

«...I tempi attuali sono..., quelli dell'incertezza; noi viviamo – si dice – nella “società dell'incertezza”... Il “diritto inconoscibile” impedisce il calcolo economico, pregiudica le aspettative, blocca o ostacola gli investimenti e la loro convenienza...

Se il ruolo del giudice è quello di interpretare un sistema complesso, il suo servizio principale consiste nel fornire dei punti di riferimento di coerenza e di chiarezza.

Questo ruolo del giudice amministrativo – che si inserisce nel solco di una tradizione ultracentenaria, ma si colora di profili di novità proprio a causa della complessità del sistema nel quale oggi egli si trova ad operare – è bene posto in luce nell'opera in esame, che, nella sua struttura, nell'analisi delle problematiche, nell'approfondimento della copiosa giurisprudenza e dei cospicui apporti dottrinari, denota un impegno serio, tradottosi in un itinerario argomentativo chiaro e coerente.

Essa offre al lettore un indirizzo valutativo e interpretativo della nuova disciplina, tenendo conto del dibattito sviluppatosi sulle norme precedenti e individuando le linee di continuità, di evoluzione o di innovazione tra tali norme e le nuove.

Trattasi di un volume che può vantare giustamente ambizioni scientifiche e che si caratterizza per la modernità e la completezza, sì da soddisfare l'esigenza, sempre più avvertita da professionisti, amministrazioni e operatori, di disporre di validi strumenti di analisi e di approfondimento, idonei ad offrire, in uno alla ricostruzione degli istituti esaminati, un contributo adeguato per lo scioglimento degli innumerevoli “nodi” interpretativi e applicativi di cui al titolo del volume...».

(Dalla prefazione di Pasquale de Lise).

ISBN 978-88-6611-741-4



9 788866 117414

€ 32,00



CACUCCI  EDITORE
BARI

I nodi del codice dei contratti pubblici

a cura di

Fabio Garella – Marco Mariani
Leonardo Spagnoletti – Emilio Toma

I NODI DEL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

prefazione di

Pasquale de Lise
Presidente emerito del Consiglio di Stato

Fabio Garella, già Vice Segretario Generale del Senato, è attualmente *Managing Partner* dello Studio legale Stajano Garella & Associati, con cui ha vinto il Premio Le Fonti Awards, Boutique di eccellenza, *Team* dell'anno in diritto amministrativo 2018. È autore e curatore di numerose pubblicazioni in materia di diritto costituzionale e di diritto amministrativo, fra le quali: “Le Amministrazioni degli Organi Costituzionali” e “Il Codice dei Contratti pubblici”.

Marco Mariani, avvocato del Foro di Firenze, docente universitario di Diritto dei servizi pubblici, *partner* dello Studio Legale Associato Catte Mariani, autore di monografie e opere collettanee in Diritto dei contratti e dei servizi pubblici, Diritto amministrativo, Diritto dell'economia.

Leonardo Spagnoletti, già magistrato ordinario quale pretore di Andria e giudice del Tribunale di Bari, magistrato amministrativo al TAR Puglia e al TAR Lazio, attualmente consigliere di Stato e Presidente di sezione della Commissione tributaria provinciale di Bari.

Emilio Toma, avvocato, socio dello Studio Legale associato Toma Papa, autore di pubblicazioni di diritto costituzionale, amministrativo e diritto pubblico comparato, già cultore della materia in Diritto Pubblico presso l'Università di Bari e docente a contratto presso quella di Lecce, docente in master sui contratti pubblici, più volte Presidente di collegi arbitrali in vertenze di contrattualistica pubblica e privata, è stato componente di *team* di *programme management* e assessore ai contratti, appalti e aziende pubbliche nel Comune di Bari.

a cura di

**Fabio Garella – Marco Mariani
Leonardo Spagnoletti – Emilio Toma**

I NODI DEL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

prefazione di

Pasquale de Lise
Presidente emerito del Consiglio di Stato

CACUCCI  EDITORE
BARI

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

ISBN 978-88-6611-741-4

© 2018 Cacucci Editore – Bari

Via Nicolai, 39 – 70122 Bari – Tel. 080/5214220

<http://www.cacucci.it> e-mail: info@cacucci.it

Ai sensi della legge sui diritti d'Autore e del codice civile è vietata la riproduzione di questo libro o di parte di esso con qualsiasi mezzo, elettronico, meccanico, per mezzo di fotocopie, microfilms, registrazioni o altro, senza il consenso dell'autore e dell'editore.

INDICE

	PASQUALE DE LISE, Prefazione	9
I.	BRUNELLA BRUNO, Organismi di diritto pubblico e società <i>in house</i>	19
II.	FABIO GARELLA, La partecipazione delle imprese straniere alle gare per gli appalti pubblici in Italia	29
III.	DAVID BENEDETTI, Il nodo gordiano delle società partecipate tra Codice dei contratti pubblici e TUSP	41
IV	RAFFAELE GUIDO RODIO, Su alcuni profili problematici dei contratti esclusi	51
V	GIACOMO VALLA, Il contratto di patrocinio legale tra <i>intuitus personae</i> e concorrenza	61
VI	ENRICO CAMPAGNANO, L'applicazione del Codice dei Contratti Pubblici nei confronti dei privati che abbiano acquisito diritti speciali o esclusivi all'esito delle privatizzazioni delle società partecipate	75
VII	MICHELE RIZZO, Appalti pubblici e sostenibilità ambientale: si inizia a fare sul serio	81
VIII	ROBERTO SCARAVAGLIONE, Pianificazione, programmazione e progettazione	101
IX	FRANCESCO PAOLO BELLO, L'affidamento dei contratti sotto soglia tra concorrenza e principio di rotazione	111
X	LEONARDO SPAGNOLETTI, La qualificazione delle stazioni appaltanti: una nuova frontiera	121
XI	EMILIO TOMA, Raggruppamenti temporanei e principio di concorrenzialità tra <i>favor participationis</i> e una possibile eterogenesi dei fini	137

XII	PIERLUIGI BALDUCCI, Procedura negoziata senza pubblicazione del bando: dalla trattativa privata al contrasto al <i>lock-in</i>	155
XIII	ENRICO CAMPAGNANO, L'affidabilità dell'appaltatore tra falso ed errore. Le informazioni false o fuorvianti rilevanti come cause di esclusione ex art. 80, c. 5, lett. c), del Codice dei Contratti Pubblici	161
XIV	MARCELLO CARDI, Rating di legalità e rating di impresa	171
XV	FRANCESCO MIGLIAROTTI, L'evoluzione dell'avvalimento tra il D. Lgs. 163/2006 e il D.Lgs. 50/2016	179
XVI	FRANCESCO TAMBURRINO, Soccorso istruttorio: rimedio ragionevole o <i>refugium peccatorum</i> ?	185
XVII	NICOLÒ DE MARCO, L'anomalia dell'offerta: inesauribile fonte di contenzioso	197
XVIII	ANNALISA GHIRIBELLI, Quando l'offerta è anomala? Un'analisi ragionata	209
XIX	MARCO MARIANI, La <i>vexata quaestio</i> degli oneri della sicurezza aziendale nei servizi intellettuali	217
XX	MARCELLO FAVIERE, I costi della manodopera: elemento progettuale o motivo di esclusione?	231
XXI	ANDREA NAPOLEONE, Le problematiche irrisolte del nuovo Codice dei Contratti Pubblici in materia di esecuzione del contratto	241
XXII	ANDREA LARDO, Le controversie in materia di esecuzione delle concessioni di lavori pubblici: il riparto di giurisdizione e il "caso limite" dei beni demaniali	251
XXIII	FERNANDO RODIO, Il collaudo e la verifica di conformità	261
XXIV	MARCO MARIANI, La perfidia del subappalto necessario	267

XXV	MICHELE RANGAN, Riserve e domande nell'esecuzione dei contratti: un binomio attuale	275
XXVI	GIOVANNI BRUNO, Le modifiche al contratto e la cessazione: sospensione, risoluzione, recesso e fallimento	287
XXVII	ANGELO ANNIBALI e MATTEO VALENTE, I settori speciali. Le differenze rispetto ai settori ordinari	305
XXVIII	ERSILIA AGNELLO, Società a partecipazione pubblica operanti nel settore della vendita dell'energia elettrica: natura giuridica e applicabilità del Codice dei Contratti Pubblici	311
XXIX	LIBERA VALLA, La flessibilità nelle procedure di scelta del contraente: caratteristica distintiva dei settori speciali	317
XXX	GIUSEPPE TEMPESTA, Gli affidamenti nei settori speciali. <i>Trade-off</i> tra trasparenza e rigidità del procedimento di scelta dell'aggiudicatario	327
XXI	LOREDANA PAPA, Gli appalti di servizi sociali: una semplificazione in corso	333
XXII	ALESSANDRA FRATELLO, I contratti pubblici aventi ad oggetto i beni culturali e sponsorizzazioni: disciplina e riflessioni sulle prassi	341
XXIII	GIUSEPPE MARANZANO, L'esercizio del potere di revoca della procedura di <i>project financing</i>	351
XXIV	ANNAMARIA NICO, Le linee guida ANAC tra normazione e amministrazione	357
	Indice degli autori	363

Prefazione

PASQUALE DE LISE*

1. Sono stato lieto di accogliere l'invito rivoltomi dal valoroso collega Leonardo Spagnoletti a scrivere la prefazione al volume sul nuovo codice dei contratti pubblici, da lui curato insieme ad altri studiosi, gli avvocati Fabio Garella, Marco Mariani e Emilio Toma, che ha visto impegnati nella stesura autori con competenze ed esperienze professionali diverse, acquisite nelle magistrature, nell'accademia, nel foro e nella pubblica amministrazione.

Le opere collettanee comprendono contributi di soggetti che affrontano i rispettivi temi con diverse sensibilità e con differenti approcci metodologici: tuttavia, in questo caso, grazie ai curatori, fra i contributi si è verificata una felice sinergia, sicché la pluralità è stata ottimamente ricondotta ad unità, per cui il commento risulta organico e ben coordinato, con una impostazione che ne rende agevole la lettura e facile la consultazione.

È nota a tutti l'importanza che – nel diritto amministrativo come nell'economia – rivestono i contratti pubblici che, con riguardo in particolare agli appalti, hanno formato oggetto di una disciplina risalente alla L. 20 marzo 1865, n. 2248, all. F, che dal settore delle opere pubbliche si è estesa a materie affini (servizi e forniture), con una serie di leggi speciali (alcune molto importanti, come la legge di contabilità di Stato del 1923), fino a subire una svolta di grande rilievo a seguito dell'intervento del diritto europeo, con le direttive n. 304 e 305 del 1971, con le n. 17 e 18 del 2004 e, infine, con le n. 24, 25 e 26 del 2014, tutte oggetto di recepimento nel nostro ordinamento interno, rispettivamente con la L. 8 agosto 1977, n. 584, recante norme di adeguamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici alle direttive della Comunità economica europea; con il D. Lgs. 12 aprile 2001, n. 163 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture) e, infine, con il D. Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (Disciplina dei contratti di appalto e di concessione delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori aventi ad oggetto l'acquisizione di servizi, forniture, lavori e opere, nonché i concorsi pubblici di progettazione).

* Presidente emerito del Consiglio di Stato.

Al riguardo va riconosciuto il ruolo determinante svolto dal diritto europeo, ispirato ad una visione “sostanzialistica” dei rapporti giuridici, in virtù della quale l’esigenza di una compiuta realizzazione delle libertà economiche e dei diritti sanciti dai Trattati, dalla Corte di giustizia dell’Unione europea e dalla Corte europea dei diritti dell’uomo, destinata a prevalere su alcune consolidate costruzioni e categorie giuridico-formali del nostro ordinamento, ha condotto ad una “ridislocazione” delle sfere tradizionali del pubblico e del privato. Si è quindi al cospetto di una situazione in cui le dinamiche dei rapporti di natura pubblicistica non si esauriscono nella dialettica autorità-libertà come un tempo, ma si sviluppano alla ricerca di un equilibrio plurale tra potere pubblico, poteri privati, libertà, autonomia, sussidiarietà, concorrenza e mercato.

Si sono così determinate forme di commistione e di ibridazione che hanno indotto taluni addirittura a negare la permanenza della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato. Il che, a mio avviso, è un errore, perché è ancora valida, dopo quasi un secolo, l’affermazione di Salvatore Pugliatti, secondo il quale l’esigenza razionale del diritto come ordinamento riposa proprio sulla distinzione tra diritto pubblico e diritto privato; tale distinzione esiste ed esisterà sempre, ma va ora considerata su basi diverse, con differenti criteri, nella continua dinamica dei termini pubblico e privato.

È quello che si è verificato nel passaggio dallo Stato imprenditore allo Stato regolatore, da un lato con l’arretramento e dall’altro con l’avanzamento del pubblico, fino a giungere alla ricomposizione del sistema, anche se su basi diverse.

2. Questa situazione si riflette sulla codificazione.

I codici della tradizione europea, primo fra tutti il *Code Napoléon*, erano inseriti nel “mondo della sicurezza”; essi non miravano semplicemente a riformare nel segno della continuità il diritto preesistente, bensì ad una ripianificazione complessiva dell’intera società attraverso il riordino integrale del sistema normativo.

Poi è subentrata la “decodificazione”, teorizzata, alla fine degli anni 70 del secolo scorso, da Natalino Irti.

I tempi attuali sono, infatti, quelli dell’incertezza; noi viviamo – si dice – nella “società dell’incertezza”; tuttavia, anche l’incertezza ha bisogno di una regolazione, se non altro per contrastare il rischio di disgregazione, che è proprio di essi.

È stata abbandonata l’idea regolativa totalizzante dei codici della tradizione ottocentesca e ad essa si è sostituita l’esigenza di discipline sistematicamente organizzate in una pluralità di testi normativi specifici. All’inizio di questo secolo si è così aperta la stagione dei c.d. codici di settore (proprietà industriale, consumatori, assicurazioni, amministrazione digitale, privacy ed altri), sui cui

schemi ha espresso il parere la Sezione per gli atti normativi del Consiglio di Stato che io allora presiedevo.

I codici di settore si pongono non in continuità, ma in un certo senso in contrapposizione con l'esperienza della codificazione tradizionale, portando a compimento l'operazione di decodificazione. Come lo stesso Irti ha acutamente rilevato, tali codici non segnano il ritorno alla forma storica del codice, ma appartengono alla logica della decodificazione.

Il che, poi, da un punto di vista generale, corrisponde all'affievolimento della prevalenza del potere politico, che aveva portato alla codificazione generale, e all'avanzata del potere economico, che conduce, appunto, alla codificazione per settori, per frammenti, per microsistemi, la quale, abbandonata la prospettiva unificante – inidonea a governare la complessità propria dei nostri tempi –, viene utilizzata per costruire regimi limitati e parziali.

3.1. In questa prospettiva vanno inquadrati i codici dei contratti pubblici: sia quello del 2006 che l'attuale del 2016.

Come si è accennato, trattasi di una disciplina complessa, avente ad oggetto una serie di provvedimenti normativi, non adeguatamente coordinati fra loro, che provocano spesso un contenzioso di non agevole soluzione.

È stato proprio con il ricorso alla normativa europea che si è tentato di porre riparo a questa situazione, determinata, peraltro, anche da fattori di carattere generale, che purtroppo perdurano tuttora, riferibili alla legislazione, all'amministrazione, alla politica, e anche alla giustizia.

3.2. La disamina di ciascuna di queste cause richiederebbe una specifica trattazione che non è possibile in questa sede; nondimeno, ad esse va fatto almeno un rapido cenno.

Un primo gruppo attiene alla legislazione: la produzione normativa diviene sempre più imponente, creando un diritto ricco di norme ma pressoché privo di principi; viene di solito adottata una tecnica legislativa del tutto inadeguata, con l'uso di rinvii a leggi precedenti, di sostituzione di articoli o di commi, di ripetizioni e di deroghe; in contrasto con i più elementari principi della *better regulation*, le leggi sono irragionevolmente dettagliate o irragionevolmente lacunose, rimettendo ad atti successivi, legislativi o regolamentari, che sovente non vengono poi emanati, o lo sono con grave ritardo, la definizione di aspetti rilevanti; per non parlare delle leggi *omnibus*, disordinate e disomogenee nei contenuti, o delle leggi-provvedimento, che intervengono direttamente su specifici atti o rapporti giuridici (“la legalità usurpata dal legislatore”, è stato detto).

L'ipertrofia, la parcellizzazione e la cattiva qualità della normativa finiscono per provocare un grave *vulnus* alla certezza del diritto. Le innumerevoli disposizioni sono sempre meno conosciute, applicate, osservate, sanzionate. Il “diritto inconoscibile” impedisce il calcolo economico, pregiudica le aspettative, blocca o ostacola gli investimenti e la loro convenienza.

Per modernizzare il Paese è indispensabile una radicale semplificazione legislativa, che riduca la pletora delle leggi vigenti, mentre è sempre più diffusa la convinzione che il venir meno di tante leggi inutili o eccessivamente complesse potrebbe liberare molte risorse e energie nel Paese, anche a costo zero.

3.3. Un secondo gruppo di cause concerne la pubblica amministrazione e il suo operare.

È sotto gli occhi di tutti la condizione in cui versa la pubblica amministrazione italiana: il problema di fondo è quello di una cultura amministrativa che si evolve molto meno rapidamente di quanto sarebbe necessario e che quindi andrebbe rimodernata.

È diffusa la sensazione che l'amministrazione non sia in grado di far fronte con un servizio adeguato alle esigenze del sistema produttivo e dei cittadini. Questi, nelle democrazie moderne, non si accontentano più di atti formalmente ossequiosi di leggi e regolamenti, ma si chiedono se essi sono davvero utili, rispondenti allo scopo o se invece impongono oneri non necessari: occorre tendere alla prevalenza della legalità sostanziale su quella formale.

Inoltre, le numerose riforme degli ultimi decenni non hanno prodotto risultati apprezzabili. Se da una parte si semplifica, dall'altra si introducono nuovi appesantimenti procedurali: basti pensare alla conferenza dei servizi, che da strumento di semplificazione si è trasformata in molti casi in una negoziazione infinita, mentre soltanto recentemente è stato inserito nel nostro ordinamento un istituto simile al *débat public*, da molti anni operante con successo in quello francese.

Un discorso analogo può farsi per le liberalizzazioni, consistenti nella eliminazione degli oneri amministrativi (limiti numerici, autorizzazioni, licenze, atti di assenso preventivo, *etc.*), al fine di evitare che i ritardi o l'inerzia dell'amministrazione costituiscano un ostacolo all'avvio di attività economiche, nonché per quegli istituti che, con modalità diverse, equiparano l'inerzia dell'amministrazione al permesso di esercitare l'attività (silenzio assenso, s.c.i.a., *etc.*).

Al riguardo deve peraltro considerarsi, da un lato, che le semplificazioni e le liberalizzazioni non possono comportare l'indebolimento della protezione degli interessi pubblici in settori essenziali e, dall'altro, che, soprattutto quando si tratti di operazioni importanti, chi investe vuole la certezza, per quanto possibile, di una determinazione espressa.

Occorre quindi il coraggio di riformare, anche radicalmente, passando da un'amministrazione "di procedure" ad un'amministrazione "di risultati" (al riguardo va richiamato il modello dell'amministrazione di missione), avendo peraltro presente che si deve operare per avere un'amministrazione migliore, ma non si può non avere una pubblica amministrazione, perché essa svolge una funzione imprescindibile: quella di assicurare l'interesse generale della collettività contro le spinte egoistiche esistenti nella società. Una forte ed efficiente

pubblica amministrazione è la condizione necessaria perché vi sia un autentico Stato di diritto, senza il quale non vi è una vita civile ordinata e non vi può essere neanche sviluppo sociale ed economico.

3.4. Il terzo gruppo di cause riguarda la politica e i suoi difficili rapporti con la giustizia: si avverte sempre più una sorta di insofferenza per il controllo da parte del giudice – ordinario, amministrativo e anche del giudice delle leggi, la Corte costituzionale –, che in realtà è una insofferenza per la cultura della legalità.

Considerare le sentenze come una “spada di Damocle”, affermare che l’immobilismo in cui versa l’Italia è “il frutto avvelenato dell’eccessivo potere di veto delle oligarchie giuridico-amministrative” significa obliterare che i controlli – e, in particolare, quelli giurisdizionali – sono elementi essenziali del sistema democratico e dell’efficienza delle istituzioni.

Il nostro assetto istituzionale è fatto di pesi e contrappesi; se un peso si sbilancia provoca inevitabilmente una reazione a catena degli altri. Allora, correggere questi sbilanciamenti, da parte del giudice, in nome e a tutela della legalità e in spirito di reciproco rispetto e di leale collaborazione fra i poteri dello Stato, non significa invadere il campo della politica, ma soltanto evitare che siano alterati equilibri che debbono essere regolati dal diritto e non da scelte politiche, che implicano l’assenza di criteri oggettivi di valutazione e possono condurre all’arbitrio, contro il quale proprio il giudice (e in particolare il giudice amministrativo) ha fatto da argine nel nostro Paese in diverse epoche storiche.

Per altro verso, non si può non segnalare la tendenza – indice di disagio istituzionale – a giurisdizionalizzare conflitti che hanno un’alta valenza politica o sociale, per la cui soluzione sarebbero più appropriate sedi diverse da quelle di un tribunale (o, per usare le parole di un presidente della Corte costituzionale, “scaricando sul potere giudiziario decisioni che il potere politico non riesce a prendere”).

3.5. Quanto alla giustizia, è unanimemente riconosciuta l’esigenza di intervenire sull’efficienza di essa, afflitta in Italia da numerose disfunzioni, prime fra tutte la durata dei processi e la massa delle controversie pendenti. È questa un’autentica emergenza che arreca un pregiudizio gravissimo all’economia, diffondendo incertezza fra gli operatori, scoraggiando gli investitori esteri e minando la reputazione del Paese.

Occorrono, pertanto, rimedi seri e tempestivi, perché uniformità, stabilità e certezza nell’applicazione delle norme sono gli architravi di una giustizia affidabile, che può assicurare il rendimento degli investimenti, generare fiducia in tutti gli attori del sistema economico, promuovere la concorrenza rimuovendo gli ostacoli all’ingresso di nuove imprese.

Uno specifico discorso merita, infine, il tema dei tempi dell’amministrazione e del processo.

Con riguardo ai primi, vorrei osservare che il tempo va considerato come un autentico “bene della vita” e che l’amministrazione ha bisogno di tempo per provvedere – di un tempo ragionevole, ovviamente – perché sull’altare della rapidità non possono essere sacrificati i principi e gli istituti dello Stato di diritto.

È importante, comunque, rilevare che in campo amministrativo i ritardi (almeno di solito) non sono addebitabili al processo e al suo giudice (proprio nella materia degli appalti la durata del processo è ragionevolmente contenuta), ma si collocano a monte, nel tempo, spesso davvero abnorme, che impiega l’amministrazione per adottare le sue determinazioni.

3.6. Il sistema, comunque, deve essere migliorato anche dall’interno (e almeno in parte lo è già stato): basti pensare al codice del processo amministrativo, fortemente voluto dal Consiglio di Stato, superando molti ostacoli interni ed esterni, la cui adozione ha costituito di per sé un fattore di semplificazione con l’attribuzione di organicità e di sistematicità ad una normativa risalente nel tempo, a volte lacunosa e con molteplici difetti di coordinamento. Il codice è valso a risolvere una serie di questioni, che non potevano continuare ad essere affidate esclusivamente alla giurisprudenza, fra le quali mi limito a ricordare: la inderogabilità della competenza territoriale, che evita la cattiva pratica della proposizione di ricorsi dinanzi ad un giudice incompetente (c.d. *forum shopping*); la più organica disciplina dell’azione cautelare (che prevede, fra l’altro, la generalizzazione della tutela *ante causam*) e quella del giudizio di ottemperanza; il principio della pluralità delle azioni. E ancora, la implementazione dei mezzi istruttori, l’estensione della tipologia dei giudizi da definire con sentenze in forma semplificata, la rinnovata disciplina dei riti speciali (importanti, per la loro rapidità, soprattutto nelle controversie economiche), il processo telematico, le misure per l’abbattimento dell’arretrato, la nuova disciplina delle spese processuali, con l’attribuzione al giudice del potere di condannare al pagamento di una somma la parte soccombente che abbia agito o resistito temerariamente; il principio di sinteticità degli atti alla cui osservanza sono tenuti sia il giudice che le parti; l’obbligo per il giudice di motivare ogni provvedimento decisorio e di superare la prassi dell’assorbimento dei motivi (ammissibile soltanto quando dall’esame delle altre censure non potrebbe derivare alcuna utilità per il ricorrente).

Molti aspetti della nuova disciplina sono diretti ad evitare, valorizzando le regole della buona fede, il c.d. abuso del processo: più volte ho ricordato che la giustizia va considerata una risorsa, come tale non illimitata, per cui di essa va fatto un uso accorto.

Sul versante opposto, si colloca l’esigenza che la “giustizia non diventi un bene di lusso”, “un privilegio dei ricchi”, che il contenzioso diminuisca non in virtù del miglioramento della legislazione e dell’azione amministrativa,

dell'applicazione di "buone pratiche" o del mutamento di mentalità e di cultura dell'amministrazione, ma per effetto della *spending review* e, in particolare, dell'aumento del contributo unificato. Infatti, come è stato osservato, la "fuga dalla giustizia è uno dei peggiori sintomi di degrado di un ordinamento democratico".

Su un piano diverso, ma sempre nella prospettiva della accelerazione e della deflazione del contenzioso, un apporto rilevante potrebbe aversi ove fosse introdotta e ampliata la disciplina delle tecniche di risoluzione delle controversie alternative alla giurisdizione. È evidente, infatti, come la previsione delle ADR, incentivata anche dall'Unione europea e ammissibile in relazione all'esercizio di vari settori dell'attività amministrativa, anche autoritativa, potrebbe costituire un efficace filtro per il processo amministrativo (sul tipo della mediazione nel processo civile), sempre che sia garantito che la decisione avvenga in modo del tutto autonomo rispetto alle ragioni delle parti, ad opera di soggetti indipendenti e imparziali.

Fra tutte le soluzioni proposte per fronteggiare la crisi devono essere privilegiate quelle che considerano la giustizia come un servizio, da migliorare, e non quelle che guardano ad essa come all'esercizio di un potere, da rafforzare; in questa ottica occorre mirare a due obiettivi: la tempestività dell'erogazione del servizio e la "utilità" della risposta giurisdizionale.

Si deve fare di tutto perché le decisioni assicurino indirizzi univoci; operino una semplificazione giurisprudenziale della complicazione legislativa; valorizzino il tradizionale ruolo di guida e di impulso nei confronti di una pubblica amministrazione lenta e complessa; costituiscano, in sintesi, un fattore di sviluppo e di competitività, di crescita e di modernizzazione del Paese.

Trattasi di obiettivi non facili da raggiungere: ma proprio per questo i giudici debbono essere aperti al contributo prezioso che proviene da coloro che, in varie occasioni, ho chiamato "i nostri inseparabili compagni di viaggio": i colleghi delle varie Magistrature e i rappresentanti dell'Accademia e del Foro.

Insieme abbiamo condiviso i grandi processi di riforma e le problematiche della loro messa a regime: la redazione del testo del codice del processo amministrativo da parte di una Commissione speciale del Consiglio di Stato ne costituisce la prova. Il contributo degli avvocati nel processo e la produzione scientifica della dottrina hanno spesso indicato alla giurisprudenza strade nuove e suggestive.

La cultura della giurisdizione, infatti, è patrimonio non esclusivo dei giudici ma, nella sua più alta nobiltà, di tutti gli operatori di giustizia; e guai se, per converso, questa cultura venisse avvertita dalla Magistratura (come purtroppo talvolta accade) in senso autoreferenziale, come avulsa dalla complessiva cultura delle istituzioni.

4. Tornando ai codici dei contratti pubblici, oltre a richiamare quanto già osservato con riguardo, in generale, ai codici di settore, va ribadito che, per la loro emanazione, vi fu un *input* particolare, derivante proprio dal diritto europeo e soprattutto dalle direttive citate in precedenza.

Con riferimento a quelle del 2004 la Commissione istituita dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri, che io presiedevo, compì (o tentò di compiere) un'operazione direi ardua: nel senso che il codice che fu emanato nel 2006, oltre a recepire le direttive, provvide a recuperare tutta (o quasi) la normativa esistente nel settore, inserendola nello stesso, dando così luogo ad un unico *corpus* normativo. Fu sollevato qualche dubbio in ordine ad un ipotizzato eccesso di delega, ma il codice produsse risultati di chiarezza e di stabilizzazione senz'altro positivi.

A distanza di circa dieci anni, con il codice del 2016 si è tentato di compiere un'operazione analoga, inglobando in esso la normativa sopravvenuta e i principi affermati dalla giurisprudenza nazionale ed europea.

D'altra parte, il Parlamento continua ad operare nella materia, il che può giustificarsi, essendo essa fluida e quindi bisognosa di continui interventi ed aggiustamenti, per cui una stabilizzazione duratura – per non dire definitiva – della disciplina è pressoché irrealizzabile. Comunque, si parla di un nuovo codice degli appalti, contenente una ulteriore riforma e da parte di alcuni si è proposto addirittura di abrogare il codice, facendo riferimento alla disciplina contenuta nelle direttive, considerate *self-executing*, ossia direttamente applicabili nell'ordinamento interno.

Tale tesi non è condivisibile. Come è noto, le direttive, al contrario dei regolamenti europei, non sono di solito *self-executing*, nel senso che necessitano del recepimento da parte degli Stati membri, i quali, per alcuni aspetti, hanno una competenza propria, che non può essere sostituita da quella degli organismi europei (basti pensare alla tutela giurisdizionale).

Peraltro, le direttive possono contenere disposizioni vincolanti *ex se* (ossia anche in mancanza di recepimento) per gli Stati membri, i quali sono tenuti ad applicarle *tel quel*; ma contengono anche non poche disposizioni che forniscono agli Stati stessi un "ventaglio di strumenti" che consentono la flessibilità necessaria per conformare, alla stregua dei principi di adeguatezza e di proporzionalità, le procedure e gli istituti alle diverse situazioni, con la possibilità di integrare la normativa europea con quella nazionale, in modo da rendere l'intero sistema il più efficiente possibile.

Ciò vale, ad esempio, per le procedure di aggiudicazione, per le quali, oltre a quelle di base (procedure aperte, ristrette e negoziate), gli Stati possono prevedere, a determinate condizioni, la procedura competitiva con negoziato con pubblicazione, il dialogo competitivo, il partenariato per l'innovazione, gli appalti semplificati per le autorità regionali e locali, i criteri di scelta per i servizi sociali, sanitari e scolastici (che hanno una dimensione solo limitata-

mente transfrontaliera), i pagamenti diretti ai subappaltatori, la individuazione di un'unica autorità nazionale di vigilanza e la collaborazione della stessa con quella degli altri Stati, e così via.

Il recepimento, pertanto, è necessario e deve avvenire con provvedimenti che non siano limitati alla mera trasposizione delle direttive (ossia alla loro traduzione nella lingua italiana), ma possano avere carattere innovativo, con i quali lo Stato eserciti la propria facoltà di scelta negli spazi affidati dalle direttive alla sua discrezionalità.

Inoltre, dal punto di vista pratico non credo che giovi alla chiarezza del sistema la commistione della disciplina europea con quella interna che continua ad essere emanata dagli Stati membri, per cui, a mio avviso, il recepimento va comunque disposto. Non sembra quindi condivisibile la proposta di abrogare il codice e di affidare la disciplina dei contratti pubblici in via esclusiva alle direttive.

5. In conclusione, mi sia consentito dirlo, non fosse altro che per la mia ultraquarantennale esperienza sul campo – nel nostro sistema, che è fisiologicamente, ma, purtroppo, spesso anche patologicamente complesso – il giudice amministrativo, nell'esercizio del suo sindacato giurisdizionale a tutela dei privati nei confronti della pubblica amministrazione, finisce per essere uno dei protagonisti.

Con le sue pronunce, ma anche con i modi e i tempi del suo processo, egli può apportare un contributo di semplificazione; può favorire l'attuazione e l'accelerazione dei cambiamenti; considerata la ricaduta sociale ed economica delle sue decisioni, può costituire un fattore di sviluppo e di competitività, di crescita e di modernizzazione del Paese.

Se il ruolo del giudice è quello di interpretare un sistema complesso, il suo servizio principale consiste nel fornire dei punti di riferimento di coerenza e di chiarezza.

Questo ruolo del giudice amministrativo – che si inserisce nel solco di una tradizione ultracentenaria, ma si colora di profili di novità proprio a causa della complessità del sistema nel quale oggi egli si trova ad operare – è bene posto in luce nell'opera in esame, che, nella sua struttura, nell'analisi delle problematiche, nell'approfondimento della copiosa giurisprudenza e dei cospicui apporti dottrinari, denota un impegno serio, tradottosi in un itinerario argomentativo chiaro e coerente.

Essa offre al lettore un indirizzo valutativo e interpretativo della nuova disciplina, tenendo conto del dibattito sviluppatosi sulle norme precedenti e individuando le linee di continuità, di evoluzione o di innovazione tra tali norme e le nuove.

Trattasi di un volume che può vantare giustamente ambizioni scientifiche e che si caratterizza per la modernità e la completezza, sì da soddisfare l'esi-

genza, sempre più avvertita da professionisti, amministrazioni e operatori, di disporre di validi strumenti di analisi e di approfondimento, idonei ad offrire, in uno alla ricostruzione degli istituti esaminati, un contributo adeguato per lo scioglimento degli innumerevoli “nodi” interpretativi e applicativi di cui al titolo del volume.

Desidero, pertanto, esprimere ai curatori e agli autori dell’opera il più vivo compiacimento e apprezzamento, perché essa vale ad indirizzare sulla giusta strada gli studi nella complessa e multiforme materia e favorisce, al contempo, il progresso del Paese.

Roma, settembre 2018