

10 AGOSTO 2016

Prime note sulla funzione di
regolazione dell'ANAC nel nuovo
codice degli appalti

di **Sebastiano Licciardello**
Professore ordinario di Diritto amministrativo
Università degli Studi di Catania



Prime note sulla funzione di regolazione dell'ANAC nel nuovo codice degli appalti *

di Sebastiano Licciardello

Professore ordinario di Diritto amministrativo
Università degli Studi di Catania

Cosa c'è veramente di nuovo ed innovativo nella disciplina degli appalti varata con il d.lgs. n. 50/2016?

Secondo me il tentativo di costruire un nuovo rapporto tra amministrazioni e imprese attraverso un percorso di regolazione innovativo. ¹

Quelle imprese che negli ultimi dieci anni hanno visto modificati oltre la metà degli articoli del codice dei contratti pubblici del 2006 per quasi 600 volte in forza di oltre 50 interventi legislativi.

Quelle imprese, private di ogni certezza di fronte ad una legislazione invasiva e spesso oscura con i suoi 257 articoli del codice, i 359 del regolamento, le ulteriori leggi di settore, le leggi regionali sui contratti pubblici e le ulteriori disposizioni che tra antimafia e trasparenza impongono oneri e sacrifici che mettono in difficoltà anche le imprese più attrezzate.

Quelle imprese che cadono facilmente nella tentazione di corrompere trovandosi spesso di fronte a funzionari che non aspettano che di essere corrotti.

Quelle imprese che convivono con le inefficienze di un sistema ove un'opera pubblica viene a costare alla collettività anche fino a 8 volte in più che nel resto dell'Europa ².

Il nuovo codice tenta di conciliare l'apertura al mercato, la flessibilità e la semplificazione con la tutela dei valori della efficienza e della trasparenza nonché la lotta alla corruzione.

* Introduzione al seminario tenuto dal Consigliere Michele Corradino, Componente dell'ANAC, su "*Profili innovativi del codice degli appalti*", Catania, Scuola di Specializzazione per le Professioni Legali, 10 maggio 2016.

¹ Per un inquadramento del tema V. Italia, *Le "linee guida" e le leggi*, Milano, 2016; E. Mostacci, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova 2008; L. Senden, *Soft Law in European Community law*, Oxford, 2004; F. Terpan, *Soft law in the European Union. The Changing nature of EU Law*, in *European Law Journal*, v. 21, n. 1/2015, p. 68 ss.; R. Manfrellotti, *Esercizio di funzioni normative e partecipazione dei soggetti privati: a proposito dei regolamenti della società di gestione della Borsa*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, p. 1007 ss.

² L'alta velocità è costata quasi 80 milioni di euro a chilometro per la tratta Novara - Milano mentre le statistiche ci dicono che la tratta Parigi - Lione è costata appena 10 milioni a chilometro.



E tuttavia in un ambiente sociale ove è diffusa l'idea che occorra corrompere per aggiudicarsi una gara.

Come è diffusa l'idea che occorre avere una raccomandazione per vincere un concorso.

Ripugna pensare che imprese perbene e dipendenti onesti credano che per la loro onestà non faranno strada o carriera.

Ma ancora più inquietante è l'imputare la responsabilità del degrado al diritto amministrativo con le sue riforme annunciate e poco effettive, a cominciare da trasparenza e semplificazione³.

Ma perché trasparenza, semplificazione evocano oggi solo angosce per cittadini ed imprese.

La prima causa di questa situazione è che non si è fatto nulla per evitare la proliferazione di leggi spesso oscure, parziali, espressione di interessi particolari, scarsamente «fattibili», di cui sono prime vittime i cittadini e le imprese. Leggi che soffocano poi anche l'amministrazione, vittima a sua volta di questa legislazione ipertrofica assolutamente incerta che neanche davanti ai giudici trova univoca interpretazione.

Per non dire che nelle pieghe di una legislazione amministrativa caotica, oggi si insinuano i processi corruttivi: "per promuovere la legalità e combattere la corruzione si innesca una spirale di adempimenti burocratici che aumentano le occasioni di corruzione"⁴.

Ed infatti la quantità e la scarsa qualità delle regole rappresenta l'*humus* della corruzione, nondimeno essa trae ulteriore linfa in un improprio sistema di rapporti tra politica e amministrazione che porta ad un ingerirsi della politica nella gestione amministrativa, ad un prevalere a mortificazione dell'autonomia dell'amministrazione.

Dobbiamo chiederci allora in che termini la recente normativa sugli appalti può incidere sulla realtà appena descritta, in un settore amministrativo strategico e sensibile quale quello degli appalti pubblici.

Abbiamo detto che la novità di maggiore rilievo appare la definizione di un nuovo rapporto amministrazione - impresa, non più terminale dell'ormai tralattizio percorso proprio dello stato di

³ Per C. Cottarelli, *La lista della spesa*, Milano, 2015 "non possiamo morire di Diritto Amministrativo".

Fanno impressione queste immagini che ci portano idealmente ad un capolinea.

Quel capolinea preconizzato da parte del Consigliere di Stato Oberdan Forlenza che in un articolo sul Corriere della Sera del 14 ottobre 2014 scrive: "la pubblica amministrazione sta morendo. E ne pagheranno le conseguenze i deboli, i privi di tutela, in una parola coloro che non hanno Santi in paradiso". Ma la percezione è alquanto comune. Su Repubblica.it del 20 marzo scorso Michele Serra descrive lo stalking burocratico e le umiliazioni che subiscono cittadini e imprese magari in nome della trasparenza e della semplificazione.

⁴ M. Barberis, *Gli infortuni della virtù. Corruzione, democrazia, diritti*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n. 1/2016, p. 170.



diritto legge - governo - amministrazione. Percorso che si muove dal divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive.

A me sembra che il sistema degli appalti ribalti il modello verticale delle fonti del diritto apparendo il momento dell'attuazione una proiezione della legge nella realtà; direbbe Paolo Grossi "è la stessa norma che si proietta nella vita e diventa vita, storia di una società nel tempo e nello spazio"⁵.

Le linee guida e gli altri atti di regolazione previsti dal Codice degli appalti, scombinano il sistema delle fonti che non può essere più percepito - per usare ancora le parole di Paolo Grossi - "nel profondo di un sacrario da venerare e da recuperare alla storia"⁶, per ricondurre il diritto alla Giustizia e l'amministrazione ad efficienza, efficacia, imparzialità e responsabilità.

Eppure il Consiglio di Stato ha espresso preoccupazione sugli oltre 50 atti attuativi del d.lgs. n. 50/2016 tra cui 16 decreti del Ministro delle infrastrutture e trasporti; 15 atti dell'ANAC; 4 d.P.C.M.; 15 decreti di altri Ministri.

E tuttavia la regolazione dell'ANAC rappresenta la vera innovazione, con le linee guida vincolanti, con quelle non vincolanti, con quelle che saranno trasfuse in un decreto ministeriale nonché con gli ulteriori atti di regolazione flessibile. Anche se ritengo che gli atti di gestione come ad esempio gli atti di esercizio del potere di vigilanza possano contenere momenti di regolazione, seppure abbiano una portata dispositiva volta a regolare rapporti determinati o comunque determinabili.

La centralità dell'ANAC e della sua funzione regolatoria consegue non solo alla circostanza che l'ANAC appare il soggetto competente ed adeguato non solo per la reputazione indiscussa, per la professionalità dei componenti, ma soprattutto per la capacità di proiettare la disciplina generale nella realtà attraverso un metodo che è espressione dello stesso principio di democraticità.

Per il Consigliere Corradino la prima novità sta nel "metodi di lavoro" con cui si stanno approvando le linee guida e l'altra novità sta nel linguaggio attraverso un periodare in italiano, diretto e pratico⁷.

Lo condivido pienamente.

Le linee guida risponderebbero così a quella esigenza fortemente sentita dalle imprese: avere certezze, sapere cosa fare, sapere come comportarsi.

⁵ P. Grossi, *Pagina introduttiva (a sessant'anni dalle legge razziali italiane del 1938)*, in *Quad. Fiorentini*, n. 27/1997, p. 3.

⁶ P. Grossi, *Pagina introduttiva (ancora sulle fonti del diritto)*, in *Quad. Fiorentini*, n. 29/2000, p. 7.

⁷ In *Il sole 24 ore*, del 29 aprile 2016, p. 8.



L'elemento di novità è questo erompere nel circuito della legalità tralatiziamente ancorata alla legge, una regolazione per un verso partecipata per altro verso più adeguata, perchè più chiara e comprensibile agli operatori economici.

In altra occasione, discutendo sull'attuazione delle direttive appalti, abbiamo auspicato regole certe su cui potessero fare affidamento le imprese, regole formate "attraverso percorsi democratici fatti di partecipazione e trasparenza, tali da vincere la illuministica sfiducia verso il sociale al fine di realizzare un reale pluralismo giuridico espressione di una sincera sussidiarietà. Una arena ove la regola nasce da un confronto procedimentale con imprese e cittadini mediante consultazioni preventive". Sottolineando altresì che il pericolo da evitare è quello di un nuovo "potere" poco bilanciato ed autoreferenziale. Appare invero fondamentale la questione di garantire la democraticità del procedimento di produzione, in sostanza ancorare legittimità-legittimazione al "metodo di produzione di tali atti" ⁸.

Io credo che l'ANAC può oggi diffondere nelle amministrazioni una nuova cultura amministrativa rivolta al bene comune, alla correttezza dei comportamenti, all'onestà ed al servizio. Diffondere nelle imprese una nuova vitalità e un nuovo ottimismo attraverso quella missione complessa, che la dottrina d'oltralpe - per altra amministrazione indipendente con funzioni di regolazione - definisce *pédagogique, dissuasive et corrective* ⁹.

Rispetto alle norme calate dall'alto, rispetto alla insufficienza della legge, questa azione parte da un confronto paritario, per portare ad una costruzione condivisa delle regole su cui amministrazione ed imprese faranno affidamento e su cui si costruirà un rapporto tendenzialmente alla pari governato dai principi di correttezza e buona fede. Risaldare un nuovo patto sociale fondato su una etica responsabile, su un confronto sincero tra amministrazione ed imprese che serva poi ad educare all'etica del pubblico; a battere la convinzione che occorra corrompere per sopravvivere.

Non credo proprio che ci si trovi di fronte a quello che da taluno è stato definito un "attentato" al sistema tradizionale delle fonti ¹⁰ che mina addirittura "le garanzie dello Stato liberale" ¹¹.

Ne credo poi che la regolazione dell'ANAC abbia a che fare con il fenomeno della fuga dal regolamento, rappresentando piuttosto una innovativa declinazione del principio di

⁸ S. Licciardello, *Introduzione al Convegno "Il recepimento delle nuove direttive appalti e concessioni"*, Catania, 11 e 12 settembre 2015.

⁹ S. Licciardello, *Sulle sanzioni a tutela della concorrenza e del mercato. Italia e Francia a confronto*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 1993, p. 97.

¹⁰ C. Deodato, *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto*, in *Giustizia Amministrativa*.

¹¹ C. Deodato, *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto*, cit.



democraticità. Un democraticità che cerca nuovi percorsi di legittimazione nel procedimento, dando rilievo non all'atto, ma al procedimento di formazione dell'atto; preferendo alla autorità ed unilateralità, l'adesione; ad un sistema sanzionatorio, un sistema tendenzialmente premiale¹².

La regolazione dell'ANAC è immediatamente espressione di principi costituzionali ed il procedimento partecipato che ha scelto l'ANAC con la pubblicazione delle prime linee guida e l'apertura su di esse di un dibattito pubblico declina lo stesso principio democratico. La partita si gioca sulla capacità di ascoltare amministrazioni ed imprese prima ancora di persuadere queste a comportarsi in un determinato modo. Di rompere con la concezione positivista fondata sulla "validità" per aderire a processi che si fondano sulla "effettività"¹³.

Si è segnalato che le regole provenienti da autorità di regolazione in materia di anticorruzione hanno reso "indispensabile lo sviluppo di una politica di conformità normativa nelle aziende". Infatti "per le imprese, la posta in gioco è elevata: si tratta di proteggere le loro attività, situando il rispetto di queste regole al centro del processo decisionale e delle loro operazioni quotidiane"¹⁴. Allora l'obiettivo dell'Autorità di regolazione è quello di educare le imprese ad una certa forma di regolazione, attraverso una "comunicazione" che non si muove solo dall'Autorità alla impresa ma anche dalla impresa all'Autorità¹⁵.

Quello che ha inaugurato l'ANAC con le linee guida è un percorso di "legalità" più sincero e probabilmente più efficace verso quel secondo considerando della direttiva 2014/24/UE che sottolinea che "gli appalti pubblici svolgono un ruolo fondamentale nella strategia Europa 2020... in quanto costituiscono uno degli strumenti basati sul mercato necessari alla realizzazione di una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva garantendo contemporaneamente l'uso più efficiente possibile dei finanziamenti pubblici"¹⁶.

¹² Né siamo di fronte ad un fenomeno confrontabile con la c.d. "deregolazione globalizzata" che ha una funzione escludente della impresa che non aderisce e non accetta le regole poste dalle istituzioni globali o direttamente dal soggetto imprenditoriamente più forte. Né ad una emarginazione delle assemblee elettive, di fronte ad un dialogo tra governo e Autorità, su cui v. R. Ferrara, *L'incertezza delle regole tra indirizzo politico e "funzione definitoria" della giurisprudenza*, in *Dir. amm.*, 2014, p. 651 ss.

¹³ Vedi sul punto, A. Moscarini, *Le fonti private*, in *Giur. cost.*, 2010, p. 1895 ss.

¹⁴ P. Granotier, *Conformité concurrence: zoom sur trois années de déploiement au sein du groupe EDF*, in *RJEP*, 2014, juillet, p. 1.

¹⁵ Y. Gaudemet, *Etica e diritto: la deontologia del giurista*, in *Dir. pubbl.*, 2015, p. 713 ss.

¹⁶ In altri ambiti del diritto si è scelto di percorrere strade simili. Mi riferisco agli strumenti di regolazione consensuale, ne è un esempio il protocollo di intesa tra Mef ed Acri (M. Clarich, *Il protocollo d'intesa tra Mef e Acri, ovvero uno strumento inedito di regolazione consensuale*, in *Giornale dir. amm.*, 2015, p. 295 ss.). O ancora alla soft law che ha accompagnato il sistema finanziario italiano nel nuovo intreccio di rapporti internazionali (V. Lemma, *Soft law e regolazione finanziaria*, in *NGCC*, 2006, p. 600 ss.). Ed ancora i codici di autogoverno delle società (A. Fedi, *I codici di autogoverno delle società e la corporate governance*, in *NGCC*, 2011, p. 551 ss.).



Daniel Sarmiento in uno studio sulle nuove forme di regolazione scrive che "*el soft law*" possiede "*ductilidad, temporalidad y adaptabilidad*"¹⁷. Ossia una flessibilità attenta costantemente alla realtà, capace di adeguarsi e quanto è necessario anche cambiare. Ma ancora una volta attraverso un dialogo con le imprese, le amministrazioni, i cittadini.

Le tradizionali "strategie legalistiche" hanno mostrato la corda dello Stato (post)moderno. E' impensabile combattere la corruzione attraverso una legge anticorruzione o pensare di rimediare alle inefficienze dell'amministrazione con una nuova legge di "riforma" ed ai difetti della legislazione con un diversa legislazione¹⁸. Il "circolo vizioso"¹⁹ che si innesca viene a determinare quell'effetto perverso, che ha portato a parlare di un "presente oscuro"²⁰.

Occorre valorizzare altri percorsi ove cittadini e imprese diventano "società civile" che grazie a movimenti di opinione, organizzazioni autonome dalla politica, libera stampa, riescono a realizzare quel "controllo sociale" declinazione più vera della sovranità popolare²¹.

L'ANAC, amministrazione indipendente, sembra rappresentare un modello di organizzazione che consente alla "società civile" una effettiva partecipazione, che potrà sollecitare un controllo sociale effettivo, che faciliterà quel confronto da cui nasce un regola che già nel formarsi viene ad essere condivisa.

Gadamer afferma che nella tradizione giuridica i testi giuridici dicono ciò che "è valido nel senso giuridico"²² ed ogni testo, a cominciare dalla legge, "è vincolante non appena è emanato" e tuttavia aggiunge "si realizza in se stesso non già in quanto è emanato, bensì solo allorché viene eseguito o messo in atto"²³. E tuttavia la "fissità" e la "unilateralità" della legge si stempera nel momento della applicazione, che è concretizzazione dell'ordinamento, attraverso la interpretazione che presuppone un dialogo (con i principi, con i precedenti, con la dottrina, ecc.)²⁴.

¹⁷ D. Sarmiento, *El Soft Law Administrativo: Un Estudio de los Efectos Jurídicos de las Normas no Vinculantes de la Administración*, Thomson, 2008.

¹⁸ Cfr. M. Barberis, *Gli infortuni della virtù. Corruzione, democrazia, diritti*, cit., p. 172 s.; B. Leoni, *Freedom and the Law*, 1961, trad. *La libertà e la legge*, Macerata, 1994, p. 7.

¹⁹ A. Pizzorno, *La corruzione nel sistema politico*, in D. Dalla Porta, *Lo scambio occulto. Casi di corruzione politica*, Bologna, 1992, p. 13 ss.

²⁰ S. Cassese, *Verso un nuovo diritto amministrativo*, in *Giornale dir. amm.*, 2016, p. 12.

²¹ Sul "controllo sociale" vedi S. Licciardello, *Profili giuridici della nuova amministrazione pubblica. Organizzazione per "autonomie" e "diritti" dei cittadini*, Torino, 2000, p. 298 ss.

²² H. G. Gadamer, *Linguaggio*, Roma - Bari, 2005, p. 26.

²³ H. G. Gadamer, *Linguaggio*, cit, p. 18.

²⁴ B. Romano, *Principi generali del diritto. Principio di ragione e principio dialogico*, Torino, 2015, p. 220.



Anticipare il dialogo sin dal momento di formazione della norma, potrà rendere la norma, prima più "giusta" e poi "effettiva" ²⁵.

²⁵ Con gli sviluppi in senso democratico e autonomistico della forma di Stato, si sviluppa accanto alla legge una normazione, formata in contraddittorio con i vari attori dell'ordinamento e per questo definita "autonoma". In questo modo i cittadini e le collettività, pubbliche e private, sono coinvolte nella definizione delle norme attraverso cui si individuano gli obiettivi dell'azione pubblica. Cfr. sul punto I. M. Marino, *Aspetti giuridici della programmazione: programmazione e mete sociali*, in *Dir. e società*, 1990, p. 26 ss.; I. M. Marino, *La programmazione come «sistema giuridico»*, in *Dir. e società*, 1990, p. 444 s. Si è usato anche il termine "demarchia" per indicare la società che diviene centro di produzione del diritto: "non più, dunque, i giuristi-scienziati e neppure gli operatori del diritto, siano essi il legislatore o l'amministratore, hanno in mano la fonte del diritto, ma lo stesso cittadino uti cives. Come il sistema del diritto privato è in realtà un sistema nel quale la produzione deriva direttamente dall'autonomia dei privati, ed essa, prima delle leggi, è insieme sovrana e responsabile, così il nuovo sistema demarchico del diritto pubblico non può che derivare dal modo con cui i privati, cioè i cittadini, esercitano la loro libera attività", F. Benvenuti, *Il nuovo cittadino*, Venezia, 1994, p. 124.