialmente all'opera a cura di A.M. Sandulli, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940) aveva affermato «nulla certo impedisce di usare la parola procedimento per indicare tutto un insieme di atti che meritano, per qualche ragione, di essere considerati complessivamente, e l'uso della parola in questo senso è antico e diffuso e non raramente utile; soltanto non si pensi di risolvere in questo modo ingenuo un qualche problema giuridico e di creare una qualche figura giuridica» così G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto Costituzionale*, Milano, 1976, 83.

<sup>9</sup>Ricollega alla crisi economica l'esigenza di semplificare i procedimenti amministrativi: A. TRAVI, *La semplificazione amministrativa come strumento per far fronte alla crisi economica*, in *Giustamm*, n. 5, 2016. In particolare secondo l'illustre Autore «lo sforzo per una maggiore efficienza dell'amministrazione rappresenta dunque una soluzione obbligata per cercare di mantenere i livelli di benessere: la prospettiva di una maggiore efficienza degli apparati pubblici finisce col rappresentare una sorta di conseguenza virtuosa della crisi economica, tanto più interessante quanto più destinata a produrre conseguenze anche dopo l'auspicato superamento della crisi».

<sup>10</sup>Alcuni Autori (F. MIDIRI, *Il principio di efficacia tra imparzialità e buon andamento nella legge di riforma del procedimento amministrativo n. 15/2005*, in *Il diritto dell'economia* n. 3/2007, 481) a tale proposito, parlano apertamente di «sfiducia nei confronti del procedimento e delle sue fasi, come se, senza correttivi posti da nuovi canoni di principio, questo tendesse a condurre il fuoco dell'amministrazione fuori tiro, o, per usare termini equivoci ma non troppo, tendesse a sviarlo. Parte della dottrina, infatti, ha riaffermato con decisione tale prospettiva, sostenendo che il concetto di semplificazione che ne deriva conduce esclusivamente alla progressiva eliminazione degli atti del procedimento che dilazionano l'esito provvedimentale, ed ha parlato di ansia del provvedere. Questa a propria volta, può comportare evidentemente un pregiudizio per la completezza dell'istruttoria, l'imparzialità e la stessa capacità dell'amministrazione di contemperare e realizzare gli interessi meritevoli di cura e tutela», 481, cit. . La dottrina cui l'Autore si riferisce è quella di E. CASETTA, *La difficoltà di semplificare*, in *Diritto amministrativo*, 1998, 335 e di R. Ferrara, *Le complicazioni della semplificazione amministrativa: verso un'amministrazione senza qualità*, in *Diritto processuale amministrati verso un'amministrazione senza qualità*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1999, 323.

contraddittorio, e quindi, in ultima analisi, in base alla completezza<sup>11</sup> della fase istruttoria<sup>12</sup>, rispetto a tale ruolo - assolutamente fondamentale per orientare al meglio l'agere della pubblica amministrazione - le misure di semplificazione, tendenti ad ottenere rapidamente il «risultato», si pongono in una (almeno teorica) tensione<sup>13</sup>.

Tuttavia, se all'interno del «sistema paese» il valore prioritario diviene (anche e soprattutto per le spinte europee) quello della tutela della concorrenza<sup>14</sup>, non ne può che derivare un'attenuazione delle garanzie procedurali a favore di una semplificazione «*intesa come strumento di selezione delle risorse a favore delle imprese, al fine di realizzare obiettivi di crescita economica*»<sup>15</sup>.

Tutto ciò ha portato parte della dottrina ad affermare che «*gli sforzi maggiori si indirizzano pertanto verso una semplificazione amministrativa che considera particolarmente la situazione delle imprese*»<sup>16</sup>. Ebbene, se l'affermazione è (come appare) corretta, il settore dei contratti pubblici si

---

<sup>11</sup>Secondo alcuni Autori (E. CARDI, *La manifestazioni di interessi nel procedimento amministrativo*, I, Rimini, 1983, 177) il principio di completezza dell'istruttoria verrebbe affermato nella prospettiva del sindacato sulla legittimità del provvedimento amministrativo; in altre parole, sarebbe scaturito dall'esigenza del giudice di conoscere i fatti su cui l'amministrazione ha deciso di agire e come agire.

<sup>12</sup>All'opposto della sempre più presente esigenza di semplificare la struttura delle decisioni e dei procedimenti amministrativi si pone la tendenza, anch'essa presente nell'ordinamento, volta al rafforzamento dell'attività istruttoria in presenza di decisioni pubbliche riguardanti la tutela di interessi e diritti di rilevanza costituzionale, quali la salute, l'ambiente, la sicurezza. In tal senso, F. DE LEONARDIS, *Semplificazioni ed ambiente*, in AA.VV., *Rapporto 2015 L'Italia decide. Semplificare è possibile: come le amministrazioni potrebbero fare pace con le imprese*, Il Mulino, Bologna, 2015, 432 e ss.

<sup>13</sup>Ciò ha portato una parte della dottrina ad affermare «*se semplificazione non si traduce in riduzione di garanzia e certezza*», così M.A. SANDULLI, *Semplificazione amministrativa e amministrazione di risultato*, in Atti del convegno di Palermo, 27-28 febbraio 2003, Torino. Si è anche efficacemente osservato che «*più ci si accosta alla logica del risultato più si propenderà per giudicare in modo elastico il mancato rispetto delle forme procedurali, ispirando la valutazione dell'agire amministrativo al criterio teleologico*», M. OCCHIENA, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, 2002, 435 ss.

<sup>14</sup>Opera un chiaro riferimento al ridimensionamento dei costi correlati all'amministrazione in un contesto «*caratterizzato dall'attenzione prioritaria per la concorrenza*» A TRAVI, *cit.*

<sup>15</sup>Si veda A. TRAVI, *cit.*, si veda anche T. BONETTI, *Semplificazione amministrativa e competitività nel sistema paese*, in *Riv. dir. pubbl.*, 2008, 173.

<sup>16</sup>A. TRAVI, *cit.*

pone come un osservatorio privilegiato - caratterizzato com'è dalla fisiologica incisione dell'attività amministrativa su posizioni soggettive detenute da operatori economici - per valutare, sia l'effettivo impatto dell'attività di semplificazione su procedimenti particolarmente articolati e complessi quali quelli finalizzati alla selezione delle imprese concorrenti, sia la stessa possibilità di coniugare il principio «manageriale» dell'efficienza<sup>17</sup> e del raggiungimento del risultato con l'insopprimibile principio di legalità<sup>18</sup>.

A tali verifiche sono dedicati i successivi paragrafi della presente indagine.

2. Anche il settore di attività dei contratti pubblici è stato interessato, come in genere tutta l'attività delle pubbliche amministrazioni negli ultimi 30 anni, da interventi di semplificazione tanto normativa che procedimentale<sup>19</sup>. Ebbene, si può fin da subito affermare che lo sforzo di semplificare la normativa di settore è stato indubbiamente ponderoso. Invero, numerosi sono stati gli interventi che i diversi Governi, negli ultimi anni, hanno predisposto al dichiarato scopo di snellire e razionalizzare la normativa, invero con risultati alquanto deludenti; infatti, ancora oggi, chiunque entri in contatto con le amministrazioni italiane, ed in particolare gli operatori economici<sup>20</sup> nell'ambito delle procedure selettive, rimane, troppo spesso,

---

<sup>17</sup>Sulla necessità che una accezione «manageriale» del principio di efficienza comporti la necessità di modelli operativi caratterizzati da duttilità e rapidità decisionale, F. SALVIA, *Valori e limiti alla managerialità della pubblica amministrazione*, in *Il diritto dell'economia*, 1996, 590 e ss.

<sup>18</sup>Per alcuni Autori la valutazione del risultato non confligge necessariamente con la valutazione della legittimità essendo due modi «*distinti ma intrecciati*» di valutare l'azione amministrativa, così F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, in *Diritto amministrativo*, Giappichelli, 2008, 100 ss.

<sup>19</sup>Come è noto la semplificazione può operare secondo due principali linee di indirizzo: un primo indirizzo, in base al quale la semplificazione opera soprattutto per revisionare e, tendenzialmente, ridurre il quadro normativo che regola una determinata attività (c.d. semplificazione normativa); un secondo indirizzo invece non attiene alla disciplina di singole attività ma mira a intervenire, riducendoli o semplificandoli, sul complesso degli adempimenti amministrativi che governano determinate attività (c.d. semplificazione amministrativa).

<sup>20</sup>Per «operatori economici» si intende, ai sensi, dell'art. 3, comma 22, d.lg. n. 163/2006, «*l'imprenditore, il fornitore e il prestatore di servizi o un raggruppamento o consorzio di essi*».

impigliato in una ragnatela di regole, procedure, comportamenti e culture che si pongono agli antipodi di una moderna amministrazione dei risultati, la quale non solo non deve ostacolare, bensì ha il dovere di promuovere le attività economiche<sup>21</sup>.

Sotto questo profilo vale, fin da subito, evidenziare che negli anni precedenti all'entrata in vigore del primo (limitato) *corpus* normativo, enfaticamente definito «legge-quadro», avente come specifico obiettivo il riordino della materia, approvato con la legge 109 del 1994, si è assistito all'emanazione di singoli interventi normativi<sup>22</sup> poco coordinati e caratterizzati, a detta di parte della dottrina<sup>23</sup>, dalla medesima confusione cui intendevano porre rimedio; negli ultimi anni, invece, l'intento semplificatorio del legislatore è diventato elemento pregnante dell'azione politica<sup>24</sup>, conseguente al primo drastico intervento, vale a dire la legge 7 agosto 1990, n. 241, nella quale è dedicato un intero capo - il quarto - alla semplificazione dei procedimenti amministrativi<sup>25</sup>, facendo assurgere lo strumento semplificatorio al rango di rimedio generale a cui ricorrere per snellire gli oneri caratterizzanti le fasi procedurali<sup>26</sup>.

---

<sup>21</sup>S. AMOROSINO, *Achille e la tartaruga – Semplificazione amministrativa e competitività del «sistema Italia»*, Giuffrè, 2006.

<sup>22</sup>Tra i quali si ricorda la legge n. 1 del 1978 («Accelerazione delle procedure per l'esecuzione delle opere pubbliche e di impianti e costruzioni industriali») o il Capo II della legge n. 47 del 1985, o, ancora, la legge 406 del 1991.

<sup>23</sup>A. POLICE, *Prime riflessioni su semplificazione ed evidenza pubblica nei contratti della p.a.*, in *Nuove Autonomie*, 2008, n. 3-4, 691.

<sup>24</sup>Si è affermato che la politica della semplificazione da «insieme di misure ed interventi specifici, diventa principio generale dell'ordinamento giuridico»: G. VESPERINI, *La fatica di semplificare* in *Giornale di diritto amministrativo*, 345 ss.

<sup>25</sup>Conferenza di servizi (art. 14, L. 241/1990), gli accordi fra le amministrazioni (art. 15, L. 241/1990), l'attività consultiva della pubblica amministrazione (ex art. 16, L. 241/1990), l'acquisizione di valutazioni tecniche di organi od enti apposito (art. 17, L. 241/1990), lo strumento dell'autocertificazione, (art. 18, L. 241/1990), la SCIA – Segnalazione certificata di inizio attività (art. 19, L. 241/1990), il silenzio assenso dell'amministrazione (art. 20, L. 241/1990) .

<sup>26</sup>Dopo la legge sul procedimento si è proseguita l'opera di semplificazione con la legge n. 537 del 1993, con il d.l. n. 163/1995, conv. con l. n. 273 del 1995, nonché con la legge 59 del 1997. Quest'ultima dispone, all'art. 20 e 20 bis, che *il governo, entro il 31 maggio di ogni anno, ha il dovere di presentare alle camere un disegno di legge per la legificazione di norme concernenti procedimenti amministrativi, che riguardano amministrazioni centrali, locali o autonome, indicando i criteri per l'esercizio della potestà regolamentare nonché i procedimenti oggetto della disciplina*. Relativamente a

Tuttavia, come è possibile constatare, nell'ambito degli appalti pubblici, il percorso si rivelava difficile e deludente, cosicché l'obiettivo semplificazione rappresentava un passaggio obbligato, cui era possibile ricorrere attraverso gli strumenti della riorganizzazione amministrativa e normativa – così come suggerito dalla migliore dottrina<sup>27</sup> - al fine di uscire dallo stato di crisi in cui versava il settore degli appalti pubblici in Italia a partire dagli anni Ottanta<sup>28</sup>.

Invero, mentre l'*iter* della riorganizzazione amministrativa e della semplificazione procedimentale si presentava più complesso giacché, per evitare condotte collusive, il legislatore, da sempre<sup>29</sup>, era orientato a dettare

---

questa norma si veda C. LACAVA, *L'art. 20 della legge 15 marzo 1997, n. 59. Studio sui contenuti applicativi*, in *Funz. Pubbl.*, 1999, 115 ss.

Invece, più in generale sulla semplificazione si vedano i lavori monografici di F. MANGANARO, *Principio di legalità e semplificazione dell'attività amministrativa*, Napoli, 2000; V. PARISIO, *Semplificazione dell'azione amministrativa e procedimento amministrativo alla luce della legge 15 maggio 1997, n. 127*, Milano, 1998; nonché i volumi *La semplificazione amministrativa*, a cura di L. Randelli e G. GARDINI, Bologna, 1999; *l'Italia da semplificare. Ricerca del Centro studi Confindustria: I, Le istituzioni* a cura di S. Cassese e G. Galli, *II Le regole e le procedure* a cura di G. Vesperi, *III. Procedimenti amministrativi di interessi delle imprese* a cura di M. Arsi, M.G. Coronas e P. De Luca, Bologna, 1998. Inoltre si vedano i fondamentali contributi a cura di S. Cassese, *La semplificazione amministrativa e l'orologio di Taylor*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, 699 ss.; E. CASSETTA, *La difficoltà di semplificare*, in *Dir. Amm.*, 1998, 335 e ss.; V. CERULLI IRELLI e F. LUCIANI, *La semplificazione dell'azione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2000, 627 e ss.; M.A. SANDULLI, *Semplificazione, certezza del diritto e braccia legate*, in *Giust. Amm.*, 5, 2005; R. SCARCIGLIA, *La semplificazione amministrativa in Italia*, in *Dir. pubbl. comp. Eur.*, 2006, 364 ss.; M.P. CHITI, *Semplificazione delle regole e semplificazione dei procedimenti: alleati o avversari?*, in *Foro amm.- Cons. St.*, 2006, 1057 e ss.; L. VANDELLI, *Tendenze e difficoltà della semplificazione amministrativa*, in *Nuove Autonomie*, 417 ss.; F. SATTA, *Liberalizzare e semplificare*, in *Dir. amm.*, 2012, 177 e ss.; P. LAZZARA, *Principio di semplificazione e situazioni giuridico-soggettive*, in *Dir. amm.*, 2011, 679 e ss.; G. SPINA, *La semplificazione amministrativa come principio dell'essere e dell'agire dell'amministrazione - Studio sull'evoluzione delle logiche di semplificazione amministrativa in Italia dal 1990 ad oggi*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2013; C. PINELLI, *Liberalizzazione delle attività produttive e semplificazione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2014, 355 ss.; C. DEODATO, *I limiti della semplificazione amministrativa. Un'idea liberale di revisione delle funzioni pubbliche*, in *Giustamm.it*, 5, 2017.

<sup>27</sup>M.S. GIANNINI, *cit.*

<sup>28</sup>P. DE LISE, *Presentazione del codice dei contratti*, in *Giust. amm.it.*, 2006.

<sup>29</sup>Fin dalla legge generale di contabilità dello Stato, approvata con R.D. 2240/1923, il nostro legislatore ha sottratto all'amministrazione la possibilità di determinare la propria volontà negoziale, nella scelta del contraente, secondo i modelli tipici dell'autonomia contrattuale dei privati, affidandola invece a meccanismi oggettivi e fortemente proceduralizzati. L'osservazione è tratta da E. CORSO, *Manuale di diritto*

una fitta trama procedimentale emanando disposizioni dirette a formalizzare, quanto più possibile, tutti i passaggi e le fasi della procedura ad evidenza pubblica, il riassetto normativo appariva più semplice. Tale riassetto fu dapprima tentato, come sopra accennato, con l'emanazione della Legge n. 109 del 1994, c.d. «Legge quadro»<sup>30</sup>, la quale, all'art. 1, qualificava espressamente – e non senza enfasi - le proprie disposizioni come «*norme fondamentali di riforma economico-sociale e principi di legislazione dello Stato*». Infatti, con la legge quadro, sebbene integrata dal regolamento<sup>31</sup> di attuazione dalla stessa previsto e da altre leggi, modificative ed integrative dell'originario impianto normativo<sup>32</sup>, si tentò di concretizzare nel nostro ordinamento l'idea, a lungo vagheggiata, di un *corpus* di norme organiche che andasse a regolamentare il settore dei lavori pubblici, al fine di semplificare una disciplina di per sé sostanzialmente complessa.

---

*amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2013, 367. Si trattava della c.d. concezione «contabilistica», introdotta per l'appunto, dalla predetta legge di contabilità e dal suo corredo regolamentare, che dettava una disciplina sostanzialmente a tutela esclusiva dell'interesse pubblico alla minore e migliore spendita del denaro pubblico, così in M. D'ALBERTI, *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, in *Dir. Amm.*, 2008, 297 ss. Tuttavia, ormai buona parte della dottrina avverte la inadeguatezza della sola concezione contabilistica quale ragione giustificatrice della speciale disciplina dettata per gli appalti pubblici, affiancando ad essa concetti tratti da scienze non giuridiche, come la c.d. teoria dell'agenzia di matrice anglosassone (*principal-agent Theory*), secondo cui, in primo luogo, l'*agent* (vale a dire il fornitore della prestazione) gode in alcuni casi (massimamente nei settori speciali) di «*asimmetrie informative*» a discapito della stazione appaltante (*principal*) per cui le regole pubblicistiche avrebbero anche la funzione di allineare tali asimmetrie a vantaggio del pubblico committente; per altro verso l'*agent*, stavolta inteso come il funzionario preposto alla singola procedura potrebbe avere un interesse personale in conflitto con quello dell'amministrazione di appartenenza (*principal*) per cui le regole pubblicistiche avrebbero anche la funzione di eliminare o ridurre tale conflitto a tutto vantaggio della concorrenza e della parità di trattamento (così M. CLARICH, *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, in *Atti del LXI convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Milano, Giuffrè, 2016).

<sup>30</sup>L. 11 febbraio 1994, n. 109, «*Legge quadro in materia di lavori pubblici*».

<sup>31</sup>D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, «*Regolamento di attuazione della legge quadro in materia di lavori pubblici 11 febbraio 1994, n. 109*».

<sup>32</sup>Si intende far riferimento alle varie leggi correttive della L. 11 febbraio 1994, n. 109, comunemente conosciute come Merloni *bis-ter-quater* e *quinquies*. Con particolare riferimento alla c.d. Merloni *bis* ci sia consentito il rinvio a R. MARRAMA, A. CONTIERI e S. NAPOLITANO, *La legge Merloni tra innovazioni e conferme. Le modifiche alla disciplina degli appalti pubblici introdotte dalla Legge 216/95*, Napoli, Editoriale Scientifica, 1996.

Tuttavia, anche l'auspicata riorganizzazione normativa non produceva gli esiti attesi a causa di differenti fattori che in questa sede si ritiene opportuno esaminare brevemente.

Innanzitutto, il peculiare contesto in cui vedeva la luce la «legge quadro», relativamente al solo settore dei lavori pubblici; infatti, il legislatore, a fronte di una radicale crisi di legalità del sistema, messa a nudo dalle indagini della procura di Milano (il noto fenomeno comunemente definito di «tangentopoli») fu, per così dire, costretto ad optare per l'adozione di un *corpus* normativo incentrato prioritariamente sulla soppressione di ogni margine di discrezionalità amministrativa e tecnica - ritenuta concausa del fenomeno corruttivo - delle stazioni appaltanti nonché sulla puntuale regolazione di ogni profilo procedurale e sostanziale, che inevitabilmente sfociava in un forte irrigidimento della medesima normativa comunitaria<sup>33</sup>.

In secondo luogo, le rilevanti modifiche subite dalla medesima Legge quadro fino alla legge 1 agosto 2002, n. 166 - «*Disposizioni in materia di infrastrutture e trasporti*» (Collegato alla finanziaria 2002) - e alla legge comunitaria 2004<sup>34</sup>, nonché i ritardi con cui i diversi Governi, succedutisi dal 1994, hanno esercitato la potestà regolamentare attribuita dalla legge quadro<sup>35</sup>, non hanno sicuramente agevolato il legislatore nel suo intento di snellire e semplificare l'impianto normativo.

Un ruolo non secondario, inoltre, fu rappresentato dall'influenza della disciplina comunitaria la quale, nell'ottica di favorire e incrementare il livello concorrenziale nel mercato unico europeo, accresceva progressivamente il ruolo degli operatori privati nei rapporti con le amministrazioni appaltanti e questo comportava, da un lato, l'introduzione di procedure e strumenti giuridici tesi a consentire alle amministrazioni

---

<sup>33</sup>F. PELLIZZER, *Semplificazione e Appalti pubblici*, in *La semplificazione nelle leggi e nell'amministrazione: una nuova stagione*, a cura di G. Sciuolo, Bologna, Bonomia University Press 2008, 57 ss.

<sup>34</sup>Legge 18 aprile 2005, n. 62, «*Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee. Legge comunitaria 2004*».

<sup>35</sup>Il regolamento generale doveva essere emanato entro il 30 settembre 1995, mentre si è provveduto alla sua emanazione il 21 dicembre 1999, entrando quindi in vigore a metà dell'anno 2000.

pubbliche di eseguire con qualsiasi mezzo opere rispondenti alle proprie esigenze avvalendosi dell'apporto del mercato; dall'altro, la ricerca di regole che fossero applicabili a tutti i contratti pubblici.

Ultimo elemento, ma non per questo meno rilevante, che pregiudicava l'opera di riorganizzazione normativa e contrastava il complesso lavoro del legislatore, veniva dato dall'assetto dei poteri legislativi e regolamentari. Come è noto, con la riforma del titolo V della Costituzione, è entrato in vigore un nuovo sistema di riparto di competenze e si è assistito ad un complesso intreccio di normative statali e regionali<sup>36</sup> - siano esse riconducibili alla potestà legislativa esclusiva o concorrente di Stato o Regioni - che il più delle volte ha creato difficoltà interpretative, e quindi anche applicative, in riferimento alla disciplina da riferire ad una determinata fattispecie<sup>37</sup>. La Corte Costituzionale, chiamata più volte a pronunciarsi in tal senso, ha affermato l'immanenza del principio di tutela della concorrenza, di derivazione comunitaria, riconoscendo la piena validità di un sistema a naturale policentrismo normativo e questo ha fatto sì che se, da un lato, la tutela della concorrenza si è elevata a valore di principio legittimante norme statali dettagliate e puntuali - residuando dunque in capo alle regioni un'autonomia di carattere quasi esclusivamente organizzativo - dall'altro si è creato uno schema relazionale, fra più livelli normativi, che in alcun modo agevolava l'opera di riduzione e semplificazione delle fonti.

A quanto appena esposto occorre aggiungere che la disciplina degli appalti, nel suo complesso, si caratterizza per una particolare autonomia, rispetto ai vari tentativi di riordino e semplificazione tentati dai Governi negli anni, autonomia che può essere appieno compresa solo laddove si tenga a mente che il settore dei contratti pubblici si contraddistingue per la molteplicità di interessi generali, siano essi pubblici in senso stretto, che privati di rilievo

---

<sup>36</sup>Così come dimostrato da alcune storiche sentenze della Corte Costituzionale n. 482/2005 sulla l. 109/1994; n. 303/2003 sulla legge 443/2001, c.d. Legge Obiettivo.

<sup>37</sup>La materia dei contratti pubblici non è tra quelle espressamente riservate allo Stato dall'art. 117 Cost., tuttavia in sede di esegesi essa è stata ricondotta alle materie statali della «tutela della concorrenza» e dell' «ordinamento civile».

pubblico, di cui l'interesse concorrenziale sembra tutt'ora rappresentare la sintesi<sup>38</sup>.

Ne discende un'oggettiva difficoltà a coniugare l'interesse di un'amministrazione efficiente, efficace e comunque aderente ai canoni della legalità, con l'interesse nazionale (e sopranazionale) per il mercato concorrenziale. Peraltro, l'obbligo dell'Ordinamento nazionale di adeguarsi a quello comunitario sembrerebbe perfino aver posto in secondo piano la necessità di semplificazione normativa e quindi amministrativa<sup>39</sup>; a tal proposito, in dottrina<sup>40</sup> si è osservato che talvolta si ha l'impressione che il mantenimento ed il perfezionamento di regole pubblicistiche sia derivato dal costante timore dello stesso «mercato» per una regressione del livello di concorrenza<sup>41</sup>.

Riprendendo quindi le fila del discorso, l'intento semplificatorio perseguito dal nostro legislatore con il *corpus* normativo costituito dalla legge quadro e dalle sue successive modifiche principali (ben sei), nonché dal conseguente corredo regolamentare, si può considerare, almeno in parte, fallito.

Il legislatore pertanto si orientò, sempre al fine di attuare l'intento di semplificare la disciplina, verso l'emanazione di un «codice di settore» che non solo avesse il compito di recepire le direttive comunitarie, nel frattempo emanate, ma che soprattutto procedesse ad un riordino complessivo della normativa non trascurando di «consolidare», recependole positivamente, regole frutto di consolidata elaborazione giurisprudenziale.

---

<sup>38</sup>La tutela della massima concorrenza nell'ambito delle procedure di scelta del contraente della P.A. soddisfa, al contempo, l'interesse pubblico ad ottenere la più ampia competizione tra operatori economici in modo da garantire effettivamente la scelta della migliore offerta e, al contempo, soddisfa la legittima aspettativa del concorrente a vedersi assicurata, dall'azione imparziale della P.A., il più diffuso accesso alla procedura selettiva.

<sup>39</sup>Cfr. la nota sentenza Corte di Giustizia C-274/02 che rappresenta uno degli elementi cardine della legge delega n. 62/2005.

<sup>40</sup>F. PELLIZZER, *La semplificazione e gli appalti pubblici*, a cura di G. Sciuillo), *La semplificazione nelle leggi e nell'amministrazione: una nuova stagione*, cit., 183 ss.

<sup>41</sup>Per l'inquadramento della normativa dei contratti nel settore pubblico come forma di concorrenza per il mercato si rinvia a G. NAPOLITANO e M. ABRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, Il Mulino, 2009, 95 ss.

A tale riguardo si impone una breve digressione circa la figura del «codice di settore» di recente inserimento nel nostro Ordinamento.

2.1) Negli ordinamenti degli Stati europei la semplificazione si è da sempre caratterizzata per la ricerca di una «giusta dose» tra differenti istanze provenienti dal sistema economico, istanze caratterizzate, da un lato, dall'alleggerimento degli adempimenti burocratici al fine di favorire l'azione degli operatori economici, dall'altro, dall'esigenza di maggiori regole a tutela della concorrenza e a protezione di interessi di natura prioritaria<sup>42</sup>.

L'approccio italiano, invece, è stato radicalmente diverso, almeno nella fase iniziale, in quanto l'analisi economica delle regole – e quindi l'approccio alla semplificazione - ha subito inizialmente l'influenza di un'impostazione esclusivamente giuridica e, per questo motivo, meno attenta agli effetti prodotti sui destinatari delle regole.

Per comprendere a fondo l'evoluzione che nel nostro Paese ha avuto la semplificazione amministrativa, con particolare riferimento al settore degli appalti pubblici, è sufficiente considerare l'esperienza italiana della riforma amministrativa. Come sopra accennato, le prime norme in materia di semplificazione si trovavano in leggi generali di riforma dell'amministrazione, la quale, negli anni Novanta, tentava, ad opera di un costante impegno delle forze sociali e politiche, di modificare il suo ruolo nei confronti dei cittadini rinunciando progressivamente alla sua autoreferenzialità e tentando di soddisfare le esigenze provenienti dagli «amministrati».

Questo presupponeva che i servizi resi al pubblico – sia di tipo burocratico che imprenditoriale – si distinguessero per efficienza e per un elevato livello di competitività economica, postulando una disciplina articolata su regole più flessibili.

---

<sup>42</sup>Nel parere del Consiglio di Stato, 25 ottobre 2004, n. 2 si parla di tendenza «all'iperregolamentazione» di particolari settori quali ambiente, salute e sicurezza.

È proprio in questo contesto che si è assistito al periodo, opportunamente definito dalla dottrina, di passaggio «*dalla legge al regolamento*»<sup>43</sup>.

Con il tempo, si è però avvertita la necessità di svincolarsi da un modello di semplificazione amministrativa, sebbene indispensabile, basata sul mero snellimento dei procedimenti amministrativi e dell'organizzazione dei pubblici uffici, per approdare ad un concetto di semplificazione più ampio e attuale, basato sulla «qualità delle regole»<sup>44</sup>.

In Italia, infatti, la portata della inflazione normativa, aspetto peculiare della nostra realtà ordinamentale rispetto ad altri Paesi, era tale da influenzare fortemente la qualità della regolazione, la quale non poteva limitarsi alla riduzione degli oneri, ma doveva a questa aggiungere la riduzione delle norme e l'uso di un linguaggio più semplice e chiaro<sup>45</sup>.

Questo naturalmente non vuol dire che la delegificazione in sé non abbia costituito e costituisca tuttora un efficace strumento per snellire alcuni aspetti di una data disciplina, ma la sua utilità andava incrementandosi se inserita nell'ambito di un processo di riduzione dello *stock* normativo<sup>46</sup>.

Alla luce di quanto finora esposto, è agevole quindi constatare che il processo di semplificazione non è stato inteso sempre nella medesima

---

<sup>43</sup>Per tale intendendosi il periodo in cui si sviluppa il tema della delegificazione, intesa come snellimento dei procedimenti amministrativi e di riorganizzazione dell'apparato di governo secondo regole flessibili, in proposito si rinvia a N. LUPO, *Dalla Legge al Regolamento*, Bologna, Il Mulino, 2003. Il fenomeno è anche descritto da U. DE SERVIO. *Lo sfuggente potere regolamentare del governo (riflessioni sul primo anno di applicazione dell'art. 17 L.400/1988)* in *Scritti in onore di Mario Nigro, Stato ed Amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1991; sul punto si veda pure la lucida analisi di D. IACOVELLI, *I regolamenti nel disordine delle fonti*, in *Jus*, 2004, 189 e ss.

<sup>44</sup>La normazione di qualità è caratterizzata da un elevato livello di coerenza e chiarezza da un punto di vista giuridico-formale (vale a dire, in sostanza regole intelleggibili e chiare sia per i cittadini, che per gli operatori) e da essenzialità e minore onerosità da un punto di vista economico sostanziale; ovvero sia un sistema di regole interviene solo quando si rivela indispensabile e se i benefici da ottenere sono superiori ai costi, apportando al sistema regole che non solo siano accessibili, ma al contempo siano anche delle «buone regole»; ed infatti si afferma non solo la necessità di una «qualità formale» delle regole ma anche di una «qualità sostanziale» delle stesse, cfr. Cons. Stato, Ad. Gen., 25 ottobre 2004, n. 2/2004. In proposito si rinvia anche a: F. PATRONI GRIFFI, *La fabbrica delle leggi e la qualità della normazione in Italia*, in *Dir. Amm.*, 2000, 97 ss.

<sup>45</sup>Si veda in proposito il parere del Cons. Stato, 25 ottobre 2004, n. 2.

<sup>46</sup>Il rapporto tra codici e delegificazione è disciplinato dall'art. 20, comma 2 e comma 3, lett. c), come introdotto dalla l. n. 229 del 2003, nonché, per la delega su cui si fonda lo schema in questione, dall'art. 15, comma 1, lett. g), della l. n. 272 del 2002.

maniera; infatti, si è passati da interventi che miravano alla mera semplificazione procedimentale, caratterizzati quindi dalla riduzione degli oneri<sup>47</sup>, a leggi di semplificazione intese a riorganizzare intere materie attraverso, in un primo momento, testi unici misti e, più recentemente, per il tramite di codici di settore.

Per quanto concerne i testi unici misti, occorre premettere che in l'Italia l'uso è stato varato dall'art. 7, della L. n. 50 del 1999<sup>48</sup>, disposizione

---

<sup>47</sup>Per una parte della dottrina semplificare significa proporzionare le norme, che disciplinano l'amministrazione, agli interessi sottesi alla medesima; in altre parole, semplificare vorrà dire modellare l'attività di amministrazione sugli interessi che l'azione amministrativa deve curare, creando un ragionevole bilanciamento tra gli oneri che da essa conseguono sui cittadini e i vantaggi che viceversa essa reca ad interessi contrapposti come quelli della collettività. Un'attività amministrativa è modellata sugli interessi che essa deve curare, quando comporta delle limitazioni alle libertà dei cittadini che siano necessarie per la cura di interessi contrapposti, e contemporaneamente evita di porre degli oneri sugli individui che non siano strettamente necessari per la cura dei suddetti interessi contrapposti (G. FARES, *Gli istituti della semplificazione procedimentale alla luce del nuovo riparto di competenze ex art.117: spunti di riflessione dalla sentenza n. 336/2005 della Consulta*, in *Giustizia Amministrativa*, n. 4/2005; V. CERULLI IRELLI e F. LUCIANI, *La semplificazione dell'azione amministrativa*, cit.

<sup>48</sup>Sul contesto semplificatorio delineato dalla legge 8 marzo 1999, n. 50 – legge di semplificazione 1998, dalla legge 24 novembre 2000, n. 340 – legge di semplificazione 1999, dalla legge 29 luglio 2003, n. 229 – legge di semplificazione 2001 ed infine dalla legge n. 246/2005, per tutti G. SCIULLO, *La legge di semplificazione 2005*, in *Gior. Dir. Amm.*, 2006, 367; a cura di G. Vesperini, *Che fine ha fatto la semplificazione amministrativa?*, Milano, Giuffrè, 2006; a cura di M.A. Sandulli, *Codificazione, semplificazione e qualità delle regole*, Milano, Giuffrè, 2005; a cura di F. Merloni, A. Pioggia e R. Segatori, *L'amministrazione sta cambiando? Una verifica dell'effettività dell'innovazione nella pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 2005; a cura di R. Vandelli e G. Gardini, *La semplificazione amministrativa*, Rimini, Maggioli, 1999. Relativamente al contesto della disciplina dei contratti pubblici ed in particolare al codice di cui al d.lg. 12 aprile 2006, n. 163 (ed alle modificazioni e correzioni apportate dai d.lg. 26 gennaio 2007, n. 6 e dal d.lg. 31 luglio 2007, n. 113) a cura di R. Garofoli e M.A. Sandulli, *Il nuovo diritto degli appalti pubblici*, Milano, Giuffrè, 2005, nonché R. Martelli, *Figure innovative del codice dei contratti pubblici: l'accordo quadro*, in *giustamm.it*; L. FIORENTINO, *Il codice degli appalti*, in *Gior. Dir. Amm.*, 2006, 1176 ss; P. DE LISE, *Presentazione del nuovo codice degli appalti*, in *giustamm.it*; R. DE NICTOLIS, *Le novità normative in tema di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, in *Urb. App.*, 2007, 1061.

Relativamente al nuovo codice dei contratti pubblici si rinvia a A. PAJNO, *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, in AA.VV., *Atti del XXI Convegno di studi amministrativi*, Giuffrè, 2016; M. INTERLANDI *Il nuovo codice dei contratti pubblici nella prospettiva dell'e-procurement*, in *Gazzetta Amministrativa della R.I.*, n.1/2019.

abrogata, la quale ha tuttavia prodotto risultati notevoli dal punto di vista della chiarezza delle discipline riordinate<sup>49</sup>. Tali opere, infatti, miravano ad attuare un riordino normativo effettuato, appunto, attraverso la delegificazione, ovvero l'implementazione dell'attività regolamentare al fine precipuo di ridurre e semplificare le leggi<sup>50</sup>. Con i testi unici si mirava a ricomprendere, in un medesimo testo, sia disposizioni legislative che regolamentari e fin dall'inizio era riconosciuta loro la natura di decreti legislativi delegati, dotati quindi della capacità «innovativa»<sup>51</sup> tipica delle fonti di diritto di rango primario<sup>52</sup>, capacità che però veniva fortemente limitata al coordinamento formale della legislazione vigente - conformemente al criterio delega dell'art. 7, comma 2, lett. d) della L. 50 del 1999 - con la possibilità di apportare, *«nei limiti di detto coordinamento, le modifiche necessarie per garantire la coerenza logica e sistematica della normativa anche al fine di adeguare e semplificare il linguaggio normativo»*.

Oggi, invece, lo strumento di intervento dei testi unici misti di “riordino” è stato soppresso dalla legge 29 luglio 2003, n. 229, la quale ha previsto dei decreti legislativi «di riassetto» o «codici di settore» che hanno il medesimo obiettivo, ovvero di riorganizzare le fonti di regolazione e ridurre drasticamente il numero, in maniera tale da consentire ai cittadini di avere un quadro ben preciso e unitario delle regole che disciplinano un settore della vita sociale; ma allo stesso tempo si distinguono dai primi sotto due aspetti: da un lato, l'abbandono del livello regolamentare - aspetto presente invece nei testi unici misti - giustificato dalla necessità per i codici di

---

Sulle ultimissime modifiche apportate al codice dal decreto «sblocca-cantieri» si rinvia a M. CLARICH E G. FONDERICO, *Nell'ennesima riforma dei contratti pubblici l'incertezza è sovrana*, in *Guida al diritto*, n. 22/2019, Gruppo 24 ore.

<sup>49</sup>Fra i vari si rammentano i testi unici sulla documentazione amministrativa (D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445), sull'edilizia (D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380), sull'espropriazione (D.P.R. 8 giugno 2001, n. 327) e sulle spese di giustizia (D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115).

<sup>50</sup>R. CARNEO, *I Codici di settore*, [www.treccani.it](http://www.treccani.it), 2009.

<sup>51</sup>Parere Cons. Stato, *supra cit.*

<sup>52</sup>Cfr. Risoluzione della Camera dei deputati del 19 ottobre 1999 sul programma governativo di riordino e le modifiche all'art. 7 della legge n. 50 del 1999 apportate dall'art. 1 della l. n. 340 del 2000.

settore di garantire, non solamente l'organicità della materia che si intende riordinare a livello normativo primario, ma anche la sua completezza; dall'altro, il ricorso al termine «riassetto» normativo<sup>53</sup>, terminologia utilizzata probabilmente dal legislatore del 2002-2003 al fine di prendere chiaramente le distanze dalla fase dei testi unici misti, definendo i decreti legislativi previsti dalla legge n. 229 del 2003 come decreti di «riassetto», nonostante si tratti di una terminologia meno adeguata e comprensibile e, per certi aspetti, più atecnica.

In altri termini, sebbene ad oggi lo strumento di semplificazione dei codici di settore sembra aver preso progressivamente piede nel nostro Ordinamento, e anche con notevole successo, occorre evidenziare che la finalità dei cosiddetti decreti di riassetto è la medesima dei previgenti decreti di riordino (testi unici misti), con una differenza esclusivamente «quantitativa» dell'intervento normativo, in quanto i codici di settore presentano maggiore ampiezza dei criteri di delega previsti rispetto a quelli presenti nei testi unici misti che, come detto sopra, sono di mero coordinamento formale.

È possibile, dunque, sintetizzare aderendo a quanto, a suo tempo, affermato dal Consiglio di Stato nel parere n. 2 del 25 ottobre 2004, a mente del quale i codici di settore si caratterizzano per due elementi essenziali: a) la riforma dei contenuti della disciplina legislativa della materia, ispirandosi a criteri di semplificazione sostanziale e deregolazione, b) la creazione di una raccolta organica delle fonti di diritto di rango primario inerenti ad una determinata materia.

In un simile contesto, si innesta - a metà dello scorso decennio - l'idea di riunire tutte le norme di livello primario disciplinanti il settore dei contratti pubblici, procedendo quindi ad una riorganizzazione della normativa italiana in materia di appalti la quale, come si vedrà nel prosieguo, ha dato vita al d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, vale a dire al primo codice dei contratti

---

<sup>53</sup>Il termine «riassetto» normativo era alquanto inusuale nei testi unici misti mentre si usava maggiormente il termine «riordino».

pubblici, e successivamente al D.Lgs 18 aprile 2016, n. 50, che, a sua volta, ha introdotto il nuovo codice dei contratti pubblici.

2.2) La materia dell'evidenza pubblica potrebbe teoricamente rappresentare una delle più vaste aree di manifestazione dei congegni di semplificazione amministrativa, tuttavia va precisato fin da subito che tale astratta potenzialità viene concretamente frustrata dalla circostanza - già in precedenza accennata - che il settore dei contratti pubblici, come noto ormai di quasi totale derivazione comunitaria (oggi eurounitaria), persegue in via principale (ma non esclusiva) l'obiettivo della tutela della concorrenza a livello europeo e tale fine malamente si coniuga con l'uso di strumenti di semplificazione normativa<sup>54</sup>. Infatti, l'interesse concorrenziale presuppone una regolazione specifica e dettagliata, a differenza della semplificazione che è orientata verso uno snellimento e alleggerimento delle procedure e delle regole<sup>55</sup>.

Ciò premesso, l'elaborazione di un codice dei contratti pubblici ha rappresentato una novità di assoluto rilievo poiché ha costituito un punto di arrivo di un graduale *iter* di coordinamento e riorganizzazione delle regole

---

<sup>54</sup>Maggiormente coerente con l'obiettivo della tutela della concorrenza appare lo strumento della liberalizzazione, rispetto a quello della semplificazione. Si è infatti correttamente osservato che «*non vi è alcuna coincidenza necessaria tra liberalizzazione e semplificazione*» (così A. TRAVI, *cit.*). Nella liberalizzazione non vi è la finalità (o almeno non ne è la principale) di armonizzare l'azione amministrativa con gli interessi ad essa sottesi, quanto piuttosto di assicurare le libertà individuali e, per quanto concerne quelle di carattere economico, ad assicurare il «gioco» della concorrenza. In altre parole, la finalità della liberalizzazione non è tanto la cura dell'interesse pubblico quanto, piuttosto, di promuovere la concorrenza, «*cioè di favorire la transizione verso assetti di mercato concorrenziali*». La liberalizzazione è stata, sinteticamente ma efficacemente, definita quale «*passaggio alla regola della concorrenza*», così M. SAVINO, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, Giuffrè, Milano, 2003.

<sup>55</sup>In tal senso si è osservato che un esempio dell'antinomia esistente fra le regole sulla concorrenza e quelle sulla semplificazione è da rinvenirsi nell'art. 59, comma 10, d.lg. n. 163 del 2006, che disciplina lo strumento dell'accordo quadro. Tale disposizione, infatti, vieta il ricorso allo strumento qualora sia adoperato per «ostacolare, limitare o distorcere la concorrenza». Stando così le cose, si è osservato che qualora si volesse ammettere che l'istituto dell'accordo quadro sia uno strumento di semplificazione, si dovrebbe comunque dedurre una generale subordinazione degli effetti semplificatori alla garanzia dell'effettività della concorrenza (A. POLICE, *Prime riflessioni su semplificazione ed evidenza pubblica nei contratti della P.A.*, *cit.*).

vigenti in materia di appalti pubblici, in una logica unitaria di recepimento delle disposizioni dettate a livello comunitario. A tale proposito, al fine di cogliere appieno la portata innovativa dell'introduzione nel nostro Ordinamento di una «codificazione» della normativa relativa agli appalti pubblici, occorre procedere ad una breve disamina delle norme previgenti al codice e che, almeno in parte, sono state trasfuse nello stesso.

Il legislatore italiano, infatti, con l'entrata in vigore, il 1 luglio 2006, del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163<sup>56</sup>, aveva provveduto al recepimento nell'ordinamento italiano delle Direttive 2004/17/CE<sup>57</sup> e 2004/18/CE<sup>58</sup>.

Nel regime antecedente le Direttive comunitarie 17 e 18, erano previste tre distinte discipline normative per ciascuno dei settori di mercato afferenti servizi, lavori e forniture.

In particolare, la Direttiva CEE 14 giugno 1993 n. 36, coordinava le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture il cui valore fosse superiore alla c.d. «soglia comunitaria», pari ad Euro 200.000,00. La Direttiva CEE 18 giugno 1992 n. 50, disciplinava le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi. La Direttiva CEE 14 giugno 1993 n. 38, coordinava le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua ed energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni (c.d. «settori esclusi»). La Direttiva CEE 14 giugno 1993 n. 37, coordinava le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori.

Il nostro Paese aveva recepito questa intensa produzione normativa comunitaria, con dettagliate norme interne, vale a dire con il D. Lgs. 358 del 1992, per quanto concerneva le forniture e col D. Lgs. 157 del 1995, relativamente ai servizi. La materia dei lavori era invece, come sopra accennato, disciplinata dalla legge quadro, altrimenti detta «Merloni».

---

<sup>56</sup>«Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle Direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE».

<sup>57</sup>Direttiva 2004/17/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali.

<sup>58</sup>Direttiva del 31 marzo 2004 relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi.

Il quadro ordinamentale antecedente le Direttive 17 e 18 era quindi piuttosto confuso, in quanto costituito da un insieme di norme che si erano andate via via sovrapponendosi nel corso del tempo, con l'inevitabile corollario di un difetto di coordinamento tra le norme medesime, che aveva generato inevitabili contrasti giurisprudenziali e difficoltà applicative.

Pertanto le direttive 17<sup>59</sup> e 18<sup>60</sup> del 2004 hanno rappresentato un'occasione per la rivisitazione della materia e il superamento della tradizionale tricotomia (lavori, servizi e forniture) pur mantenendo inalterata la distinzione tra settori «ordinari» e settori «speciali».

Nello specifico, la Direttiva 18 conteneva i principi generali per disciplina relativa alle procedure di aggiudicazione dei lavori, dei servizi e delle forniture nei settori c.d. «ordinari» mentre la Direttiva 17, dal canto suo, disciplinava le procedure di aggiudicazione degli appalti nei c.d. settori ex «esclusi» (ora «speciali»), quali energia, acqua, servizi di trasporto e postali, i quali, a causa della stessa natura dell'oggetto su cui cade la loro attività, godono da sempre di una disciplina peculiare rispetto a quella destinata ai c.d. settori «ordinari». Tale disciplina speciale era frutto della posizione di privilegio goduta dagli Enti committenti in virtù della posizione di monopolio naturale (si pensi, appunto, all'acqua o all'energia) o artificiale (servizi postali) di cui essi fruivano<sup>61</sup>.

Pertanto, la necessità di recepire le suddette Direttive nell'ordinamento italiano è stata colta dal legislatore italiano come occasione per raccogliere in un unico testo, l'eterogeneo *corpus* normativo in materia di appalti, con l'obiettivo di una più efficace sistemazione organica della materia da sempre oggetto di interventi occasionali.

---

<sup>59</sup>A sua volta successivamente abrogata dalla Direttiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali.

<sup>60</sup>Abrogata dalla Direttiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici nei settori ordinari.

<sup>61</sup>Si è infatti affermato «siccome qui il monopolio si può dire quasi naturale, non lo si può abolire e bisogna regolarlo», la citazione è tratta da L. EINAUDI, *Lezioni di politica sociale*, Torino, Einaudi ed., 2004, 21.

Tuttavia l'obiettivo di fornire una sistemazione unitaria ed organica della materia, tale anche da conferire certezza di applicazione agli operatori del settore, è stato da subito vanificato da una serie di interventi normativi che si sono susseguiti all'indomani dell'entrata in vigore del D.lg. 163 del 2006, in particolare dai c.d. tre correttivi al codice<sup>62</sup> fino al D.L. 31 dicembre 2014, n. 192 – c.d. «Decreto Milleproroghe 2015».

Peraltro la «bulimia» normativa è proseguita anche con il varo del nuovo codice dei contratti pubblici, approvato con d.lgs.50/2016, a sua volta oggetto di vari interventi correttivi con finalità di semplificazione delle procedure: basti considerare le modifiche apportate a tal fine dall'art.5 del decreto legge in materia di semplificazione e sostegno allo sviluppo (D.L. 14/12/2018 n. 135, convertito con legge 12/02/2019 n. 12) e le ancora più recenti modifiche introdotte dal decreto c.d. «sblocca cantieri», approvato con D.L. 18/04/2019 n.32, convertito con legge 14/06/2019.

Ebbene, qualora si intendesse approfondire l'impatto dei diversi strumenti di semplificazione, dall'entrata in vigore del primo codice dei contratti pubblici fino ad oggi, si rischierebbe di oberare il presente elaborato con l'analisi di un notevole numero di interventi di semplificazione nel settore degli appalti, analisi che si rivelerebbe tra l'altro priva di alcuna utilità dal momento che molte norme sono state modificate numerose volte e in alcuni casi addirittura abrogate. La causa di tale «tzunami» normativo è da rinvenirsi anche nella situazione emergenziale che ha attraversato, nell'ultimo decennio, l'economia italiana e globale, situazione che ha sottoposto il settore degli appalti pubblici, in questi ultimi tempi, a ripetuti

---

<sup>62</sup>Si fa riferimento, rispettivamente, al d.lg. 26 gennaio 2007, n. 6, *Disposizioni correttive e integrative del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163*, recante il codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, a norma dell'articolo 25, comma 3, della legge 18 aprile 2005, n. 62; d.lg. 31 luglio 2007, n. 113 «*Disposizioni correttive ed integrative del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante il codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, a norma dell'articolo 25, comma 3, della legge 18 aprile 2005, n. 62*»; d.lg. 11 settembre 2008, n. 152 – «*Ulteriori modifiche ed integrazioni al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante il codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, a norma dell'articolo 25, comma 3, della legge 18 aprile 2005, n. 62*».

interventi normativi anticongiunturali con approcci spesso frettolosi, contraddittori e scarsamente coordinati con il quadro normativo vigente. Allo stato si può affermare che il tentativo di sostituire al primo codice «lungo», in quanto ancora appesantito da un imponente corredo regolamentare<sup>63</sup>, un codice «snello» la cui attuazione venisse demandata ad atti aventi natura di *soft law*, è sostanzialmente fallito. A tale sostanziale fallimento hanno contribuito varie concause: in primo luogo, come è stato correttamente osservato<sup>64</sup>, ad un confronto meramente numerico tra nuovo e vecchio codice, quest'ultimo è risultato essere più «snello» di quello odierno, il quale si è via via «appesantito» con i vari interventi correttivi ed integrativi dell'impianto originario. Altra ragione è data dal fatto che le «linee-guida» dell'ANAC, in cui si è sostanziata la *soft law* attuativa del codice, hanno assunto un linguaggio discorsivo piuttosto che imperativo, aumentando le incertezze interpretative, in disparte ogni considerazione sul carattere «eversivo» di tali fonti nell'ambito di un sistema rigido delle stesse qual'è quello che caratterizza il nostro ordinamento<sup>65</sup> nel cui ambito non sarebbero ammissibili fonti atipiche né primarie, né secondarie.

---

<sup>63</sup>Il regolamento di attuazione del primo codice degli appalti, approvato con D.P.R. n. 207/2010, constava di ben 359 articoli. Per un approfondito commento al regolamento n. 207/2010 si rinvia a F. CARINGELLA e M. PROTTO, *Codice dei contratti pubblici-Regolamento unico dei contratti pubblici*, Roma, Dike, 2012.

<sup>64</sup>R. DE NICTOLIS, *Il codice dei contratti pubblici: la semplificazione che verrà*, in *Federalismi.it*, 2016, n. 19/2016, 2 ss.

<sup>65</sup>In dottrina si rinvia a : C. DEODATO, *Le linee guida ANAC: una nuova fonte del diritto*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2016; C. CONTESSA, *Dalla legge delega al nuovo codice: opportunità e profili di criticità*, *ivi*, 2016; G. MORBIDELLI, *Linee guida ANAC: comandi o consigli?*, in *Dir. amm.*, 2016, fasc.3,275; N. MARI, *Linee guida ANAC: la soft law e la gerarchia delle fonti*, in *Italiappalti.it*, 2017; P. MANTINI, *Autorità nazionale Anticorruzione e soft law nel sistema delle fonti e dei contratti pubblici*, in *Giustamm*, n. 2/2017. Tuttavia non manca in dottrina chi, invece, ritiene che l'impostazione tradizionale, secondo cui i poteri normativi sono attribuiti ai soggetti dell'ordinamento dotati di più ampia rappresentatività e legittimazione democratica (vale a dire Parlamento, governo, regioni), parrebbe nei fatti, ormai, superata giacché a partire dagli anni Novanta del secolo scorso si sarebbe venuto a configurare un «*policentrismo normativo collegato ad una sempre più vasta distribuzione delle funzioni pubbliche tra più soggetti, anche al di fuori del circuito della legittimazione democratica*», così si esprime M. DELLE FOGLIE, *Verso un nuovo sistema delle fonti? Il caso delle linee guida ANAC in materia di contratti pubblici*, in *www.giustamm.*, 2016.

Peraltro il fallimento di un sistema attuativo di norme di rango primario attraverso degli strumenti di *soft law* è stato certificato dalla recente aggiunta del comma 27 *octies* all'art.216 dell'attuale codice, ad opera del D.L. 32/2019 (c.d. «sblocca-cantieri»), che rinvia ad un nuovo regolamento da emanare<sup>66</sup> per dettare le disposizioni «*di esecuzione, attuative ed integrative*» del D.Lgs. 50/2016, con ciò segnando il crepuscolo del tentativo di semplificare la materia attraverso norme «flessibili», almeno di quelle linee guida fondate sull'art. 31, comma 5 e 36, comma 7, del D.Lgs. 50/2016.<sup>67</sup>

Pertanto, concludendo sulla semplificazione normativa del settore degli appalti si può affermare che l'intento semplificatorio non è stato pienamente raggiunto rimanendo ancora numerose le disposizioni normative applicabili, che devono soddisfare interessi pubblici estremamente rilevanti, *in primis* il recepimento delle direttive europee nonché tutte quelle disposizioni dirette ad evitare accordi collusivi tra la stazione appaltante e gli operatori economici, secondo la c.d. concezione contabilistica, da intendersi non solo come uno strumento finalizzato a proteggere i soggetti pubblici dai fenomeni corruttivi e collusivi, ma anche funzionale a prevenire una gestione non corretta delle finanze pubbliche.<sup>68</sup>

---

<sup>66</sup> E' paradossale che venga ritenuta una norma di semplificazione la reintroduzione del regolamento di attuazione, giacché avrebbe l'obiettivo di ridurre, sebbene solo in parte, gli atti attuativi del codice intervenendo con norme di grado secondario in materia di: nomina e compiti del responsabile del procedimento, progettazione e verifica del progetto, sistema di qualificazione e requisiti degli operatori economici, procedure di affidamento e realizzazione dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie europee, direzione dei lavori dell'esecuzione, esecuzione dei contratti e loro contabilità e collaudo, ed infine lavori riguardanti beni culturali.

<sup>67</sup>In particolare sono certamente destinate a venire meno le linee guida ed i decreti previsti dagli artt. 24, comma 2, 31 comma 5, 36 comma 7, 89 comma 11, 111 comma 1 e 2, 146 comma 4, 147 comma 1 e 2, e 150 comma 2 del codice; non sono invece destinate a scomparire, ma acquistano natura «cedevole», le altre linee guida, che vengono private di effetti, totalmente o parzialmente, nel caso in cui dovessero trattare le materie attribuite all'emanando regolamento ovvero nel caso in cui, comunque, dovessero entrare in contrasto con le disposizioni recate dallo stesso regolamento. Non sembra invece che vengano meno gli altri strumenti di regolazione flessibile quali: bandi – tipo, capitolati – tipo, contratti – tipo etc.

<sup>68</sup>Così si esprime M. OCCHIENA, *Gli appalti pubblici e la semplificazione impossibile*, in *Il diritto dell'economia*, XXVI, n. 81, 2013, 521 ss.

3) Se è possibile affermare che l'obiettivo di attuare una semplificazione normativa del settore dei pubblici appalti non ha conseguito risultati esaltanti, per le ragioni più volte accennate in precedenza e su cui si tornerà in sede di riflessioni conclusive, qualche maggiore successo è invece dato rinvenire nel tentativo di semplificazione amministrativa del settore.

Sotto questo profilo, notevoli sono stati gli sforzi del legislatore per ridurre e semplificare il complesso degli adempimenti che presiedono lo svolgimento delle procedure finalizzate all'affidamento dei contratti pubblici. Molteplici infatti sono state le misure che, in particolare a partire dal governo tecnico presieduto dal Senatore Monti<sup>69</sup>, sono intervenute nel panorama normativo del nostro Ordinamento al fine di semplificare le procedure di affidamento dei contratti pubblici, basti pensare, a titolo meramente esemplificativo, all'introduzione di un tetto di spesa per le opere cosiddette «compensative»<sup>70</sup>, alla riduzione della spesa per gli accordi bonari, all'individuazione, accertamento e prova dei requisiti di partecipazione alle gare mediante collegamento telematico alla Banca dati nazionale dei contratti pubblici, all'estensione dei criteri di autocertificazione per la dimostrazione dei requisiti richiesti per l'esecuzione dei lavori pubblici, alla riduzione del numero delle stazioni appaltanti ed alla loro qualificazione, e, soprattutto, all'inserimento del principio di tassatività delle cause di esclusione, con il necessario corollario dell'ampliamento del potere di soccorso istruttorio e la «standardizzazione» delle procedure, all'uopo prevedendo dei c.d. «bandi-

---

<sup>69</sup>In particolare il governo Monti fece luogo all'introduzione di svariate misure di semplificazione, tuttora presenti nella legislazione vigente, con l'approvazione al decreto legge 13 maggio 2011, n. 70 «*Semestre Europeo - Prime disposizioni urgenti per l'economia*» (G.U. n. 110 del 13 maggio 2011), convertito in legge dalla legge 12 luglio 2011, n. 106 (G.U. n. 160 del 12 luglio 2011) ed entrato in vigore il 14 maggio 2011. Su tali rilevanti misure di semplificazione si rinvia a A. MASSERA, *La pressione sul codice dei contratti pubblici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 10/2011, 1059 ss.

<sup>70</sup>Sulla nozione di «opera compensativa», si veda G. PIZZANELLI, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Politiche ambientali e realizzazione delle grandi opere infrastrutturali*, Milano, Giuffrè, 2010.

tipo» e la piena informatizzazione delle procedure di gara. Strumenti, questi appena citati, inseriti successivamente anche nel *corpus* normativo vigente in materia di appalti allo scopo di semplificare la complessa impalcatura presente nel settore dei contratti pubblici, la quale spesso non permette un'applicazione lineare e inequivoca delle norme, bensì finisce per gravare la stessa di dubbi interpretativi e cavilli formali che in alcun modo facilitano gli addetti ai lavori<sup>71</sup>.

Fra i vari strumenti di semplificazione amministrativa sopra citati, si ritiene meritino un attento esame, in ragione del loro maggiore impatto sulla semplificazione delle procedure, il principio di tassatività delle cause di esclusione nelle gare di appalto e la «standardizzazione» delle procedure di appalto attraverso l'emanazione di «bandi-tipo».

Partendo dall'analisi del principio di tassatività delle cause di esclusione dalle procedure di gara, vale evidenziare che tale principio fu inserito, in origine, dall'art. 4 del D.L. n. 70/2011<sup>72</sup> con la previsione del comma 1 *bis* all'art. 46, del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, vale a dire con il primo codice dei contratti pubblici ed è stato riprodotto, da ultimo, dal comma 8 dell'art. 83 del nuovo codice, approvato con D.Lgs 50/2016.

Con l'introduzione di tale principio il legislatore ha inteso ampliare il potere della stazione appaltante di chiedere la regolarizzazione della documentazione prodotta o l'eventuale integrazione attraverso l'esercizio del c.d. potere di soccorso istruttorio.

Evidenti, dunque, le due principali finalità che ha voluto perseguire il legislatore: da un lato limitare la discrezionalità dell'amministrazione

---

<sup>71</sup>Così si esprime A. MASSERA, *La pressione sul codice dei contratti pubblici*, cit..

<sup>72</sup>Per una puntuale disamina delle misure di semplificazione introdotte dal decreto sviluppo si rinvia a G. BASSI, M. GRECO e A. MASSARI, *Appalti e servizi pubblici dopo le recenti novità: dal decreto sviluppo al decreto semplificazioni*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2012; si veda anche F. CARINGELLA e M. PROTTO, *La Riforma dei contratti pubblici, Commento organico al Decreto Sviluppo (D.L. 13 maggio 2011, n. 70, convertito in L. 12 luglio 2011, n. 106)*, Roma, Dike, 2011.

durante la fase di redazione dei bandi e di determinazione delle cause di esclusione, a tutto vantaggio della massima partecipazione alle procedure di gara; dall'altro perseguire la finalità di ampliare l'ambito di applicazione del potere istruttorio da parte della stazione appaltante, obiettivi che, come affermato dal Consiglio di Stato<sup>73</sup>, trovano il loro presupposto logico nella «dequotazione» delle irregolarità formali nelle quali l'amministrazione e i privati possono incorrere nel concreto svolgersi del procedimento; in altri termini, il legislatore ha inteso codificare una norma che consenta di far prevalere la sostanza sulla forma, evitando di sacrificare la più ampia partecipazione delle imprese alla gara d'appalto per questioni meramente formali. Tra i due interessi pubblici che, per effetto delle circostanze di fatto che si possono verificare in corso di gara, sono suscettibili di venire a trovarsi reciprocamente in tensione, interessi tutelati, da un lato, dal principio della massima partecipazione dei concorrenti alla procedura di gara e, dall'altro, dal rispetto del principio della *par condicio* tra gli stessi concorrenti, il legislatore mostra evidentemente di considerare prevalente il primo, con una scelta che risente fortemente delle opzioni comunitarie.

**3.1)** Come noto, la stazione appaltante - che intende affidare un contratto pubblico a un'impresa per l'esecuzione di lavori, servizi o forniture - deve procedere alla redazione e pubblicazione del bando di gara che contenga le prescrizioni che le imprese partecipanti alla gara devono osservare al fine di

---

<sup>73</sup>Il Cons. Stato, sez. V, nell'ordinanza del 12 ottobre 2011, n. 4496, ha infatti ritenuto che: «...appare illegittima l'esclusione di una ditta da una gara per l'affidamento di un appalto di lavori, che sia motivato con riferimento alla carenza della documentazione comprovante la carica e i poteri del sottoscrittore dell'offerta, nel caso in cui sia pacifico che la persona fisica che ha sottoscritto l'offerta è il legale rappresentante dell'impresa e che tale veste risulta dall'offerta stessa; in tale caso, infatti, da un lato l'esclusione appare in contrasto con gli obblighi di non aggravamento procedimentale sanciti dall'art. 18 della legge n. 241 del 1990 e, dall'altro, la carenza della documentazione comprovante la carica e i poteri del sottoscrittore dell'offerta non integra una delle cause legali tassative che legittimano l'esclusione da gare di appalto, ex art. 46, comma 1 bis, del codice dei contratti pubblici, introdotto dall'art. 4, comma 2, lettera d), del d.l. n. 70/2011, convertito dalla legge n. 106/2011».

presentare l'offerta migliore, prescrizioni che nello specifico riguardano le dichiarazioni circa il possesso dei requisiti di partecipazione<sup>74</sup>.

In caso di mancata osservanza delle suddette prescrizioni, la stazione appaltante può procedere all'esclusione dell'impresa che non ha osservato le prescrizioni contenute nel bando di gara ovvero ad invitare l'impresa a regolarizzare la documentazione o alla integrazione della stessa, attraverso l'esercizio del c.d. potere di soccorso istruttorio della stazione appaltante. Pertanto il potere di soccorso istruttorio, nelle procedure di gara, si pone come un completamento del principio di tassatività delle cause di esclusione.

Il potere di soccorso istruttorio è stato previsto, come anticipato in precedenza, nella sua versione originaria dall'art. 46, comma 1, del D.Lgs. n. 163/2006, secondo cui «*Nei limiti previsti dagli articoli da 38 a 45, le stazioni appaltanti invitano, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati*»<sup>75</sup>.

Tale norma mutuava una regola già prevista agli artt. 16, D.lgs. n. 157 del 1995 e 15, D.lgs. n. 358 del 1992, rubricati «*documenti e informazioni complementari*», regola che nel tempo è stata oggetto di una costante e rigorosa interpretazione da parte del Consiglio di Stato<sup>76</sup>; infatti la norma veniva considerata, in base all'orientamento formatosi in giurisprudenza, di stretta interpretazione quanto all'ambito della integrazione documentale, giacchè, pur avendo la chiara finalità di assicurare la massima partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica, risentiva fortemente della necessità di coordinamento con il principio della parità di trattamento

---

<sup>74</sup>F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, Dike, 2012.

<sup>75</sup>Per i primi commenti sul potere di soccorso istruttorio nelle procedure ad evidenza pubblica di rinvia a: M. SPASIANO e M. TIBERI, *La qualificazione per i servizi e le forniture, in Trattato sui contratti pubblici*, diretto da M.A. Sandulli, R. De Nictolis e R. Garofoli, Tomo II, Milano, Giuffrè, 2008, 1378 ss.; F. DELFINO, *Commento all'art.46 del d.lg. 12 aprile 2006, n. 163*, in *Codice degli appalti pubblici*, a cura di R. Garofoli e F. Ferrari, Roma, 2007, 203 ss.

<sup>76</sup>Cons. St., Sez. V, 18 febbraio 2013, n. 974; Sez. V, 5 dicembre 2012, n. 6248; Sez. V, 25 giugno 2007, n. 3645; Sez. VI, 23 marzo 2007, n. 1423; Sez. V, 20 maggio 2002, n. 2717

tra concorrenti e, non da ultimo, con le esigenze di celerità di svolgimento del procedimento e dell'azione amministrativa in genere. A tale orientamento ha pienamente aderito l'Adunanza Plenaria; quest'ultima, infatti, con la sentenza n. 9/2014 ha individuato la *ratio essendi* del potere di soccorso istruttorio non già in una facoltà, bensì in un doveroso ed ordinario<sup>77</sup> *modus procedendi*, teso a superare inutili formalismi in nome del principio del *favor participationis* e della semplificazione, sia pure all'interno di rigorosi limiti che saranno di seguito precisati.

Sotto altro profilo, e precisamente dal punto di vista sistematico, il «soccorso istruttorio», costituisce un'applicazione legale del principio del giusto procedimento sancito dall'art. 3, l. 7 agosto 1990, n. 241, «che impone all'amministrazione di squarciare il velo della mera forma per assodare l'esistenza delle effettive condizioni di osservanza delle prescrizioni imposte dalla legge o dal bando di gara»<sup>78</sup> e, in ultima analisi, dall'art.6, comma 1, lett. b), della legge 241/1990 che onera il responsabile del procedimento a chiedere d'ufficio la rettifica di dichiarazioni o istanze erronee o incomplete, nell'ambito del principio di leale collaborazione tra P.A. e privati.

Come appena accennato, l'esegesi rigorosa delle disposizioni riguardanti il c.d. «potere di soccorso» nasceva dal fondato timore che l'allargamento del suo ambito applicativo potesse comportare un'alterazione della *par condicio*, violare il canone di imparzialità e di buon andamento dell'azione amministrativa, incidere sul divieto di disapplicazione della *lex specialis* contenuta nel bando ed, infine, eludere la natura decadenziale dei termini cui è soggetta la procedura<sup>79</sup>. Tale rigorosa analisi del «soccorso istruttorio» trovava piena giustificazione anche in considerazione del principio generale

---

<sup>77</sup>Come agevolmente desumibile dal tenore letterale della norma laddove afferma «...invitano, se necessario...».

<sup>78</sup>Ad. Plen. 25 febbraio 2014, n. 9

<sup>79</sup>Per una disamina dei limiti posti al potere di soccorso istruttorio, S. CACACE, *La disciplina dei contratti pubblici dopo il d.lg. 50/2016: i motivi di esclusione e i criteri di selezione*, 2016, Giustizia-amministrativa.it; D. VILLA, *La selezione degli offerenti*, in *Il nuovo diritto dei contratti pubblici*, a cura di F. Caringella, M. Giustiniani e P. Mantini, Roma, Dike, 2016, 273 ss.

dell'auto-responsabilità dei concorrenti, in forza del quale ciascuno di essi sopportava le conseguenze di eventuali errori commessi nella formulazione dell'offerta e nella presentazione della documentazione.

Al fine di definire il perimetro entro cui applicare il potere di soccorso istruttorio, la giurisprudenza amministrativa aveva anche ritenuto di dover andare a monte della questione effettuando una netta distinzione fra «regolarizzazione documentale» ed «integrazione documentale», individuando la linea di demarcazione fra queste due categorie nelle qualificazioni stabilite *ex ante* nel bando, nel senso che il principio del «soccorso istruttorio» veniva considerato inoperante ogni volta che si rinvenivano omissioni di documenti o inadempimenti procedurali richiesti a pena di esclusione dalla legge di gara (specie se si era in presenza di una clausola univoca), dato che la sanzione scaturiva automaticamente dalla scelta operata a monte dalla medesima *lex specialis*, senza che si potesse ammettere alcuna possibilità di esercizio del «potere di soccorso».

Di conseguenza, l'integrazione non era consentita, risolvendosi in un effettivo *vulnus* del principio di parità di trattamento, mentre era invece consentita la mera regolarizzazione, che atteneva a circostanze o elementi estrinseci al contenuto della documentazione e che si traduceva, di regola, nella rettifica di errori materiali e refusi.

Esemplificando, il potere di soccorso istruttorio della stazione appaltante si poteva legittimamente estrinsecare: *a)* nella possibilità delle imprese partecipanti di completare dichiarazioni o documenti già presentati ma non di introdurre documenti nuovi, e solo in relazione ai requisiti soggettivi di partecipazione dell'impresa; *b)* nella possibilità di chiedere chiarimenti, purché il possesso del requisito fosse comunque individuabile dagli atti depositati e occorresse soltanto una delucidazione ovvero un aggiornamento; *c)* nella possibilità per la stazione appaltante di offrire un'interpretazione di clausole ambigue, onde favorire la massima partecipazione alle gare e, conseguentemente, nella possibilità di

consentire, unicamente per questo limitato caso e nel rispetto della *par condicio*, la successiva integrazione documentale.

Alla luce dei principi sopra analizzati si riteneva, come affermato in dottrina<sup>80</sup>, che l'intento del legislatore fosse stato fin da subito quello di codificare uno strumento inteso a far valere, nell'esibizione della documentazione ai fini del superamento della procedura selettiva, la sostanza sulla forma evitando che esigenze puramente formali ostacolassero la più ampia partecipazione delle imprese alla gara, pur nel rigoroso rispetto del principio della *par condicio*, il cui ossequio non consentiva di utilizzare l'integrazione dei documenti per supplire all'inosservanza di adempimenti procedurali rilevanti o addirittura all'omessa produzione di documenti richiesti a pena di esclusione dalla gara<sup>81</sup>. In altri termini, l'intento del legislatore veniva interpretato nel senso di consentire un'integrazione della documentazione mancante nella misura in cui non costituisse una produzione *ex novo* della documentazione; in ultima analisi, si doveva trattare di integrare una documentazione che fosse già stata parzialmente, ancorché tempestivamente, prodotta in sede di gara e che comunque non afferisse agli elementi essenziali dell'offerta<sup>82</sup>.

**3.2)** Nel sistema normativo previgente all'introduzione del principio del soccorso istruttorio, nessun dubbio sussisteva circa l'ampia facoltà attribuita alla pubblica amministrazione di disciplinare il contenuto delle procedure pubbliche, a prescindere dallo specifico oggetto<sup>83</sup>. Come di

---

<sup>80</sup>F. CARINGELLA e M. PROTTO, *La Riforma dei contratti pubblici, Commento organico al Decreto Sviluppo (D.L. 13 maggio 2011, n. 70, convertito in L. 12 luglio 2011, n. 106)*, Roma, Dike, 2011, 33.

<sup>81</sup>Cons. St., sez. V, 27 marzo 2009, n. 1840; A.V.C.P. risoluzione del 19 dicembre 2006, n. 120.

<sup>82</sup>Per esempio, la regolarizzazione documentale non si applicava al caso in cui l'impresa concorrente avesse integralmente omesso la produzione documentale prevista dall'art. 8, Cons. St., sez. V, 15 ottobre 2010, n. 7524.

<sup>83</sup>L'Adunanza Plenaria del 25 febbraio 2014, n. 9, chiamata a pronunciarsi circa la possibilità di applicare il principio di tassatività ex art. 46, comma *bis*, retroattivamente, ha appunto ricordato che: «Prima dell'introduzione nell'ordinamento dei contratti pubblici del principio di tassatività delle cause di esclusione, non si è mai dubitato dell'ampia facoltà intestata all'Amministrazione di individuare, nel rispetto della legge, il

recente osservato dal Supremo Consesso in seduta plenaria<sup>84</sup>, l'obiettivo sotteso al riconoscimento di una discrezionalità così ampia in capo all'amministrazione, trovava la sua ragion d'essere nella *«miglior tutela degli speciali interessi pubblici affidati alla cura dell'Amministrazione di settore, garantendo la duttilità dell'esercizio della funzione pubblica in relazione al caso concreto, in vista del perseguimento dei migliori livelli di legalità, trasparenza ed al contempo di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa (valori compendati nei principi di imparzialità e buon andamento sanciti dall'art. 97 Cost.)»*. In questo modo, come osservato dal Consiglio di Stato, il sindacato che veniva esercitato dal giudice amministrativo, relativamente alle scelte compiute in sede di predisposizione del bando, si limitava ad un controllo nei limiti di vizi presenti nel provvedimento amministrativo e rilevabili *ictu oculi*, in alcun modo intervenendo sulle valutazioni effettuate dall'amministrazione, sia di carattere tecnico che amministrativo<sup>85</sup>.

Stando così le cose – hanno ritenuto i giudici di Palazzo Spada – *«le scelte discrezionali (sia amministrative che tecniche), delle amministrazioni sono state filtrate attraverso il prisma dell'eccesso di potere e delle sue figure sintomatiche di sviamento dalla causa tipica: abnormità, manifesta sproporzione, irragionevolezza, travisamento dei fatti»*.

Tali principi sono stati ampiamente utilizzati anche in materia di gare pubbliche, ambito notoriamente sottoposto ai principi europei e della Corte

---

*contenuto della disciplina delle procedure selettive (c.d. lex specialis della gara), quale ne fosse l'oggetto: reclutamenti di personale, contratti attivi e passivi, affidamento di beni e risorse pubbliche»*.

<sup>84</sup>Adunanza Plenaria del 25 febbraio 2014, n. 9.

<sup>85</sup>*«Coerentemente, il sindacato esercitabile dal giudice amministrativo sulle scelte compiute in sede di predisposizione del bando è stato conformato - in ossequio al principio costituzionale della separazione dei poteri e della riserva di amministrazione nonché dell'assenza, in parte qua, di norme attributive di giurisdizione di merito (arg. ex art. 134 c.p.a.) - ai parametri del controllo estrinseco, nei limiti della rilevabilità ictu oculi del vizio, evitando di sostituire il giudizio del giudice a quello dell'Amministrazione in ordine alle valutazioni che si mantengono nell'ambito dell'opinabilità (tecnica) e della opportunità (amministrativa); in questa prospettiva le scelte discrezionali (sia amministrative che tecniche), delle amministrazioni sono state filtrate attraverso il prisma dell'eccesso di potere e delle sue figure sintomatiche di sviamento dalla causa tipica: abnormità, manifesta sproporzione, irragionevolezza, travisamento dei fatti»*.

di giustizia<sup>86</sup>; infatti, fu proprio quest'ultima ad ammettere, in via di principio, la possibilità che la stazione appaltante potesse fissare cause di esclusione ulteriori rispetto a quelle già determinate per legge, a condizione che fossero rispettati i canoni di proporzionalità e ragionevolezza; in altri termini, era possibile prevedere nel bando di gara cause di esclusione non tipizzate, ma tale previsione doveva essere giustificata da un'esigenza pubblicistica fondata sul principio della ragionevolezza e non sostituibile con una causa meno invasiva, parametrata comunque al canone della proporzionalità.

Il tema della estensione delle cause di esclusione, infatti, ha costituito, fin da subito un particolare problema che la giurisprudenza amministrativa ha inteso risolvere «dequotando» le irregolarità formali, eventualmente presenti nelle offerte presentate dalle imprese concorrenti, in tal modo confermando il principio secondo cui l'invito alla regolarizzazione, così come previsto dall'art. 46 del codice appalti *ante* modifica, configurava un principio generale avente quale unica *ratio* quella di garantire l'interesse pubblico alla massima partecipazione alla gara<sup>87</sup>. L'idea, dunque, era quella di considerare l'originaria previsione del cosiddetto potere di soccorso da parte dell'art. 46 del D.Lgs. 163/2006 quale codificazione di un ordinario *modus procedendi*, volto a far prevalere la sostanza sulla forma nell'esclusivo interesse della *par condicio*<sup>88</sup> fra i concorrenti alla gara, con

---

<sup>86</sup>Corte Giust. CE, 19 maggio 2009, n. 538/07.

<sup>87</sup>Quindi, già prima dell'entrata in vigore del decreto sviluppo si era diffuso ed affermato l'orientamento secondo cui le esclusioni delle imprese disposte in assenza di una chiara previsione della *lex specialis* di gara fossero da ritenersi illegittime. Le clausole di esclusione dovevano inoltre rispondere al canone dell'utilità, canone che connesso alla necessità di evitare inutili appesantimenti della procedura di gara. È stato considerato un metodo operativo irrinunciabile nell'ambito della contrattualistica pubblica (Cons. St., sez. V, 28 febbraio 2011, n. 1245).

<sup>88</sup>«L'inderogabile necessità del rispetto della *par condicio*», Cons. St., sez. V, 27 marzo 2009, n. 1840, costituisce il principale limite che la giurisprudenza amministrativa ha posto rispetto all'ambito di applicazione dell'art. 46 del codice appalti. D'altronde, come è stato osservato: «nell'ambito delle gare per l'affidamento dei contratti pubblici, il rigore formale alle stesse imprese e l'imposizione di severi regimi sanzionatori e di decadenza, rispondono all'esigenza di garantire la *par condicio* tra i concorrenti, che non può certo assumere carattere recessivo rispetto al – spesso confliggente – principio del *favor participationis* dei concorrenti. Ed infatti, occorre in proposito ricordare come nelle

l'effetto quindi di ammettere la possibilità di integrare, completare o chiarire l'offerta in applicazione del principio di prova, principio in base al quale si consente al concorrente di regolarizzare la propria posizione solo qualora emerga la necessità di integrare o emendare documenti o dichiarazioni già rese, senza però introdurre documenti nuovi o modificare l'offerta<sup>89</sup>.

In effetti, tale *ratio* consente un corretto approccio al problema, ovvero quello dell'adeguata interpretazione degli atti disciplinanti la gara, questione che involge un conflitto tra principi funzionali al corretto svolgimento di una procedura di gara: da un lato, la *par condicio* dei concorrenti, intesa quale divieto di discriminare le imprese concorrenti consentendo loro di conoscere tutte le condizioni disciplinanti la gara e di rispettarle; dall'altro, il *favor participationis*, per permettere una più ampia partecipazione alla competizione<sup>90</sup>.

Per quanto concerne la cause di esclusione dalla gara indicate nel bando, si è subito manifestato un netto contrasto giurisprudenziale<sup>91</sup> poiché, se da un

---

*procedure concorsuali pubbliche il formalismo sia preordinato alla tutela del principio della parità tra i concorrenti; i quali devono poter contare su regole stabili valide per tutti, dovendosi garantire una cornice di certezza e di trasparenza competitiva nell'applicazione delle clausole di gara. L'esigenza del rispetto puntuale delle formalità prescritte dalla lex specialis quale efficace presidio a garanzia della par condicio può ben essere oggetto di temperamenti, dovendosi scongiurare un'applicazione meccanica del formalismo procedurale che sorregge il sistema delle gare che contraddica, alla luce delle specifiche circostanze del caso concreto, la fondamentale ed immanente esigenza di ragionevolezza dell'attività amministrativa, finendo così per porsi in contrasto con le stesse finalità di tutela alle quali sono preordinati i generali canoni applicativi delle regole della contrattualistica pubblica e dell'esigenza di favorire la massima partecipazione al fine di fruire dei benefici derivanti dalla competizione concorrenziale. Ne consegue che la regolarizzazione, pur essendo un istituto di carattere generale, volto ad evitare che l'esigenza di assicurare la massima partecipazione alla gara venga compromessa da carenze di ordine meramente formale nella documentazione, incontra tuttavia taluni limiti applicativi rappresentati, innanzitutto, dal rispetto della par condicio tra i concorrenti», Tar Lazio, sez. I bis, 16 dicembre 2008, n. 11405.*

<sup>89</sup> R. PROIETTI, *Commento all'art. 46, in Codice dell'appalto pubblico*, a cura di S. Baccarini, G. Chiné e R. Proietti, Milano, Giuffrè, 2015, 490 ss.

<sup>90</sup> S. PONZIO, *I capitolati negli appalti pubblici*, Napoli, Jovene, 2006, 129.

<sup>91</sup> Sulla disamina del contrasto giurisprudenziale determinatosi, S. NAPOLITANO, *Il principio di tassatività delle clausole di esclusione e il dovere di soccorso istruttorio: i contrasti giurisprudenziali e il rinvio all'Adunanza Plenaria*, in *Gazzetta Amministrativa della Repubblica Italiana*, n. 2/2013.

lato, si riteneva che la scelta dell'amministrazione di prevedere all'interno del bando di gara una causa di esclusione avesse carattere imperativo, comportando quindi, quale sanzione, l'automatica esclusione dell'impresa in caso di inosservanza della medesima, dall'altro, si affermava che la sanzione della esclusione dell'impresa dalla gara potesse essere disattesa allo scopo di agevolare quanto più possibile la partecipazione delle imprese alla stessa, laddove, naturalmente, i motivi di ordine formale non alterassero la parità delle condizioni tra i concorrenti.

Come si avrà modo di vedere nel prosieguo, la nuova previsione del soccorso istruttorio, inserita originariamente nel decreto sviluppo, ha stabilizzato l'oscillante equilibrio fra cause di esclusione e potere di soccorso facendo proprio l'ultimo orientamento giurisprudenziale citato, ma rafforzandolo ulteriormente attraverso la specifica previsione della tassatività delle cause di esclusione e della nullità di quelle clausole dei bandi che ne prevedano di ulteriori.

**3.3**L'art. 83, comma 8, del nuovo codice degli appalti ribadisce il principio di tassatività delle cause di esclusione, già inserito nel codice del 2006, stabilendo che: *«i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle»*. La disposizione poi prosegue ammettendo la possibilità di sanare, ricorrendo alla procedura del soccorso istruttorio, le eventuali carenze di qualunque elemento formale della domanda, con la sola esclusione delle eventuali carenze riguardanti i contenuti dell'offerta economica e dell'offerta tecnica, ovvero di quelle carenze documentali di portata tale da non permettere l'identificazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa.

Leggendo attentamente tale disposizione normativa, è agevole riscontrare la portata innovativa della stessa al fine di semplificare la procedura di affidamento di un contratto pubblico, garantendo la più ampia partecipazione delle imprese; infatti, viene introdotto il criterio di

tipizzazione *ex ante* delle cause di esclusione; non sussistendo più, dunque, la possibilità da parte della stazione appaltante di inserire nel bando di gara cause di esclusione non normativamente previste. In altre parole, le cause di esclusione costituiscono ormai un *numerus clausus* di fattispecie dai contorni tipicamente e tassativamente preordinati dalla legge, la cui evidente *ratio* è quella di favorire la massima partecipazione alla gara, riducendo, da un lato, la discrezionalità delle stazioni appaltanti di imporre e sanzionare con la misura espulsiva adempimenti puramente formali e non previsti dalla legge o, ancora, non necessari, e, dall'altro, di evitare di aggravare gli oneri procedurali a carico dei concorrenti.

Secondo il disposto normativo sopra integralmente riportato, la stazione appaltante che ha indetto una gara per l'affidamento di un contratto pubblico è quindi tenuta<sup>92</sup> ad escludere i candidati in presenza dei seguenti presupposti: i) mancato adempimento delle prescrizioni previste a pena di esclusione dal codice dei contratti ovvero da altre disposizioni di legge vigenti<sup>93</sup>; ii) incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta economica e tecnica; iii) irregolarità che riguardano la documentazione, ma nella sola ipotesi in cui esse non consentano la individuazione del suo contenuto o della provenienza dal soggetto che è responsabile della stessa.

---

<sup>92</sup>L'uso dell'indicativo presente («La stazione appaltante esclude i candidati») indica il dovere, in capo alla stazione appaltante, di procedere all'esclusione dei candidati, e non le attribuisce pertanto una mera facoltà.

<sup>93</sup>Come statuito dai giudici nell'A.P. n. 9/2014, «il richiamo generico alle leggi va precisato, in una con la giurisprudenza costituzionale, nel senso che si tratti esclusivamente di leggi statali, posto che: 1) "... l'intera disciplina delle procedure ad evidenza pubblica è riconducibile alla tutela della concorrenza, con la conseguente titolarità della potestà legislativa, in via esclusiva, in capo allo Stato; in particolare, la disciplina delle procedure di gara, la regolamentazione della qualificazione e selezione dei concorrenti, delle procedure di affidamento e dei criteri di aggiudicazione mirano a garantire che le medesime si svolgano nel rispetto delle regole concorrenziali e dei principi comunitari della libera circolazione delle merci, della libera prestazione dei servizi, della libertà di stabilimento, nonché dei principi costituzionali di trasparenza, di parità di trattamento, di non discriminazione " (cfr., *ex plurimis* e da ultimo, Corte cost. 7 novembre 2013, n. 259; 26 febbraio 2013, n. 28)».

Tuttavia, come osservato in dottrina<sup>94</sup>, è possibile racchiudere i tre presupposti sopra elencati in due criteri osservati dal legislatore: a) il criterio che stabilisce l'esclusione dalla gara quale conseguenza della violazione di chiare prescrizioni imposte dal codice degli appalti<sup>95</sup> e da altre leggi<sup>96</sup>; b) ulteriori cause di esclusione tratte dall'elaborazione giurisprudenziale e dalla prassi<sup>97</sup>. Accanto a queste ipotesi, inoltre, sussistono previsioni che, seppur non indicate espressamente dal codice, sono da osservare a pena di esclusione, in quanto impongono comunque adempimenti imperativi, il che accade, per esempio, per quelle disposizioni relative ai termini di presentazione delle offerte ovvero alla prestazione della cauzione provvisoria<sup>98</sup>.

---

<sup>94</sup>F. CARINGELLA e M. PROTTO, *La Riforma dei contratti pubblici*, cit.

<sup>95</sup>Il codice prevede un numero ristretto di cause di esclusione espresse: in questa sede si ricordano, tra le altre, il difetto dei requisiti di carattere generale (artt. 80 e 136), il carattere anormalmente basso delle offerte (art.97), il difetto di impegno a prestare la garanzia per la buona esecuzione del contratto (art. 67), il divieto di modifica del RTI e dei consorzi dopo la presentazione dell'offerta (art.48) e altre ipotesi. Il codice tuttavia consente alla *lex specialis* di introdurre ulteriori cause di esclusione attinenti alla fissazione di requisiti di ammissione «speciali», nel rispetto però del principio di proporzionalità ed adeguatezza.

<sup>96</sup>A titolo esemplificativo, può citarsi il caso in cui il bando prescriva determinate modalità di sigillatura dei plichi ed il concorrente non le osservi. In tal caso, qualora sia comunque garantita una chiusura ermetica tale da impedire ogni accesso o da rendere evidente ogni tentativo di apertura (Cons. St., sez. IV, 10 marzo 2011, n. 1553), alla stazione appaltante è inibito disporre l'esclusione, pena la illegittimità della stessa. Ancora, non può più ritenersi consentito prescrivere nel bando, a pena di esclusione, adempimenti formali consistenti, ad esempio, nell'allegazione dell'elenco dei documenti inseriti nelle diverse buste o nell'allegazione di più copie della stessa documentazione già prodotta.

<sup>97</sup>Per quanto concerne i presupposti di tali ulteriori ipotesi di esclusione dalle procedure di gara, è doveroso osservare che si tratta di ipotesi ampie, il cui contenuto si configura caso per caso e che vengono elaborate dalla prassi, dall'Autorità Nazionale anticorruzione e dalla giurisprudenza.

<sup>98</sup>Di recente, in riferimento a quest'ultima ipotesi, si è pronunciata l'Adunanza Plenaria n. 9/2014, la quale ha evidenziato come «*Questa interpretazione del principio di tassatività delle cause di esclusione, in forza della quale la tassatività può ritenersi rispettata anche quando la legge, pur non prevedendo espressamente l'esclusione, imponga, tuttavia, adempimenti doverosi o introduca norme di divieto, è stata espressamente affermata dall'Adunanza plenaria nel senso della non necessità, ai sensi dell'art. 46, co. 1 bis, codice dei contratti pubblici, che la sanzione della esclusione sia espressamente prevista dalla norma di legge allorquando sia certo il carattere imperativo del precetto che impone un determinato adempimento ai partecipanti ad una gara*» e ancora che «*La cogenza delle cause legali di esclusione disvela il carattere non solo formale del principio di tassatività – ovvero il suo atteggiarsi a enunciato esplicito*

Esemplificando, con il comma 1-*bis* dell'art. 46 del codice appalti del 2006, confermato dal comma 8 dall'art.83 del nuovo codice, la legittimità di esclusione di un concorrente da una gara non è più ancorata alla discrezionalità della stazione appaltante e/o ad un'indagine effettuata successivamente dal giudice amministrativo circa l'utilità e la ragionevolezza della clausola vietata, bensì ad un giudizio preventivo e generale che si esprime attraverso la codificazione, da parte del legislatore, di regole puntuali e con la redazione di bandi tipo da parte dell'AVCP (oggi ANAC); inoltre, l'effettività del principio in esame è presidiata da un espresso divieto della introduzione di ulteriori ed «atipiche» cause di esclusione nei bandi di gara e dall'applicazione della sanzione di nullità, qualora esse siano ugualmente introdotte.

Quanto detto fa ragionevolmente presupporre che le clausole di bando che prevedano cause di esclusione non rientranti fra quelle ammesse, possano essere automaticamente considerate inefficaci e, di conseguenza, disapplicabili dal giudice amministrativo, senza che sia nemmeno necessaria un'azione della pubblica amministrazione in via di autotutela o l'annullamento in via giurisdizionale, azione che si configurerebbe invece come necessaria qualora si incorresse nella tradizionale forma di invalidità del provvedimento amministrativo rappresentata dall'annullabilità.

Infine, per quanto concerne l'ambito di applicazione della disposizione in esame occorre considerare che questa si applica generalmente sia ai settori ordinari che ai settori speciali, in virtù di quanto disposto dal medesimo comma 8 che fa testuale riferimento alle «*stazioni appaltanti*», la cui

---

*della medesima causa di esclusione - ma anche e soprattutto la sua indole sostanziale: la riforma del 2011, infatti, ha inteso selezionare e valorizzare solo le cause di esclusione rilevanti per gli interessi in gioco, a quel punto imponendole, del tutto logicamente, come inderogabili non solo al concorrente ma anche alla stazione appaltante. Il legislatore ha così inteso effettuare direttamente il bilanciamento tra l'interesse alla massima partecipazione alle gare di appalto ed alla semplificazione, da un lato, e quello alla speditezza dell'azione amministrativa ed alla parità di trattamento, dall'altro, mettendo l'accento sui primi a scapito dei secondi ma salvaguardando una serie predefinita di interessi, selezionati ex ante, perché ritenuti meritevoli di una maggior protezione rispetto ad altri, in guisa da sottrarli alla discrezionalità abrogatrice della stazione appaltante».*

*nozione ricomprende anche gli enti aggiudicatori che operano nei settori speciali. Inoltre anche l'importo del contratto non assume alcuna rilevanza ai fini dell'applicabilità del principio, potendosi trattare di un contratto di appalto sia inferiore, che superiore alle soglie comunitarie.*

**3.4)** Per avere un quadro normativo più chiaro entro il quale circoscrivere gli obiettivi di semplificazione prefissati dal legislatore fin dal 2011 (con il c.d. decreto sviluppo), è necessario esaminare il principio di tassatività delle cause di esclusione in combinato disposto con l'introduzione di un particolare strumento di semplificazione, costituito dai c.d. bandi-tipo. L'effetto combinato della introduzione delle due diverse ma convergenti misure di semplificazione è evidentemente quello di ottenere una «standardizzazione» delle procedure, semplificando gli oneri partecipativi alla gara, rendendo al contempo più agevole e rapida l'individuazione del contraente e la successiva formazione del contratto, con l'ulteriore obiettivo di ridurre i possibili contenziosi. In tal senso già con l'art. 64, comma 4 bis, del vecchio codice, come modificato dall'art.4 del decreto sviluppo, aveva statuito che *«i bandi sono predisposti dalle stazioni appaltanti sulla base di modelli (bandi-tipo) approvati dall'Autorità, previo parere del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e sentite le categorie professionali interessate, con l'indicazione delle cause tassative di esclusione di cui all'articolo 46, comma 1-bis»*. L'art.71 del nuovo codice conferma tale disposizione, prevedendo che i bandi-tipo siano adottati al fine di agevolare l'attività delle stazioni appaltanti *«omogeneizzandone le condotte»* ed aggiungendo che i bandi di gara sono redatti, da parte delle stazioni appaltanti, in conformità dei predetti bandi-tipo.

Dunque, stando al tenore della norma, per la predisposizione dei bandi di gara, le stazioni appaltanti sono tenute ad utilizzare modelli - c.d. «bandi tipo» – cui devono necessariamente conformarsi.

In questo modo, come già osservato<sup>99</sup>, la redazione di modelli di bandi di gara costituisce un parametro di riferimento certo secondo il quale misurare la correttezza dell'operato delle stazioni appaltanti. Queste ultime, nel caso in cui intendano derogare al contenuto del bando-tipo, sono espressamente<sup>100</sup> tenute a motivare in tal senso già in sede di delibera a contrarre. La possibilità delle amministrazioni pubbliche di discostarsi eventualmente dal contenuto del bando-tipo, previa adeguata motivazione, consente di inquadrare tali atti, sotto il profilo della loro natura giuridica, nell'ambito della categoria delle linee-guida non vincolanti, assimilabili alle direttive ovvero agli atti di indirizzo, il cui *deficit* motivazionale in ordine alle ragioni della deroga dalle prescrizioni del bando-tipo può rilevare come sintomo del vizio di eccesso di potere.

Appare del tutto evidente che l'introduzione di uno strumento standardizzato di questo tipo si coniuga opportunamente con esigenze di flessibilità, in quanto consente di recepire eventuali modifiche normative assicurando, *ipso facto*, un elevato grado di standardizzazione nelle procedure di gara, con evidenti benefici in termini di riduzione del contenzioso.

A tal proposito, in adesione a quanto osservato da parte della dottrina<sup>101</sup>, si ritiene che il fine che il legislatore ha inteso perseguire con l'inserimento dei bandi-tipo sia stato quello di incrementare la massima partecipazione nonché il livello di concorrenza all'interno delle procedure di gara, evitando, in tal modo, il dilagante fenomeno dei «bandi fotografia», nonché l'aumento delle esclusioni delle imprese dalle procedure di affidamento sulla base di violazioni di prescrizioni di carattere meramente formale.

---

<sup>99</sup>CARINGELLA F.e PROTTO M., *La Riforma dei contratti pubblici*, cit., 35.

<sup>100</sup>Il comma 4 *bis* dell'art. 4 del codice appalti prevede, infatti, che «I bandi sono predisposti dalle stazioni appaltanti sulla base di modelli (bandi - tipo) approvati dall'Autorità, previo parere del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e sentite le categorie professionali interessate, con l'indicazione delle cause tassative di esclusione di cui all'articolo 46, comma 1 bis. Le stazioni appaltanti nella delibera a contrarre motivano espressamente in ordine alle deroghe al bando – tipo»

<sup>101</sup>R. DE NICTOLIS, *Il codice dei contratti pubblici: la semplificazione che verrà*, cit.

Su questa scia, di recente, il Consiglio di Stato, in seduta plenaria<sup>102</sup>, ha aggiunto che il principio di tassatività delle cause di esclusione e la previsione di bandi tipo sono stati introdotti, oltre che *per porre un freno al dilagante fenomeno dei bandi fotografia*, anche per soddisfare le esigenze della massima certezza e stabilità del quadro regolatorio a sostegno delle imprese e del mercato (...) e per accelerare la definizione delle procedure (e dei processi) in materia di appalti<sup>103</sup>.

6) A conclusione *dell'excursus* operato nei precedenti paragrafi, è possibile tracciare un bilancio dei tentativi di semplificazione operati negli ultimi anni dal legislatore nel settore dei contratti pubblici.

In primo luogo si può affermare – come si è tentato di evidenziare nelle pagine che precedono – che il legislatore ha svolto la sua azione tanto sul versante della semplificazione normativa, che amministrativa.

Con la prima si è tentato, soprattutto con i due codici di settore emanati nel 2006 e nel 2016, di coniugare il recepimento delle direttive europee con l'obiettivo di far confluire tutta la normativa di settore in un unico testo, al contempo perseguendo la finalità di riordinare espressamente la materia, senza tralasciare anche l'ambizione di enucleare principi e chiarire le regole.

Si è già accennato al fatto che tale tentativo è, almeno in parte, fallito.

---

<sup>102</sup>Adunanza Plenaria Consiglio di Stato, 25 febbraio 2014, n. 9.

<sup>103</sup>Il Supremo Consesso, in seduta plenaria, ha infatti affermato che: «A cagione della straordinaria importanza che ha assunto il mercato degli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, nell'economia di ciascuno Stato membro e dell'Unione europea nel suo complesso, sono state elaborate, nel tempo, una serie sempre più articolata e complessa di regole costitutive di un corpus normativo autonomo. In quest'ambito, per soddisfare le esigenze della massima certezza e stabilità del quadro regolatorio a sostegno delle imprese e del mercato, per porre un freno al dilagante fenomeno dei c.d. «bandi fotografia», e per accelerare la definizione delle procedure (e dei processi) in materia di appalti, il legislatore italiano è intervenuto nel 2011 operando su tre fonti: a) è stato introdotto, unicamente in questo settore, il principio di tassatività delle cause di esclusione; b) sono stati previsti i c.d. «bandi tipo» da cui le amministrazioni possono discostarsi solo con adeguata motivazione; c) è stato ampliato l'utilizzo delle dichiarazioni sostitutive».

A tale parziale fallimento hanno contribuito vari fattori: la natura particolarmente dettagliata delle direttive da recepire che, di certo, non ha favorito la riduzione delle disposizioni applicabili; la impossibilità che la codificazione si ponga come definitivamente esaustiva della disciplina di settore, sia perché in proposito comunque permane una competenza, ancorché limitata, delle regioni, sia perché lo stesso impianto codicistico è stato più volte interessato da norme correttive ed integrative, oltre che da ulteriori interventi normativi («extravaganti») inseriti, a seconda del momento politico e del «sentire comune» (si pensi alle norme anticorruzione), nei più disparati provvedimenti legislativi i quali hanno senz'altro compromesso la già precaria organicità del codice; la difficoltà di rendere chiare le regole, sia perché le direttive europee, di cui i codici hanno fatto recepimento, costituiscono una «*sintesi di terminologie e regimi giuridici differenziati*» con il risultato che ne discendono «*sistemi ibridi che subiscono un'ulteriore ibridazione quando si innestano nei preesistenti tessuti nazionali*»<sup>104</sup>, sia perché il tentativo di alleggerire la normativa primaria e secondaria, demandando l'attuazione ed esecuzione delle regole codicistiche allo sconosciuto (almeno fino a quel momento) strumento della *soft law*, non ha affatto raggiunto l'intento di risolvere o eliminare le problematiche esegetiche ed applicative ma anzi, anche per il carattere marcatamente discorsivo in cui si sono estrinsecate le linee guide della Autorità nazionale anti corruzione (ANAC), esse hanno creato ulteriori problemi operativi, ampliando a dismisura le disposizioni e le prescrizioni da osservare, in netta antitesi con l'intento semplificatorio e riduttivo dello *stock* delle regole, intento che aveva originariamente ispirato la *ratio* della riforma<sup>105</sup>.

---

<sup>104</sup>La citazione è tratta da R. De NICTOLIS, *cit.*, 13 ss.

<sup>105</sup>Il Consiglio di Stato, nel parere del 1 aprile 2016, n. 855 ha individuato, in base alle previsioni del codice, circa cinquanta atti attuativi emanati dai più disparati soggetti pubblici (Anac, Ambiente, Infrastrutture, Mef, Mise, Interno, ecc.); appare quindi evidente che lo scopo di semplificare le regole, passando dal regolamento a strumenti di regolazione più flessibili, è apparso fin da subito frustrato da questa pletera di atti tra loro disomogenei e aventi una variegata natura giuridica, pregiudicando *ab initio* la possibilità di avere una disciplina di settore organica, sintetica ed unitaria.

Risultati sicuramente più apprezzabili hanno invece conseguito gli interventi del legislatore in tema di semplificazione procedimentale. Si è trattato certamente di interventi più puntuali volti (con un certo successo) a ridurre la complessità ed onerosità degli adempimenti procedurali ed a migliorare l'efficienza dell'azione amministrativa nel settore degli appalti pubblici, basti solo pensare alle sforzo di ridurre al minimo le cause di esclusione, rese tassative e determinate, o alla «standardizzazione» delle procedure attraverso la enucleazione dei c.d. bandi-tipo. Tuttavia è innegabile come tali interventi di semplificazione<sup>106</sup> siano stati «*limitati ad istituti ed ambiti specifici*»<sup>107</sup>, con la conseguenza di mantenere l'impianto generale della regolazione dei procedimenti ad evidenza pubblica sostanzialmente complesso e ridondante.

Le ragioni che giustificano questa percepibile difficoltà a ridurre, da un lato le «regole» e, dall'altro, alleggerire le procedure si rinvergono nel fatto che, nel settore degli appalti pubblici, la semplificazione, sia normativa che amministrativa, si presenta «*ab initio*» oggettivamente complessa in ragione del coacervo di interessi di natura eterogenea che l'azione amministrativa deve soddisfare nell'ambito del medesimo settore. Tali interessi, infatti, spaziano dalla tutela della concorrenza alla prevenzione della corruzione, dalla protezione della sicurezza dei lavoratori alla salvaguardia dell'ambiente, dalla migliore allocazione delle risorse pubbliche alla tutela di valori giuslavoristici e sociali, dalla lotta ai tentativi di infiltrazione delle mafie nel settore degli appalti pubblici, agli incentivi per lo sviluppo delle piccole e medie imprese. Si tratta, all'evidenza, di esigenze tra di esse estremamente differenziate, che postulano approcci procedurali affatto diversi, risultando di fatto impossibile ricondurli *ad*

---

<sup>106</sup>Va anche detto che accanto ad interventi volti alla semplificazione si è assistito anche ad interventi di segno opposto, volti a maggiormente proceduralizzare istituti già fortemente complessi, basti solo richiamare alla memoria la maggiore complicazione procedimentale introdotto dal recente decreto c.d. «sblocca cantieri» in tema di offerte anormalmente basse.

<sup>107</sup>L'osservazione è di M. OCCHIENA, *cit.*

*unitatem*, costituendo quindi un ulteriore ostacolo ad una effettiva ed incisiva semplificazione.

Al contempo, lo stesso procedimento ad evidenza pubblica non può più considerarsi ontologicamente unitario, dovendosi adattare e conformare a vari regimi differenziati di appalto che vanno dai settori ordinari a quelli speciali, dagli appalti c.d. esclusi alle concessioni ed ai contratti finalizzati alla difesa, senza tralasciare il vero e proprio dedalo costituito dagli appalti regolati da discipline c.d. «alleggerite» e che, a loro volta, variano dai contratti «sotto-soglia» ai contratti relativi ai beni culturali, dai contratti c.d. segreti<sup>108</sup> agli appalti di ricerca e sviluppo, solo per citarne i principali<sup>109</sup>. Il tutto reso ancora più complicato dal fatto che l'espressione del principio della tutela della concorrenza anche al di fuori del perimetro della legislazione europea degli appalti, con il conseguente corollario del rispetto dei principi di parità di trattamento, non discriminazione, proporzionalità e trasparenza, ha esteso il rispetto di formalità pro-concorrenziali anche a fattispecie contrattuali di esiguo valore economico, che avrebbero invece potuto godere di procedure decisamente più alleggerite e meno onerose.

Tutte queste ragioni, ancorché sommariamente accennate, le quali sono generalmente espressione di interessi e finalità contrapposte o, comunque, difficilmente conciliabili, rendono evidentemente ardua, se non impossibile<sup>110</sup>, una vera semplificazione dell'azione amministrativa nel settore degli appalti pubblici, tendendo il legislatore – per le plurime motivazioni sovraesposte – a dettare disposizioni sempre più minuziose, oltre a regolamentare tutti i passaggi e le fasi della procedura ad evidenza pubblica, proprio al fine di tentare di soddisfare e conciliare le molteplici e svariate esigenze che si riscontrano nel settore.

---

<sup>108</sup>In proposito, S. NAPOLITANO, *La c.d. segregazione: procedure ed effetti sulla disciplina degli appalti*, in *Amministrazione e contabilità dello Stato e degli enti pubblici*, n. 2/1988, 87 ss.

<sup>109</sup>Infatti l'enumerazione andrebbe completata aggiungendovi i contratti relativi alla protezione civile, alla cooperazione internazionale, agli appalti *North atlantic treaty organization* (NATO) ed agli affidamenti alle cooperative sociali.

<sup>110</sup>In tal senso appaiono lungimiranti le riflessioni esposte in proposito da E. CASSETTA, *La difficoltà di semplificare*, cit, 335 ss.

Infatti, l'impostazione che il legislatore nazionale ha inteso dare ai tentativi di semplificazione del settore è stata quella di ridurre il più possibile la discrezionalità delle pubbliche amministrazioni e l'autonomia degli enti locali attraverso una dettagliata congerie di regole, facendo ricorso a procedure e moduli standardizzati e sviluppando modelli informatizzati a livello nazionale.

Questa impostazione risente ancora della profonda sfiducia sviluppatasi nei confronti delle stazioni appaltanti conseguente alla stagione giudiziaria definita «tangentopoli» e non è affatto un caso che la crescita esponenziale (che in alcuni momenti è apparsa quasi caotica) delle norme che regolano il settore sia avvenuta negli ultimi venticinque anni, proprio a partire da quelle vicende giudiziarie, come non è affatto un caso l'incorporazione della Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici nell'ambito dell'Autorità Nazionale Anticorruzione che dimostra come, la visione di fondo che anima le scelte del nostro legislatore, sia quella di un'emergenza «continua» che pervaderebbe il settore degli appalti pubblici.

Tutto ciò crea un contrasto di fondo con la filosofia che, invece, ispira il legislatore europeo e che appare decisamente più liberale, determinando un ulteriore ostacolo ad una vera semplificazione. Tant'è vero che nell'attività di recepimento delle direttive europee, tra le due tecniche del *gold plating* e del *copy out*, la prima caratterizzata da un aumento dei requisiti minimi procedurali, partecipativi, e sanzionatori, fissati a livello europeo, e l'altra che si sostanzia, invece, nella riproduzione fedele (quasi pedissequa) della disciplina europea, il nostro legislatore ha dato preferenza alla prima<sup>111</sup> dettando una disciplina, per molti aspetti, più onerosa sotto il profilo

---

<sup>111</sup>E' pur vero che l'art. 213, 2 comma, d.lg. 50/2016, impone il divieto di introdurre o mantenere livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dal codice o dalla legge delega n. 11/2016 e quest'ultima, a sua volta, stabilisce il divieto di introdurre o mantenere livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive europee, tuttavia, in base al richiamo all'art. 24-quater della legge 246/2005, è consentita la deroga del livello minimo di regolazione europea in base a circostanze eccezionali, deroga a cui il legislatore ha fatto ampio ricorso, ad esempio, per tentare di contrastare le infiltrazioni mafiose ovvero per combattere la corruzione e la concussione.

procedurale (basti pensare alle norme sui requisiti di partecipazione, sull'avvalimento, sul criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, sui contratti «sotto-soglia», sul subappalto, sui contratti esclusi, solo per citarne alcuni).

Ebbene, sarebbe forse il caso di ripensare a tale approccio, visto che l'irrigidimento della disciplina non ha portato univoci e duraturi vantaggi in termini di lotta alla corruzione<sup>112</sup> o alle mafie o, comunque, una maggiore efficacia ed efficienza dell'azione amministrativa nel settore, mentre ha senza dubbio comportato un appesantimento delle procedure, un aumento dei relativi oneri, un incremento dei problemi esecutivi ed applicativi, un incremento del contenzioso, quest'ultimo verificabile, in pratica, in occasione di ogni singola procedura di gara.

---

<sup>112</sup> La relazione dell'Unione sulla lotta alla corruzione, del febbraio 2014, vale a dire a ben otto anni dall'entrata in vigore del primo codice dei contratti pubblici, così testualmente si esprimeva «...il già citato rapporto del 2012 della commissione ad-hoc individua negli appalti pubblici un settore particolarmente esposto al rischio di corruzione. In Italia il ricorso a procedure negoziate (soprattutto senza pubblicazione del bando) è più frequente della media: nel 2010 rappresentava infatti il 14% del valore dei contratti, contro il 6% della media dell'Unione. Questo fattore aumenta il rischio di condotte corrotte e fraudolente. Secondo il sondaggio Eurobarometro del 2013 sulla corruzione, per gli italiani la corruzione è un fenomeno diffuso negli appalti pubblici gestiti dalle autorità nazionali (70% dei rispondenti italiani contro il 56% della media UE) e negli appalti gestiti dagli enti locali (69% dei rispondenti italiani contro il 60% della media UE). Nello specifico i rispondenti italiani ritengono le seguenti pratiche particolarmente diffuse nelle gare d'appalto pubbliche: capitolati su misura per favorire determinate imprese (52%); abuso delle procedure negoziate (50%); conflitto di interesse nella valutazione delle offerte (54%); offerte concordate (45%); criteri di selezione o di valutazione poco chiari (55%); partecipazione degli offerenti nella stesura del capitolato (52%); abuso della motivazione d'urgenza per evitare gare competitive (53%); modifica dei termini contrattuali dopo la stipula del contratto (38%). In Italia il settore delle infrastrutture è a quanto pare quello in cui la corruzione degli appalti pubblici risulta più diffusa; dato che le risorse in gioco sono cospicue, il rischio di corruzione e infiltrazioni criminali è particolarmente elevato. Anche il rischio di collusione è peraltro elevato dal momento che solo pochi prestatori sono in grado di fornire le opere, le forniture e i servizi interessati. Secondo studi empirici, in Italia la corruzione risulta particolarmente lucrativa nella fase successiva all'aggiudicazione, soprattutto in sede di controlli della qualità o di completamento dei contratti di opere/forniture/servizi.»

A tale approccio, che comprime la discrezionalità e incrementa le regole, si potrebbe opporre, almeno negli spazi di manovra che residuano alla normativa nazionale, l'approccio tipico della cultura anglosassone fondata su meno regole, ma più chiare e sintetiche, e sull'attribuzione di maggiore discrezionalità alle stazioni appaltanti. Naturalmente tale diverso approccio dovrebbe essere adattato ad un quadro esigenziale e di tutela di interessi decisamente più articolato e complesso rispetto ad altre realtà ordinarie.

Tuttavia, una volta preso atto di tale complesso panorama esigenziale e delle relative conseguenze in tema di articolazione e complessità delle varie fasi procedurali, si potrebbe tentare di ampliare i margini di discrezionalità delle stazioni appaltanti, oggi veramente ridotti al minimo, il cui incremento va di pari passo con la possibilità di introdurre procedimenti meno formalizzati e più flessibili<sup>113</sup> ed, allo stesso tempo, di operare nel senso di rendere meno oscure ed ambigue le regole<sup>114</sup>, soprattutto quelle di derivazione europea<sup>115</sup>, procedendo anche ad una drastica riduzione formale dei commi e dei periodi degli articoli, riportando quindi questi ultimi ad una più consona sinteticità che ne possa meglio favorire l'interpretazione letterale e sistematica, tanto al livello nazionale che europeo; insomma regole chiare, univoche, organiche e coordinate che

---

<sup>113</sup>Ad esempio si potrebbe ipotizzare un ampliamento del ricorso alla procedura negoziata anche nella fascia di valore dell'appalto da un milione di euro fino alla soglia europea, né vi sarebbe il pericolo di un aumento, almeno potenziale, della corruzione giacché si potrebbe fare un uso più ampio, nei limiti della predetta soglia, dell'aggiudicazione con il sistema del prezzo più basso, criterio assolutamente «meccanicistico» di selezione del contraente della p.a..

<sup>114</sup> In qualche caso, anche mantenendo inalterata la regola e i suoi oneri procedurali, ma solo operando sul «tempo» in cui effettuare l'adempimento dell'onere, si ottiene un notevole effetto semplificatorio; un esempio è dato dalla recente modifica operata dalla legge 55/2019 che ha dato alle stazioni appaltanti (estendendo ai settori ordinari, ancorché per un periodo limitato, una previsione originariamente dettata per quelli speciali) la facoltà di decidere che le offerte economiche siano esaminate prima della verifica della documentazione. E' del tutto evidente che con la mera inversione procedimentale, i controlli sulla documentazione andranno effettuati solo nei confronti dell'aggiudicatario e non di tutti i concorrenti, fatti salvi i controlli a campione secondo le modalità stabilite nei documenti di gara.

<sup>115</sup>Regole che un illustre Autore (GIANNINI) definì una vera e propria «*enigmistica giuridica*».

possano costituire un fattore di rilancio economico per il Paese aumentando, al contempo, la contendibilità del mercato degli appalti pubblici.

In tali ambiti, che potrebbero apparire limitati ma non lo sono affatto, lo sforzo di semplificazione della disciplina di settore può ottenere qualche ulteriore e ragionevole margine di successo, traducendosi in quella maggiore efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa ambita dal legislatore, giacché *«tutte le idee che hanno enormi conseguenze sono sempre idee semplici»*<sup>116</sup>.

---

<sup>116</sup>Citazione tratta da LEV TOLSTOJ, in *Guerra e Pace, epilogo*, 1, XVI.