

## Tre cose che avrebbero dovuto funzionare:

### il rito super-speciale degli appalti, la “soft law”, gli incarichi ai legali

#### *La legge di conversione dello “sblocca-cantieri” e la Corte di Giustizia segnano un ripensamento su tre importanti temi*

Certe idee, sulla carta, funzionano. Si presentano innovative e accattivanti. Ma la realtà si occupa di dimostrarne i limiti, e impone dei ripensamenti. Se, nel frattempo, il sistema è stato cambiato per far posto al nuovo, i costi del ripensamento possono essere pesanti. Per il tempo, l’impegno e le risorse che sono andati perduti, ma anche per l’incertezza e il vuoto di tutela che ne sono derivati. Tre esempi di tutto ciò sono imposti dall’attualità.

**1.** Il primo è il rito super-speciale degli appalti (art. 120 co. 2 bis cpa). Caratterizzato, in particolare, dal fatto che un concorrente è costretto a impugnare l’ammissione di tutti gli altri immediatamente, quando cioè non ha ancora interesse a farlo (perché non sa come potrà concludersi la gara). Se non impugna, quei vizi non li potrà più far valere. La logica di questo rito, sulla carta, è chiarissima: va sgombrato il campo dalle contestazioni relative alla prima fase di gara – quella in cui si definisce il “parterre” dei concorrenti ammessi - prima che inizi la seconda, quella dell’esame delle offerte.

Ha funzionato? La risposta non può che essere negativa. La nuova norma ha posto problemi tecnici degni dei più complicati giochi di società: dagli incroci impossibili tra ricorso principale e incidentale, alle sovrapposizioni ingestibili tra rito speciale e super-speciale. E soprattutto ha contribuito a impedire le contestazioni giudiziarie, in sinergia con l’abnorme contributo unificato imposto in tema di appalti: insomma, è stata una barriera procedimentale che si è aggiunta a una barriera economica nell’ostacolare la possibilità di rivolgersi a un giudice per fargli verificare la legittimità di una gara d’appalto. E ne è derivato un pregiudizio alla funzionalità dell’intero sistema.

Ora, semplicemente, il rito super-speciale non c’è più, definitivamente abrogato dalla legge di conversione del decreto sblocca-cantieri (legge 55/2019). Bene così: saranno in pochi a rimpiangerlo. Ma le conseguenze rimangono, per coloro che avevano fatto ricorso assoggettandosi a quel rito (per i quali quel rito continua ad applicarsi); e soprattutto per coloro che non avevano fatto ricorso secondo quel rito, rinunciando poi a contestare l’esito della gara.

**2.** Il secondo esempio riguarda quella “soft law” – fatta di linee guida ANAC e di decreti - che avrebbe dovuto accompagnare il nuovo codice dei contratti pubblici sostituendo il tradizionale regolamento. Doveva essere una riforma epocale. Ha funzionato?

La prima risposta spetta forse alle stazioni appaltanti. Già sono alle prese con la “primazia” del diritto dell’Unione, con l’obbligo di disapplicare il diritto interno confliggente, con i contrasti con le direttive evidenziati dalle procedure di infrazione, con le responsabilità connesse. Difficile apprezzare i pur suggestivi ragionamenti sulla flessibilità delle fonti del diritto, a fronte di una “soft law” fatta di testi a emanazione rallentata, progressiva, lacunosa, e spesso con una formulazione non precettiva: dell’intero sistema – come un “collage” fatto di tessere che non si incastrano - si è perso rapidamente il quadro e il senso complessivo.

E forse il problema sta in un presupposto di base: che l’autorità su cui il sistema si incentra tragga il suo nome dall’obiettivo, quello della lotta alla corruzione. Ciò che finisce per fondarne una competenza normativa multiforme e non predeterminata.

Insomma, il sistema della “soft law” si è rivelato ingovernabile. Ed è ora in via di superamento, con il ritorno allo strumento tradizionale del regolamento attuativo (è il nuovo co. 27 octies dell’art. 216 codice contratti). I modi sono ancora incerti e discutibili, ma la direzione è chiara, e la riforma epocale è forse rimandata ad altra epoca.

3. Il terzo esempio è meno generale, ma ugualmente significativo: è l’affidamento degli incarichi legali da parte delle amministrazioni pubbliche. Al riguardo sono intervenute, dopo lunghe vicissitudini, le linee guida 12 del 2018 dell’Anac.

Il sistema, come ricostruito dall’Anac, presuppone che nessun incarico legale possa considerarsi davvero sottratto alla normativa sugli appalti di derivazione europea; e, in questa visione pan-appaltistica, a nulla rileverebbe la specialità della professione forense, che pure ha alla sua base precisi fondamenti costituzionali (perché l’avvocato esercita una funzione di rilevanza pubblica: è uno strumento necessario per l’esercizio del diritto di difesa garantito dall’art. 24 Cost.).

Da qui, l’indicazione dell’Anac che ogni amministrazione debba costantemente tenere un elenco di avvocati, aperto a chi chieda di entrarne a far parte, tra cui scegliere a chi attribuire di volta in volta ogni incarico.

Ma il sistema sconta un errore: la direttiva sugli appalti non ha mai inteso riferirsi a tutti i servizi legali, e in particolare non ha inteso riferirsi agli incarichi di rappresentanza legale e di consulenza in vista di procedimenti giudiziari. Ciò è detto ora, senza mezzi termini, nella recente sentenza del 6 giugno 2019 della Corte di Giustizia, C264/18, relativa agli avvocati del Belgio.

Qui non è neppure necessario un ripensamento a livello normativo; e probabilmente sarà la desuetudine – per l’oggettiva difficoltà di gestione di un simile sistema - a segnare la sorte degli elenchi prefigurati dall’Anac.

\*\*\*

Tre esempi, una lezione. Viene naturale chiedersi se una preventiva ed effettiva verifica della realtà, con chi concretamente vi opera, avrebbe potuto evitare costruzioni giuridiche che funzionano solo sulla carta. Perché compito di chi pone le norme è intervenire sapendo qual è la realtà e quali effetti si produrranno su di essa, non costruire sistemi dissociati.

E forse di lezioni ce n’è anche un’altra. Su tutti e tre i temi, le voci critiche - dell’avvocatura, ma anche delle amministrazioni, della dottrina, degli stessi giudici - non sono mancate. Espresse in articoli, convegni, prese di posizione, confronti pubblici. E dunque: esprimere una posizione non preconcepita, ma concreta e documentata, non è mai inutile.

Stefano Bigolaro

Padova, 4 luglio 2019 per [www.italiaius.it](http://www.italiaius.it)