

19 MAGGIO 2021

La complicata semplificazione della
contrattualistica pubblica: *poveri fiori,
gemme de' prati, pur ieri nati, oggi morenti*

di Fabio Cusano

Dottorando di ricerca in Diritto amministrativo
Università degli Studi dell'Aquila

La complicata semplificazione della contrattualistica pubblica: *poveri fiori, gemme de' prati, pur ieri nati, oggi morenti**

di **Fabio Cusano**

Dottorando di ricerca in Diritto amministrativo
Università degli Studi dell'Aquila

Abstract [It]: L'articolo analizza alcune disposizioni del Decreto Semplificazioni, del Decreto Milleproroghe 2020 e della Legge Europea 2021 che modificano la disciplina dei contratti pubblici. L'autore ha individuato alcune criticità di questo eccessivo riformismo e tratteggia alcune prospettive per semplificare e soprattutto stabilizzare la disciplina dei contratti pubblici, per favorire l'intelligibilità del Codice e la ripresa degli investimenti.

Abstract [En]: This paper examines some provisions of the Decree "Semplificazioni" (Legislative Simplification), the 2020 Decree "Milleproroghe" (Legislative Prolongation) and the 2021 European Act, which modify Italy's public procurement regulation. The author identifies some critical issues that stem from the excessive reformism; and proposes some prospects to simplify and stabilize Italian public procurement regulation, to improve the intelligibility of the PPC and to facilitate the recovery of investments.

Parole chiave: Contratti pubblici, Decreto Semplificazioni, Decreto Mille Proroghe, Legge Europea, Piano Nazionale di Ripresa e Resistenza

Keywords: Public procurement, Legislative Simplification, Legislative Prolongation, European Act, National Recovery and Resilience Plan

Sommario: 1. Introduzione. 2. Modifiche temporanee alle procedure di aggiudicazione. 2.1. I contratti sotto-soglia. 2.2. I contratti sopra-soglia. 3. Le modifiche al rito appalti. 3.1. Modifiche a regime all'art. 120 c.p.a. 3.2. Modifiche a tempo all'art. 125 c.p.a. 4. La sospensione dell'esecuzione dell'opera pubblica. 4.1. Confronto con l'art. 107 del Codice dei contratti pubblici. 4.2. Confronto con l'art. 108 del Codice. 4.3. La difficile intellegibilità dell'art. 5 c. 6. 5. Il Collegio consultivo tecnico. 6. Le deroghe temporanee al Codice dei contratti pubblici disposte dall'art. 8 cc. 1-4. 7. Le modifiche a regime del Codice dei contratti pubblici. 8. Le nuove misure di accelerazione degli interventi infrastrutturali e i nuovi poteri dei Commissari straordinari. 9. Quale futuro per i contratti pubblici? Alcune proposte. 10. Conclusioni.

1. Introduzione

A quattro anni dalla promulgazione del Codice dei contratti pubblici, d.lgs. 18.4.2016, n. 50¹ (nel prosieguo, il Codice), il d.l. 16.7.2020, n. 76, recante "*Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione*

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ Per ulteriori approfondimenti si vedano: R. DIPACE, *Manuale dei contratti pubblici*, Giappichelli, Torino, 2021; L. FIORENTINO – A.M. LA CHIMIA (a cura di), *Il procurement delle pubbliche amministrazioni. Tra innovazione e sostenibilità*, Il Mulino, Bologna, 2021; G. PERULLI (a cura di), *Contratti pubblici*, Giappichelli, Torino, 2021; F. SCIARRETTA (a cura di), *Il "nuovo" Codice dei contratti pubblici: frammenti di disciplina tra approccio europeo e logiche nazionali*, Il Mulino, Bologna, 2021; F. ARMENANTE, *Le procedure di affidamento dei contratti pubblici*, Giuffrè, Milano, 2020; A. BOTTO – S. CASTROVINCI ZENNA, *Diritto e regolazione dei contratti pubblici*, Giappichelli, Torino, 2020; R. DE NICTOLIS, *Appalti pubblici e concessioni dopo la legge sblocca cantieri*, Zanichelli, Bologna, 2020; F. CARINGELLA, *Manuale dei contratti pubblici. Principi e applicazione*, Dike, Roma,

digitale”, convertito in l. 11.9.2020, n. 120 (c.d. Decreto Semplificazioni)², ha modificato il Codice al fine di agevolare le commesse pubbliche e il sotteso quadro normativo. Tuttavia, sembra doversi dire che la *agognata* semplificazione normativa in questa materia³ sia come la tela di Penelope⁴.

2019; M. CLARICH (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, II ed., Giappichelli, Torino, 2019; G. GUZZO, *Appalti pubblici. Disciplina, procedura e nuovi profili processuali*, III ed., Giuffrè, Milano, 2019; F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici*, II ed., Giappichelli, Torino, 2019; M.A. SANDULI – R. DE NICTOLIS (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, Giuffrè, Milano, 2019.

² Sul Decreto Semplificazioni si vedano: R. DE NICTOLIS, *Gli appalti pubblici dell'emergenza sanitaria*, Zanichelli, Bologna, 2021; G. SERRA, *Il difficile bilanciamento tra tutela della concorrenza e semplificazione delle procedure ad evidenza pubblica, nel dialogo tra legislatore e giurisprudenza*, in *Il diritto dell'economia*, 2021, n. 1, pp. 201 ss.; ANAC, *Esame e commento degli articoli del decreto-legge 16.7.2020, n. 76 “Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale” in tema di contratti pubblici, trasparenza, anticorruzione*, 2020; S. BIANCARDI, *Il decreto Semplificazioni e le modifiche agli appalti pubblici. La nuova normativa con particolare attenzione agli appalti di servizi e forniture*, in *Appalti e contratti*, 2020, n. 7, pp. 39 ss.; D. BOLOGNINO – H. BONURA – A. STORTO (a cura di), *I contratti pubblici dopo il Decreto Semplificazioni*, La Tribuna, Piacenza, 2020; D. CAPOTORTO – A. MASSARI (a cura di), *Gli appalti pubblici dopo la conversione del decreto semplificazioni*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2020; F. FRACCHIA – P. PANTALONE, *La fatica di semplificare: procedimenti a geometria variabile, amministrazione difensiva, contratti pubblici ed esigenze di collaborazione del privato “responsabilizzato”*, in [Federalismi.it](http://federalismi.it), 2020, n. 36, pp. 33 ss., in part. pp. 53 ss.; D. GALLI, *I contratti pubblici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2020, n. 6, pp. 737 ss.; A. MASSARI, *La conversione del decreto Semplificazioni e le questioni aperte*, in *Appalti e contratti*, 2020, n. 9, pp. 2 ss.

³ A. NATALINI, *Linee generali della semplificazione amministrativa*, in L. DONATO (a cura di), *Gli appalti pubblici tra istanze di semplificazione e normativa anticorruzione. Alla ricerca di un equilibrio tra legalità ed efficienza*, in BANCA D'ITALIA, *Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale*, 2020, n. 89, pp. 243 ss.; M. COZZIO, *La nuova strategia europea in materia di appalti pubblici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2019, n. 1, pp. 53 ss.; D. PAPPANO, *Gli appalti pubblici tra novismo e modernità: una disciplina senza centro di gravità*, in G.M. CARUSO – D. D'ALESSANDRO – D. PAPPANO (a cura di), *Contratti delle pubbliche amministrazioni. Questioni attuali*, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 1 ss.; D. PAPPANO, *La stabile mutevolezza della disciplina degli appalti pubblici*, in D. PAPPANO – F. GRASSI – G. BEFANI (a cura di), *Appunti di contrattualistica pubblica*, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 1 ss.; F. SCARRETTA, *Il complesso allineamento del sistema domestico delle commesse pubbliche al modello europeo secondo la logica codificatoria a diritto comune*, in *Il diritto dell'economia*, 2019, n. 2, pp. 361 ss.; F. SCARRETTA, *Logiche funzionali e dinamiche economiche nel codice dei contratti pubblici. Incertezze e criticità di sistema tra diritto*, in [Federalismi.it](http://federalismi.it), 2019, n. 19; R. DE NICTOLIS, *Il codice dei contratti pubblici: la semplificazione che verrà*, in AA.VV., *L'Italia che cambia: dalla riforma dei contratti pubblici alla riforma della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 65 ss. ed in [Federalismi.it](http://federalismi.it), 2016, n. 19; C. CONTESSA, *Dalla legge delega al nuovo Codice: opportunità e profili di criticità*, in C. CONTESSA – D. CROCCO (a cura di), *Codice degli appalti e delle concessioni*, DEI, Roma, 2016, pp. 35 ss.; M. CORRADINO, *Appalti pubblici, flessibilità e semplificazione alla luce delle nuove direttive europee*, in AA.VV., *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, Giuffrè, Milano, 2016, pp. 577 ss.; P. MANTINI, *La semplificazione nei nuovi appalti pubblici tra divieto di gold plating e copy out*, in AA.VV., *La nuova disciplina dei contratti pubblici cit.*, pp. 583 ss.; A. PAJNO, *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, in AA.VV., *La nuova disciplina dei contratti pubblici cit.*, pp. 29 ss.; C. SALTELLI, *Il codice degli appalti: un mondo da semplificare*, in AA.VV., *La nuova disciplina dei contratti pubblici cit.*, pp. 355 ss.; G.D. COMPORTE, *La nuova sfida delle direttive europee in materia di appalti e concessioni*, in [Federalismi.it](http://federalismi.it), 2015, n. 6; P. MANTINI, *Nel cantiere dei nuovi appalti pubblici. Semplificazione, efficienza, concorrenza, anticorruzione*, Milano, Giuffrè, 2015; A. POLICE, *Contratti pubblici: tra ultime novità legislative ed esigenze di semplificazione*, in C. FRANCHINI – F. SCIAUDONE (a cura di), *Il recepimento in Italia delle nuove direttive appalti e concessioni. Elementi critici e opportunità*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015, pp. 175 ss.; F. SCIAUDONE, *Le nuove direttive appalti e concessioni: recepimento, elementi critici e nuove opportunità, anche alla luce delle recenti novità normative*, in C. FRANCHINI – F. SCIAUDONE (a cura di), *Il recepimento in Italia delle nuove direttive appalti e concessioni cit.*, pp. 11 ss.

⁴ Questo episodio viene narrato da OMERO nel II libro dell'*Odissea*. Penelope, moglie di Ulisse, per non essere costretta a contrarre nuove nozze con uno dei principi Proci, a causa della prolungata assenza da Itaca del marito, aveva subordinato la scelta del pretendente all'ultimazione del lenzuolo funebre per il suocero Laerte. Al fine di impedire le nuove nozze, Penelope durante la notte disfaceva la tela tessuta di giorno.

Tale evocativa suggestione deriva da G. TAGLIANETTI, *La normativa in materia di contratti pubblici e la tela di Penelope*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2020, n. 2, pp. 155 ss., e da A. NATALINI – G. TIBERI (a cura di), *La tela di Penelope. Primo rapporto ASTRID sulla semplificazione legislativa burocratica*, Il Mulino, Bologna, 2010.

Autorevole dottrina (F. Cintioli) ha ritenuto che l'elemento fondamentale per semplificare la disciplina della contrattualistica pubblica consisterebbe nell'ampliamento della discrezionalità e della flessibilità in capo alle stazioni appaltanti⁵.

Tuttavia, in senso opposto a quello delineato dalla citata dottrina, il Legislatore riduce sempre di più le maglie della discrezionalità per vincolare l'agire delle Pubbliche Amministrazioni⁶.

Inoltre, negli ultimi anni è prevalsa la tendenza dei pubblici funzionari a farsi amministrare per legge o per sentenze⁷: i burocrati, vedendosi sottrarre la discrezionalità, si sono visti decrementare altresì i margini di responsabilità disciplinare ed erariale⁸.

Le normative eccessivamente dettagliate, le disposizioni contraddittorie (se non addirittura inattuabili) hanno ridotto l'ambito di azione della pubblica amministrazione⁹.

⁵ F. CINTIOLI, *Per qualche gara in più. Il labirinto degli appalti pubblici e la ripresa economica*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2020: "C'è una cosa che le politiche di cosiddetta semplificazione non hanno compreso: che aumentando le parole della legge e pretendendo di risolvere con la legge ogni problema, si generano due problemi. Il primo è che ogni legge, ogni articolo, ogni suo comma e periodo è a sua volta oggetto d'interpretazione ... Molte parole, molti dubbi. Il secondo è che si è seguito troppo spesso un sistema che preferisce risolvere la questione di cosa e come fare con una legge minuziosa, mentre, spesso, servirebbe una legge sintetica, un indirizzo, un principio, lasciando all'amministrazione uno spazio di valutazione vero, per prendere una decisione. Le molte leggi riducono la discrezionalità dell'amministrazione, ma la discrezionalità è qualcosa di essenziale e ineliminabile" (pp. 21-22).

⁶ F. CINTIOLI, *Per qualche gara in più cit.*: "Nel settore che ci interessa c'è stata l'invocazione combinata di più semplificazione e di minore discrezionalità. Ma la semplificazione è rimasta sulla carta, solo sul piano dei proclami, perché, nel frattempo, si sono scritte molte, moltissime norme. Non si è compreso che per semplificare è proprio la discrezionalità ad essere indispensabile. Se la legge è articolata e il procedimento è minutamente regolato, allora non si potrà avere nessuna semplificazione e resteremo avvinghiati nella palude normativa" (p. 78).

Sul punto si vedano anche: M. CAFAGNO, *Risorse decisionali e amministrazione difensiva. Il caso delle procedure contrattuali*, in *Diritto amministrativo*, 2020, n. 1, pp. 35 ss.; M. CLARICH, *Riforme amministrative e sviluppo economico*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2020, n. 1, pp. 159 ss.; S. BATTINI – F. DECAROLIS, *L'amministrazione si difende*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2019, n. 1, pp. 293 ss.; S. CASSESE, *Che cosa resta dell'amministrazione pubblica?*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2019, n. 1, pp. 1 ss.; M. CAFAGNO, *Contratti pubblici, responsabilità amministrativa e "burocrazia difensiva"*, in *Il diritto dell'economia*, 2018, n. 3, pp. 625 ss.; R. CANTONE – E. CARLONI, *Corruzione e anticorruzione. Dieci lezioni*, Feltrinelli, Milano, 2018; L. TORCHIA, *Le misure per la qualità e l'innovazione nel Codice dei contratti pubblici*, in BANCA D'ITALIA, *Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale, Qualità ed efficienza nel nuovo codice dei contratti pubblici. Prospettive e questioni aperte*, 2018, n. 83, pp. 11 ss.; R. CANTONE – F. CARINGELLA, *La corruzione spuzza*, Mondadori, Milano, 2017; B.G. MATTARELLA, *Burocrazia e riforme*, Il Mulino, Bologna, 2017; R. CANTONE – G. DI FEO, *Il male italiano. Liberarsi dalla corruzione per cambiare il Paese*, BUR, Milano, 2016.

⁷ E. D'ALTERIO, *Pubbliche amministrazioni in crisi ai tempi della trasparenza*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2018, n. 4, pp. 511 ss., la quale osserva che le amministrazioni manifestano "il crescente bisogno di farsi dire esattamente cosa fare e come farlo, anche quando dovrebbero operare in assoluta autonomia e nell'esercizio di una piena e corretta discrezionalità" (p. 520).

⁸ A. PAJNO, *Il sistema amministrativo e il decreto semplificazioni. Qualche osservazione sulla disciplina dei contratti pubblici e sulle responsabilità*, in Irpa.eu, 2020.

⁹ N. LONGOBARDI, *Il declino italiano. Le ragioni istituzionali*, Passigli, Firenze, 2021, in part. pp. 207 ss.: "Nel reticolo asfissiante di regole è molto concreto per il personale pubblico il rischio di incorrere in responsabilità amministrativa per danno erariale ed in responsabilità di carattere penale. Si è conseguentemente sviluppata quella che è stata chiamata 'amministrazione difensiva', che indica la tendenza dei burocrati ad evitare l'assunzione di decisioni e l'esercizio della relativa discrezionalità, invocando disposizioni di dettaglio, destinate ad accrescere la confusione normativa, e pareri, specialmente dell'ANAC, posticipando il più possibile la decisione o chiedendone lo spostamento verso l'alto. Richiesta, quest'ultima, che ha ulteriormente alimentato il 'commissariamento implicito' della dirigenza da parte dei vertici politici e di quelli amministrativi dai primi nominati, mediante l'avocazione a sé stessi di funzioni della dirigenza anche di carattere minuto, come la firma di un impegno di spesa.

D'altro canto, si è creduto di poter contrastare la paralisi determinata dall'iper-regolazione normativa dettata da sfiducia nell'amministrazione attraverso ulteriori norme, innescando così un circolo vizioso. La reazione normativa e morale ha infatti generato una maggiore paralisi, che

All'invadenza della legislazione si è aggiunta quella della giurisdizione: sovente le amministrazioni restano ferme in attesa delle sentenze dei giudici o delegando ai medesimi la gestione della *res publica*¹⁰.

A ciò si aggiunga che, notoriamente, dal mese di marzo del 2020, il settore dei contratti pubblici è stato al centro dell'emergenza epidemiologica da Covid-19 per l'assoluta urgenza di approvvigionare le strutture sanitarie dei materiali e dei servizi necessari¹¹.

Onde scongiurare una totale paralisi del sistema, durante la pandemia le regole ordinarie sono state ampiamente sostituite da disposizioni straordinarie, tra cui gli acquisti tramite procedure in caso di somma urgenza (disciplinati dall'art. 163 del Codice¹²).

Da ciò appare sempre più palesemente che il Legislatore stia puntando sulla natura straordinaria degli interventi incrementando le deroghe alla disciplina ordinaria (come, ad esempio, gli artt. 1 e 5 del Decreto Semplificazioni) e l'utilizzo dei Commissari straordinari (disciplinati dall'art. 4 del Decreto Sblocca cantieri, novellato dal Decreto Semplificazioni).

Sul punto, è magistrale la lettura olistica fornita da S. Cassese in un'intervista per ItaliaOggi (a cura di M. Biscella in data 14.7.2020): “*Si sono confusi interventi di emergenza con semplificazioni?*”¹³.

a sua volta ha generato una maggiore rabbia. Questa ha rafforzato la ‘cultura del sospetto’, che si è tradotta in ulteriori norme e controlli formali provocando un maggiore stallo ... L'amministrazione è allo sbando. La legislazione procede a tentoni.

L'accentramento delle competenze, soprattutto a favore della Presidenza del Consiglio, è ormai la ricetta preferita, ritenuta idonea ad aumentare l'efficienza del governo ... Attorno ad essa si creano da ultimo ‘tavoli’ e ‘cabine di regia’. Ogni nuova politica offre l'opportunità per creare una nuova struttura e fare le relative nomine (l'istituzione di nuove funzioni, lo stabilirsi di incarichi). Il ruolo di indirizzo e coordinamento della Presidenza del Consiglio risulta in tal modo commisto con quello di gestione diretta, con un continuo sovrapporsi alle competenze proprie dei ministeri. Ad ogni piè sospinto si invocano commissari e legislazione speciale, senza curarsi di quella ordinaria, benché sia dimostrato che ciò accresce la confusione dell'ordinamento e le disfunzioni.

È oggi ritenuto generalmente necessario per assicurare la capacità operativa dell'amministrazione pubblica ricostruire intorno ad essa un clima di fiducia. Ciò non è tuttavia possibile se non si restituiscono autorevolezza, imparzialità e stabilità alla burocrazia, valorizzando il merito ed eliminando la politicizzazione spintasi sino all'asservimento della funzione pubblica”.

¹⁰ R. GAROFOLI, *Il controllo giudiziale, amministrativo e penale, dell'amministrazione*, in Rivista trimestrale di diritto pubblico, 2020, n. 2, pp. 405 ss.; E. D'ALTERIO, *Come le attività della Corte dei conti incidono sulle pubbliche amministrazioni*, in Rivista trimestrale di diritto pubblico, 2019, n. 1, pp. 39 ss.; L. TORCHIA, *Il giudice amministrativo e l'amministrazione: controllo, guida e interferenza*, in Rivista trimestrale di diritto pubblico, 2019, n. 1, pp. 189 ss.

¹¹ L. DONATO, *Conclusioni. Dall'emergenza Covid-19 alla ripartenza degli appalti pubblici*, in L. DONATO (a cura di), *Gli appalti pubblici tra istanze di semplificazione e normativa anticorruzione cit.*, pp. 313 ss.

¹² Sull'art. 163: G. DELLE CAVE, *Le procedure “d'urgenza” al tempo della pandemia: alcune riflessioni sugli artt. 63 e 163 del Codice dei contratti pubblici*, in Ambientediritto.it, 2020, n. 4; R. DE NICTOLIS, *Appalti pubblici e concessioni cit.*, 2020, pp. 1752 ss.; V. ANTONELLI, *Procedure in caso di somma urgenza e di protezione civile*, in M. CLARICH (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici cit.*, pp. 999 ss.; R. DE NICTOLIS, *Somma urgenza e protezione civile*, in M.A. SANDULLI – R. DE NICTOLIS (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici. Volume IV. Esecuzione. Settori speciali*, Giuffrè, Milano, 2019, pp. 993 ss.

Sul punto si veda, *ex multis*, la più recente giurisprudenza: TAR L'Aquila, sez. I, 1.3.2021, n. 82 (per la fornitura di apparecchi ecografici tascabili per applicazioni addominali e polmonari); TAR Roma, sez. II, 4.1.2021, n. 86 (per la fornitura di mascherine chirurgiche e dispositivi di protezione individuale destinati all'emergenza sanitaria).

¹³ Bisogna inoltre citare un'altra sagace – a tratti caustica – risposta di S. Cassese ad un'intervista per l'HuffingtonPost (curata da F. Fantozzi in data 7.7.2020): “*Gli interventi straordinari rallentano quelli ordinari. Quindi, nel complesso il ricorso a procedure e organi straordinari non serve a semplificare*”.

È necessario evidenziare che l'uso – se non abuso – dei Commissari straordinari e delle disposizioni straordinarie appare imputabile all'approccio diffidente nei confronti delle stazioni appaltanti da parte del Legislatore.

Difatti, se da un lato è possibile sostenere che il ricorso a formule commissariali-emergenziali possa efficientare tale settore superando le lungaggini delle gare, dall'altro è opportuno constatare che è inimmaginabile amministrare il mercato dei contratti pubblici soltanto con provvedimenti straordinari¹⁴.

Alla luce di siffatto scenario, autorevole dottrina (F. Cintioli) ha sostenuto che *“il Codice dei contratti pubblici [debba] essere abrogato ... Al suo posto, potrebbe trovare spazio una normativa molto più snella, se del caso accompagnata da un regolamento di attuazione. Si potrebbe partire dalle direttive, puntando a un loro recepimento essenziale e diretto”*¹⁵.

Da ultimo, anche l'AGCM, nella Segnalazione in merito alle proposte di riforma concorrenziale ai fini della Legge annuale per il mercato e la concorrenza anno 2021 (S. 4143), ha sostenuto che *“nell'attività di riduzione dei vincoli che imbrigliano le stazioni appaltanti e le imprese due sono gli ambiti sui quali appare necessario intervenire: la semplificazione della normativa contenuta nel Codice dei contratti pubblici e la qualificazione delle stazioni appaltanti e degli operatori economici, da attuarsi anche mediante lo sviluppo di strumenti procedurali innovativi.*

In particolare, nel primo ambito, con riferimento alla semplificazione delle norme, l'Autorità suggerisce le seguenti modalità di intervento che potrebbero parallelamente essere intraprese:

i) una proposta da percorrere nel breve periodo per affrontare la gestione dei fondi europei provenienti dal Next Generation EU e delle opere strategiche;

ii) una proposta di medio periodo finalizzata ad una revisione complessiva del Codice dei contratti pubblici.

*Nel breve periodo, in relazione alla spesa pubblica da finanziare mediante i fondi europei del Next Generation EU, l'Autorità suggerisce di prendere in considerazione la possibilità di sospendere temporaneamente l'applicazione del Codice dei contratti pubblici, introducendo una disciplina speciale riservata esclusivamente a tali procedure, in relazione alle quali troverebbero applicazione le sole norme contenute nelle direttive europee del 2014 in materia di gare pubbliche, con le dovute integrazioni laddove le disposizioni europee non siano immediatamente self-executing”*¹⁶.

¹⁴ D'altronde, richiamando le *Institutiones* di Giustiniano (*Liber II*), *“nomina sunt consequentia rerum”*: se alcuni interventi sono di carattere straordinario non possono assumersi come parametro ordinario, altrimenti avrebbe poco senso mantenere in vigore il Codice.

¹⁵ F. CINTIOLI, *Per qualche gara in più cit.*, p. 117.; si veda anche ASSONIME, *Interventi di semplificazione e modernizzazione del sistema amministrativo per il rilancio dell'economia*, 2020, pp. 30 ss.

¹⁶ AGCM, *Segnalazione in merito alle proposte di riforma concorrenziale ai fini della Legge annuale per il mercato e la concorrenza anno 2021 (S. 4143)*, 2021, pp. 28 ss.

L'Autorità prosegue: *“A titolo esemplificativo, attraverso la misura proposta, cadrebbero i limiti e le preclusioni attualmente previsti in materia di ricorso al subappalto e all'avvalimento, così come le restrizioni alla discrezionalità delle stazioni appaltanti in materia di appalto integrato, valutazione delle offerte economiche in caso di aggiudicazione secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, esclusione delle offerte anomale, obbligo di nomina dei commissari esterni ...*

Nel medio periodo, l'Autorità suggerisce di pervenire ad una revisione del Codice dei contratti pubblici improntata ad una serie di principi che dovrebbero modernizzare le sue previsioni, al fine di semplificare le regole e favorire così il rapido dispiegamento degli investimenti pubblici.

Invero, tale ipotesi – ad avviso dello scrivente¹⁷ – è fallace sul punto di vista consequenziale.

In primis, vi è il problema dei rapporti con le fonti europee: l'abrogazione del Codice viene invocata per applicare direttamente le Direttive europee del 2014.

Invero, si può ipotizzare che siffatta operazione causerebbe notevoli esiti controproducenti: posto che la mancata ricezione delle direttive negli ordinamenti nazionali dà avvio ad una procedura d'infrazione, non è verosimilmente ipotizzabile che l'annullamento del recepimento possa sortire effetti diversi e di minor gravità.

Ma, pur ammettendo che ciò non avvenisse, pare comunque evidente che in questa fase del mercato dei contratti pubblici è sconveniente una simile palingenesi ordinamentale.

In secundis, occorre verificare se le Direttive del 2014 hanno un carattere così dettagliato da essere auto-applicativo. La risposta non può che essere negativa: le Direttive rimettono frequentemente agli Stati membri la scelta tra diverse opzioni regolatorie¹⁸.

Poiché il *corpus* normativo europeo dialoga con i Legislatori nazionali, è necessario concludere che difficilmente gli Stati membri possano abdicare al potere/dovere di essere decisori.

In conclusione non si può ritenere che le Direttive siano integralmente auto-applicative e sufficienti a disciplinare la materia nell'ordinamento nazionale.

In tal senso si segnala la necessità di eliminare tutte quelle disposizioni che introducono oneri non necessari e più elevati rispetto a quelli previsti dalle direttive europee, applicando in tale processo di revisione i seguenti principi:

i) utilizzo del principio del copy-out delle direttive ...;

ii) applicazione stringente del principio di proporzionalità per eventuali deroghe del divieto di gold plating, così da individuare, laddove necessario, lo strumento meno restrittivo della concorrenza o oneroso per le imprese al fine di tutelare efficacemente eventuali interessi pubblici meritevoli di garanzia ...;

iii) riaffermazione e ampliamento del ruolo dell'autocertificazione, come strumento per la partecipazione alle gare pubbliche, intensificando il controllo ex post anziché ex ante;

iv) introduzione di misure volte a ridurre il ricorso alla c.d. burocrazia difensiva che spesso blocca il funzionamento delle stazioni appaltanti, ad esempio prevedendo la responsabilità dei funzionari per danno erariale solo in caso di dolo”.

Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, *Next Generation Italia* (PNRR), sottoscritto dal Presidente del Consiglio dei ministri M. Draghi e depositato presso la Camera dei Deputati il 25.4.2021, ha sancito che “*Le riforme previste dal disegno di legge annuale per il 2021, che verrà presentato in Parlamento entro il mese di luglio 2021, tengono conto della Segnalazione adottata dall'AGCM nel marzo 2021*” (pp. 73 ss.).

In particolare, le principali norme riguarderanno:

i) la realizzazione e la gestione delle infrastrutture strategiche (reti di telecomunicazione, porti, rete per l'energia elettrica);

ii) la rimozione di barriere all'entrata nei mercati (con riferimento alle concessioni di grande derivazione idroelettrica, alle concessioni di distribuzione del gas naturale, alle concessioni autostradali, alla vendita di energia elettrica);

iii) la concorrenza e i valori sociali (in materia di servizi pubblici ed in ambito sanitario, in relazione agli obiettivi di sostenibilità ambientale);

iv) il rafforzamento dei poteri di regolazione settoriale.

¹⁷ Sia consentito rinviare a F. CUSANO, *La recente torre di Babele dei contratti pubblici: la pace sol cercando io vo'*, in www.federalismi.it, 2020, n. 32, pp. 37 ss., in part. pp. 44 ss.

¹⁸ G. TROPEA – A. GIANNELLI, *L'emergenza pandemica e i contratti pubblici: una semplificazione in chiaroscuro, tra misure temporanee e prospettive di riforma strutturale*, in *Munus*, 2020, n. 2, pp. 309 ss.

Giova a tal punto osservare che l'assidua ricerca della semplificazione da parte del Legislatore rievoca la perlustrazione di Astolfo sulla Luna per rinvenire il senno di Orlando¹⁹. Tuttavia, a differenza dell'intelletto del celebre paladino cristiano, nel caso dei contratti pubblici l'esito non è quello sperato. Sovente non solo la ricerca non raggiunge gli obiettivi attesi, ma complica ulteriormente il sistema²⁰.

D'altronde, già nel lontano 65 d.C. Lucio Anneo Seneca ammoniva nelle *Epistulae morales ad Lucilium*: “*Ignoranti quem portum petat, nullus suus ventus est*”²¹.

Basti pensare che il Legislatore del Decreto Semplificazioni, allorché ha convertito il decreto in legge, ha trasformato i già numerosi 65 articoli e 305 commi in 109 articoli e 462 commi, impinguando il testo di norme che esulano dalle *paventate* misure di semplificazione per fronteggiare l'epidemia da Covid-19²².

Venendo ora alle singole disposizioni sui contratti pubblici, il suddetto Decreto è intervenuto dichiaratamente – sia mediante previsioni a regime, che con mirati interventi a carattere temporaneo – con lo scopo di condurre l'Italia fuori dalla crisi economica scaturita dalle misure di contenimento adottate per arginare l'epidemia da Covid-19.

Tuttavia, è opportuno premettere un'osservazione sulla tecnica legislativa. Anche nel caso del citato Decreto sembra che il Legislatore abbia dimenticato la c.d. *clausola di riserva di codice* sancita nell'art. 218 del Codice, il quale dispone che “*Ogni intervento normativo incidente sul presente Codice o sulle materie dallo stesso disciplinato è attuato mediante esplicita modifica, integrazione, deroga o sospensione delle specifiche disposizioni in esso contenute*”.

Tale clausola assume una triplice valenza:

- i) vincolo esegetico per cui – in caso di dubbio sulla portata abrogatrice o modificatrice di una legge successiva – il principio di coerenza dell'ordinamento deve indurre a ritenere che la legge successiva non abbia abrogato o modificato tacitamente la precedente;
- ii) effetto monitorio affinché gli atti normativi futuri incidano con chiarezza sull'articolato e non con modificazioni o abrogazioni tacite;
- iii) effetto di indirizzo rispetto all'attività normativa futura affinché i titolari del potere di iniziativa e coordinamento normativo assicurino la coerenza del sistema attraverso l'inserzione delle nuove disposizioni all'interno del Codice.

¹⁹ Ci si riferisce al XXXIV canto dell'*Orlando furioso* di L. ARIOSTO.

²⁰ M. OCCHIENA, *Il coraggio di semplificare*, in *Il diritto dell'economia*, 2020, n. 2; M. OCCHIENA, *Gli appalti pubblici e la semplificazione impossibile*, in *Il diritto dell'economia*, 2013, n. 2, pp. 521 ss.; B.G. MATTARELLA, *La trappola delle leggi*, Il Mulino, Bologna, 2011; B.G. MATTARELLA, *Le regole dell'onestà*, Il Mulino, Bologna, 2007.

²¹ L.A. SENECA, *Lettere morali a Lucilio*, tr. it., Mondadori, Milano, 2018, Libro VIII, LXXI, 3.

²² Si pensi, ad esempio, alle disposizioni che concernono il Codice della strada (d.lgs. 30.4.1992, n. 285), di cui agli artt. 29 c. 2 *bis*, 49 cc. 5 *ter*, 5 *sexies*, 5 *septies* e 5 *decies*, 49 *bis*.

Evidentemente, il coacervo di disposizioni contenute nel Decreto Semplificazioni – ma anche prima nel Decreto Sblocca cantieri e, da ultimo, nel Decreto Milleproroghe, d.l. 31.12.2020 convertito con modificazioni in l. 26.2.2021, n. 21 e nella Legge europea 2021²³ – dimostra come purtroppo l'eccezionalità finisca per elevare la deroga a sistema.

2. Modifiche temporanee alle procedure di aggiudicazione

Il Decreto Semplificazioni ha inciso, in particolar modo, sulle procedure di aggiudicazione. Per i contratti il cui valore è superiore alle c.d. *soglie comunitarie*, così come per quelli di valore inferiore alle soglie, le novità sono finalizzate ad “*incentivare gli investimenti pubblici nel settore delle infrastrutture e dei servizi pubblici, nonché al fine di far fronte alle ricadute economiche negative a seguito delle misure di contenimento e dell'emergenza globale del Covid-19*” (art. 1 c. 1; art. 2 c. 1).

Per quanto riguarda i contratti sotto-soglia il Legislatore ha introdotto procedure semplificate per l'affidamento dei relativi contratti; per i contratti sopra-soglia ha previsto alcune importanti deroghe rispetto alla disciplina codicistica, sia con riferimento alle procedure di selezione dei contraenti (attribuendo specifico rilievo alla procedura negoziata senza bando di cui all'art. 63 del Codice²⁴) che con l'introduzione di una deroga generalizzata all'applicabilità delle norme del Codice per alcune categorie di opere²⁵.

²³ Al momento della redazione del presente contributo, il disegno di legge recante *Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione Europea – Legge europea 2019-2020*, Atto della Camera n. 2670 del 2021, approvato dalla Camera dei Deputati in data 1.4.2021, è ancora in corso di esame in commissione presso il Senato della Repubblica, Atto del Senato n. 2169 del 2021.

²⁴ Sull'art. 63: R. DE NICTOLIS, *Appalti pubblici e concessioni cit.*, pp. 1000 ss.; R. DE NICTOLIS, *Procedure negoziate con e senza bando*, in M.A. SANDULLI – R. DE NICTOLIS (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici. Volume III. Procedure di gara e criteri di scelta del contraente cit.*, pp. 43 ss.; G. FONDERICO, *Contratti sotto soglia*, in M. CLARICH (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici cit.*, pp. 878 ss.; C. LAMBERTI, *Le procedure negoziate senza bando*, in C. CONTESSA (a cura di), *Il contenzioso e la giurisprudenza in materia di appalti pubblici*, La Tribuna, Piacenza, 2019, pp. 633 ss.; P. BALDUCCI, *Procedura negoziata senza pubblicazione del bando*, in F. GARELLA – M. MARIANI – L. SPAGNOLETTI – E. TOMA (a cura di), *I nodi del codice dei contratti pubblici*, Cacucci, Bari, 2018, pp. 155 ss.

Sul punto si veda, *ex multis*, la più recente giurisprudenza: TRGA Trento, 6.4.2021, n. 46 (per la fornitura urgente di test antigenici rapidi di terza generazione); TAR Firenze, sez. III, 22.3.2021, n. 417 (per la fornitura di taglienti per motorizzati e non motorizzati); TAR Napoli, sez. V, 17.3.2021, n. 1792 (per l'affidamento del servizio di pulizia e sanificazione dell'Ospedale Cardarelli); TAR Napoli, sez. V, 16.3.2021, n. 1760 (per la fornitura di cateteri); TAR Trieste, sez. I, 13.3.2021, n. 71 (per la fornitura urgente di disposizioni di protezione individuale e materiale vario sanitario); TAR Catania, sez. IV, 8.3.2021, n. 709 (per l'affidamento del servizio di gestione di un impianto di trattamento meccanico-biologico); TAR Genova, sez. I, 11.2.2021, n. 102 (per l'affidamento dei lavori di integrazione di un nuovo vaso presso una discarica); TAR Genova, sez. I, 1.2.2021, n. 78 (per l'affidamento dell'appalto integrato avente ad oggetto l'elaborazione della progettazione esecutiva e la realizzazione delle opere di consolidamento delle banchine e di abbassamento dei fondali di un ponte); TAR Torino, sez. I, 26.1.2021, n. 83 (per la fornitura di vaccini); TAR Palermo, sez. II, 19.1.2021, n. 227 (per la fornitura di gazebi per l'assistenza alle strutture sanitarie).

²⁵ A. RUFFINI, *Decreto Semplificazioni: come cambiano le procedure di affidamento*, in *Urbanistica e appalti*, 2020, n. 5, pp. 597 ss.; A. RUFFINI, *Le procedure di gara ai tempi del coronavirus tra rallentamenti e accelerazioni*, in *Urbanistica e appalti*, 2020, n. 4, pp. 460 ss.; A. VARLARO SINISI, *L'impatto dell'emergenza Covid-19 sulle procedure e sull'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 2020, n. 3, pp. 317 ss.

In ogni caso, il nucleo della disciplina temporanea non consiste solo nella necessità di assicurare una risposta più rapida ai problemi posti dall'emergenza causata dalla pandemia, ma anche nella sperimentazione di nuove soluzioni più efficaci, capaci eventualmente di divenire soluzioni a regime.

2.1. I contratti sotto-soglia

Le disposizioni transitorie hanno uno specifico arco temporale di applicazione: il termine iniziale è l'entrata in vigore del decreto mentre quello finale è il 31.12.2021.

Per poter beneficiare del regime semplificato previsto dall'art. 1 è necessario che *“la determina a contrarre o altro atto di avvio del procedimento equivalente sia adottato entro il 31.12.2021”*.

Sempre al fine di accelerare l'affidamento degli appalti e, quindi, dei tempi di realizzazione delle opere, il Legislatore ha previsto che *“salve le ipotesi in cui la procedura sia sospesa per effetto di provvedimenti dell'autorità giudiziaria, l'aggiudicazione o l'individuazione definitiva del contraente avviene entro il termine di 2 mesi²⁶ dalla data di adozione dell'atto di avvio del procedimento, aumentati a 4 mesi nei casi di cui al c. 2 lett. b)²⁷”*.

La violazione dei citati termini non incide sull'applicabilità del regime descritto dagli artt. 1 e 2, ma comporta le diverse conseguenze previste da entrambe le disposizioni.

In particolare, *“il mancato rispetto dei termini, ... la mancata tempestiva stipulazione del contratto e il tardivo avvio dell'esecuzione dello stesso possono essere valutati ai fini della responsabilità del r.u.p. per danno erariale e, qualora imputabili all'operatore economico, costituiscono causa di esclusione dell'operatore dalla procedura o di risoluzione del contratto per inadempimento che viene senza indugio dichiarata dalla stazione appaltante e opera di diritto”* (art. 1 c. 1 ult. periodo; art. 2 c. 1 ult. periodo).

L'utilizzo di *“possono”* implica che tale violazione non determina automaticamente e necessariamente la responsabilità del r.u.p., occorrendo valutare concretamente la sussistenza dei presupposti della responsabilità erariale.

Inoltre, il ritardo può anche essere dovuto alla condotta dell'operatore partecipante alla gara, laddove egli sia aggiudicatario o nel caso in cui con l'operatore sia stato già stipulato il contratto di appalto. In tali ipotesi, il Legislatore prevede che l'operatore possa essere escluso dalla procedura di gara (qualora questa sia ancora in corso) o che la stazione appaltante possa risolvere il contratto per inadempimento *“che viene dichiarato senza indugio dalla stazione appaltante e opera di diritto”*.

²⁶ Il termine di 2 mesi è valido in caso di *“affidamento diretto per lavori di importo inferiore a € 150.000 e per servizi e forniture, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione, di importo inferiore a € 75.000”* (art. 1 c. 2 lett. a).

²⁷ Il termine è elevato:

i) a 4 mesi per i contratti descritti all'art. 1 c. 2 lett. b, ossia i contratti il cui valore è superiore a quello indicato dalla lett. a e inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria;

ii) a 6 mesi per i contratti sopra-soglia, ai sensi dell'art. 2 c. 1.

Previa verifica, pertanto, dell'imputabilità dell'evento all'operatore, la stazione è titolare di un *diritto potestativo di esclusione del contraente* ovvero di un *diritto di risoluzione del contratto per inadempimento*, senza dover rispettare il procedimento di risoluzione *ex art. 108 del Codice*²⁸.

Tuttavia, tale norma ha suscitato in autorevole dottrina (C. Contessa) alcune perplessità:

- i) l'eventuale condotta dolosa o gravemente colposa del r.u.p. che cagioni un nocimento all'amministrazione costituirebbe *comunque* fonte di responsabilità per danno erariale;
- ii) se la finalità cui tende il Legislatore è l'accelerazione delle procedure di gara e dell'esecuzione dei contratti, non sembra molto coerente prevedere che in caso di ritardi il contratto venga risolto, perché si assoggetterebbe la stazione appaltante agli ulteriori costi connessi all'individuazione di un nuovo contraente²⁹.

Inoltre, quanto alla risoluzione del contratto si pone un problema di opportunità rispetto al dichiarato intento acceleratorio del Decreto Semplificazioni. La norma, infatti, sanziona la tardiva stipula con lo scioglimento anticipato del rapporto negoziale.

A ciò si aggiunga che non è ben chiaro a quale tra le due sottocategorie di risoluzione previste dall'art. 108 del Codice possa ascrivarsi, ossia se si tratti di una risoluzione doverosa o facoltativa³⁰. Il primo caso, sebbene irrazionale rispetto alla suddetta logica acceleratoria, sembra l'unico concretamente praticabile. Difatti, la facoltatività lascerebbe spazio ad ambiti di discrezionalità sconfinati e a concreti rischi di responsabilità erariale (connessa ai possibili danni derivanti dalla dilatazione dei tempi di riassegnazione della commessa).

Resta, ancora, da apprezzare la gravità dell'inadempimento dell'aggiudicatario (non riferito alle prestazioni, ma alla condotta procedimentale precedente alla stipula), bilanciando le istanze di conservazione del contratto e di deterrenza/sanzione delle condotte non collaborative degli operatori economici³¹.

Il quadro si complica riflettendo sulle conseguenze della risoluzione *ex art. 108*, il quale stabilisce che a seguito della risoluzione la stazione appaltante debba interpellare l'operatore seguente in graduatoria l'aggiudicatario, valutandone la disponibilità a stipulare un nuovo contratto "*alle medesime condizioni già proposte dall'originario aggiudicatario in sede di offerta*".

²⁸ R. TUCCILLO, *Procedure per l'incentivazione degli investimenti pubblici durante il periodo emergenziali in relazione all'aggiudicazione di contratti sotto e sopra soglia*, in D. BOLOGNINO – H. BONURA – A. STORTO (a cura di), *I contratti pubblici dopo il Decreto Semplificazioni cit.*, pp. 13 ss.

²⁹ C. CONTESSA, *Le novità del Decreto Semplificazioni, ovvero: nel settore dei contratti pubblici esiste ancora un Codice?*, in Giustizia-amministrativa.it, 2020 e in *Urbanistica e appalti*, 2020, n. 6, pp. 757 ss.

³⁰ A. GIANNELLI, *Contratti pubblici: stabilità del rapporto e interessi pubblici*, in *Il diritto dell'economia*, 2016, n. 1, pp. 126 ss.

³¹ G. TROPEA – A. GIANNELLI, *L'emergenza pandemica e i contratti pubblici cit.*, pp. 309 ss.

Ciò implica che, a fronte di una stipulazione tardiva, la stazione appaltante debba – previo apprezzamento della gravità del ritardo – risolvere un contratto ed esporsi al serio rischio dell’infruttuoso scorrimento della graduatoria (stante il suddetto vincolo) e, dunque, alla necessità di procedere ad una riedizione della gara. Niente di più lontano dagli auspicati scenari di velocizzazione delle procedure.

Oltre alla risoluzione viene prevista anche l’esclusione dalla procedura come sanzione per la scarsa sollecitudine dell’aggiudicatario.

In primis, il concetto di causa di esclusione è utilizzato impropriamente per sanzionare condotte che si consumano in una fase successiva all’aggiudicazione e dunque, *a fortiori*, alla conclusione della gara cui l’esclusione dovrebbe riferirsi.

Difatti, le cause di esclusione rappresentano il filtro di accesso alla competizione, mentre tale nuova forma di esclusione per intempestiva stipula non rappresenta un difetto strutturale dei requisiti di ammissione alla procedura, bensì un esempio di *norma pedagogica*.

In secundis, sembra che questa previsione rappresenti una violazione del divieto di *gold plating*. Nessuna norma europea, infatti, stabilisce l’esclusione dalla procedura di un operatore in ragione della sua scarsa sollecitudine negli adempimenti preliminari alla stipula.

L’art. 1 c. 2 disciplina, poi, le procedure applicabili per l’affidamento dei contratti sotto-soglia. In particolare, vengono derogati gli artt. 36 c. 2 e 157 c. 2 del Codice³².

Tale comma prevede due modalità di affidamento:

i) l’affidamento diretto³³ (lett. a) “*per lavori di importo inferiore a € 150.000 e per servizi e forniture ... di importo inferiore a € 75.000*”³⁴;

³² Mentre l’art. 36 ha ad oggetto le procedure per “*l’affidamento e l’esecuzione di lavori, servizi e forniture*”, l’art. 157 si riferisce agli “*incarichi di progettazione ... di direzione dei lavori, di direzione dell’esecuzione, di coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione e di collaudo*”.

Sul punto, M. SANINO, *Contratti sotto soglia*, in M.A. SANDULLI – R. DE NICIOLIS (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici. Volume II cit.*, pp. 323 ss.

³³ L. SALVEMINI, *L’affidamento diretto*, in M. CAFAGNO – C. LEONE – M. BARBERA – M. FAZIO (a cura di), *La nuova stagione dei contratti pubblici tra incertezze e responsabilità*, Mimesis, Milano, 2019, pp. 253 ss.

³⁴ Il decreto n. 76/2020 prevedeva la possibilità di affidamento diretto di servizi e forniture per importi fino a € 150.000; tuttavia, la legge di conversione n. 120/2020 ha modificato la soglia degli affidamenti diretti di servizi e forniture riducendola a € 75.000.

Sulla onerosa questione del diritto intertemporale si è pronunciato il TAR Genova, sez. I, 29.10.2020, n. 742: “*La ricorrente sostiene che la determina e i conseguenti successivi provvedimenti assunti dal Comune ai sensi del d.l. n. 76/2020, pur essendo conformi al suo dettato, sarebbero illegittimi per violazione della l. n. 120/2020 ... La questione concerne l’efficacia intertemporale di norme contenute in un decreto legge e modificate o soppresse dalla legge di conversione. Al riguardo sono state proposte tre diverse interpretazioni.*

Secondo un primo orientamento, è necessario distinguere tra emendamenti soppressivi e sostitutivi da un lato ed emendamenti modificativi dall’altro. Solo i primi travolgerebbero il decreto legge con effetto ex tunc, mentre i secondi avrebbero effetto solo ex nunc. Di conseguenza, le norme contenute in un decreto legge, e successivamente modificate dalla legge di conversione, troverebbero applicazione ai fatti avvenuti sotto la loro vigenza temporale. In questo senso la legge di conversione modificativa convertirebbe il decreto legge e contestualmente ne opererebbe la modificazione di talché sarebbero conservati gli effetti degli atti assunti nella vigenza del decreto legge.

ii) la procedura negoziata con consultazione di un numero variabile di operatori a seconda del valore dell'appalto (lett. b)³⁵.

La stazione appaltante è tenuta a rispettare il numero di operatori economici richiesto dalla legge solo nel caso in cui esista nel mercato di riferimento tale numero di operatori.

In ogni caso la relativa selezione deve svolgersi “*nel rispetto del criterio di rotazione degli inviti, che tenga conto anche di una diversa dislocazione territoriale delle imprese invitate, individuati in base ad indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici*”.

Il principio di rotazione costituisce un contrappeso alla discrezionalità riconosciuta all'amministrazione nel decidere quali operatori economici invitare in caso di procedura negoziata e mira ad evitare la formazione di c.d. *rendite di posizione*.

In quest'ottica, il Legislatore ha imposto il rispetto del principio di rotazione già nella fase dell'invito alla procedura di gara, per evitare che il gestore uscente possa agevolmente prevalere sugli altri operatori economici³⁶.

Secondo tale tesi, l'ipotesi della modifica ricorrerebbe allorché la legge di conversione aggiunge o sottrae soltanto alcuni elementi costitutivi alla fattispecie astratta già configurata dal decreto legge. Al contrario, si avrebbe una sostituzione in presenza di una legge di conversione che continua a disciplinare la fattispecie concreta già disciplinata dal decreto legge, ma in modo completamente diverso rispetto a quest'ultimo.

Viceversa, un secondo orientamento ritiene che la norma del decreto legge modificata, sostituita o soppressa sarebbe in ogni caso una norma non convertita, con conseguente perdita dell'efficacia ex tunc.

Un terzo orientamento ritiene che la legge di conversione abbia efficacia ex nunc anche nell'ipotesi in cui quest'ultima determini la soppressione di norme contenute nel decreto legge.

Sull'efficacia delle modifiche apportate in sede di conversione del decreto legge si è espresso il Consiglio di Stato, il quale ha affermato che la legge di conversione del decreto legge è dotata, rispetto agli emendamenti eventualmente introdotti, di una duplice valenza: da un lato converte il precedente decreto, dall'altro, allo stesso tempo, introduce nell'ordinamento nuove disposizioni, sostitutive o modificative di quelle contenute nel provvedimento convertito. Da ciò deriva che tali nuove disposizioni esplicano il loro effetto sostitutivo o modificativo di quelle convertite soltanto ex nunc, ossia alla scadenza del periodo di vacatio legis seguente alla loro pubblicazione nella Gazzetta ufficiale (salvo che la stessa legge di conversione non disponga diversamente al riguardo, come nel caso di specie), rimanendo fino alla scadenza stessa vigenti le norme del decreto nel testo anteriore all'emendamento (Consiglio di Stato, sez. V, 15.12.2005, n. 7148).

Nel caso di specie, il provvedimento impugnato è stato adottato il 3.8.2020 durante la vigenza dell'art. 1 d.l. n. 76/2020”.

³⁵ È necessario consultare:

i) “almeno 5 operatori economici... per l'affidamento di servizi e forniture, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione, di importo pari o superiore a € 75.000 e fino alle soglie di cui all'art. 35 del d.lgs. 50/2016, e di lavori di importo pari o superiore a € 150.000 e inferiore a € 350.000”;

ii) “almeno 10 operatori per lavori di importo pari o superiore a € 350.000 e inferiore a € 1.000.000”;

iii) “almeno 15 operatori per lavori di importo pari o superiore a € 1.000.000 e fino alle soglie di cui all'art. 35”.

³⁶ Sul principio di rotazione: R. DE NICTOLIS, *Appalti pubblici e concessioni cit.*, pp. 550 ss.; M. TERREI, *Sulla rotazione ovvero alla difficile ricerca di un equilibrio tra concorrenza e favor participationis*, in *Urbanistica e appalti*, 2020, n. 5, pp. 618 ss.; M. AMITRANO ZINGALE, *Il principio di rotazione in materia di appalti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 2019, n. 1, pp. 98 ss.; G. BARONE, *Sul principio di rotazione negli affidamenti sotto soglia*, in *Appalti e contratti*, 2019, n. 1, pp. 40 ss.; R. GIANI, *Il principio di rotazione nell'aggiudicazione degli appalti pubblici*, in G.M. CARUSO – D. D'ALESSANDRO – D. PAPPANO (a cura di), *Contratti delle pubbliche amministrazioni cit.*, pp. 55 ss. ed in D. PAPPANO – F. GRASSI – G. BEFANI (a cura di), *Appunti di contrattualistica pubblica cit.*, pp. 147 ss.; A. ILACQUA, *Procedure sotto soglia e principio di rotazione alla luce delle modifiche apportate al codice appalti dal D.L. 18.4.2019 n. 32 convertito con modifiche in Legge 55/2019*, in Giustamm.it, 2019, n. 6; K. KURCANI, *La rotazione nei contratti pubblici sotto soglia: un principio dai confini incerti*, in *Munus*, 2019, n. 12, pp. 21 ss.; C. LAMBERTI, *Gli affidamenti sotto soglia*, in C. CONTESSA (a cura di), *Il contenzioso e la giurisprudenza in materia di appalti pubblici cit.*, pp. 76 ss.; A. MASSERA, *Le procedure sotto soglia*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2019, n. 6, pp. 730 ss.; M. SANINO, *Contratti sotto soglia*, in M.A. SANDULLI – R. DE NICTOLIS (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici. Volume II. Soggetti. Qualificazione. Regole comuni alle*

Il Legislatore ha introdotto ulteriori modifiche temporanee alla disciplina codicistica.

Con riferimento alle procedure di cui alla lett. *a* (cioè gli affidamenti diretti), il Legislatore ha previsto all'art. 1 c. 3 che tali affidamenti “*possono essere realizzati tramite determina a contrarre o atto equivalente che contenga, in particolare gli elementi descritti nell'art. 32 c. 2³⁷ del Codice*”³⁸.

Sono, poi, previste alcune regole specifiche per quanto riguarda le procedure relative ai contratti rientranti nell'ambito applicativo dell'art. 1 c. 2 lett. *b*. Il Legislatore ha previsto che “*le stazioni appaltanti danno evidenza dell'avvio delle procedure negoziate di cui alla presente lettera tramite pubblicazione di un avviso nei rispettivi siti internet istituzionali*”³⁹.

Secondo autorevole dottrina (C. Contessa), è incomprensibile la previsione del c. 2 nella parte in cui le stazioni appaltanti devono dare notizia dell'avvio delle procedure negoziate senza bando ivi disciplinate “*tramite pubblicazione di un avviso nei rispettivi siti internet istituzionali*”. Tale previsione contrasterebbe con il potenziale semplificatorio delle procedure *ex art. 63*. Il Legislatore avrebbe ideato, dunque, una c.d. *procedura negoziata senza bando, ma con bando*⁴⁰.

Sempre per le medesime procedure, l'art. 1 c. 3 ha sancito che “*le stazioni appaltanti, fermo quanto previsto dall'art. 95 c. 3 del Codice*”⁴¹, *nel rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento,*

procedure di gara, Giuffrè, Milano, 2019, pp. 337 ss.; S. USAI, *Gli affidamenti semplificati dopo la legge 55/2019 e l'applicazione della rotazione*, in *Appalti e contratti*, 2019, n. 12, pp. 11 ss.; F. ARMENANTE, *In principio è la rotazione*, in *Amministrativamente*, 2018, n. 9, pp. 13 ss.; F.P. BELLO, *L'affidamento dei contratti sotto soglia tra concorrenza e principio di rotazione*, in F. GARELLA – M. MARIANI – L. SPAGNOLETTI – E. TOMA (a cura di), *I nodi del codice dei contratti pubblici cit.*, pp. 111 ss.; S. DEIANA, *Il principio di rotazione e la tutela del gestore uscente*, in *Urbanistica e appalti*, 2018, n. 5, pp. 678 ss.; S. USAI, *Il rispetto del principio di rotazione e la tutela del pregresso affidatario*, in *Urbanistica e appalti*, 2017, n. 3, pp. 421 ss.; S. USAI, *Le implicazioni negative dell'applicazione integrale del principio di rotazione*, in *Urbanistica e appalti*, 2017, n. 5, pp. 676 ss. Sul punto si veda, *ex multis*, la più recente giurisprudenza: TAR Venezia, sez. I, 26.3.2021, n. 389; Cons. Stato, sez. V, 17.3.2021, n. 2292; TAR Napoli, sez. V, 16.3.2021, n. 1760; TAR Catanzaro, sez. I, 11.3.2021, n. 531; TAR Lecce, sez. III, 5.3.2021, n. 372; TAR Catanzaro, sez. I, 4.3.2021, n. 465; Cons. Stato, sez. V, 22.2.2021, n. 1515; TAR Cagliari, sez. II, 15.2.2021, n. 94; TAR Bologna, sez. II, 9.2.2021, n. 105; TAR Cagliari, sez. II, 9.2.2021, n. 75; TAR Venezia, sez. I, 8.2.2021, n. 174; TAR Roma, sez. II, 5.2.2021, n. 1524; TAR Lecce, sez. II, 4.2.2021, n. 193 e 194; TAR Roma, sez. II *bis*, 7.1.2021, n. 217; TAR Catania, sez. IV, 5.1.2021, n. 7.

³⁷ Ai sensi dell'art. 32 c. 2, la determina a contrarre deve contenere “*in modo semplificato, l'oggetto dell'affidamento, l'importo, il fornitore, le ragioni della scelta del fornitore, il possesso da parte sua dei requisiti di carattere generale, nonché il possesso dei requisiti tecnico-professionali*”.

³⁸ Sul tema, inoltre, l'art. 1 c. 5 *bis* ha introdotto l'unica norma a regime aggiungendo all'art. 36 c. 2 lett. *a* che “*per affidamenti di importo inferiore a € 40.000 ... la pubblicazione dell'avviso sui risultati della procedura di affidamento non è obbligatoria*”.

³⁹ Si precisa che “*l'avviso sui risultati della procedura di affidamento, la cui pubblicazione nel caso di cui alla lett. *a* non è obbligatoria per affidamenti inferiori a € 40.000, contiene anche l'indicazione dei soggetti invitati*”.

Si veda TAR Potenza, sez. I, 12.2.2021, n. 125.

⁴⁰ C. CONTESSA, *Le novità del Decreto Semplificazioni cit.*

⁴¹ Secondo l'art. 95 c. 3 “*sono aggiudicati esclusivamente sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo*”:

- a) i contratti relativi ai servizi sociali e di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica, nonché ai servizi ad alta intensità di manodopera ...*
- b) i contratti relativi all'affidamento dei servizi di ingegneria e architettura e degli altri servizi di natura tecnica e intellettuale di importo pari o superiore a € 40.000;*

procedono, a loro scelta, all'aggiudicazione dei relativi appalti, sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ovvero del prezzo più basso⁴².

Altra importante deroga alla disciplina codicistica si incontra, nelle ipotesi in cui le stazioni appaltanti abbiano optato per il criterio del prezzo più basso, nell'applicazione del c.d. *meccanismo di esclusione automatica delle offerte*, “anche nel caso in cui le offerte ammesse siano pari o superiori a 5” (a differenza delle 10 offerte richieste dall'art. 97 del Codice⁴³)⁴⁴.

Sul punto, il TAR Torino, sez. I, 17.11.2020, n. 736 ha sancito che “il Legislatore ... ha introdotto una disciplina emergenziale, temporanea e derogatoria del codice dei contratti, con scadenza al 31.12.2021, la quale privilegia forme di gara più snelle e modalità di gestione meccanica di alcuni passaggi (quali, nel caso che interessa, il giudizio di anomalia condotto con esclusione automatica delle offerte anomale).

Diversamente da quanto affermato in ricorso l'applicazione della disciplina emergenziale non è correlata nel testo di legge alle gare strettamente connesse all'emergenza sanitaria (distinzione che, per altro, rischierebbe di indurre ulteriori complicazioni e contenziosi volti a perimetrare cosa si intenda per gare connesse all'emergenza sanitaria) ma più genericamente all'emergenza economica indotta dall'emergenza sanitaria, quindi senza creare distinzioni ...

D'altro canto, se l'intero obiettivo della disciplina è quello di semplificare l'andamento delle gare (obiettivo al cui raggiungimento non sembra funzionale, come reso evidente dal presente giudizio, il continuo e disallineato mutare della disciplina, con reiterata modifica dei valori di riferimento e delle tipologie di procedura, che inevitabilmente ingenera come

b-bis) i contratti di servizi e le forniture di importo pari o superiore a € 40.000 caratterizzati da notevole contenuto tecnologico o che hanno un carattere innovativo”.

⁴² Sui criteri di aggiudicazione: R. DE NICTOLIS, *Appalti pubblici e concessioni cit.*, pp. 1183 ss.; P. CAPRIOTTI, *Offerta economicamente più vantaggiosa, opportunità del prezzo fisso e problematiche legate alla modifica del progetto in sede di gara*, in *Appalti e contratti*, 2020, n. 7, pp. 35 ss.; A. GORGOGNONE, *Criteri di aggiudicazione degli appalti*, in Giustamm.it, 2020, n. 7; F. CARDARELLI, *I criteri di aggiudicazione*, in M.A. SANDULLI – R. DE NICTOLIS (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici. Volume III cit.*, pp. 531 ss.; G. FIDONE – F. MATALUNI, *I criteri di aggiudicazione*, in M. CAFAGNO – C. LEONE – M. BARBERA – M. FAZIO (a cura di), *La nuova stagione dei contratti pubblici tra incertezze e responsabilità cit.*, pp. 225 ss.; L. FIORENTINO, *I criteri di aggiudicazione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2019, n. 6, pp. 741 ss.; D. IARIA – I. MARRONE, *Aggiudicazione nei settori ordinari*, in M. CLARICH (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici cit.*, pp. 685 ss.; A. MASSARI, *Le novità sui criteri di aggiudicazione*, in *Appalti e contratti*, 2019, n. 9, pp. 34 ss.

⁴³ Sull'esclusione automatica delle offerte: R. DE NICTOLIS, *Appalti pubblici e concessioni cit.*, pp. 1236 ss.; S. BIANCARDI, *L'anomalia dell'offerta dopo il “decreto sblocca cantieri”, convertito in legge 55/2019: il nuovo modello disciplinare*, in *Appalti e contratti*, 2019, n. 9, pp. 53 ss.; G. FERRARO, *I paradossi dei nuovi metodi di calcolo delle soglie di anomalia*, in *Appalti e contratti*, 2019, n. 12, pp. 42 ss.; A. MASSARI, *La disciplina delle offerte anomale dopo il decreto “sblocca cantieri”*, in *Appalti e contratti*, n. 7, pp. 17 ss.; A. MASSARI, *La nuova disciplina delle offerte anomale*, in *Appalti e contratti*, 2019, n. 10, pp. 11 ss.; V. NERI, *Offerte anormalmente basse*, in M.A. SANDULLI – R. DE NICTOLIS (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici. Volume III cit.*, pp. 607 ss.; N. DE MARCO, *L'anomalia dell'offerta: inesauribile fonte di contenzioso*, in F. GARELLA – M. MARIANI – L. SPAGNOLETTI – E. TOMA (a cura di), *I nodi del codice dei contratti pubblici cit.*, pp. 197 ss.; A. GHIRIBELLI, *Quando l'offerta è anomala? Un'analisi ragionata*, in F. GARELLA – M. MARIANI – L. SPAGNOLETTI – E. TOMA (a cura di), *I nodi del codice dei contratti pubblici cit.*, pp. 209 ss.

⁴⁴ La formulazione dell'art. 1 c. 3 del Decreto Semplificazioni, peraltro, “non lascia spazio ad apprezzamenti di sorta rispetto al netto significato testuale, nel senso della doverosità dell'esclusione al ricorrere del presupposto ivi individuato, senza che residuino margini di discrezionalità in capo alla stazione appaltante” (TAR Potenza, sez. I, 14.11.2020, n. 720).

più immediato effetto il disorientamento tanto delle stazioni appaltanti che degli operatori), l'esclusione automatica sottosoglia risulta certamente coerente con tale obiettivo”⁴⁵.

2.2. I contratti sopra-soglia

L'art. 2 cc. 2 e 3 disciplina le procedure di aggiudicazione applicabili per l'affidamento delle “attività di esecuzione di lavori, servizi e forniture nonché dei servizi di ingegneria e architettura, inclusa l'attività di progettazione di importo pari o superiore alle soglie di cui all'art. 35 del Codice”.

Il c. 2 si apre con l'introduzione della c.d. *clausola di salvezza*: il Legislatore ha attribuito espressa prevalenza al c. 3 rispetto al c. 2.

Il c. 2 prevede l'applicabilità delle procedure “aperta, ristretta o, previa motivazione sulla sussistenza dei presupposti previsti dalla legge, competitiva con negoziazione di cui agli artt. 61 e 62 del Codice o il dialogo competitivo di cui all'art. 64 del Codice per i settori ordinari, e di cui agli artt. 123 e 124 per i settori speciali, in ogni caso con i termini ridotti di cui all'art. 8 c. 1 lett. c del presente decreto”.

Pertanto, nella motivazione del provvedimento che dispone la riduzione dei termini non è necessario dar conto delle ragioni di urgenza, che si considerano comunque sussistenti.

Il Legislatore ha attribuito particolare rilievo *ex art.* 2 c. 3 alla procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara di cui all'art. 63 del Codice, per i settori ordinari, e all'art. 125 del Codice, per i settori speciali.

La procedura negoziata senza bando consente alle amministrazioni aggiudicatrici di negoziare direttamente con i potenziali contraenti e si traduce, pertanto, in una consistente semplificazione del procedimento diretto alla selezione dell'operatore economico.

⁴⁵ Il TAR prosegue: “Parte ricorrente assume in ogni caso che, ove anche dovesse ritenersi applicabile l'esclusione automatica prevista dal d.l. n. 76/2020, la stessa avrebbe dovuto essere enunciata e motivata negli atti di gara. Tale soluzione, oltre a non trovare riscontro nel dato letterale di legge, che pare piuttosto idonea, ove necessario, ad *etero-integrare* la disciplina di gara, non risulterebbe nuovamente funzionale all'obiettivo di celerità delle procedure poiché inserirebbe una ennesima previsione di carattere facoltativo con onere di motivazione circa la scelta effettuata (esclusione automatica o meno) in un contesto di atti generali quali le leggi di gara, che fisiologicamente si presterebbe poi a contestazioni circa l'opportunità e/o la sufficiente giustificazione della scelta, con effetti nuovamente potenzialmente opposti al dichiarato fine di rendere celere ed automatico l'esito della procedura”.

Si vedano anche TAR Roma, sez. I, 19.2.2021, n. 2104, che richiama la suddetta pronuncia del TAR Torino, n. 736/2020; TAR Perugia, sez. I, 4.12.2020, n. 559.

Contra: TAR Lecce, sez. II, 22.1.2021, n. 113, secondo cui: “In presenza di una *lex specialis* che nulla disponeva quanto all'automatismo espulsivo, disporlo in via diretta e immediata significherebbe porre ingiustificati ostacoli al principio di massima partecipazione alle gare, da sempre predicato dal giudice euro-unitario. Per tali ragioni, reputa il Collegio che la decisione dell'Amministrazione di disporre annullamento in autotutela del proprio precedente provvedimento di esclusione automatica dalla gara delle imprese le cui offerte erano risultate anomale possa dirsi legittima”. Un caso analogo è stato sottoposto al TAR Genova, sez. I, 14.10.2020, n. 692, il quale ha dichiarato cessata la materia del contendere perché anche in questo caso l'amministrazione ha annullato in autotutela il provvedimento impugnato di esclusione automatica dalla gara delle imprese le cui offerte erano state ritenute anomale.

Premessa l'esigenza del "rispetto di un criterio di rotazione" e della "previa pubblicazione dell'avviso di indizione della gara o di altro atto equivalente", il Legislatore, muovendo dal disposto dell'art. 63 c. 2 lett. *b* del Codice, ha ricondotto l'emergenza Covid-19 tra gli eventi imprevedibili indicati dalle predette disposizioni.

Inoltre, l'art. 63 c. 2 lett. *c* consente il ricorso alla procedura negoziata senza bando purché l'urgenza derivi "da eventi prevedibili dall'amministrazione aggiudicatrice ... Le circostanze invocate a giustificazione del ricorso alla procedura di cui al presente articolo non devono essere in alcun caso imputabili alle amministrazioni aggiudicatrici". Tali eventi devono rendere impossibile il rispetto dei "termini per le procedure aperte o ristrette o competitive con negoziazione".

Ai sensi dell'art. 63 c. 1, "le amministrazioni aggiudicatrici possono aggiudicare appalti pubblici mediante una procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, dando conto con adeguata motivazione, nel primo atto della procedura, della sussistenza dei relativi presupposti".

Dunque, le stazioni appaltanti devono motivare i seguenti requisiti per applicare l'art. 63:

- i*) la stretta necessità;
- ii*) l'impossibilità di rispettare i termini previsti dalle procedure ordinarie;
- iii*) il nesso tra tale impossibilità e le ragioni di estrema urgenza derivanti dagli effetti negativi della "crisi causata dalla pandemia" o dal "pericolo di sospensione delle attività determinato dalle misure di contenimento adottate per fronteggiare la crisi".

Secondo autorevole dottrina (C. Contessa), l'art. 2 c. 3 suscita notevoli perplessità:

- i*) al verificarsi di una situazione di somma urgenza il ricorso alla procedura negoziata senza bando sarebbe comunque ammesso, anche in assenza di una specifica disposizione (la cui portata risulterebbe, quindi, pleonastica);
- ii*) il c. 3 (richiamando l'art. 63 del Codice, ma al contempo imponendo "la previa pubblicazione dell'avviso di indizione della gara o di altro atto equivalente") finisce paradossalmente per complicare l'attività delle stazioni appaltanti introducendo uno specifico obbligo di previa pubblicazione proprio laddove il *proprium* della procedura *ex art. 63* consiste nell'espressa deroga a tale obbligo. Quindi, anche in questo caso – come già osservato in relazione all'art. 1 c. 2 del Decreto – il Legislatore ha descritto la particolare e contraddittoria figura della *procedura negoziata senza bando, ma con bando*⁴⁶.

⁴⁶ C. CONTESSA, *Le novità del Decreto Semplificazioni cit.*

L'art. 2 c. 4 riprende lo schema del c.d. *modello Genova*⁴⁷, introducendo la deroga generalizzata “*ad ogni disposizione di legge diversa da quella penale, fatto salvo il rispetto delle disposizioni del Codice delle leggi antimafia, nonché dei vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione Europea*”⁴⁸.

Più nel dettaglio, con riferimento alle fasi del procedimento amministrativo e del rapporto contrattuale, il Legislatore ha previsto che la deroga alle disposizioni di legge operi “*per l'affidamento delle attività di esecuzione di lavori, servizi e forniture, nonché dei servizi di ingegneria e architettura, inclusa l'attività di progettazione, e per l'esecuzione dei relativi contratti*”.

L'ambito oggettivo di applicazione del c. 4 è legato ad interventi sia di carattere emergenziale connessi alla pandemia che relativi a specifici settori, ambiti o contratti. Nel dettaglio, la previsione si applica,

⁴⁷ O. PINI, *Interessi pubblici e diritto comune nelle concessioni autostradali. Riflessioni sul caso del “Ponte Morandi”*, in [Federalismi.it](https://www.federalismi.it), 2020, n. 9, pp. 92 ss.; A. ARCURI, *Il Governo delle emergenze: i rapporti tra decreti-legge e ordinanze di protezione civile dal terremoto de L'Aquila al crollo del ponte Morandi*, in [Osservatoriosullefonti.it](https://www.osservatoriosullefonti.it), 2019, n. 2; G. MARCHEGIANI, *La ricostruzione del ponte Morandi di Genova alla luce del diritto dell'Unione Europea*, in [Federalismi.it](https://www.federalismi.it), 2019, n. 2.

⁴⁸ C. PALUMBO CROCCO – D. CROCCO, *Smart procurement. Idee per un protocollo anticrisi*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2020, in part. pp. 107 ss.: “*Le immagini del crollo del viadotto Polcevera a Genova, meglio conosciuto come il Ponte Morandi, alle 11:36 del 14 agosto del 2018, che ha provocato 43 morti, hanno scosso il mondo. Ma il taglio del nastro del nuovo ponte, composto da un impalcato in acciaio lungo più di un chilometro, con 18 pile e 19 campate, illuminato con il tricolore, a soli 20 mesi dal tragico crollo e a solo un anno dall'inizio dei lavori, ha ugualmente destato emozione in tutto il mondo, sia pur, questa volta, per fortuna, positiva.*

Molti si sono chiesti: come è stato possibile che, con il sistema normativo italiano, dove è stato calcolato che passano 15 anni mediamente per la realizzazione di una grande opera, il ponte di Genova sia stato ricostruito, da imprese italiane di primaria importanza, con le tecnologie più innovative, in solo pochi mesi?

Considerando i danni prodotti al territorio ligure dall'assenza del determinante collegamento, l'Italia ha utilizzato la figura del Commissario straordinario che ha operato in deroga alle procedure ordinarie del Codice dei contratti pubblici. La cornice normativa sostanziale che ha reso possibile questo miracolo non è stata troppo complessa: il decreto legge 28.9.2018 n. 109 (convertito con legge 16.11.2018, n. 130) recante Disposizioni urgenti per la città di Genova, la sicurezza della rete nazionale delle infrastrutture e dei trasporti; i decreti del Presidente del Consiglio dei ministri del 4.10.2018 con cui il Sindaco di Genova viene nominato Commissario straordinario per la ricostruzione e con cui viene costituita una struttura alle sue dirette dipendenze; il decreto del 18.12.2018 con cui il Commissario straordinario aggiudica la ricostruzione del ponte a seguito di negoziazione senza previo bando, nel rispetto dell'art. 32 (c. 2 lett. c) della direttiva UE 2014/24 che consente alle amministrazioni aggiudicatrici di applicare la procedura negoziata senza previa pubblicazione nella misura strettamente necessaria quando, per ragioni di estrema urgenza derivanti da eventi imprevedibili dall'amministrazione aggiudicatrice, i termini per le procedure aperte o per le procedure ristrette o per le procedure competitive con negoziazione non possono essere rispettati.

Oltre che di una cornice normativa straordinaria, la ricostruzione del viadotto genovese ha potuto avvantaggiarsi di altre circostanze straordinarie: la proposta progettuale del nuovo ponte è stata donata alla cittadinanza dall'architetto ligure Renzo Piano e il finanziamento è stato garantito pienamente dalla società concessionaria dell'infrastruttura.

Ma queste condizioni sono replicabili? È possibile adottare il modello Genova per tutte le altre opere programmate per riaccendere i motori dell'economia italiana a seguito dell'emergenza coronavirus e della conseguente depressione finanziaria? Sic stantibus rebus, non sarebbe possibile. Perché l'art. 32 della direttiva europea 2014/24 può sicuramente applicarsi ad una circostanza eccezionale come il crollo del viadotto genovese, ma non pare possa applicarsi per altre opere già programmate la cui necessità non è riconducibile ad eventi imprevedibili.

La stessa figura del Commissario straordinario prevista dal Decreto Sblocca cantieri, che opera anche in deroga al Codice dei contratti ma non può derogare alle direttive comunitarie, non potrebbe di norma utilizzare la procedura negoziata senza previa pubblicazione se non a seguito di ragioni di urgenza per circostanze imprevedibili. A meno che la Commissione europea non includa esplicitamente e formalmente le conseguenze economiche e sociali dell'emergenza Covid-19 (e delle altre crisi simili che potrebbero venire) tra le ragioni di urgenza indifferibile. Di qui l'impossibilità di generalizzare il modello Genova senza una modifica delle direttive comunitarie sugli appalti. Perché le direttive comunitarie, in tempo di coronavirus, hanno consentito agli Stati l'acquisto delle forniture sanitarie urgenti anche in deroga alle previsioni degli ordinamenti nazionali, con procedura negoziata senza pubblicazione e addirittura con aggiudicazione diretta ad un operatore economico preselezionato, a certe condizioni. Ma non potrebbero al momento attuale fornire copertura all'utilizzo di procedure di urgenza come stimolo economico per rilanciare l'economia, attraverso la realizzazione di infrastrutture materiali e immateriali, ogni qual volta, come nel caso del Covid-19, l'economia degli Stati entra in stagnazione o in depressione”.

anzitutto, ai “*casi di cui al c. 3*” e, quindi, in tutte le ipotesi rientranti nell’ambito di applicazione del citato comma per i quali sussistono le ragioni di carattere emergenziale giustificanti il ricorso alla procedura negoziata senza bando⁴⁹.

La deroga alle disposizioni vigenti incontra, tuttavia, alcuni limiti: le previsioni del medesimo articolo vincolano le stazioni appaltanti alle disposizioni dell’art. 2, sia con riferimento alle procedure descritte ai cc. 2 e 3, che con riferimento alla disciplina indicata al c. 5⁵⁰.

Si prevede, inoltre, il rispetto delle disposizioni del Codice antimafia, dei vincoli inderogabili derivanti dall’appartenenza all’Unione Europea, dei principi di cui agli artt. 30, 34 e 42 del Codice e delle disposizioni in materia di subappalto. Tali vincoli riprendono quelli previsti dall’art. 4 del Decreto Sblocca cantieri.

3. Le modifiche al rito appalti

Il Legislatore con il Decreto Semplificazioni è tornato ad occuparsi del c.d. *rito appalti*, da un lato, introducendo alcune modifiche all’art. 120 c.p.a. (*ex art. 4 c. 4 del Decreto*) e, dall’altro, estendendo l’ambito di applicazione dell’art. 125 c.p.a. ai contratti pubblici conclusi nel periodo della pandemia (*ex art. 4 cc. 2 e 3 del Decreto*)⁵¹.

Quanto all’art. 120 c.p.a., l’intervento si è incentrato sulla fase decisionale del rito appalti, con riguardo sia ai presupposti per la definizione del merito in esito all’udienza cautelare, che ai tempi di pronuncia della sentenza e all’anticipata pubblicazione del dispositivo.

Quanto all’art. 125 c.p.a. il Legislatore ne ha temporaneamente esteso l’ambito di applicazione, originariamente dettato per le infrastrutture strategiche (c.d. *grandi opere*):

ì) da una parte, stabilendo l’applicazione della tutela cautelare di cui all’art. 125 a tutti i contratti pubblici conclusi nel periodo emergenziale;

⁴⁹ Il Legislatore individua, quindi, altri settori cui si applica la deroga in esame e in particolare: “*edilizia scolastica, universitaria, sanitaria, giudiziaria e penitenziaria ... infrastrutture per attività di ricerca scientifica e per la sicurezza pubblica ... trasporti e infrastrutture stradali, ferroviarie, portuali, aeroportuali, lacuali e idriche*”.

⁵⁰ In particolare, l’art. 2 c. 5 indica alcune modifiche temporanee alla disciplina applicabile alle procedure di affidamento di contratti pubblici il cui valore è superiore alle soglie comunitarie. Tale comma precisa che “*per ogni procedura di appalto è nominato un r.u.p., il quale, con propria determinazione motivata, valida e approva ciascuna fase progettuale o di esecuzione del contratto, anche in corso d’opera*”.

⁵¹ F. CINTIOLI, *Il decreto semplificazioni (decreto legge n. 76 del 2020), gli appalti pubblici e il riparto di giurisdizione*, in [Federalismi.it](https://www.federalismi.it), 2021, n. 7, pp. 80 ss.; G. GRECO, *Coronavirus e appalti (a proposito dell’art. 125 c.p.a.)*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2020, n. 4, pp. 517 ss.; M. LIPARI, *Il rito appalti nel d.l. 16.7.2020, n. 76*, in [Giustizia-amministrativa.it](https://www.giustizia-amministrativa.it), 2020; M. LIPARI, *La proposta di modifica del rito appalti: complicazioni e decodificazioni senza utilità?*, in *L’amministrativista*, 2020; G.F. MAIELLARO, *L’art. 4 del decreto Semplificazioni (d.l. n. 76/2020): le novità sul termine di stipula dei contratti pubblici e sul rito speciali appalti*, in *Appalti e contratti*, 2020, n. 9, pp. 21 ss.

ii) dall'altra, sancendo che ai contratti sopra-soglia, nello stesso arco temporale, laddove si possa optare per la procedura negoziata senza bando in nome dell'estrema urgenza da Covid-19, vada applicato l'intero art. 125, compreso il c. 3 che preclude la caducazione del contratto e, in caso di illegittimità dell'affidamento, fa salva solo la c.d. *tutela per equivalente*.

Se la prima norma assume una valenza più simbolica che reale, la seconda può avere invece effetti rilevanti ai fini della tutela.

Tuttavia, occorre previamente esaminare sinteticamente gli artt. 74 e 60 c.p.a.

L'art. 74 consente al giudice di definire il grado processuale con una *sentenza in forma semplificata*, stendendo una motivazione che “*può consistere in un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo ovvero, se del caso, ad un precedente conforme*”; sempre nel presupposto, da motivare, che la questione sia *liquida*⁵².

L'art. 74 intende rendere la sentenza semplificata un modello di decisione generale, che si affianca a quello della sentenza ordinaria *ex art. 88 c.p.a.*, nel senso che, ricorrendo i presupposti sopra indicati, il giudice può liberamente ricorrere all'uno o all'altro tipo provvedimento, adattandolo alle esigenze del caso concreto.

Si rammenti che la finalità acceleratoria della sentenza in forma semplificata non impedisce che questa, come quella ordinaria, resti assoggettata al termine generale di deposito fissato in 45 giorni dalla decisione (art. 89 c.p.a.).

Su queste premesse, il tratto discrezionale tra i due modelli decisionali rimane la *liquidità* della questione da decidere quale presupposto per l'attivazione del modello *ex art. 74 c.p.a.*⁵³

A questo modello l'art. 60 c.p.a. affianca regole di semplificazione del rito prevedendo che “*in sede di decisione della domanda cautelare, purché siano trascorsi almeno 20 giorni dall'ultima notificazione del ricorso, il collegio,*

⁵² Cioè, nel caso in cui ricorra la “*manifesta fondatezza ovvero la manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza del ricorso*”.

⁵³ Sulle sentenze in forma semplificata: G. LEONE, *Elementi di diritto processuale amministrativo*, VI ed., CEDAM, Padova, 2021, pp. 283 ss.; E. FOLLIERI, *La fase cautelare*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, VIII ed., Giappichelli, Torino, 2020, pp. 391 ss.; F. CAPORALE, *Le ambiguità della sentenza semplificata tra modello redazionale e strumento di accelerazione del processo amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2018, n. 2, pp. 606 ss.; A. POLICE, *Le decisioni in forma semplificata (cosiddetto giudizio immediato)*, in G.P. CIRILLO (a cura di), *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, UTET, Torino, 2017, pp. 485 ss.; M. RAMAJOLI, *Il declino della decisione motivata*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2017, n. 3, pp. 894 ss.; C. CRISCENTI – A. STORTO, *La sentenza in forma semplificata*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2016, n. 5, pp. 1087 ss.; F. PATRONI GRIFFI, *Forma e contenuto della sentenza amministrativa*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2015, n. 1, pp. 17 ss.; N. SAIITA, *Nuove regole per il contenzioso dei contratti pubblici*, in *Giurisprudenza italiana*, 2015, n. 1, pp. 246 ss.; F. VETRÒ, *Le sentenze in forma semplificata*, in G. MORBIDELLI (a cura di), *Codice della giustizia amministrativa*, III ed., Giuffrè, Milano, 2015, pp. 721 ss.; C. VOLPE, *Dovere di motivazione della sentenza e sinteticità degli atti delle parti processuali*, in Giustamm.it, 2015, n. 3; M.A. SANDULLI, *Il tempo del processo come bene della vita*, in *Diritto e società*, 2014, n. 3, pp. 503 ss. ed in Federalismi.it, 2014, n. 18.

*accertata la completezza del contraddittorio e dell'istruttoria, sentite sul punto le parti costituite, può definire, in camera di consiglio, il giudizio con sentenza in forma semplificata*⁵⁴.

Evidentemente, questo caso differisce da quello dell'art. 74 c.p.a.; qui non si dettano le regole di adozione e di redazione di un provvedimento “*in forma semplificata*”, ma viene piuttosto disciplinata la “*definizione del giudizio in esito all'udienza cautelare*”, con evidente contrazione dei tempi processuali e conseguente maggiore effettività della decisione⁵⁵.

Il c.d. *rito appalti* è disciplinato dall'art. 120 c.p.a.⁵⁶

Esso, in estrema sintesi, è segnato:

- i) dalla dimidiazione di tutti i termini processuali, ridotti a 30 giorni;
- ii) dall'utilizzo in via ordinaria della sentenza in forma semplificata *ex art. 74 c.p.a.* (cc. 6 e 10), la quale in questo rito diventa il modello di provvedimento decisorio generale;
- iii) fino alla modifica operata dal Decreto Semplificazioni, dalla riduzione a 30 giorni dall'udienza di discussione del termine per il deposito della sentenza e dalla possibilità, offerta alle parti, di chiedere la pubblicazione anticipata del dispositivo – che doveva avvenire entro 2 giorni dall'udienza (c. 9).

Sono, inoltre, previste forti accelerazioni nello svolgimento del processo:

⁵⁴ Si rammenti che il c.d. *giudizio immediato* resta precluso laddove “*una delle parti dichiara che intende proporre motivi aggiunti, ricorso incidentale, regolamento di competenza o regolamento di giurisdizione*”.

⁵⁵ Sul giudizio immediato: G. LEONE, *Elementi di diritto processuale amministrativo cit.*, pp. 257 ss.; E. FOLLIERI, *La fase cautelare cit.*, pp. 370 ss.; R. DE NICTOLIS, *Riti processuali*, in M.A. SANDULLI – R. DE NICTOLIS (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici. Volume V. Concessioni di lavori e servizi. Partenariati. Precontenzioso e contenzioso cit.*, pp. 719 ss.; A. POLICE, *Le decisioni in forma semplificata (cosiddetto giudizio immediato) cit.*, pp. 485 ss.; G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Brevi note sulla tutela cautelare nel processo amministrativo dopo la entrata in vigore del Codice del 2010*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2015, n. 4, pp. 1025 ss.; F. FRENI, *Definizione del giudizio in esito all'udienza cautelare*, in G. MORBIDELLI (a cura di), *Codice della giustizia amministrativa cit.*, pp. 650 ss.

⁵⁶ Sul rito appalti: G. LEONE, *Elementi di diritto processuale amministrativo cit.*, pp. 426 ss.; N. PAOLANTONIO, *Il rito accelerato e I riti in materia di infrastrutture e insediamenti produttivi strategici*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa cit.*, pp. 541 ss. e pp. 555 ss.; M.M. FRACANZANI, *Il rito in materia di contratti pubblici e Il rito abbreviato speciale comune a determinate materie e il rito abbreviato in materia di infrastrutture strategiche*, in G.P. CIRILLO (a cura di), *Il nuovo diritto processuale amministrativo cit.*, pp. 1165 ss. e pp. 1201 ss.; F. TRAMONTANO, *Il rito degli appalti dopo le innovazioni introdotte dal Codice dei contratti pubblici*, in *Appalti e contratti*, 2017, n. 9, pp. 10 ss.; G.D. COMPORRI, *Il giudice amministrativo alla prova delle dinamiche di mercato nelle gare pubbliche*, in *Giurisprudenza italiana*, 2016, n. 11, pp. 2479 ss.; C. CONTESSA, *Le forme di tutela nel nuovo Codice*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2016, n. 4, pp. 515 ss.; E. FOLLIERI, *Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel codice dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 2016, n. 8, pp. 873 ss.; G. GRECO, *Il contenzioso degli appalti pubblici tra deflazione e complicazione*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2016, n. 3, pp. 971 ss.; G. IOSCA, *Osservazioni sul rito appalti: la sua specialità tra luci ed ombre*, in *Appalti e contratti*, 2016, n. 12, pp. 36 ss.; M. LIPARI, *La tutela giurisdizionale e “precontenziosa” nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in [Federalismi.it](http://federalismi.it), 2016, n. 10; I. MARTELLA, *Le novità processuali nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2016, n. 2, pp. 659 ss.; M.A. SANDULLI, *Il rito speciale in materia di contratti pubblici*, in [Federalismi.it](http://federalismi.it), 2016, n. 8; M.A. SANDULLI, *Nuovi limiti alla tutela giurisdizionale in materia di contratti pubblici*, in [Federalismi.it](http://federalismi.it), 2016, n. 15; G. SEVERINI, *Il nuovo contenzioso sui contratti pubblici*, in C. CONTESSA – D. CROCCO (a cura di), *Codice degli appalti e delle concessioni cit.*, pp. 107 ss.; L. TORCHIA, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: regole, procedimento, processo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2016, n. 5, pp. 605 ss.; G. VELTRI, *Il contenzioso nel nuovo codice dei contratti pubblici: alcune riflessioni critiche*, in [Giustizia-amministrativa.it](http://giustizia-amministrativa.it), 2016; M. LIPARI, *Disposizioni specifiche ai giudizi di cui all'art. 119 c. 1 lett. a e Ulteriori disposizioni processuali per le controversie relative a infrastrutture strategiche*, in G. MORBIDELLI (a cura di), *Codice della giustizia amministrativa cit.*, pp. 1160 ss. e pp. 1206 ss.

i) l'udienza va tenuta entro 45 giorni dalla scadenza del termine di costituzione delle parti diverse dal ricorrente, con rinvii consentiti solo per ragioni tassativamente indicate e a non oltre 30 giorni di distanza (c. 6, oggi inciso dal Decreto Semplificazioni);

ii) il giudice ha l'obbligo di provvedere sulla domanda cautelare anche nel caso di rinvio per incompetenti istruttori, per la concessione di termini a difesa e per la proposizione di incidenti processuali (c. 8).

Prima di esaminare le modifiche, è opportuno premettere che l'art. 4 cc. 2 e 3 del Decreto Semplificazioni si riferisce a nuove ipotesi introdotte dal Decreto. Pertanto, le regole processuali operano *pro futuro* solo in relazione alle procedure successive all'entrata in vigore del Decreto. Invece, l'art. 4 c. 4, in assenza di regole transitorie, è applicabile immediatamente ai giudizi in corso.

È opportuno evidenziare che queste norme sembrano dettate da un'eccessiva fretta; ciò ha causato notevoli problemi interpretativi e applicativi. Ad esempio:

a) il c. 2 risulta pletorico, poiché la restrizione dei presupposti per l'accoglimento della domanda cautelare è sovrapponibile alla disciplina dell'art. 120 c. 8 *ter* c.p.a.;

b) il c. 3, precludendo la declaratoria di inefficacia del contratto già stipulato, suscita dubbi di compatibilità con le discipline costituzionale ed europea e sembra scoordinato con il sistema flessibile e funzionale dettato dall'art. 122 c.p.a.;

c) il c. 4 lett. *a*, relativo alla definizione del merito in sede cautelare, non individua concretamente presupposti diversi da quelli generali.

Dunque, l'unica innovazione interessante e concretamente fungibile risulta il c. 4 lett. *b* che riguarda la pubblicazione della sentenza, stante l'acceleramento ulteriore impresso ai giudizi innanzi ai giudici amministrativi.

3.1. Modifiche a regime all'art. 120 c.p.a.

L'art. 4 c. 4 ha modificato l'art. 120 cc. 6 (*ex* lett. *a*) e 9 (*ex* lett. *b*) c.p.a.

Il c. 9 risulta così modificato: *“Il giudice deposita la sentenza con la quale definisce il giudizio entro 15 giorni dall'udienza di discussione. Quando la stesura della motivazione è particolarmente complessa, il giudice pubblica il dispositivo nel termine di cui al primo periodo, indicando anche le domande eventualmente accolte e le misure per darvi attuazione, e comunque deposita la sentenza entro 30 giorni dall'udienza”*.

Il già ridotto termine di deposito della sentenza nel rito appalti⁵⁷ viene ulteriormente ridotto a 15 giorni e si dispone che, nel caso in cui *“la stesura della motivazione è particolarmente complessa”*, nello stesso termine *“il giudice pubblica il dispositivo”*⁵⁸, depositando la sentenza nei successivi 15 giorni (30 dall'udienza).

⁵⁷ Trattasi di 30 giorni contro i 45 ordinariamente previsti dall'art. 89 c. 1 c.p.a. ed applicabili anche al giudizio immediato.

⁵⁸ Ancorché ciò non sia richiesto dalle parti, com'era nel c. 9 previgente al Decreto Semplificazioni.

È stata espunta dal c.p.a. la previgente previsione secondo la quale il dispositivo era comunque depositato entro 2 giorni dall'udienza ove le parti ne facessero richiesta⁵⁹.

Tuttavia, in questo caso l'effetto pratico dell'innovazione è l'opposto di quello desiderato dal Legislatore: l'esito del giudizio, a seguito della riforma, si conosce in 15 giorni anziché nei 2 giorni precedentemente sanciti.

Inoltre, è parimenti prevedibile che i giudici amministrativi preferiscano attestarsi sull'opzione della *“motivazione complessa”*, la quale consente il deposito della sentenza nel termine lungo di 30 giorni dall'udienza; termine, quest'ultimo, uguale a quello previsto prima della riforma del Decreto.

Nel caso di pronuncia del dispositivo, il Legislatore detta al giudice puntuali prescrizioni per la redazione dello stesso, con l'evidente fine di consentirne l'esecuzione piena ed immediata. In particolare, in nome del *clare loqui*, al giudice è richiesto di includere nel dispositivo, oltre alle altre rituali indicazioni, *“anche le domande eventualmente accolte e le misure per darvi attuazione”*, così rendendo sostanzialmente obbligatorio trasfondere nella parte dispositiva della sentenza innanzitutto il contenuto che le appartiene ai sensi dell'art. 34 c. 1 lett. e c.p.a. (*“dispone le misure idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato e delle pronunce non sospese”*).

Allo stesso modo, proprio per rendere perfettamente intellegibile la decisione ai fini esecutivi, è prescritta la chiara indicazione di quali, tra le domande proposte, siano state accolte (in luogo del rituale, sintetico *“accoglie il ricorso come in parte motiva”*). Ma di tal fatta sembra che il Legislatore voglia anticipare anche l'ottemperanza alla sede di cognizione, e ciò desta notevoli perplessità logiche oltre che pragmatiche.

Per quanto riguarda il c. 6, il Decreto Semplificazioni ha riscritto il primo periodo nei seguenti termini: *“Il giudizio, qualora le parti richiedano congiuntamente di limitare la decisione all'esame di un'unica questione, nonché in ogni altro caso compatibilmente con le esigenze di difesa di tutte le parti in relazione alla complessità della causa, è di norma⁶⁰ definito, anche in deroga al c. 1 primo periodo dell'art. 74, in esito all'udienza cautelare ai sensi dell'art. 60, ove ne ricorrano*

⁵⁹ G. SEVERINI, *Tutela cautelare e standstill*, in M.A. SANDULLI – R. DE NICTOLIS (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici. Volume V cit.*, pp. 813 ss.

⁶⁰ È evidente un'aporia: se *“le parti richiedano congiuntamente di limitare la decisione all'esame di un'unica questione”*, è insensata l'espressione *“di norma”*. Anche in assenza di tale precisazione, spetterebbe *comunque* al giudice valutare l'adeguatezza del rito immediato.

Inoltre, il c.p.a., già all'art. 72 c. 1, stabilisce una *“priorità nella trattazione dei ricorsi vertenti su un'unica questione”* che, in quel caso, deve essere *“di diritto”* e deve essere assistita dall'esistenza di una vicenda processuale di fatto incontrovertibile tra le parti.

Nel caso in esame, invece, il giudizio immediato è attivabile *“di norma”* anche ove l'unica questione da risolvere attenga ad una vicenda *“di fatto”*.

In conclusione, non si comprende bene il senso di spostare *“di norma”* nella sede cautelare la decisione del grado di giudizio e dimezzare i tempi di deposito della sentenza, accompagnando la scelta giudiziale di dilatare questi ultimi con l'obbligo di pronunciare in 15 giorni un dispositivo articolato idoneo a consentirne l'immediata esecuzione.

*i presupposti, e, in mancanza, viene comunque definito con sentenza in forma semplificata ad una udienza fissata d'ufficio e da tenersi entro 45 giorni dalla scadenza del termine per la costituzione delle parti diverse dal ricorrente*⁶¹.

Con riferimento all'ambito applicativo, tale norma considera due diverse ipotesi:

a) la richiesta congiunta delle parti di limitare la decisione ad una sola questione;

b) ogni altro caso “*compatibilmente con le esigenze di difesa di tutte le parti in relazione alla complessità della causa*”.

Non è chiaro se nel primo caso la definizione in sede cautelare sia sempre obbligatoria o se anche in tale ipotesi operi la clausola di salvezza, incentrata sull'espressione “*di norma*”. In altri termini, laddove sia operante la clausola di salvezza, il giudice potrebbe sempre scegliere di limitare la pronuncia alla domanda cautelare, dandone conto nel provvedimento.

Tuttavia, se fosse corretta una simile interpretazione, non si comprenderebbe la necessità di isolare questa fattispecie considerando che, poi, la stessa si risolve in una delle innumerevoli ipotesi comprese nella locuzione “*ogni altro caso*”, individuate discrezionalmente dal giudice.

Suscita parimenti dubbi in merito alla relativa utilità il secondo caso, poiché già nell'ordinaria configurazione dell'art. 120 (prima della novella) i limiti della decisione immediata erano costituiti proprio dal rispetto delle esigenze di difesa e dalla complessità della controversia.

Allora, volendo rinvenire una *ratio* alla rimessione al giudice della scelta – in caso di complessità della decisione – di prevedere un termine di deposito più lungo di quello ormai dimidiato, sembra che tale scelta possa dirsi compensata dall'obbligo di pronunciare comunque nel termine dimidiato (ma molto più ampio di quello previgente) un dispositivo operativo. Si tratta di un nuovo equilibrio processuale che, per garantire dal rischio di una fuga dalla tempestiva scrittura della sentenza (quindi, per evitare i danni del deposito tardivo del provvedimento), ha continuato ad usare la tecnica del dispositivo anticipato⁶².

È, invece, difficile trovare una ragione plausibile per comprendere la previsione di una esplicita *sommariizzazione* del rito appalti, mediante il trasferimento sistematico (“*di norma*”) della decisione definitiva all'esito della sede cautelare. Soprattutto perché nella sistematica previgente la pronuncia della sentenza

⁶¹ La definizione del rito appalti con sentenza in forma semplificata in esito all'udienza cautelare diviene, dunque, la regola ordinaria, concretizzandosi in una scelta che è integralmente rimessa al Collegio, sicché non è necessario che le parti costituite siano sentite sul punto così come invece prescrive l'art. 60 c.p.a.

Si veda TAR Milano, sez. II, 31.7.2020, n. 1487.

Dall'analisi delle prime pronunce in materia si può, tuttavia, evincere – salve isolate eccezioni (TAR Trieste, sez. I, 24.10.2020, n. 372) – come il giudice amministrativo sia restio a definire il rito con una simile modalità, anche e soprattutto in considerazione della complessità delle questioni sottoposte al suo vaglio, le quali in genere necessitano di approfondimenti maggiormente coerenti con lo svolgimento del contraddittorio nei tempi ordinari del rito appalti: *ex multis*, si vedano Cons. Stato, sez. III, 25.9.2020, (ordd.) nn. 5718 e 5722; Cons. Stato, sez. III, 28.8.2020, (ordd.) nn. 4958, 4961, 4963, 5085, 5098 e 5100; TAR Firenze, sez. I, 11.9.2020, (ord.) n. 516; TAR Brescia, sez. I, 3.9.2020, (ord.) n. 272; TAR Catanzaro, sez. I, 31.7.2020, (ord.) n. 433.

⁶² H. SIMONETTI – A. STORTO, *Le ultime modifiche del 'rito appalti' e il nuovo equilibrio tra la tutela in forma specifica e quella per equivalente per i contratti pubblici ai tempi del Covid-19*, in D. BOLOGNINO – H. BONURA – A. STORTO (a cura di), *I contratti pubblici dopo il Decreto Semplificazioni cit.*, pp. 63 ss.

in forma semplificata all'esito della camera di consiglio cautelare era già sganciata dalla ricorrenza dei presupposti di cui all'art. 74 primo periodo.

La tecnica con la quale si è inteso rendere ordinario questo rito rischia, infatti, di far intendere la norma, attraverso la lente delle nuove puntualizzazioni (*“qualora le parti richiedano congiuntamente ... compatibilmente con le esigenze di difesa di tutte le parti in relazione alla complessità della causa”*), più che come un *viatico alla speditezza* della decisione, come un nuovo limite alla pronuncia anticipata, almeno in termini motivazionali dell'esistenza dei nuovi presupposti.

3.2. Modifiche a tempo all'art. 125 c.p.a.

In aggiunta alle modifiche apportate all'art. 120 c.p.a., che sono a regime, il Decreto Semplificazioni contiene alcune disposizioni i cui effetti sono, invece, delimitati nel tempo e riferiti espressamente ai contratti pubblici le cui procedure di affidamento siano avviate entro il 31.12.2020.

In ordine a tali contratti il Legislatore ha dettato previsioni *ad hoc*, per il caso in cui siano impugnati gli atti relativi alle procedure del loro affidamento, e ha esteso l'applicazione delle disposizioni speciali dell'art. 125 c.p.a., pensato inizialmente per le infrastrutture strategiche.

Nel dettaglio, l'art. 4 c. 2 del Decreto Semplificazioni dispone che *“in caso di impugnazione degli atti relativi alle procedure di affidamento di cui agli artt. 1 e 2 c. 2 del presente Decreto, qualora rientranti nell'ambito applicativo dell'art. 119 c. 1 lett. a c.p.a., si applica l'art. 125 c. 2 del medesimo Codice”*; il c. 3 dispone che *“in caso di impugnazione degli atti relativi alle procedure di affidamento di cui all'art. 2 c. 3, si applica l'art. 125 c.p.a.”*.

Quanto al primo profilo, l'art. 125 c. 2 c.p.a. impone al giudice *“in sede di pronuncia del provvedimento cautelare”* di tenere conto *“delle probabili conseguenze del provvedimento stesso per tutti gli interessi che possono essere lesi, nonché del preminente interesse nazionale alla sollecita realizzazione dell'opera, e, ai fini dell'accoglimento della domanda cautelare, si valuta anche la irreparabilità del pregiudizio per il ricorrente, il cui interesse va comunque comparato con quello del soggetto aggiudicatore alla celere prosecuzione delle procedure”*.

Tale norma stabilisce un particolare onere motivazionale della decisione cautelare, finalizzato a verificare l'impatto della decisione sull'interesse pubblico legato all'esecuzione dell'appalto.

Perciò, il Legislatore ha inteso limitare l'accoglimento delle domande cautelari ai casi in cui sia riscontrabile la prevalenza delle esigenze di interesse pubblico.

Tuttavia, sembra che il Legislatore abbia dimenticato che la previsione di una onerosa motivazione della pronuncia cautelare di accoglimento – che faccia riferimento agli interessi pubblici – è già stabilita dall'art. 120 c. 8 *ter*, il quale dispone che *“nella decisione cautelare, il giudice tiene conto di quanto previsto dagli artt. 121 c. 1 e 122, e delle esigenze imperative connesse ad un interesse generale all'esecuzione del contratto, dandone conto nella motivazione”*.

Quest'ultima norma indica puntualmente – sia rinviando ai criteri degli artt. 121 e 122, che menzionando gli interessi generali e le esigenze imperative perseguite dalla stazione appaltante attraverso il contratto – la necessità inderogabile di considerare adeguatamente l'interesse pubblico implicato, ancor più rilevante allorché la decisione cautelare di accoglimento comporti la sospensione della procedura contrattuale in contestazione.

Inoltre, l'art. 4 c. 2 potrebbe creare confusione poiché non chiarisce se la nuova disposizione prevalga o si aggiunga alla disciplina generale del citato art. 120 c. 8 *ter*.

Non sembra che l'art. 125 novellato contenga una prescrizione più restrittiva di quella *ex art.* 120 c. 8 *ter* che possa limitare i presupposti per l'accoglimento della domanda cautelare.

È parimenti indubitabile che – nel suo complesso – l'art. 120 c. 8 *ter* contenga una disciplina completa, incentrata sull'obbligo del giudice di motivare la decisione cautelare, specie se di accoglimento, valorizzando accuratamente il criterio della bilateralità del *periculum*, in relazione agli interessi pubblici in rilievo e alla loro eventuale recessività rispetto alla pretesa cautelare del soggetto privato ricorrente.

A ciò si aggiunga che l'art. 120 c. 8 *ter* pone in rilievo l'inscindibile connessione tra la pronuncia cautelare e il prevedibile esito del merito, in relazione alla decisione concernente l'efficacia del contratto.

In ogni caso, il riferimento al solo art. 125 c. 2 risulta erroneo da un punto di vista sistemico, perché tale previsione acquista un senso compiuto soltanto legandosi alla disciplina del successivo c. 3, incentrato sulla preclusione della pronuncia di inefficacia del contratto.

In altre parole, il richiamo all'art. 125 c. 2 c.p.a. sembra un *passo indietro*, anziché una innovazione della tutela giurisdizionale in materia di contratti pubblici.

Probabilmente, il Legislatore intende sollecitare i giudici a rendere ancor più esplicita e trasparente la valutazione degli interessi in conflitto, evidenziando l'incidenza sulle contrapposte esigenze pubbliche.

Tuttavia, nonostante la meritevolezza del fine, lo strumento prescelto, cioè la palingenesi dell'art. 125 c. 2 c.p.a., appare invero inefficace.

Il secondo richiamo all'art. 125 c.p.a. prevede che per le procedure negoziate senza bando *ex art.* 63 del Codice, consentite negli appalti sopra-soglia dall'art. 2 c. 3 del Decreto Semplificazioni, trovi applicazione l'intero regime processuale dell'art. 125 c.p.a., non solo per quanto attiene al giudizio cautelare, ma per ogni altro aspetto e, in particolare, per quanto riguarda le azioni proponibili dalle parti e le pronunce adottabili dal giudice amministrativo.

In questi casi, anche nelle ipotesi di accoglimento del ricorso, sussistendo un'urgenza talmente evidente e rafforzata tale da consentire procedure di selezione del contraente più agili, è impedita la caducazione

del contratto, ossia la privazione dei suoi effetti, ed è possibile solo la tutela per equivalente (art. 125 c. 3 c.p.a.⁶³).

Il Legislatore ha, dunque, optato per la c.d. *conservazione del contratto*, impedendo il subentro del ricorrente vittorioso in giudizio.

Giova ricordare che tale previsione si inserisce in un dibattito risalente sul tipo di tutela da privilegiare nel contenzioso in materia di contratti pubblici⁶⁴.

⁶³ Art. 125 c. 3: “*Ferma restando l’applicazione degli artt. 121 e 123, al di fuori dei casi in essi contemplati la sospensione o l’annullamento dell’affidamento non comporta la caducazione del contratto già stipulato, e il risarcimento del danno eventualmente dovuto avviene solo per equivalente. Si applica l’art. 34 c. 3*”.

⁶⁴ La tutela giurisdizionale è stata per lungo tempo incentrata sul c.d. *rimedio annullatorio* degli atti di gara. Solo alla fine degli anni '90 si è giunti al c.d. *rimedio risarcitorio*, per effetto della Prima Direttiva ricorsi. Pochi anni dopo si è giunti alla possibilità di pronunciare l’inefficacia del contratto, per effetto della Seconda Direttiva ricorsi.

Nel mezzo – tra l’innesto della tutela risarcitoria di fine secolo e il recepimento della Seconda Direttiva ricorsi del 2010 – era divampata la discussione sulla c.d. *sorte del contratto*, ossia sulle conseguenze che l’annullamento degli atti della procedura di scelta del contraente determinasse sull’appalto con le differenti posizioni assunte da Corte di cassazione e Consiglio di Stato. La prima qualificava il contratto come annullabile, riconoscendo la giurisdizione del giudice ordinario; il secondo qualificava il contratto come nullo o inefficace, riconoscendo la giurisdizione del giudice amministrativo.

Per una mirabile ricostruzione si veda M. SANINO, *Aggiudicazione e contratto nei contratti pubblici. Connubio complicato*, CEDAM, Padova, 2019, in part. pp. 125 ss.

Si vedano inoltre: F. ASTONE, *Le antinomie tra il diritto interno ed il diritto europeo nella materia dei contratti pubblici. La tutela giurisdizionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019, in part. pp. 153 ss.; S. FANTINI, *Le tecniche di risarcimento del danno nella giurisprudenza*, in C. CONTESSA (a cura di), *Il contenzioso e la giurisprudenza in materia di appalti pubblici cit.*, pp. 953 ss.; A.M. CHIARIELLO, *La regola dell’effetto espansivo esterno e il suo impatto sul processo amministrativo, sulla procedura d’appalto e sul relativo contratto*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2019, n. 2, pp. 654 ss.; V. LOPILATO – R. TUCCILLO, *Effetti delle decisioni giurisdizionali sul contratto*, in M.A. SANDULLI – R. DE NICTOLIS (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici. Volume V cit.*, pp. 851 ss.; G. TAGLIANETTI, *Il rito speciale in materia di contratti pubblici: “ratio” e profili applicativi*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2019, n. 1, pp. 122 ss.; A.M. COLARUSSO, *L’annullamento dell’aggiudicazione, in sede giurisdizionale e in autotutela, e la sorte del contratto*, in *Amministrativamente*, 2018, n. 9; M. LIPARI, *La “nuova” tutela cautelare degli interessi legittimi: il “rito appalti” e le “esigenze imperative di interesse generale”*, in [Federalismi.it](http://federalismi.it), 2017, n. 5; S. MIGLIETTA, *La tutela del concorrente escluso dopo l’annullamento dell’aggiudicazione illegittima*, in *Urbanistica e appalti*, 2017, n. 2, pp. 257 ss.; G. CUMIN, *Annullamento dell’aggiudicazione definitiva e sorte del contratto*, in *Urbanistica e appalti*, 2016, n. 1, pp. 43 ss.; C. COMMANDATORE, *L’effetto espansivo della sentenza di appello e sorte del contratto*, in *Urbanistica e appalti*, 2015, n. 4, pp. 440 ss.; F. MANGANARO – S. GARDINI, *Annullamento in autotutela dell’aggiudicazione e sorte del contratto*, in *Urbanistica e appalti*, 2015, n. 4, pp. 460 ss.; F. SAIITA, *Contratti pubblici e potere di riesame della stazione appaltante*, in *Giurisprudenza italiana*, 2015, n. 12, pp. 2756 ss.; S. VACCARI, *La dichiarazione di inefficacia del contratto ex artt. 121 e 122 c.p.a. come misura processuale soddisfattoria*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2015, n. 1, pp. 255 ss.; M. NUNZIATA, *La sospensione degli effetti del contratto da parte del giudice amministrativo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2014, n. 1, pp. 91 ss.; N. BASSI, *L’inefficacia del contratto di appalto fra obblighi europei e legislazione nazionale*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2013, n. 7, pp. 732 ss.; A. CASINELLI, *Il subentro nel contratto disposto dal giudice: modalità attuative di un giudicato implicito*, in *Urbanistica e appalti*, 2013, n. 1, pp. 40 ss.; S. FANTINI, *La giurisdizione esclusiva del g.a. sulla sorte del contratto in caso di annullamento in autotutela dell’aggiudicazione*, in *Urbanistica e appalti*, 2013, n. 1, pp. 27 ss.; F. FRASCA, *Ottemperanza ed appalti: il “perdurante” problema dell’ampiezza dei poteri del giudice amministrativo sulla sorte del contratto*, in *Foro amministrativo C.d.S.*, 2013, n. 9, pp. 2383 ss.; C. VOLPE, *La tutela risarcitoria innanzi al giudice amministrativo: in particolare, l’influenza del diritto europeo*, in Giustamm.it, 2013, n. 10; F. CINTIOLI, *Le innovazioni del processo amministrativo sui contratti pubblici (ancora in difesa del processo di parti)*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2012, n. 1, pp. 3 ss.; F. ARIENZO, *L’annullamento dell’aggiudicazione e la sorte del contratto tra amministrazione autorità e amministrazione parte contrattuale; i limiti del potere di autotutela*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 2011, n. 3, pp. 678 ss.; P. CARPENTIERI, *Sorte del contratto (nel nuovo rito sugli appalti)*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2011, n. 2, pp. 664 ss.; G. CARULLO, *La separazione (giudiziale) tra aggiudicazione e contratto: un divorzio inevitabile*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2011, n. 1, pp. 160 ss.; E. FOLLIERI, *Le sanzioni alternative nelle controversie relative a procedure di affidamento di appalti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 2011, n. 10, pp. 1129 ss.; G. IUDICA, *Brevi note in tema di poteri della stazione appaltante e diritti dell’impresa aggiudicataria tra l’aggiudicazione definitiva e la stipula del contratto*, in *Rivista giuridica*

Autorevoli studiosi, in nome dello sblocco dei cantieri e della accelerazione degli investimenti pubblici, hanno proposto che per un certo arco temporale venga preclusa la tutela in forma specifica e resa possibile solo quella per equivalente⁶⁵.

A questa proposta ha replicato altra insigne dottrina: la tutela, per essere effettiva, deve essere in primo luogo specifica e articolarsi sul binomio annullamento/subentro⁶⁶.

dell'edilizia, 2011, n. 4, pp. 90 ss.; B. NOLA, *La sorte del contratto di appalto in caso di annullamento dell'illegittima aggiudicazione dopo la Direttiva ricorsi ed il Codice del processo amministrativo*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 2011, n. 2, pp. 476 ss.; M. RAMAJOLI, *La tutela cautelare nel contenzioso sulle procedure di affidamento degli appalti pubblici*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2011, n. 3, pp. 928 ss.; E. STICCHI DAMIANI, *Annullamento dell'aggiudicazione e inefficacia funzionale del contratto*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2011, n. 1, pp. 240 ss.; A. ANGIULI, *Contratto pubblico e sindacato del giudice amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, 2010, n. 4, pp. 865 ss.; A. BARTOLINI – S. FANTINI – F. FIGORILLI, *Il decreto legislativo di recepimento della direttiva ricorsi*, in *Urbanistica e appalti*, 2010, n. 6, pp. 638 ss.; I. BOCCUZZI, *Il recepimento della direttiva ricorsi: occasio legis per sciogliere o aggravare i nodi problematici in materia di appalti pubblici?*, in *Giustizia amministrativa*, 2010, n. 1, pp. 16 ss.; E. BRANDOLINI, *Direttiva ricorsi e nuove regole del processo amministrativo: la sorte del contratto dopo l'annullamento dell'aggiudicazione*, in *I contratti dello Stato e degli Enti pubblici*, 2010, n. 4, pp. 457 ss.; A. CARULLO, *La sorte del contratto dopo l'annullamento dell'aggiudicazione: poteri del giudice e domanda di parte*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 2010, n. 4, pp. 977 ss.; G. DE ROSA, *Quale giudice può decidere la sorte del contratto a seguito di aggiudicazione annullata? L'impatto della direttiva ricorsi*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2010, n. 3, pp. 1035 ss.; C. FELIZIANI, *La pregiudiziale amministrativa come regola iuris del rapporto tra azione di annullamento e azione risarcitoria: una questione interna alla giurisdizione amministrativa*, in *Foro amministrativo C.d.S.*, 2010, n. 1, pp. 173 ss.; E. FOLLIERI, *I poteri del giudice amministrativo nel d.lgs. 20.3.2010 n. 53 e negli artt. 120-124 del codice del processo amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2010, n. 4, pp. 1067 ss.; I. FRANCO, *Giurisdizione sulle controversie in materia di contratti pubblici: incidenza della direttiva ricorsi e del decreto di recepimento*, in *Urbanistica e appalti*, 2010, n. 12, pp. 1391 ss.; D. GALLI, *Il recepimento della direttiva ricorsi tra nuovi e vecchi problemi*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2010, n. 9, pp. 893 ss.; D. GENNARI, *La giurisdizione sulla sorte del contratto è, dunque, del giudice amministrativo*, in *Appalti e contratti*, 2010, n. 4, pp. 8 ss.; G. GRECO, *Illegittimo affidamento dell'appalto, sorte del contratto e sanzioni alternative nel d.lgs. 53/2010*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2010, n. 3, pp. 729 ss.; C. LAMBERTI, *La svolta delle Sezioni Unite sulla sorte del contratto pubblico – Il punto di vista amministrativo*, in *Urbanistica e appalti*, 2010, n. 4, pp. 427 ss.; L. LAMBERTI, *L'annullamento dell'aggiudicazione e la sorte del contratto nel codice del processo amministrativo*, in *Giustizia amministrativa*, 2010, n. 3, pp. 164 ss.; M. LIPARI, *Il recepimento della "direttiva ricorsi": il nuovo processo super-accelerato in materia di appalti e l'inefficacia "flessibile" del contratto nel d.lg. n. 53 del 2010*, in *Foro amministrativo TAR*, 2010, n. 1, pp. 56 ss.; M. LIPARI, *La direttiva ricorsi nel codice del processo amministrativo: dal 16.9.2010 si cambia ancora?*, in *Foro amministrativo TAR*, 2010, n. 5, pp. 73 ss.; M. LIPARI, *L'annullamento dell'aggiudicazione e gli effetti sul contratto: poteri del giudice*, 2010, *Foro amministrativo TAR*, 2010, n. 9, pp. 61 ss.; V. LOPILATO, *Categorie contrattuali, contratti pubblici e i nuovi rimedi previsti dal decreto legislativo n. 53 del 2010 di attuazione della direttiva ricorsi*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2010, n. 4, pp. 1326 ss.; R. MANGANI, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto: il giudice amministrativo amplia il suo ambito di intervento*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 2010, n. 4, pp. 1145 ss.; A. MEALE, *La nuova disciplina dell'inefficacia del contratto: prime applicazioni*, in *Urbanistica e appalti*, 2010, n. 10, pp. 1194 ss.; M. NUNZIATA, *I nuovi poteri del giudice amministrativo in tema di annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto*, in *Foro amministrativo C.d.S.*, 2010, n. 12, pp. 2700 ss.; A. PANAGIA, *La sorte del contratto di appalto stipulato a valle di un'aggiudicazione illegittima*, in *I contratti*, 2010, n. 1, pp. 75 ss.; E. SANTORO, *Una pietra miliare nel cammino verso l'effettività della tutela: le Sezioni Unite affermano la giurisdizione del giudice amministrativo sulla sorte del contratto, anticipando il recepimento della direttiva 2007/66/CE*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2010, n. 2, pp. 399 ss.; S. TOSCHEI, *Recepimento della c.d. "seconda direttiva ricorsi" e dibattito interno sulla sorte del contratto di affidamento di una commessa pubblica a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione*, in *Appalti e contratti*, 2010, n. 3, pp. 8 ss.

⁶⁵ G. DELLA CANANEA – M. DUGATO – A. POLICE – M. RENNA, *Semplificare la disciplina degli appalti pubblici si può. Meglio agire subito*, in *Il Foglio*, 5.4.2020: "In una situazione straordinaria, come quella attuale ... non sarebbe irragionevole stabilire che la tutela giurisdizionale si limiti ad accertare l'esistenza di un danno, che va tempestivamente risarcito, senza paralizzare l'azione delle amministrazioni e degli operatori economici".

⁶⁶ G. CORSO – F. FRANCIARIO – G. GRECO – M.A. SANDULLI – A. TRAVI, *In difesa di una tutela piena nei confronti della pubblica amministrazione*, in Giustizia-amministrativa.it, 2020: "Né può sostenersi che la tutela del cittadino potrebbe ridursi ... al risarcimento del danno, peraltro in contrasto con le direttive europee: se una soluzione del genere venisse estesa rispetto a quanto già oggi ammesso, il cittadino perderebbe nei confronti del potere pubblico una tutela reale e in fondo la stessa amministrazione non avrebbe nulla da

In particolare, ad avviso del secondo indirizzo dogmatico, dovrebbe ritenersi irrazionale e ingiustificata l'inesorabile preclusione della c.d. *tutela caducatoria* collegata al solo fatto estrinseco dell'avvenuta stipulazione del contratto, non considerando l'effettivo stato di esecuzione delle prestazioni, della natura del vizio e degli altri fattori della singola vicenda.

Si tenga presente che l'art. 125 c. 3 c.p.a. fa salva la possibilità della pronuncia di inefficacia del contratto nei soli casi delle “*gravi violazioni*” di cui all'art. 121: si tratta delle ipotesi – imposte dal Legislatore europeo – di violazione del termine sospensivo per la stipulazione del contratto e di affidamenti illegittimi senza gara⁶⁷.

Tuttavia, non sono comprese nelle eccezioni di cui all'art. 121 alcune violazioni gravi che potrebbero riferirsi, ad esempio, all'errata formazione della graduatoria.

In tal modo è palese la drastica riduzione della tutela della parte privata interessata ad ottenere la realizzazione della pretesa sostanziale; d'altronde, è messo in pericolo anche l'interesse pubblico alla garanzia della legalità sostanziale.

Si dubita, dunque, che l'interesse alla realizzazione *particolarmente celere* dell'opera debba prevalere sull'interesse pubblico all'aggiudicazione nei confronti di un operatore affidabile e alla qualità e alla sicurezza delle prestazioni.

Parimenti, è dubbio se l'interesse dell'aggiudicatario individuato illegittimamente, dopo la stipulazione del contratto, sia sempre indefettibilmente prevalente su quello dell'operatore economico che avrebbe dovuto conseguire legittimamente l'appalto.

Ancora, è perlopiù ritenere che non si possa rimediare alla gravissima illegittimità riscontrata laddove l'intera procedura risulti irrimediabilmente viziata da gravi difetti sostanziali ostativi all'effettivo svolgimento di un confronto concorrenziale.

guadagnare ... L'obbligo di risarcire il danno, a ben vedere, renderebbe ancora più gravoso il sacrificio per l'amministrazione – e quindi per la comunità – che finirebbe col dovere pagare due volte, il contraente per la prestazione affidatagli illegittimamente, e il ricorrente vittorioso per il risarcimento del danno causatogli?”.

⁶⁷ Art. 121 c. 1: “*Il giudice che annulla l'aggiudicazione [definitiva] dichiara l'inefficacia del contratto nei seguenti casi ... a) se l'aggiudicazione definitiva è avvenuta senza previa pubblicazione del bando o avviso con cui si indice una gara ...; b) se l'aggiudicazione [def.] è avvenuta con procedura negoziata senza bando o con affidamento in economia fuori dai casi consentiti e questo abbia determinato l'omissione della pubblicità del bando o avviso con cui si indice una gara ...; c) se il contratto è stato stipulato senza rispettare il termine dilatorio stabilito dall'art. 11 c. 10 d.lgs. 12.4.2006, n. 163 [leggasi art. 32 c. 9 del d.lgs. n. 50/2016], qualora tale violazione abbia privato il ricorrente della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipulazione del contratto e sempre che tale violazione, aggiungendosi a vizi propri dell'aggiudicazione [def.], abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento; d) se il contratto è stato stipulato senza rispettare la sospensione obbligatoria del termine per la stipulazione derivante dalla proposizione del ricorso giurisdizionale avverso l'aggiudicazione [def.], ai sensi dell'art. 11 c. 10 ter d.lgs. n. 163/2006 [leggasi art. 32 c. 11 del d.lgs. n. 50/2016], qualora tale violazione, aggiungendosi a vizi propri dell'aggiudicazione [def.], abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento”.*

In altri termini, è di difficile comprensione la *ratio* sottesa all'efficacia *ad ogni costo* di un contratto allorché sia accertato che l'operatore economico difetti dei requisiti minimi necessari, mettendo a rischio la successiva corretta e regolare esecuzione delle prestazioni.

Dunque, considerando la flessibilità sancita negli artt. 121 e 122 c.p.a., è evidente che la rigidità della preclusione derivante dall'intervenuta stipulazione – senza possibilità di deroghe – stabilite dal novellato art. 125 c. 3 non comporta alcun miglioramento, bensì ingessa illogicamente la decisione del giudice, privandolo dell'elasticità sottesa al contenzioso nelle commesse pubbliche.

A ciò si aggiunga che l'art. 125 c. 3 rischia di penalizzare anche le stazioni appaltanti, costringendole a mantenere intatto il rapporto con un operatore economico che nel corso del giudizio risarcitorio potrebbe essere risultato assolutamente inidoneo.

Si osservi, poi, che l'art. 125, derogando al principio dello *standstill* processuale, implica per la parte ricorrente – interessata a salvaguardare la piena realizzazione della propria pretesa sostanziale – la proposizione tempestiva della domanda cautelare; quest'ultima, se accolta, paralizza l'aggiudicazione e la stipulazione del contratto.

Dunque, sembra che la rigidità dell'art. 125 c. 3 determini l'effetto opposto a quello auspicato dal Legislatore: viene favorita la sospensione dell'aggiudicazione, e ciò è soltanto parzialmente temperato dalla motivazione delle esigenze di interesse pubblico coinvolte.

A tale innovazione conseguono ulteriori inconvenienti, come la maggiore esposizione finanziaria delle stazioni appaltanti, la conseguente responsabilità erariale dei funzionari, l'incremento e l'aggravamento del contenzioso (dovendosi affrontare in tale sede le problematiche legate alla liquidazione del risarcimento per equivalente).

In conclusione, il Legislatore ha privilegiato – ponderando erroneamente le varie soluzioni – una composizione compromissoria, che *apparentemente* non elimina la tutela demolitoria, ma solo quella di adempimento, e che lega il sacrificio della tutela specifica all'urgenza derivante dal Covid-19, la quale può giustificare il ricorso alla procedura negoziata senza gara.

In nome della stessa urgenza, il Legislatore orienta la tutela verso il risarcimento del danno, assicurando la conservazione del contratto e il celere avvio e la prosecuzione dei lavori.

Resta salva la tutela di annullamento del provvedimento di affidamento senza gara, sebbene questo annullamento in giudizio – ove sopravvenga dopo la sottoscrizione del contratto – non assicuri al ricorrente vittorioso il subentro nell'appalto, ma si limiti a fondare la sua pretesa risarcitoria. Ben poca cosa, ad essere sinceri.

4. La sospensione dell'esecuzione dell'opera pubblica

Con l'art. 5 del Decreto Semplificazioni il Legislatore ha delineato una disposizione speciale di sospensione dell'esecuzione dell'opera pubblica, derogatoria dell'art. 107 e delle procedure di cui all'art. 108 cc. 3 e 4 del Codice.

La disposizione è a carattere temporaneo, essendo la sua applicazione limitata al 31.12.2021.

Le opere pubbliche interessate dall'art. 5 sono quelle di *“importo pari o superiore alle soglie di cui all'art. 35 del Codice, anche se già iniziate”* al momento dell'entrata in vigore del Decreto.

La disposizione prevede al c. 1 quattro casi in cui è possibile procedere, in deroga all'art. 107, alla sospensione dell'esecuzione dell'opera pubblica, esclusivamente per il tempo strettamente necessario al loro superamento, ossia:

“a) cause previste da disposizioni di legge penale, dal Codice delle leggi antimafia, nonché da vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione Europea;

b) gravi ragioni di ordine pubblico, salute pubblica o dei soggetti coinvolti nella realizzazione delle opere, ivi incluse le misure adottate per contrastare l'emergenza sanitaria globale da Covid-19;

c) gravi ragioni di ordine tecnico, idonee ad incidere sulla realizzazione a regola d'arte dell'opera, in relazione alle modalità di superamento delle quali non vi è accordo tra le parti;

d) gravi ragioni di pubblico interesse”.

Occorre evidenziare che, sebbene assente tra le cause di sospensione di cui al c. 1, si sottopone alle medesime procedure di sospensione anche l'ipotesi di c.d. *ritardo qualificato* dell'avvio o dell'esecuzione dell'opera di cui all'art. 5 c. 5 del Decreto, ossia il *“ritardo dell'avvio o dell'esecuzione dei lavori, non giustificato dalle esigenze di cui al c. 1, nella sua compiuta realizzazione per un numero di giorni pari o superiore ad un decimo del tempo previsto o stabilito per la realizzazione dell'opera e, comunque, pari ad almeno 30 giorni per ogni anno previsto o stabilito per la realizzazione dell'opera, da calcolarsi a decorrere dalla data di entrata in vigore del decreto”*.

Per ciascuna di queste fattispecie, il Legislatore ha stabilito una precisa procedura con intervento differenziato di soggetti coinvolti nella decisione della sospensione e conseguenze differenziate ai fini della celere ripresa dei lavori.

Quanto ai soggetti, la norma prevede l'intervento:

i) del r.u.p., cui compete in ogni caso la sospensione (art. 5 c. 2);

ii) del Collegio consultivo tecnico (art. 6) con funzione di consultazione, accertamento o individuazione della modalità per proseguire i lavori (art. 5 cc. 2, 3 e 4);

iii) della stazione appaltante, che – a seguito del parere o della determina del Collegio – dichiara la risoluzione del contratto e provvede alla prosecuzione dell'opera in base a quanto indicato dal Collegio (cc. 2 e 3) o in base a quanto individua, anche in autonomia, ex c. 4.

Dal punto di vista dell'*iter* da seguire ai fini della sospensione, le singole fattispecie sono riconducibili a tre ipotesi.

La prima ipotesi si riferisce alla fattispecie di cui all'art. 5 c. 1 lett. *a*⁶⁸ e all'art. 5 c. 5⁶⁹; in questi casi il Legislatore ha previsto l'applicazione della procedura di cui all'art. 5 c. 4.

La seconda ipotesi si riferisce alla fattispecie di cui all'art. 5 c. 1 lett. *b*⁷⁰ e *d*⁷¹; in questi casi il Legislatore ha previsto l'applicazione della procedura di cui all'art. 5 c. 2.

La terza ipotesi si riferisce alla fattispecie di cui all'art. 5 c. 1 lett. *c*⁷²; in questo caso il Legislatore ha previsto l'applicazione della procedura di cui all'art. 5 cc. 3 e 4.

In particolare, l'art. 5 c. 4 prevede la verifica della impossibilità di proseguire i lavori con il soggetto designato.

Il Legislatore sembra includere espressamente tra i casi in cui non sia possibile proseguire i lavori con il medesimo operatore le fattispecie di "*crisi o insolvenza dell'esecutore anche in caso di concordato con continuità aziendale ovvero di autorizzazione all'esercizio provvisorio dell'impresa*"⁷³.

La disposizione dell'art. 5 c. 4 del Decreto Semplificazioni sembrerebbe, dunque, penalizzare le imprese che, in un regime ordinario, potrebbero proseguire l'esecuzione dell'opera⁷⁴.

⁶⁸ Ossia le "*cause previste da disposizioni di legge penale, dal Codice delle leggi antimafia, nonché da vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione Europea*".

⁶⁹ Ossia in caso di "*ritardo dell'avvio o dell'esecuzione dei lavori, non giustificato dalle esigenze di cui al c. 1, nella sua compiuta realizzazione per un numero di giorni pari o superiore ad un decimo del tempo previsto o stabilito per la realizzazione dell'opera e, comunque, pari ad almeno 30 giorni per ogni anno previsto o stabilito per la realizzazione dell'opera, da calcolarsi a decorrere dalla data di entrata in vigore del decreto*".

⁷⁰ Ossia le "*gravi ragioni di ordine pubblico, salute pubblica o dei soggetti coinvolti nella realizzazione delle opere, ivi incluse le misure adottate per contrastare l'emergenza sanitaria*".

⁷¹ Ossia le "*gravi ragioni di pubblico interesse*".

⁷² Ossia le "*gravi ragioni di ordine tecnico, idonee ad incidere sulla realizzazione a regola d'arte dell'opera, in relazione alle modalità di superamento delle quali non vi è accordo tra le parti*".

⁷³ D. BOLOGNINO, *L'esecuzione e le vicende del contratto*, in M. CLARICH (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici cit.*, pp. 809 ss.; V. NERI, *Procedure di affidamento in caso di fallimento dell'esecutore o di risoluzione del contratto e misure straordinarie di gestione*, in M.A. SANDULLI – R. DE NICTOLIS (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici. Volume IV cit.*, pp. 413 ss.

⁷⁴ Una scelta di questo tipo (volta ad escludere gli operatori economici dalla prosecuzione dell'esecuzione dell'opera) è in controtendenza sia rispetto all'attuale formulazione dell'art. 110 del Codice dei contratti pubblici (modificato dal Decreto Sblocca cantieri), che rispetto al d.lgs. 12.1.2019, n. 14, Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Laddove il curatore della procedura di fallimento sia autorizzato all'esercizio provvisorio, l'art. 110 prevede si possa (solo) "*eseguire i contratti già stipulati dall'impresa fallita con autorizzazione del giudice delegato*" (c. 3), mentre all'operatore economico che ha presentato domanda di concordato, anche in bianco (ai sensi dell'art. 161 c. 6 del r.d. 267/1942, Legge fallimentare), si applica la disciplina di cui all'art. 186 *bis* della L. fall., ossia del concordato con continuità aziendale, sicché tale operatore economico può sia proseguire i contratti in corso di partecipazione che partecipare a nuove procedure di affidamento.

D. BOLOGNINO, *La sospensione dell'esecuzione dell'opera pubblica*, in D. BOLOGNINO – H. BONURA – A. STORTO (a cura di), *I contratti pubblici dopo il Decreto Semplificazioni cit.*, pp. 48 ss.

Altra verifica che la stazione appaltante deve effettuare è relativa alla possibilità di proseguire l'esecuzione dell'opera pubblica *“in caso di esecutore plurisoggettivo, con altra impresa del raggruppamento designato, ove in possesso dei requisiti adeguati ai lavori ancora da realizzare”*.

Effettuate tali verifiche preventive, previo parere del Collegio consultivo tecnico, *“la stazione appaltante dichiara, senza indugio, in deroga alla procedura di cui all'art. 108 cc. 3 e 4 del Codice, la risoluzione del contratto, che opera di diritto”*.

Allo stesso tempo la stazione appaltante, previo parere del Collegio, sceglie come proseguire nell'esecuzione dell'opera, individuando la modalità tra le seguenti alternative:

- i) *“esecuzione in via diretta di lavori, anche avvalendosi ... di altri enti o società pubbliche, nell'ambito del quadro economico dell'opera”* [dunque, a costi e condizioni invariate];
- ii) *“interpella progressivamente i soggetti che hanno partecipato alla originaria procedura di gara come risultati dalla relativa graduatoria, al fine di stipulare un nuovo contratto per l'affidamento del completamento dei lavori, se tecnicamente ed economicamente possibile e alle condizioni proposte dall'operatore interpellato”*;
- iii) *“indica una nuova procedura di gara per l'affidamento del completamento dell'opera”*;
- iv) *“propone alle autorità governative la nomina di un Commissario straordinario per lo svolgimento delle attività necessarie al completamento dell'opera ai sensi dell'art. 4 del Decreto Sblocca cantieri”*.

Tra queste alternative si segnala la formulazione della lett. *b* che delinea una ulteriore diversità rispetto alla disciplina ordinaria.

L'attuale art. 110 del Codice, quando consente alla stazione appaltante di procedere interpellando progressivamente i soggetti che hanno partecipato all'originaria procedura di gara, che risultano dalla graduatoria, *“al fine di stipulare un nuovo contratto per l'affidamento dell'esecuzione o del completamento dei lavori, servizi o forniture”*, conferma il principio per cui *“l'affidamento avviene alle medesime condizioni già proposte dall'originario aggiudicatario in sede di offerta”* (art. 110 c. 2 del Codice).

Con la disposizione derogatoria del Decreto Semplificazioni il nuovo contratto è stipulato, invece, *“alle condizioni proposte dall'operatore economico interpellato”* (art. 5 c. 4 lett. *b*).

La procedura delineata dall'art. 5 c. 4 si applica anche alla terza ipotesi, ossia alla fattispecie di cui all'art. 5 c. 1 lett. *c*⁷⁵.

Il c. 3 prevede, in particolare, che *“il Collegio consultivo tecnico, entro 15 giorni dalla comunicazione della sospensione dei lavori [disposta dal r.u.p.] ovvero della causa che potrebbe determinarla, adotta una determinazione con cui accerta l'esistenza di una causa tecnica di legittima sospensione dei lavori e [accertato il mancato accordo tra le parti per il superamento del problema tecnico] indica le modalità, tra quelle di cui al c. 4, con cui vadano proseguiti i lavori e le*

⁷⁵ Tale fattispecie è connessa alle ipotesi di sospensione per *“gravi ragioni di ordine tecnico”*.

eventuali modifiche necessarie da apportare per la realizzazione dell'opera a regola d'arte. La stazione appaltante deve provvedere nei successivi 5 giorni⁷⁶. Facendo riferimento alle modalità di cui al c. 4 per la prosecuzione dei lavori e laddove la prosecuzione dell'opera avvenga ad opera di un soggetto diverso rispetto all'appaltatore originario, la stazione appaltante deve procedere alla risoluzione del contratto in corso.

Fa eccezione alla prosecuzione con un soggetto diverso dall'appaltatore originario il caso in cui “*gravi motivi tecnici ed economici*” rendano “*comunque, anche in base al citato parere [del Collegio], possibile o preferibile proseguire con il medesimo soggetto*”, nonostante si ricada in una delle fattispecie di cui all'art. 5 cc. 1 lett. a e c e 5 (art. 5 c. 4).

Quanto al procedimento relativo alla seconda ipotesi, che si riferisce alla fattispecie di cui all'art. 5 c. 1 lett. b e d⁷⁶, l'art. 5 c. 2 prevede:

- i) l'intervento della “*sospensione ... disposta dal r.u.p.*”;
- ii) la “*determinazione del Collegio consultivo tecnico*”⁷⁷;
- iii) l'autorizzazione da parte delle stazioni appaltanti o delle autorità competenti alla “*prosecuzione dei lavori nel rispetto delle esigenze sottese ai provvedimenti di sospensione adottati*”⁷⁸, da effettuare “*nei successivi 10 giorni*”.

È fatto, comunque, salvo il caso di “*assoluta e motivata incompatibilità tra causa della sospensione e prosecuzione dei lavori*”.

È opportuno confrontare siffatta disciplina con le previsioni di cui agli artt. 107 e 108 del Codice dei contratti pubblici.

4.1. Confronto con l'art. 107 del Codice dei contratti pubblici

Il Codice sancisce solo due cause di sospensione del contratto *ex art.* 107:

- i) le “*circostanze speciali che impediscono in via temporanea che i lavori procedano utilmente a regola d'arte, e che non siano prevedibili al momento della stipulazione del contratto*” (c. 1);
- ii) le “*ragioni di necessità o di pubblico interesse, tra cui l'interruzione di finanziamenti per esigenze sopravvenute di finanza pubblica*” (c. 2)⁷⁹.

⁷⁶ Ossia le “*gravi ragioni di ordine pubblico, salute pubblica*” o “*di pubblico interesse*”.

⁷⁷ Sembra che il Collegio si debba esprimere “*previa proposta della stazione appaltante*” sulla prosecuzione dell'opera “*entro il termine di 15 giorni dalla comunicazione allo stesso Collegio della sospensione*”.

⁷⁸ Le stazioni appaltanti o le autorità competenti dovrebbero, dunque, definire modalità e termini per la ripresa/prosecuzione dei lavori.

⁷⁹ Sulla sospensione *ex art.* 107: R. DE NICTOLIS, *Appalti pubblici e concessioni cit.*, pp. 1484 ss.; D. BOLOGNINO, *L'esecuzione e le vicende del contratto cit.*, pp. 787 ss.; A. PLAISANT, *Sospensione*, in M.A. SANDULLI – R. DE NICTOLIS (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici. Volume IV cit.*, pp. 319 ss.

Confrontando le due fattispecie dell'art. 107 del Codice con quelle di cui all'art. 5 c. 1 del Decreto Semplificazioni sembra possibile tracciare un parallelismo per analogie nelle fattispecie di cui alle lett. *c* e *d*, facendo due precisazioni:

- i*) alla lett. *c*, si deve pervenire all'impedimento dell'esecuzione dell'opera a regola d'arte per effetto del mancato accordo tra le parti sulle modalità per il superamento dei problemi tecnici;
- ii*) alla lett. *d*, le ragioni di pubblico interesse devono essere “*gravi*”.

Sembra che la *ratio* dell'art. 5 sia quella di limitare i casi in cui si possa sospendere l'esecuzione dell'opera pubblica.

La scelta dell'amministrazione è, dunque, ancorata alle cause predeterminate per legge, ma permane in capo alla stazione appaltante la discrezionalità nella valutazione dell'influenza che tali cause, comunque sopravvenute, possano avere sull'esecuzione dell'opera ai fini della prosecuzione dei lavori con l'operatore economico.

Il medesimo ragionamento si può trasporre anche alla fattispecie di cui all'art. 5 c. 1 lett. *b*⁸⁰.

Guardando, invece, all'*iter* complessivo della fattispecie di sospensione di cui all'art. 107 del Codice, è palese una profonda differenza rispetto a quello delineato dall'art. 5 del Decreto, perché i due elementi che caratterizzano la fattispecie ordinaria di sospensione (art. 107) sono la “*sopravvenienza*” in corso di esecuzione e la “*temporaneità*”. La causa deve, dunque, poter cessare per il decorso del tempo perché rimossa dalle parti.

Nel caso ordinario sono, quindi, inammissibili le sospensioni *sine die* e la stazione appaltante sospende l'esecuzione dell'opera per proseguirla, appena possibile, con il medesimo operatore economico; sicché “*cessate le cause della sospensione, il r.u.p. dispone la ripresa dell'esecuzione ed indica il nuovo termine contrattuale*” (art. 107 c. 3).

Tale paradigma (sospensione con un operatore economico – ripresa dei lavori con il medesimo operatore economico) nei casi di cui all'art. 5 c. 1 si configura solo con riferimento alle fattispecie di cui alle lett. *b* e *d*, dove l'applicazione della procedura di cui al c. 2 sembra configurare la ripresa dei lavori con il medesimo appaltatore.

Negli altri casi di cui all'art. 5 c. 1, la disposizione sembra far presagire che l'esecuzione dell'appalto prosegua con un diverso soggetto. Difatti, alla sospensione dei lavori si collega in questo caso la risoluzione del contratto con l'operatore economico affidatario.

⁸⁰ Ossia in caso di “*gravi ragioni di ordine pubblico, salute pubblica o dei soggetti coinvolti nella realizzazione delle opere, ivi incluse le misure adottate per contrastare l'emergenza sanitaria globale da Covid-19*”.

Questa differenza profonda potrebbe far dubitare della riconducibilità teorica del modello di cui all'art. 5 del Decreto alla sospensione *ex art.* 107, avvicinandola maggiormente (quantomeno sul piano delle conseguenze) alle fattispecie dell'art. 108.

Occorre, poi, interrogarsi sulla necessità o meno del verbale di sospensione, perché – sebbene non indicato dal Legislatore nell'art. 5 – non si esclude la sua necessità, dovendo indicare:

- i) le “ragioni che hanno determinato l'interruzione dei lavori”;
- ii) lo “stato di avanzamento dei lavori, delle opere la cui esecuzione rimane interrotta”;
- iii) le “cautele adottate affinché alla ripresa le [opere] possano essere ultimate senza eccessivi oneri”;
- iv) la “consistenza della forza lavoro e dei mezzi d'opera esistenti in cantiere al momento della sospensione” (art. 107 c. 1).

Tutti gli elementi indicati sembrano da rilevare anche nel caso dell'art. 5, ma probabilmente il verbale di sospensione ha valenza diversa a seconda che l'appalto prosegua con lo stesso o con altro soggetto. Certamente, a differenza dell'art. 107, la competenza circa la redazione del verbale sembrerebbe essere sempre in capo al r.u.p. (*ex art.* 5 c. 2).

In mancanza di indicazioni da parte del Legislatore, è ragionevole pensare anche all'utilizzo della sola relazione sullo stato dei lavori già eseguiti di cui all'art. 108 c. 6.

4.2. Confronto con l'art. 108 del Codice

Quanto al confronto tra l'art. 5 del Decreto e l'art. 108 del Codice, si evidenzia che la casistica di cui all'art. 5 c. 1 lett. *a*⁸¹ sembra avvicinarsi maggiormente alla fattispecie di cui all'art. 108, sia sul piano della tipizzazione della fattispecie, che con riferimento alle conseguenze che le disposizioni prevedono, ossia la risoluzione del contratto.

Le due previsioni condividono la *ratio*, cioè definire ipotesi di risoluzione dell'appalto “anche a distanza notevole di tempo per stigmatizzare gravi violazioni commesse in sede di aggiudicazione”⁸², o successivamente conosciute/intervenute, o per le ipotesi in cui si palesi un *rischio di mala esecuzione* dell'appalto per fatto dell'appaltatore, tale da rendere necessario un intervento a tutela dell'interesse pubblico⁸³.

⁸¹ Ossia le “cause previste da disposizioni di legge penale, dal Codice delle leggi antimafia, nonché da vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione Europea”.

⁸² Parere del Cons. St., Ad. Comm. spec. del 21.3.2016, n. 855 del 2016, dell'1.4.2016.

⁸³ F. FRACCHIA – W. GIULIETTI, *Aspetti problematici dell'esecuzione nei contratti nel prisma della nuova giurisprudenza sull'accesso civico*, in *Il diritto dell'economia*, 2020, n. 2, pp. 201 ss.: “È evidente, allora, che molte ipotesi di risoluzione di cui all'art. 108 d.lgs. 50/2016 – se non tutte – si traducono in veri e propri doveri di condotta per l'amministrazione contraente, nel senso di rendere doveroso l'esercizio dei diritti potestativi spettanti che massimizzano la cura dell'interesse del contraente e garantiscono il rispetto dell'equilibrio sinallagmatico determinato dalla gara” (p. 220).

Sotto questo profilo, la previsione di cui alla lett. *a* (differentemente dalle altre fattispecie di cui all'art. 5 c. 1) sembrerebbe non lasciare spazio ad una valutazione discrezionale dell'amministrazione, stabilendo la doverosità di risoluzione del contratto *ex art.* 108 c. 2⁸⁴.

L'art. 5 c. 4 deroga, poi, espressamente alle procedure di cui all'art. 108 cc. 3 e 4, sicché non si instaura alcun contraddittorio tra le parti e non ci sono assegnazioni di termini per la prosecuzione, ma viene dichiarata “*senza indugio ... la risoluzione del contratto, che opera di diritto*”.

Nulla si dice sulle conseguenze della risoluzione di diritto, sicché gli altri commi dell'art. 108 si applicano, compreso, dunque, quello che prevede la possibilità per l'appaltatore “*di agire per il risarcimento dei danni*” (art. 108 c. 9).

In base all'art. 108 c. 5, “*l'appaltatore ha diritto al pagamento delle prestazioni relative ai lavori, servizi o forniture regolarmente eseguiti, decurtato degli oneri aggiuntivi derivanti dallo scioglimento del contratto*”.

Parimenti applicabile è l'art. 108 c. 8, in base al quale “*nei casi di risoluzione di cui ai cc. 2 e 3 [c. 3, lo si ricorda, derogato solo nella procedura], in sede di liquidazione finale dei lavori, servizi o forniture riferita all'appalto risolto, l'onere da porre a carico dell'appaltatore è determinato anche in relazione alla maggiore spesa sostenuta per affidare ad altra impresa i lavori ove la stazione appaltante non si sia avvalsa della facoltà prevista dall'art. 110 c. 1*”⁸⁵.

Nella fattispecie *speciale*, però, bisogna valutare anche a quali condizioni economiche è stato stipulato il contratto con l'operatore economico interpellato (art. 5 c. 4 lett. *b* del Decreto).

Non incompatibili con la disposizione speciale sono, inoltre, le previsioni di cui:

i) all'art. 108 c. 6, che per l'appalto di lavori prevede in capo al r.u.p. l'obbligo di “*comunicare all'appaltatore la determinazione di risoluzione del contratto*”, stabilendo “*con preavviso di 20 giorni, che il direttore dei lavori curi la redazione dello stato di consistenza dei lavori già eseguiti, l'inventario di materiali, macchine e mezzi d'opera e la relativa presa in consegna*”;

ii) all'art. 108 c. 7, che, nel caso in cui sia stato nominato, “*l'organo di collaudo procede a redigere, acquisito lo stato di consistenza, un verbale di accertamento tecnico e contabile*” in cui viene “*accertata la corrispondenza tra quanto eseguito fino alla risoluzione del contratto e ammesso in contabilità e quanto previsto nel progetto approvato, nonché nelle eventuali perizie di variante*”;

⁸⁴ Sulla risoluzione *ex art.* 108: R. DE NICTOLIS, *Appalti pubblici e concessioni cit.*, pp. 1491 ss.; D. BOLOGNINO, *L'esecuzione e le vicende del contratto cit.*, pp. 795 ss.; A.M. GIAMPAOLINO – F. GOGGIAMANI, *Risoluzione e recesso*, in M.A. SANDULLI – R. DE NICTOLIS (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici. Volume IV cit.*, pp. 361 ss.; M.A. SANDULLI – M. SINISI, *Risoluzione e autotutela pubblicistica*, in M.A. SANDULLI – R. DE NICTOLIS (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici. Volume IV cit.*, pp. 389 ss.

⁸⁵ Ai sensi dell'art. 110 c. 1, la stazione appaltante ha la facoltà di interpellare “*progressivamente i soggetti che hanno partecipato all'originaria procedura di gara, risultanti dalla relativa graduatoria, al fine di stipulare un nuovo contratto per l'affidamento dell'esecuzione o del completamento dei lavori, servizi o forniture*”.

iii) all'art. 108 c. 9, relativo alla disciplina per la liberazione del cantiere per consentire al nuovo affidatario di riprendere la costruzione dell'opera.

4.3. La difficile intellegibilità dell'art. 5 c. 6

Infine, l'art. 5 c. 6 del Decreto afferma la tassatività dei casi in cui è possibile procedere alla sospensione dell'opera, ossia quelli di cui al c. 1, e successivamente stabilisce che *“le parti non possono invocare l'inadempimento della controparte o di altri soggetti per sospendere l'esecuzione dei lavori di realizzazione dell'opera ovvero le prestazioni connesse alla tempestiva realizzazione dell'opera”*⁸⁶.

Tale comma indica anche i criteri applicabili in sede giudiziale, *“sia in fase cautelare che di merito”*.

Sebbene riguardi la fase di esecuzione in cui la stazione appaltante opera *iure privatorum* (conseguentemente con giurisdizione del giudice ordinario), la disposizione, nella definizione dei criteri da applicare in sede giudiziale, sembra sbilanciata verso la tutela dell'interesse pubblico: *“Il giudice tiene conto delle probabili conseguenze del provvedimento per tutti gli interessi che possono essere lesi, nonché del preminente interesse nazionale o locale alla sollecita realizzazione dell'opera”*.

Ancora, *“ai fini dell'accoglimento della domanda cautelare, il giudice valuta anche la irreparabilità del pregiudizio per l'operatore economico, il cui interesse va comunque comparato con quello del soggetto pubblico alla celere realizzazione dell'opera”*. Tuttavia *“in ogni caso, l'interesse economico dell'appaltatore o la sua eventuale sottoposizione a procedura concorsuale o di crisi non può essere prevalente rispetto all'interesse alla realizzazione dell'opera pubblica”*.

In questa prospettiva, in considerazione della tassatività della fattispecie di cui all'art. 5 cc. 1 o 5, non si esclude che sospensioni disposte in assenza dei suddetti elementi possano consentire all'operatore economico di chiedere il risarcimento dei danni subiti per l'illegittima sospensione proprio in forza della formulazione dell'art. 5 c. 6.

È da valutare se al fine di quantificare il risarcimento sia possibile utilizzare il metodo di individuazione dei parametri di cui all'art. 107 c. 6, non in via diretta, perché l'articolo è espressamente derogato, bensì in via mediata.

Secondo autorevole dottrina (C. Contessa), l'art. 5 c. 6 si articola in due disposizioni molto diverse tra loro il cui accorpamento in un unico comma risulta di difficile comprensione⁸⁷.

Ai sensi del primo periodo, salva l'esistenza di uno dei casi di sospensione di cui al c. 1, *“le parti non possono invocare l'inadempimento della controparte o di altri soggetti per sospendere l'esecuzione dei lavori di realizzazione dell'opera ovvero le prestazioni connesse alla tempestiva realizzazione dell'opera”*.

⁸⁶ Sul punto si veda CGARS, sez. giur., 22.12.2020, n. 1170: *“In ogni caso la citata previsione processuale dell'art. 5 c. 6 d.l. n. 76 del 2020 non incide sulle regole processuali contenute negli art. 120 e ss. c.p.a. in ordine alle sentenze di merito del giudice amministrativo sull'aggiudicazione degli appalti e sulla sorte del contratto”*.

⁸⁷ C. CONTESSA, *Le novità del Decreto Semplificazioni cit.*

Appare ingiustificabile, anche a fronte di gravi inadempimenti da parte dell'amministrazione, la scelta di riversare interamente a carico dell'impresa gli oneri connessi all'esigenza di non interrompere le lavorazioni.

Mentre il primo periodo del c. 6 si occupa della questione sostanziale dell'eccezione di inadempimento, il secondo si occupa, invece, della questione processuale delle ricadute delle pronunce giudiziarie sull'esecuzione del contratto.

Con una formulazione ricalcata sull'art. 125 c.p.a. viene previsto che *“in sede giudiziale, sia in fase cautelare che di merito, il giudice tiene conto delle probabili conseguenze del provvedimento stesso per tutti gli interessi che possono essere lesi, nonché del preminente interesse nazionale o locale alla sollecita realizzazione dell'opera, e, ai fini dell'accoglimento della domanda cautelare, il giudice valuta anche la irreparabilità del pregiudizio per l'operatore economico, il cui interesse va comunque comparato con quello del soggetto pubblico alla celere realizzazione dell'opera”*.

La disposizione sembra, quindi, riferirsi all'intervento del giudice amministrativo e all'adozione da parte sua di provvedimenti cautelari.

Essa, tuttavia, non tiene evidentemente conto che l'ambito oggettivo dell'art. 5 è interamente riferibile alle vicende connesse all'esecuzione del contratto (cioè, ad un ambito interamente devoluto alla giurisdizione del giudice ordinario).

A questo punto sono possibili due diverse spiegazioni di tale previsione:

i) se la disposizione è da riferire alla fase pubblicistica dell'aggiudicazione (e quindi alla giurisdizione del giudice amministrativo), essa risulta collocata in modo incorretto dal punto di vista tassonomico, atteso che la giusta *sedes* sarebbe stata piuttosto quella dell'art. 4; ma, in tal caso, non si comprende neppure la ragione per cui il Legislatore abbia di fatto riprodotto nell'ambito dell'art. 5 una disposizione il cui contenuto sostanziale risulta già trasfuso nell'art. 4 cc. 2 e 3;

ii) se, invece, la disposizione è da riferire – come sembra – alla fase privatistica dell'esecuzione, essa risulta incomprensibile in quanto ben difficilmente il giudice ordinario può adottare, in relazione al contenzioso insorto nella fase di esecuzione, provvedimenti che dispongano interinalmente la sospensione delle lavorazioni.

5. Il Collegio consultivo tecnico

Il Collegio consultivo tecnico è disciplinato dall'art. 6 del Decreto Semplificazioni⁸⁸.

⁸⁸ Sul Collegio consultivo tecnico: S. FANTINI, *Le analogie e le differenze con lo strumento del ricorso amministrativo e le ADR nella materia degli appalti*, in Giustizia-amministrativa.it, 2020; F. CARNOVALE, *Riflessioni e spunti operativi sul Collegio consultivo tecnico*, in *Appalti e contratti*, 2020, n. 11, pp. 16 ss.; A. CASSATELLA, *La transazione amministrativa*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020; A. CLARIZIA, *Note a prima lettura in tema di collegio consultivo tecnico*, in Giustamm.it, 2020, n. 12; E. COLAPIETRO, *Collegio consultivo tecnico. Aspettando Godot*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 2020, n. 2, pp. 699 ss.; R. DE

Tale istituto era originariamente disciplinato dall'art. 207 del Codice che prevedeva la facoltà delle parti di nominare il Collegio “*con funzioni di assistenza per la rapida risoluzione delle dispute di ogni natura suscettibili di insorgere nel corso dell'esecuzione del contratto*” (c. 1).

Tale organo, “*all'esito della propria attività, formula una proposta di soluzione della controversia*” non vincolante per le parti (c. 5), le quali potevano accettarne il contenuto con un atto negoziale valevole “*come transazione*” (c. 6).

Già con il citato parere n. 855 del 1.4.2016, reso sullo schema del Codice, il Consiglio di Stato aveva, tuttavia, manifestato perplessità sull'istituto proponendone la soppressione.

Il presupposto di applicabilità, individuato ne “*l'assistenza per la rapida risoluzione delle dispute di ogni natura suscettibili di insorgere nel corso dell'esecuzione del contratto*”, non risultava espresso in modo chiaro, non essendo agevolmente definibili i casi di “*dispute*” (espressione atecnica) che il Collegio sarebbe stato chiamato a comporre; la norma non chiariva se il ricorso al Collegio costituisse un sistema alternativo all'accordo bonario⁸⁹ e quale fosse il rapporto tra i due istituti. Inoltre, il Collegio avrebbe potuto influire sui compiti della Camera arbitrale⁹⁰.

Per tali ragioni l'art 207 è stato abrogato dall'art. 121 c. 1 del d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56 (c.d. Decreto correttivo).

NICTOLIS, *Appalti pubblici e concessioni cit.*, pp. 1991 ss.; E. SIGONA, *Il collegio consultivo tecnico*, in G. LA ROSA – L. ROTA – E. SIGONA, *Riserve e strumenti deflattivi del contenzioso appalti*, Giuffrè, Milano, 2020, pp. 49 ss.; C. VOLPE, *Il Collegio consultivo tecnico. Un istituto ancora dagli incerti confini*, in Giustamm.it, 2020, n. 11 e in Giustizia-amministrativa.it, 2020; F. OTTAVI, *Transazione*, in M.A. SANDULLI – R. DE NICTOLIS (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici. Volume V cit.*, pp. 473 ss.; P. CARBONE, *Considerazioni circa il collegio consultivo tecnico*, in Rivista trimestrale degli appalti, 2017, n. 2, pp. 253 ss.; D. GIANNINI, *Il Collegio consultivo tecnico*, in B. CIVILLA – D. GIANNINI, *La risoluzione alternativa delle controversie nel nuovo Codice appalti*, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 29 ss.; M. PADOVAN, *In merito al collegio consultivo tecnico, alcuni spunti comparatistici*, in Rivista trimestrale degli appalti, 2017, n. 1, pp. 5 ss.; P. PATRITO, *I rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale nel Codice dei contratti pubblici*, in C.E. C.E. GALLO (a cura di), *Autorità e consenso nei contratti pubblici. Dalle direttive 2014 al Codice 2016*, II ed., Giappichelli, Torino, 2017, pp. 225 ss.

⁸⁹ Sull'accordo bonario: R. DE NICTOLIS, *Appalti pubblici e concessioni cit.*, pp. 1975 ss.; L. ROTA, *L'accordo bonario nell'appalto di lavori*, in G. LA ROSA – L. ROTA – E. SIGONA, *Riserve e strumenti deflattivi del contenzioso appalti cit.*, pp. 20 ss.; A. MALTONI, *I rimedi nell'esecuzione del contratto*, in M. CLARICH (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici cit.*, pp. 1446 ss.; G. VELTRI, *Accordo bonario*, in M.A. SANDULLI – R. DE NICTOLIS (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici. Volume V cit.*, pp. 439 ss.; B. CIVILLA, *L'accordo bonario*, in B. CIVILLA – D. GIANNINI, *La risoluzione alternativa delle controversie nel nuovo Codice appalti cit.*, pp. 11 ss.

⁹⁰ Sull'arbitrato: M. ANGELONE, *L'arbitrato nel settore dei contratti pubblici*, in D. MANTUCCI (a cura di), *Trattato di diritto dell'arbitrato. Volume X. L'arbitrato nei rapporti di lavoro. L'arbitrato nei contratti pubblici. Altri arbitrati speciali*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020, pp. 151 ss.; R. DE NICTOLIS, *Appalti pubblici e concessioni cit.*, pp. 1996 ss.; A. GIANNELLI – P. PROVENZANO – E.C. RAFFIOTTA, *L'arbitrato in materia di contratti pubblici*, in L. SALVANESCHI – A. GRAZIOSI (a cura di), *L'arbitrato*, Giuffrè, Milano, 2020, pp. 689 ss.; E. SIGONA, *L'arbitrato negli appalti pubblici di lavori*, in G. LA ROSA – L. ROTA – E. SIGONA, *Riserve e strumenti deflattivi del contenzioso appalti cit.*, pp. 35 ss.; M. CORSINI, *Arbitrato*, in M.A. SANDULLI – R. DE NICTOLIS (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici. Volume V cit.*, pp. 477 ss.; A. MALTONI, *I rimedi nell'esecuzione del contratto cit.*, pp. 1473 ss.; E. GUARNACCIA – A. MAMMANA, *L'arbitrato nelle materie di giurisdizione amministrativa*, in G. CAPO – G. CASSANO – F. FRENI (a cura di), *L'arbitrato*, Giuffrè, Milano, 2018, pp. 849 ss.; D. GIANNINI, *L'arbitrato*, in B. CIVILLA – D. GIANNINI, *La risoluzione alternativa delle controversie nel nuovo Codice appalti cit.*, pp. 45 ss.; F. CARPI, *Arbitrati speciali*, II ed., Zanichelli, Bologna, 2016, pp. 293 ss.

L'art. 1 cc. 11-14 dell'art. 1 del Decreto Sblocca cantieri ha reintrodotto tale strumento di definizione dei conflitti prevedendone, da una parte, l'operatività temporalmente limitata fino all'entrata in vigore del regolamento previsto dall'art. 216 c. 27 *octies* e, dall'altra, la facoltatività e il carattere non vincolante delle relative determinazioni⁹¹.

In seguito, l'art. 1 cc. 11-14 del Decreto Sblocca cantieri è stato abrogato dall'art. 6 c. 9 del Decreto Semplificazioni.

A differenza di quanto previsto dal Decreto Sblocca cantieri, l'art. 6 c. 1 del Decreto Semplificazioni sancisce l'obbligatorietà della costituzione del Collegio consultivo tecnico *“per i lavori diretti alla realizzazione delle opere pubbliche di importo pari o superiore alle soglie di cui all'art. 35 del Codice”*.

Invece, per gli appalti di lavori di importo inferiore alle soglie comunitarie le parti hanno la facoltà di nominare un Collegio consultivo tecnico con la possibilità di attribuire allo stesso *“tutti o parte dei compiti descritti ai cc. 1-3”* e di applicare, per quanto concerne la relativa disciplina, *“tutte o parte delle disposizioni di cui all'art. 5”* (c. 4).

Tale facoltà non è prevista per gli appalti di servizi e forniture che, stante il tenore dell'art. 6, risultano estranei all'ambito applicativo di questo istituto.

La disciplina contenuta nell'art. 6 si applica fino al 31.12.2021 alle procedure, qualunque sia la data della relativa delibera a contrarre, la cui fase esecutiva sia successiva all'entrata in vigore del Decreto.

Per i contratti già in corso di esecuzione alla data di entrata in vigore del Decreto è prevista la nomina del Collegio entro 30 giorni dalla predetta data.

Ai sensi del c. 6 *“il Collegio consultivo tecnico è sciolto al termine dell'esecuzione del contratto ovvero, nelle ipotesi in cui ne non è obbligatoria la costituzione, in data anteriore su accordo delle parti. Nelle ipotesi in cui ne è obbligatoria la costituzione, il Collegio può essere sciolto dal 31.12.2021 in qualsiasi momento, su accordo tra le parti”*, anche se non è terminata l'esecuzione del contratto.

Secondo l'art. 6 c. 1 il Collegio consultivo tecnico ha *“funzioni di assistenza per la rapida risoluzione delle controversie o delle dispute tecniche di ogni natura suscettibili di insorgere nel corso dell'esecuzione del contratto stesso”*.

Da notare che il Decreto Semplificazioni, al pari del Decreto Sblocca cantieri, utilizza ancora il termine *“controversie”* (mentre l'abrogato art. 207 del Codice parlava, in senso atecnico, di dispute) al pari di quanto prevede l'art. 209 del Codice ai fini dell'individuazione dell'ambito applicativo dell'arbitrato, il che

⁹¹ P. CARBONE, *L'inopinata “resurrezione” del collegio consultivo tecnico*, in Rivista trimestrale degli appalti, 2019, n. 4, pp. 1135 ss.; G. CHIARELLI, *Collegio consultivo tecnico*, in M. MARIANI – L. SPAGNOLETTI – E. TOMA, *La legge sblocca cantieri*, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 257 ss.; M. FRANCAVILLA, *Disposizioni sulla risoluzione dei conflitti nelle procedure di gara*, in D. BOLOGNINO – H. BONURA – A. STORTO (a cura di), *I contratti pubblici dopo la conversione del Decreto Sblocca cantieri*, La Tribuna, Piacenza, 2019, pp. 75 ss.; I. LOMBARDINI, *Il difficile presente dell'arbitrato nei contratti pubblici e l'introduzione di altri nuovi rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale: il collegio consultivo*, in Rivista dell'arbitrato, 2019, n. 4, pp. 841 ss.

confermerebbe quanto evidenziato dal parere del Consiglio di Stato circa il pericolo di parziale sovrapposibilità dei due istituti.

Tale conclusione non muta alla luce dell'introduzione delle “*dispute tecniche*”, come oggetto ulteriore della competenza del Collegio, dovendosi ritenere che le stesse siano identificabili in quei contrasti di natura tecnica i quali sono comunque suscettibili di trasmodare anch'essi in vere e proprie controversie qualora non pervengano ad una composizione⁹².

Oltre alla predetta funzione, l'art. 5 attribuisce a tale organo una competenza ulteriore in materia di sospensione dell'esecuzione. Nell'ottica di accelerazione della realizzazione delle opere pubbliche, il Legislatore ha previsto fino al 31.12.2021 una disciplina derogatoria rispetto a quella ordinaria stabilita per la sospensione dell'esecuzione dall'art. 107 del Codice, limitando, tra l'altro, le ipotesi di sospensione ed attribuendo la competenza generalizzata a decidere al r.u.p. (mentre l'art. 107 c. 1 prevede, per talune ipotesi, che la sospensione dell'esecuzione venga deliberata dal direttore dei lavori). In tale fase il Collegio consultivo tecnico è titolare di una competenza variegata.

Per le ipotesi dell'art. 5 c. 1 lett. *b* e *d*⁹³ il Collegio è chiamato ad adottare una determinazione di cui le stazioni appaltanti devono tenere conto ai fini dell'autorizzazione della prosecuzione dei lavori nel rispetto delle esigenze sottese ai provvedimenti di sospensione, salvi i casi di assoluta e motivata incompatibilità tra la causa della sospensione e la prosecuzione dei lavori.

Ai sensi dell'art. 5 c. 3, “*nelle ipotesi previste dal c. 1 lett. c dell'art. 5⁹⁴, il Collegio, entro 15 giorni dalla comunicazione della sospensione dei lavori ovvero della cause che potrebbe cagionarla, adotta una determinazione con cui accerta l'esistenza di una causa tecnica di legittima sospensione dei lavori e indica le modalità, tra quelle di cui al c. 4, con cui proseguire i lavori e le eventuali modifiche necessarie da apportare per la realizzazione dell'opera a regola d'arte*”. A tale statuizione si conforma la stazione appaltante adottando, “*nei successivi 5 giorni*”, i consequenziali provvedimenti.

Nei casi di cui all'art. 5 c. 1 lett. *a*⁹⁵ il Collegio rende un parere al r.u.p., chiamato – nel caso in cui la prosecuzione dei lavori non possa procedere con il soggetto designato e nemmeno con altro soggetto del raggruppamento – a dichiarare la risoluzione del contratto e a procedere con le successive modalità ivi indicate⁹⁶.

⁹² G. TROPEA – A. GIANNELLI, *L'emergenza pandemica e i contratti pubblici cit.*, pp. 339 ss.

⁹³ Ossia nei casi di sospensione per “*gravi ragioni di ordine pubblico, salute pubblica o dei soggetti coinvolti nella realizzazione delle opere, ivi incluse le misure adottate per contrastare l'emergenza sanitaria globale da Covid-19*”, e di “*gravi ragioni di pubblico interesse*”.

⁹⁴ Ossia sospensione per “*gravi ragioni di ordine tecnico*”.

⁹⁵ Ossia in caso di sospensione per “*cause previste dalla legge penale, dal Codice delle leggi antimafia e da vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione Europea*”.

⁹⁶ Ossia:

i) esecuzione in via diretta dei lavori,

ii) interpello dei soggetti che hanno partecipato alla originaria procedura di gara come risultanti dalla relativa graduatoria,

iii) indizione di una nuova procedura per l'affidamento del completamento dell'opera,

La nomina del Collegio deve avvenire *“prima dell’avvio dell’esecuzione, o comunque non oltre 10 giorni da tale data”* (art. 6 c. 1). Tale termine ha finalità acceleratoria e natura non perentoria, di talché il suo superamento non comporta l’illegittimità della nomina, sebbene possa essere valutato ai fini dell’eventuale responsabilità del r.u.p., dovendosi ritenere che tale incombente rientri nella competenza residuale allo stesso attribuita dall’art. 31 c. 3 del Codice⁹⁷.

Il Collegio operante nella fase esecutiva *“è formato, a scelta della stazione appaltante, da tre componenti, o cinque in caso di motivata complessità dell’opera e di eterogeneità delle professionalità richieste”*. Il Legislatore prescrive che i componenti debbano essere *“dotati di esperienza e qualificazione professionale adeguata alla tipologia dell’opera”* (c. 2); l’accertamento circa il possesso di tali requisiti è di pertinenza delle parti che procedono alla nomina. Inoltre, il Legislatore sancisce che *“i componenti del Collegio possono essere scelti dalle parti di comune accordo, ovvero le parti possono concordare che ciascuna di esse nomini uno o due componenti e che il terzo o il quinto componente, con funzioni di presidente, sia scelto dai componenti di nomina di parte.*

Nel caso in cui le parti non trovino un accordo sulla nomina del presidente entro il termine indicato dal c. 1, questo è designato entro i successivi 5 giorni dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti per le opere di interesse nazionale, delle regioni o dalle città metropolitane per le opere di rispettivo interesse. Il Collegio consultivo tecnico si intende costituito al momento della designazione del terzo o del quinto componente”.

Il c. 7 dispone che *“i componenti del Collegio consultivo tecnico hanno diritto ad un compenso a carico delle parti e proporzionato al valore dell’opera, al numero, alla qualità e alla tempestività delle determinazioni assunte ... In caso di ritardo nell’assunzione delle determinazioni è prevista una decurtazione del compenso stabilito in base al primo periodo da un decimo ad un terzo, per ogni ritardo”*.

Il Legislatore assicura, altresì, la celerità nell’espletamento delle funzioni del Collegio prevedendo al c. 8 che nel caso di *“ritardo nell’adozione di tre determinazioni o di ritardo superiore a 60 giorni nell’assunzione anche di una sola determinazione, i componenti del collegio non possono essere nuovamente nominati come componenti di altri Collegi per la durata di 3 anni decorrenti dalla data di maturazione del ritardo”*⁹⁸.

Il ritardo va parametrato alla tempistica prevista dall’art. 6 c. 3 secondo cui *“le determinazioni del Collegio consultivo tecnico sono adottate con atto sottoscritto dalla maggioranza dei componenti entro il termine di 15 giorni decorrenti dalla data della comunicazione dei quesiti”*, salva la possibilità di integrare la motivazione *“nei successivi 15 giorni. In caso di particolari esigenze istruttorie le determinazioni possono essere adottate entro 20 giorni dalla comunicazione dei quesiti”*.

ii) proposta alle autorità per la nomina di un Commissario ex art. 4 del Decreto Sblocca cantieri

⁹⁷ M. FRANCAVILLA, *Il Collegio consultivo tecnico*, in D. BOLOGNINO – H. BONURA – A. STORTO (a cura di), *I contratti pubblici dopo il Decreto Semplificazioni cit.*, pp. 56 ss.

⁹⁸ Vi è una palese incongruenza logica del Legislatore, avendo egli statuito che l’istituto del Collegio debba cessare di funzionare il 31.12.2021.

Nella medesima ottica acceleratoria deve essere riguardato anche il limite – sancito dall’art. 6 c. 8 – all’assunzione di incarichi del componente del Collegio (“*non più di 5 incarichi contemporaneamente e comunque non più di 10 incarichi ogni 2 anni?*”).

Ai sensi dell’art. 6 c. 3, il Collegio deve ricevere tutta la documentazione contrattuale e “*può procedere ad audizioni informali delle parti ... Può altresì convocare le parti per consentire l’esposizione in contraddittorio delle rispettive ragioni?*”.

Non può escludersi che le parti consentano al Collegio anche l’audizione di tecnici e, altresì, l’acquisizione di documenti e l’espletamento di verifiche ed accertamenti *in loco* per favorire la funzione conciliativa dell’organo.

A differenza di quanto previsto dalla previgente disciplina introdotta dal Decreto Sblocca cantieri, il Decreto Semplificazioni attribuisce al Collegio un vero e proprio *potere deliberante* riconoscendo alle relative determinazioni natura di lodo contrattuale *ex art. 808 ter c.p.c.*

È fatta salva la possibilità per le parti di manifestare espressa e motivata volontà contraria. In tal caso l’inosservanza delle determinazioni del Collegio “*viene valutata ai fini della responsabilità del soggetto agente per danno erariale e costituisce ... grave inadempimento degli obblighi contrattuali?*”.

L’art. 6 c. 5 prevede, poi, la facoltà delle stazioni appaltanti di “*costituire un Collegio consultivo tecnico formato da tre componenti per risolvere problematiche tecniche o giuridiche di ogni natura suscettibili di insorgere anche nella fase antecedente all’esecuzione del contratto, ivi comprese le determinazioni delle caratteristiche delle opere e le altre clausole e condizioni del bando o dell’invito, nonché la verifica del possesso dei requisiti di partecipazione e dei criteri di selezione e di aggiudicazione?*”.

Tale organo è diverso per composizione e funzioni rispetto al Collegio chiamato ad operare in fase esecutiva. Infatti, qui il Collegio assume il ruolo di organo ausiliario della sola stazione appaltante (e non già di appaltante ed appaltatore insieme) che supporta nelle fasi di predisposizione della *lex specialis* e di gestione della procedura di gara in sede di verifica dei requisiti e di applicazione dei criteri di selezione degli operatori e delle offerte.

Il carattere esemplificativo delle competenze del Collegio induce a ritenere che lo stesso possa operare anche nella delicata fase di valutazione dell’anomalia, della congruità dell’offerta ed anche della verifica della congruità del costo del lavoro prima dell’aggiudicazione *ex art. 95 c. 10 del Codice*.

Ovviamente, la funzione ausiliaria del Collegio non incide sulla competenza dei vari organi chiamati ad operare nelle fasi della procedura e, in particolare, del r.u.p. (cui pertiene la verifica delle offerte e dell’anomalia) e della commissione di gara (cui spetta il compito di valutare l’offerta tecnica).

La peculiarità dell’istituto nella fase antecedente all’esecuzione è confermata dal procedimento di nomina, di espressa competenza del r.u.p., e soprattutto dalla composizione di tale organo di cui “*due componenti*

sono nominati dalla stazione appaltante e il terzo componente è nominato dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti per le opere di interesse nazionale, dalle regioni o dalle città metropolitane per le opere di interesse locale”.

La mancata previsione di un componente nominato dalla parte privata consegue al fatto che, operando esso in una fase antecedente al contratto e, di solito, all’aggiudicazione, non vi è un unico interlocutore ma una pluralità di soggetti potenzialmente interessati (i concorrenti).

Il Legislatore, però, non ha escluso un raccordo tra i due organi collegiali laddove stabilisce che *“ferma l’eventuale necessità di sostituzione di uno dei componenti designati dalla stazione appaltante con uno di nomina privata, le funzioni del componente del Collegio consultivo tecnico nominato ai sensi del presente comma non sono incompatibili con quelle di componente del Collegio nominato ai sensi del c. 1”*.

Definito l’istituto del Collegio consultivo tecnico, sembra necessario domandarsi in che modo quest’ultimo possa eventualmente impattare sulla figura dell’accordo bonario e dell’arbitrato *ex artt.* 205 e 209 del Codice.

Il Decreto Semplificazioni, difatti, ha previsto l’inserimento di uno strumento alternativo di natura non giurisdizionale che ha funzioni in materia di sospensione dell’esecuzione dell’opera pubblica e di assistenza *“per la rapida risoluzione delle controversie o delle dispute tecniche di ogni natura”* (art. 6 c. 1 del Decreto), le quali sono suscettibili di insorgere nel corso dell’esecuzione di un contratto di appalto.

Pertanto, dato tale assunto, sembrerebbe chiaro come anche le riserve – strumento mediante il quale l’appaltatore formula una propria contestazione evidenziando all’amministrazione committente il proprio dissenso rispetto ad uno specifico fatto tecnico o economico che si è verificato avanzando conseguentemente richieste per il riconoscimento di maggiori compensi, rimborsi o indennizzi – possano trovare una propria risoluzione mediante l’istituto del Collegio consultivo tecnico⁹⁹.

La risoluzione delle criticità inerenti all’alternatività dell’accordo bonario al Collegio consultivo dipende, dunque, esclusivamente dalla prassi adottata dalle amministrazioni coinvolte, posto che – ad oggi – le riserve possono essere trattate con entrambi gli istituti.

Parimenti, l’istituto del Collegio consultivo tecnico non pare possa ritenersi in antitesi rispetto all’arbitrato disciplinato dall’art. 209 del Codice.

Infatti, nessuna previsione normativa prevede che la presenza del Collegio, anche laddove obbligatorio, escluda la possibilità di compromettere in arbitrato – sussistendone i presupposti – eventuali controversie tra committente ed appaltatore.

⁹⁹ Sulle riserve: G. LA ROSA, *Le riserve*, in G. LA ROSA – L. ROTA – E. SIGONA, *Riserve e strumenti deflattivi del contenzioso appalti cit.*, pp. 5 ss.; A. CIANFLONE – G. GIOVANNINI – V. LOPILATO, *L’appalto di opere pubbliche*, XIII ed., Giuffrè, Milano, 2018, pp. 2585 ss.; M. RANGAN, *Riserve e domande nell’esecuzione dei contratti: un binomio attuale*, in F. GARELLA – M. MARIANI – L. SPAGNOLETTI – E. TOMA (a cura di), *I nodi del codice dei contratti pubblici cit.*, pp. 275 ss.

Sul punto, però, è necessario evidenziare che l'arbitrato *ex art.* 209 si conclude con un lodo avente efficacia di una sentenza di primo grado, mentre il Collegio consultivo tecnico può adottare determinazioni che – ai sensi dell'art. 6 c. 3 del Decreto – “*salva diversa e motivata volontà espressamente manifestata in forma scritta dalle parti stesse*” abbiano natura di lodo contrattuale previsto dall'art. 808 *ter c.p.c.* e, dunque, gli stessi effetti del lodo emesso a conclusione di un arbitrato irrituale.

Pertanto, gli interessi di trasparenza e pubblicità nella scelta degli arbitri, nonché quelli di evitare che la pubblica amministrazione sia assoggettata alla negoziazione di un nuovo assetto di interessi determinato da terzi – che secondo la giurisprudenza non possono essere tutelati mediante il ricorso ad un arbitrato irrituale¹⁰⁰ – sembrano, ad opinione dello scrivente, sacrificabili in nome di un più importante interesse ad una maggiore facilitazione all'ultimazione delle opere.

6. Le deroghe temporanee al Codice dei contratti pubblici disposte dall'art. 8 cc. 1-4

L'art. 8 cc. 1-4 contiene una serie di disposizioni transitorie che intervengono sulle “*procedure pendenti disciplinate dal Codice dei contratti pubblici, i cui bandi o avvisi, con i quali si indice una gara, sono già stati pubblicati alla data di entrata in vigore del presente Decreto, nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, alle procedure in cui, alla medesima data, siano già stati inviati gli inviti a presentare le offerte o i preventivi, ma non siano scaduti i relativi termini, e in ogni caso per le procedure disciplinate dal Codice avviate a decorrere dalla data di entrata in vigore del presente decreto* [ossia dal 17.7.2020] *e fino alla data del 31.12.2021*”.

La principale novità risiede nel considerare sempre sussistente il presupposto dell'urgenza per le procedure pendenti alla data di entrata in vigore del Decreto e per quelle avviate successivamente a tale data, indipendentemente dall'oggetto dell'affidamento e dalla correlazione con l'emergenza sanitaria¹⁰¹.

Per le procedure di cui al c. 1 si prevede, dunque, che “*fino alla data del 31.12.2021 è sempre autorizzata la consegna dei lavori in via d'urgenza e, nel caso di servizi e forniture, l'esecuzione del contratto in via d'urgenza ai sensi dell'art. 32 c. 8 del Codice*”¹⁰².

¹⁰⁰ Cass. civ., sez. III, 8.4.2020, n. 7759: “*La formazione della volontà contrattuale della pubblica amministrazione non può essere delegata a terzi estranei ... Il perseguimento dell'interesse pubblico verrebbe affidato all'operato di soggetti sottratti ad ogni controllo, con l'effetto di rendere evanescente anche l'eventuale individuazione di qualsivoglia conseguente responsabilità*”; Cass. civ., S.U., 16.4.2009, n. 8987: “*Benché la pubblica amministrazione, nel suo operare negoziale, si trovi su un piano paritetico a quello dei privati, ciò non significa che vi sia una piena ed assoluta equiparazione della sua posizione a quella del privato, poiché l'amministrazione è portatrice di un interesse pubblico cui il suo agire deve in ogni caso ispirarsi; ne consegue che alla stessa è preclusa la possibilità di avvalersi, nella risoluzione delle controversie derivanti da contratti di appalto conclusi con privati, dello strumento del c.d. arbitrato irrituale o libero, poiché in tal modo il componimento della vertenza verrebbe ad essere affidato a soggetti (gli arbitri irrituali) individuati, nell'ambito di una pur legittima logica negoziale, in difetto di qualsiasi procedimento legalmente determinato e, perciò, senza adeguate garanzie di trasparenza e pubblicità della scelta*”.

¹⁰¹ F. NARDONE, *Ulteriori disposizioni urgenti in materia di contratti pubblici contenute nel d.l. c.d. Semplificazioni*, in D. BOLOGNINO – H. BONURA – A. STORTO (a cura di), *I contratti pubblici dopo il Decreto Semplificazioni cit.*, pp. 38 ss.

¹⁰² L'art. 32 c. 8 dispone che “*l'esecuzione d'urgenza è ammessa esclusivamente nelle ipotesi di eventi oggettivamente imprevedibili, per ovviare a situazioni di pericolo per persone, animali o cose, ovvero per l'igiene o la salute pubblica, ovvero per il patrimonio storico, artistico,*

Tale disposizione prevede, quindi, una generalizzata autorizzazione a procedere alla consegna in via d'urgenza, superando le limitazioni previste dall'art. 32 c. 8 ultimo periodo¹⁰³.

L'autorizzazione alla consegna dei lavori o all'esecuzione del contratto è eseguita *“nelle more della verifica dei requisiti di cui all'art. 80 del Codice, nonché dei requisiti di qualificazione previsti per la partecipazione alla procedura”* (art. 8 c. 1 lett. a)¹⁰⁴.

Ex art. 8 c. 1 lett. c, sono ridotti i termini procedurali *“per ragioni di urgenza di cui agli artt. 60 c. 3, 61 c. 6, 62 c. 5, 74 cc. 2 e 3 ... Nella motivazione del provvedimento che dispone la riduzione dei termini non è necessario dar conto delle ragioni di urgenza, che si considerano comunque sussistenti”*¹⁰⁵.

Ne consegue che con riferimento alle procedure aperte di cui all'art. 60 del Codice, i termini per la ricezione delle offerte si riducono a 15 giorni dalla data di invio del bando, tenuto conto che l'art. 60 c. 2 prevede la possibilità di riduzione *“a 15 giorni dalla data di invio del bando di gara se, per ragioni di urgenza debitamente motivate dall'amministrazione aggiudicatrice, i termini minimi stabiliti dal c. 1¹⁰⁶ non possono essere rispettati”*.

Con riferimento alle procedure ristrette, l'art. 61 c. 2 prevede che i termini ordinari sono: 30 giorni per la presentazione della domanda di partecipazione *“dalla trasmissione del bando di gara o, se è utilizzato un avviso di pre-informazione come mezzo di indizione di una gara, dalla data d'invio dell'invito a confermare interesse”*.

La riduzione dei termini prevista dall'art. 61 c. 6 porta a 15 giorni *“per la ricezione delle domande di partecipazione ... dalla data di trasmissione del bando di gara”* e a 10 giorni per la *“ricezione delle offerte ... dalla data di invio dell'invito a presentare offerte”*.

Con riferimento alle procedure competitive con negoziazione, l'art. 62 c. 5 prevede che *“il termine minimo per la ricezione delle offerte iniziali è di 30 giorni dalla data di trasmissione dell'invito”*. Tale termine, tuttavia, è ridotto *“nei casi previsti dall'art. 61 cc. 4, 5 e 6”*, ossia, rispettivamente, nei casi di pubblicazione di *“un avviso di pre-informazione non utilizzato per l'indizione di una gara”*, di fissazione del *“termine per la ricezione delle offerte di concerto con i candidati selezionati”* e di fissazione di termini ridotti da parte dell'amministrazione aggiudicatrice *“quando, per motivi di urgenza debitamente motivati, è impossibile rispettare i termini minimi”*.

culturale ovvero nei casi in cui la mancata esecuzione immediata della prestazione dedotta nella gara determinerebbe un grave danno all'interesse pubblico che è destinata a soddisfare”.

¹⁰³ TAR Salerno, sez. I, 12.10.2020, (ord.) n. 512, ha precisato che tale regola deve essere interpretata nel senso di consentire la consegna dei lavori in via d'urgenza e l'esecuzione del contratto in via d'urgenza nel caso di servizi e forniture anche al di fuori dei casi espressamente previsti dall'art. 32 c. 8 del Codice, ma non nel senso di ammettere la consegna dei lavori o l'esecuzione del servizio o della forniture anche a fronte di un provvedimento cautelare che prevede la sospensione degli effetti dell'aggiudicazione, *“essendo peraltro rimasta inalterata la previsione di cui all'art. 32, c. 11, del medesimo Codice”*.

¹⁰⁴ Sul punto si veda Cons. Stato, sez. III, 31.3.2021, n. 2707, che riforma TAR Ancona, sez. I, 12.10.2020, n. 584.

¹⁰⁵ Sul punto si veda TAR Ancona, sez. I, 12.10.2020, n. 752.

¹⁰⁶ Ossia 35 giorni.

Dunque, in tali procedure il termine per la presentazione delle domande passa da 30 a 15 giorni e quello per la presentazione delle offerte da 30 a 10 giorni.

7. Le modifiche a regime del Codice dei contratti pubblici

È adesso opportuno esaminare le modifiche con cui il Legislatore ha deciso di incidere, in via definitiva, su alcuni istituti del Codice con l'intento di velocizzare le procedure per la realizzazione delle opere pubbliche.

Il Decreto interviene, in particolare, sui motivi di esclusione degli operatori economici.

L'art. 8 c. 5 lett. *b* modifica la disciplina dei motivi di esclusione recata dall'art. 80 c. 4 del Codice, consentendo alla stazione appaltante di escludere un operatore dalla procedura quando sia a conoscenza e possa dimostrare che l'operatore “*non ha ottemperato agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali non definitivamente accertati*”¹⁰⁷.

La norma, nel testo finora vigente, non consentiva di escludere un operatore economico che avesse violato gli obblighi relativi al pagamento di imposte o contributi qualora tale violazione, pur non essendo stabilita da una decisione giudiziaria o amministrativa definitiva, potesse essere adeguatamente dimostrata dall'amministrazione aggiudicatrice¹⁰⁸.

Le criticità della norma sono molteplici, sia sul fronte della grandissima discrezionalità rimessa alla stazione appaltante, che sul piano dei possibili conflitti con le risultanze degli eventuali contenziosi presso le commissioni tributarie. Inoltre, tale norma risulta del tutto estranea alla logica di semplificazione che il Decreto intende perseguire¹⁰⁹.

L'art. 8 c. 7 novella altresì alcune disposizioni dell'art. 1 del Decreto Sblocca cantieri¹¹⁰.

¹⁰⁷ Sul punto si vedano CGARS, sez. giur., 15.2.2021, n. 111; TAR Palermo, sez. III, 23.9.2020, n. 1935.

¹⁰⁸ R. DE NICTOLIS, *Appalti pubblici e concessioni cit.*, pp. 727 ss.; R. GRECO – F. PIGNATIELLO – A.G. PIETROSANTI – M. NUNZIATA – V. DI IORIO – G.A. GIUFFRÈ, *Requisiti generali*, in M.A. SANDULLI – R. DE NICTOLIS (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici. Volume II cit.*, pp. 816 ss.; C. LAMBERTI, *Ammissioni ed esclusioni dalle gare*, in C. CONTESSA (a cura di), *Il contenzioso e la giurisprudenza in materia di appalti pubblici cit.*, pp. 225 ss.; G. PESCE, *L'ammissione alle procedure*, in M. CLARICH (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici cit.*, pp. 627 ss.; E. ROMANO, *L'esclusione dell'operatore economico dalla procedura di affidamento dei contratti pubblici*, Giappichelli, Torino, 2019, in part. pp. 79 ss.

¹⁰⁹ È lecito ritenere che l'obiettivo di tale norma sia quello di superare la procedura di infrazione n. 2018/2273 avviata dalla Commissione Europea nei confronti dell'Italia con lettera del 24.1.2019. Con quest'ultima la Commissione ha contestato all'Italia il mancato recepimento delle Direttive europee, le quali prevedono, accanto all'ipotesi di esclusione obbligatoria per irregolarità fiscali definitivamente accertate, anche una facoltà di esclusione in tutti quei casi in cui la stazione appaltante sia stata comunque a conoscenza della situazione di irregolarità fiscale dell'operatore economico. Sul punto G. VELTRI, *Codice dei contratti pubblici: la lettera di messa in mora della Commissione UE e la replica del legislatore*, in Urbanistica e appalti, 2019, n. 4, pp. 471 ss.

¹¹⁰ G. MAZZOTTA, *Le modifiche a regime del Codice dei contratti pubblici*, in D. BOLOGNINO – H. BONURA – A. STORTO (a cura di), *I contratti pubblici dopo il Decreto Semplificazioni cit.*, pp. 75 ss.

Il c. 7 lett. a proroga il termine di cui all'art. 1 c. 1 del Decreto Sblocca cantieri¹¹¹, il quale dispone che fino al “31.12.2021” (e non più 31.12.2020) “non trovano applicazione, a titolo sperimentale, le seguenti norme del Codice dei contratti pubblici:

- a) art. 37 c. 4, per i Comuni non capoluogo di Provincia quanto all'obbligo di avvalersi delle modalità ivi indicate¹¹²;
- b) art. 59 c. 1 quarto periodo, nella parte in cui resta vietato il ricorso all'affidamento congiunto della progettazione e dell'esecuzione di lavori¹¹³;

¹¹¹ G. MAZZOTTA, *Norme di sospensione o a carattere temporaneo*, in D. BOLOGNINO – H. BONURA – A. STORTO (a cura di), *I contratti pubblici dopo la conversione del Decreto Sblocca cantieri cit.*, pp. 79 ss.

¹¹² Le finalità dell'art. 37 sono principalmente tre:

- i) creare economie di scala;
- ii) assicurare un più elevato livello di qualità delle amministrazioni aggiudicatrici;
- iii) ridurre le stazioni appaltanti, anche in funzione preventiva dei fenomeni corruttivi e di cattiva amministrazione, e migliorare la qualità delle procedure di gara.

In particolare, i Comuni non capoluoghi di Provincia, ai sensi dell'art. 37 c. 4, devono seguire una delle seguenti prescrizioni:

- i) ricorrere ad una centrale di committenza o a soggetti aggregatori qualificati;
- ii) agire mediante unioni di Comuni costituite e qualificate come centrali di committenza, ovvero associandosi o consorziandosi in centrali di committenza; oppure
- iii) ricorrere alla stazione unica appaltante costituita presso le Province.

La sospensione di tale obbligo è finalizzata a rilanciare gli investimenti pubblici e facilitare l'apertura dei cantieri per la realizzazione delle opere pubbliche, nelle more di una riforma complessiva.

Tuttavia, tale deroga ostacola il processo di riduzione delle stazioni appaltanti e ripropone le criticità sottese alle scarse capacità gestionali dei piccoli Comuni in termini di competenza, contenimento dell'azzardo morale, facilitazioni dei controlli, economicità degli affidamenti.

¹¹³ Si intende per appalto integrato l'affidamento congiunto della progettazione esecutiva e dell'esecuzione al medesimo operatore economico.

La *ratio* del divieto di appalto integrato va individuata nell'esigenza di garantire che il progettista sia terzo rispetto all'esecutore dei lavori.

Laddove le posizioni di progettista ed esecutore dei lavori coincidano vi sarebbe il rischio di vedere attenuata la valenza pubblicistica della progettazione.

La sospensione di tale divieto è finalizzata al rilancio degli investimenti pubblici ed alla riapertura dei cantieri per la realizzazione delle opere pubbliche.

Recentemente, l'AGCM, nella *Segnalazione in merito alle proposte di riforma concorrenziale ai fini della Legge annuale per il mercato e la concorrenza anno 2021 (S. 4143)*, ha auspicato “un definitivo ripensamento in merito all'obbligo generalizzato di mettere a gara opere dotate di progetto esecutivo, e non di semplice progetto definitivo, e la rimozione del divieto generale, fatti salvi i casi tassativamente indicati dal Codice, di appalto integrato.

Tale divieto ha creato, almeno nella fase iniziale, difficoltà operative per molte stazioni appaltanti, soprattutto per le Amministrazioni locali, non in possesso delle competenze tecniche per poter realizzare al proprio interno la progettazione esecutiva, con la conseguente necessità di metterla a gara separatamente rispetto all'appalto di esecuzione dell'opera, con evidente allungamento dei tempi.

D'altra parte, anche quando le competenze tecniche sarebbero disponibili all'interno delle Amministrazioni pubbliche, il divieto, introdotto dal Codice, di corrispondere incentivi in caso di progettazione curata da tecnici dipendenti delle Amministrazioni pubbliche, sembrerebbe aver scoraggiato la progettazione interna.

Occorre sottolineare, al riguardo, che le direttive unionali non pongono limiti all'appalto integrato che presenta, invece, indubbi vantaggi in termini di semplificazione della procedura (una sola gara per due fasi, riduzione dei costi amministrativi e dei tempi di attraversamento)”.
Sull'appalto integrato: S. FRAZZINGARO, *I diversi livelli di progettazione di opere pubbliche alla luce delle novità introdotte dal d.lgs. 19.4.2017, n. 56. I limiti posti dal legislatore all'appalto integrato*, in *Appalti e contratti*, 2018, n. 1, pp. 66 ss.

c) art. 77 c. 3 quarto periodo, quanto all'obbligo di scegliere i commissari di gara tra gli esperti iscritti all'Albo istituito presso l'ANAC di cui all'art. 78, fermo restando l'obbligo di individuare i commissari secondo regole di competenza e trasparenza, preventivamente individuate da ciascuna stazione appaltante¹¹⁴”.

La lett. c proroga il termine di cui all'art. 1 c. 3 del Decreto Sblocca cantieri; questo comma, come modificato, prevede che “anche ai settori ordinari ... fino al 31.12.2021”, trovi applicazione “la norma prevista dall'art. 133 c. 8 del Codice per i settori speciali”, la quale consente agli enti aggiudicatori – limitatamente alle procedure aperte – di espletare l'operazione di esame delle offerte “prima dell'operazione di verifica dell'idoneità degli offerenti. Tale facoltà può essere esercitata se specificamente prevista nel bando di gara o nell'avviso con cui si indice la gara.

Se si avvalgono di tale possibilità, le amministrazioni aggiudicatrici garantiscono che la verifica dell'assenza di motivi di esclusione e del rispetto dei criteri di selezione sia effettuata in maniera imparziale e trasparente, in modo che nessun appalto sia aggiudicato ad un offerente che avrebbe dovuto essere escluso a norma dell'art. 136 o che non soddisfa i criteri di selezione stabiliti dall'amministrazione aggiudicatrice”.

Con l'art. 133 c. 8 il Legislatore ha concesso la facoltà di post-porre la fase di ammissione dei concorrenti a quella di valutazione delle offerte.

Indubbiamente, tale norma risponde ad un bisogno di accelerazione e di snellimento della procedura; infatti, quest'ultima si velocizza notevolmente prevedendo la fase di verifica dei requisiti soltanto ed esclusivamente al termine del confronto competitivo¹¹⁵.

In altri termini, il Codice nei settori ordinari incentra la procedura di gara su una preliminare valutazione di bontà della documentazione amministrativa presentata dal concorrente; quest'ultimo, cioè, deve dimostrare di possedere una serie di requisiti che gli consentono validamente di poter partecipare alla

¹¹⁴ Nell'impianto del Codice la regola generale è rappresentata dal fatto che la scelta dei commissari è sottratta alle stazioni appaltanti; cioè, la stazione appaltante deve individuare i componenti della commissione di gara attraverso un sorteggio pubblico dei nominativi inseriti in una lista di candidati, predisposta dall'ANAC la quale, a sua volta, li estrapola dagli esperti iscritti all'Albo nazionale obbligatorio di cui all'art. 78.

Tale norma è in contrapposizione al dettato del Codice del 2006, in cui la regola generale era rappresentata dalla scelta di commissari interni alla stazione appaltante.

La *ratio* del capovolgimento dell'impostazione è dettata dalla diversità degli obiettivi perseguiti: nel primo Codice, la necessità di individuare commissari interni rispondeva all'esigenza di ridurre e contenere i costi legati alla nomina ed al funzionamento della commissione; nell'attuale Codice è stato privilegiato un meccanismo più trasparente ed imparziale, nell'ottica di prevenire e contrastare i fenomeni corruttivi e mafiosi.

La sospensione di tale obbligo è stata dettata dall'esigenza di promuovere il rilancio degli investimenti pubblici e di facilitare l'apertura dei cantieri per la realizzazione delle opere pubbliche.

Sul punto, R. COLAGRANDE – C. FANASCA, *Commissioni di gara*, in M.A. SANDULLI – R. DE NICTOLIS (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici. Volume III cit.*, pp. 393 ss.

¹¹⁵ P.L. PORTALURI, *Procedure di scelta del contraente*, in M.A. SANDULLI – R. DE NICTOLIS (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici. Volume IV cit.*, pp. 625 ss.; A. ANNIBALI – M. VALENTE, *I settori speciali. Le differenze rispetto ai settori ordinari*, in F. GARELLA – M. MARIANI – L. SPAGNOLETTI – E. TOMA (a cura di), *I nodi del codice dei contratti pubblici cit.*, pp. 305 ss.

gara. In seguito vi è una fase preliminare di ammissione delle offerte che assume una rilevanza provvedimentale autonoma.

Orbene, le Direttive europee del 2014 si muovevano nella opposta direzione di dare alla verifica di ammissibilità delle offerte una rilevanza secondaria poiché veniva previsto che gli Stati membri potessero stabilire – nelle normative di recepimento – di invertire l'ordine delle verifiche, consentendo di valutare prima le offerte tecniche ed economiche e solo in un secondo momento di esaminare la documentazione amministrativa¹¹⁶.

Tuttavia, il Legislatore italiano ha riservato l'applicazione di tale previsione soltanto ai settori speciali *ex* art. 133.

Una *ratio* evidente per tale scelta è la semplificazione nel senso che nelle procedure con il maggior numero di partecipanti prima si valutano le offerte e poi per pochi concorrenti si verifica la documentazione amministrativa, attività che può richiedere molto tempo (specialmente laddove vada svolta per tutti i concorrenti in gara).

La seconda lettura è in chiave pro-concorrenziale nel senso che si stabilisce di ammettere alla fase di valutazione tutte le offerte al fine di ampliare quanto più possibile le opzioni di scelta. Questa soluzione trova uno stretto parallelo con l'istituto del soccorso istruttorio che, tuttavia, in Italia è stato molto – forse troppo – burocratizzato ed articolato¹¹⁷, mentre nelle Direttive europee continua a risolversi in un dialogo,

¹¹⁶ Art. 56 § 2 della Dir. 24/2014.

¹¹⁷ Sul soccorso istruttorio: V. CAPOTOSTI, *Soccorso istruttorio: evoluzione normativa ed esegetica dell'istituto*, in Rivista trimestrale degli appalti, 2020, n. 3, pp. 1481 ss.; F. APERIO BELLA – S. CALDARELLI – E.M. SANTORO – S. TRANQUILLI, *Verifica dei requisiti e soccorso istruttorio*, in M.A. SANDULLI – R. DE NICTOLIS (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici. Volume II cit.*, pp. 1467 ss.; F. GASPARI, *Il soccorso istruttorio. Evoluzione dell'istituto e principali problematiche ancora aperte*, in Amministrativamente, 2019, n. 3, pp. 405 ss.; F. SAITTA, *Contratti pubblici e soccorso istruttorio: il punto due anni dopo il "correttivo"*, in Diritto amministrativo, 2019, n. 1, pp. 3 ss.; P. STELLA RICHTER, *A proposito di soccorso istruttorio*, in Rivista giuridica dell'urbanistica, 2019, n. 1, pp. 174 ss.; M. ALLENA, *Le gare pubbliche tra formalismo e apertura del mercato: il soccorso istruttorio*, in Giurisprudenza italiana, 2018, n. 6, pp. 1474 ss.; F. BALLORE, *Soccorso istruttorio a pagamento in materia di appalti: contraria ai principi di proporzionalità e massima concorrenza la sanzione pecuniaria manifestamente esorbitante*, in Diritto Pubblico Comparato ed Europeo Online, 2018, n. 2; G.M. BARSÌ, *La travagliata vicenda del soccorso istruttorio "a pagamento": tra ripensamenti del legislatore e questioni di diritto intertemporale*, in Diritto processuale amministrativo, 2018, n. 1, pp. 395 ss.; V. BONTEMPI, *I limiti di ammissibilità del soccorso istruttorio c.d. a pagamento*, in Giornale di diritto amministrativo, 2018, n. 4, pp. 478 ss.; S. DETTORI, *Riflessioni a margine del principio di affidamento nel soccorso istruttorio. Saggio di meta-giurisprudenza*, in Giustamm.it, 2018, n. 4; E. FREDIANI, *Il soccorso della stazione appaltante tra "fairness" contrattuale e logica del risultato economico*, in Diritto amministrativo, 2018, n. 3, pp. 623 ss.; D. PONTE, *La breve stagione del soccorso istruttorio a pagamento davanti alla CGUE*, in Urbanistica e appalti, 2018, n. 4, pp. 498 ss.; G. TAGLIAPIETRA, *Soccorso istruttorio oneroso e conformità alla normativa e ai principi comunitari*, in I contratti dello Stato e degli Enti pubblici, 2018, n. 2, pp. 156 ss.; F. TAMBURRINO, *Soccorso istruttorio: rimedio ragionevole o refugium peccatorum?*, in F. GARELLA – M. MARIANI – L. SPAGNOLETTI – E. TOMA (a cura di), *I nodi del codice dei contratti pubblici cit.*, pp. 185 ss.; G. ZEREGA, *Introduzione al soccorso istruttorio*, in Appalti e contratti, 2018, n. 10, pp. 38 ss.; L. TARANTINO, *Il soccorso istruttorio nel vecchio e nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in Urbanistica e appalti, 2017, n. 1, pp. 127 ss.; P. PROVENZANO, *Il soccorso istruttorio nel nuovo Codice degli appalti: "pre" e "post" D.Lgs. n. 56/2017*, in Il diritto dell'economia, 2017, n. 3, pp. 817 ss.; S. SORRENTINO, *Una seconda "chance": il soccorso istruttorio*, in Munus, 2017, n. 2, pp. 440 ss.; S. BIANCARDI, *Come è cambiato il soccorso istruttorio con il nuovo Codice dei contratti*, in Appalti e contratti, 2016, n. 6, pp. 63 ss.; A. CASTELLI, *Il soccorso istruttorio "a pagamento" tra contrasti giurisprudenziali e riforma codicistica*, in Urbanistica e appalti, 2016, n. 11, pp. 1254 ss.; M. CERUTI, *Il c.d. "soccorso istruttorio a pagamento"*, in Rivista trimestrale

offrendosi al concorrente la possibilità fino all'ultimo momento di gara di poter dimostrare di essere un valido concorrente.

Ad avviso di chi scrive la modifica sancita dal Decreto Semplificazioni potrebbe essere introdotta a regime, osservandosi una netta semplificazione ed accelerazione delle procedure di aggiudicazione per la selezione del contraente privato.

Preme osservare che la logica dilatoria sinora osservata non si è espressa proprio nell'unico caso in cui sarebbe stata opportuna, ossia con riguardo all'istituto del subappalto¹¹⁸.

Come noto, la citata procedura di infrazione intrapresa dalla Commissione Europea nei confronti dell'Italia ha interessato l'obbligatorietà dell'indicazione in sede di offerta della terna dei subappaltatori (per le procedure sopra-soglia) e, al contempo, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha riscontrato la contrarietà al diritto europeo del limite del 30% (del valore complessivo del contratto) relativo alla quota subappaltabile¹¹⁹.

degli appalti, 2016, n. 4, pp. 759 ss.; G. GAMBARDELLA – C.A. MAURO, *Il soccorso istruttorio dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 50 del 18.4.2016. Vecchie e nuove problematiche*, in Rassegna dell'Avvocatura dello Stato, 2016, n. 3, pp. 284 ss.; A. MANZI, *Il soccorso istruttorio negli appalti e negli altri procedimenti*, in Giurisprudenza italiana, 2016, n. 11, pp. 2520 ss.; A. MANZI – P. CARUSO, *Il nuovo soccorso istruttorio*, in Urbanistica e appalti, 2016, n. 8, pp. 907 ss.; S. USAI, *Il soccorso istruttorio integrativo nel nuovo Codice degli appalti*, in Urbanistica e appalti, 2016, n. 10, pp. 1139 ss.

¹¹⁸ Sull'art. 105: S. FANTINI, *Subappalto*, in M.A. SANDULLI – R. DE NICTOLIS (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici. Volume IV cit.*, pp. 47 ss.; M. CERUTI, *Alcune brevi riflessioni in tema di subappalto fra tutela della concorrenza e prevenzione dell'illegalità*, in I contratti dello Stato e degli Enti pubblici, 2018, n. 3, pp. 39 ss.; G. DURANO, *La prevenzione dei fenomeni corruttivi e la disciplina del subappalto nel d.lgs. n. 50/2016*, in Amministrativamente, 2018, n. 1, pp. 10 ss.; M. FRONTONI – L. SAVELLI, *Subappalto e annullamento. Tra qualificazione ed esecuzione nel Codice dei contratti pubblici*, Giappichelli, Torino, 2018; G.A. GIUFFRÈ, *Il subappalto dei contratti pubblici tra autonomia imprenditoriale e limiti di interesse pubblico*, in Rivista italiana di diritto pubblico comunitario, 2018, n. 1, pp. 85 ss.; F. LAUS, *Il ricorso al subappalto*, in Giornale di diritto amministrativo, 2018, n. 6, pp. 716 ss.; M. MARIANI, *La perfidia del subappalto necessario*, in F. GARELLA – M. MARIANI – L. SPAGNOLETTI – E. TOMA (a cura di), *I nodi del codice dei contratti pubblici cit.*, pp. 267 ss.; G. BALOCCO, *La riforma del subappalto e principio di concorrenza*, in Urbanistica e appalti, 2017, n. 5, pp. 621 ss.; A. BARATTA, *Il subappalto*, in Amministrativamente, 2017, n. 7, pp. 9 ss.; M. GENTILE, *Il subappalto nel "nuovo" Codice: aumentano limiti, vincoli e dubbi applicativi*, in Appalti e contratti, 2016, n. 6, pp. 172 ss.; G. MANCINI, *Brevi note sui limiti di ammissibilità del subappalto ai sensi dell'art. 105 del nuovo Codice degli appalti*, in Rivista trimestrale degli appalti, 2016, n. 4, pp. 711 ss.

¹¹⁹ Sulle deroghe all'art. 105: A. CASTELLI – M. LOCHE, *L'istituto del subappalto nel sistema normativo italiano: tra dubbi interpretativi e problemi di conformità*, in Urbanistica e appalti, 2020, n. 5, pp. 648 ss.; M. COCCO – S. SANNA, *Sull'annosa questione del limite al subappalto: possibili conseguenze dell'inosservanza della normativa europea*, in Appalti e contratti, 2020, n. 10, pp. 37 ss.; F. D'ALESSANDRI, *Il subappalto alla luce della Legge n. 55/2019 e il difficile rapporto con il diritto europeo*, in Urbanistica e appalti, 2020, n. 1, pp. 5 ss.; F. DAMIN, *I limiti al ricorso del subappalto e l'interpretazione dei principi di proporzionalità e del favor participationis*, in I contratti dello Stato e degli Enti pubblici, 2020, n. 1, pp. 126 ss.; A. DI CAGNO, *Il limite alla quota del subappalto tra l'ordinamento nazionale ed europeo*, in Urbanistica e appalti, 2020, n. 6, pp. 856 ss.; A. GIACALONE – A. PELOSO, *I limiti al subappalto. Ovvero ciò che ne rimane*, in Urbanistica e appalti, 2020, n. 2, pp. 206 ss.; A. GIUSTI, *Il subappalto nei contratti pubblici fra certezze europee e incertezze nazionali*, in Giurisprudenza italiana, 2020, n. 1, pp. 157 ss.; R. GRECO, *Il subappalto nei contratti pubblici: prospettive in chiave di compatibilità euro-unitaria*, in Rivista trimestrale degli appalti, 2020, n. 4, pp. 1654 ss.; G. MANCINI, *La limitazione quantitativa del subappalto non è conforme al diritto comunitario: cronaca di una sentenza annunciata ma non ancora metabolizzata*, in Rivista trimestrale degli appalti, 2020, n. 1, pp. 214 ss.; R. MANGANI, *Il subappalto nazionale sotto la scure del giudice comunitario*, in Rivista trimestrale degli appalti, 2020, n. 1, pp. 238 ss.; A. MASSARI, *La tormentata vicenda della normativa italiana sul subappalto e la legge europea 2019/2020*, in Appalti e contratti, 2020, n. 10, pp. 2 ss.; G. PASANISI, *Il subappalto scivola verso la deregulation*, in Giustamm.it, 2020, n. 3; I. PICARDI, *Il subappalto dopo la c.d. sentenza Vitali della Corte di Giustizia*, in Appalti e contratti, 2020, n. 1, pp. 15 ss.; C. PODDA, *La disciplina del subappalto dopo*

Il Decreto Sblocca cantieri aveva fronteggiato questa situazione di duplice criticità, da un lato, sospendendo fino al 31.12.2020 l'obbligo di indicazione della terna e, dall'altro, sostituendo temporaneamente (sempre fino al 31.12.2020) il limite del 30% con quello leggermente più ampio del 40%.

Dunque, nel 2019 si era optato per un temporaneo compromesso tra le istanze di piena liberalizzazione dell'istituto, promosse in sede europea, e i timori nazionali sia dei committenti pubblici che dell'ANAC. Invece, con il Decreto Semplificazioni il Legislatore ha compiuto una scelta al ribasso; l'obbligo della terna è destinato a *risorgere*, con l'annessa conflittualità già sperimentata nei rapporti con la Commissione Europea.

D'altra parte, anche il limite del 40%, da più parti considerato troppo prossimo a quello censurato dalla Corte di Giustizia¹²⁰, è destinato a *retrocedere* a favore del già praticato 30%, con prevedibili ed onerose conseguenze per lo Stato italiano.

la "sentenza Tedeschi": illegittima anche la disposizione che limita al 20% la possibilità di ribassare i prezzi, in Diritto Pubblico Comparato ed Europeo Online, 2020, n. 1, pp. 973 ss.; R. TONELLI, *Quale futuro per la disciplina nazionale in materia di subappalto?*, in Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale, 2020, n. 1, pp. 67 ss.; M. ANTINUCCI – P. PISELLI, *Il nuovo delitto di subappalto illecito: fiore all'occhiello della politica criminale o eterogenesi dei fini nella vita delle imprese?*, in Diritto penale e processo, 2019, n. 3, pp. 421 ss.; A. CANCRINI, *Il subappalto*, in C. CONTESSA (a cura di), *Il contenzioso e la giurisprudenza in materia di appalti pubblici cit.*, pp. 491 ss.; U. CHIARAPPA, *L'avalimento, il subappalto ed il senso del limite*, in Appalti e contratti, 2019, n. 5, pp. 45 ss.; E. CONCILIO, *Limiti al subappalto: le pronunce della Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, in Giustamm.it, 2019, n. 12; M. COZZIO, *La limitazione del subappalto nella normativa nazionale non è conforme al diritto europeo. Chiare le indicazioni della Corte di giustizia, meno le conseguenze sul diritto interno*, in Rivista trimestrale degli appalti, 2019, n. 4, pp. 1465 ss.; R. DE NICCOLIS, *Le novità sui contratti pubblici recate dal D.L. n. 32/2019 "sblocca cantieri"*, in Urbanistica e appalti, 2019, n. 4, pp. 443 ss.; M. DUGATO, *Il subappalto*, in Giornale di diritto amministrativo, 2019, n. 6, pp. 737 ss.; G. FERRARO, *Il subappalto nell'ambito dei contratti pubblici*, in G.M. CARUSO – D. D'ALESSANDRO – D. PAPPANO (a cura di), *Contratti delle pubbliche amministrazioni cit.*, pp. 111 ss.; E. FOLLIERI, *Le modifiche al subappalto nei contratti pubblici apportate dal D.L. n. 32/2019, convertito in L. n. 55/2019*, in Giustamm.it, 2019, n. 10; G.A. GIUFFRÈ, *L'ennesimo no della CGUE sull'ammissibilità dei limiti al subappalto*, in Rivista giuridica dell'edilizia, 2019, n. 6, pp. 1446 ss.; G. MANNOCCI, *Grandi appalti e subappalto. Illegittima l'esclusione da una gara per il superamento della percentuale del 30% dell'importo complessivo del contratto*, in Diritto Pubblico Comparato ed Europeo Online, 2019, n. 4, pp. 3011 ss.; P. MANTINI, *Nuove vie amministrative per gli appalti e le infrastrutture*, in Giustamm.it, 2019, n. 12; P. MENGIOZZI, *Il Codice dei contratti al vaglio della Commissione UE*, in Rivista trimestrale degli appalti, 2019, n. 3, pp. 743 ss.; G. PASANISI, *La Commissione UE censura il dirigismo dell'Italia in materia di collaborazione tra imprese nel settore dei contratti pubblici*, in Giustamm.it, 2019, n. 3; I. PICARDI, *Dalla Corte di Giustizia stop a restrizioni che limitano "in modo generale e astratto" il ricorso al subappalto*, in Appalti e contratti, 2019, n. 11, pp. 57 ss.; D. PONTE, *Subappalto: al 50% il limite dell'importo e abolita la terna (D.L. 18.4.2019, n. 32)*, in Guida al Diritto, 2019, pp. 85 ss.; L. PREVITI, *Sull'incompatibilità europea dei limiti percentuali nazionali al subappalto*, in Rivista italiana di diritto pubblico comunitario, 2019, n. 6, pp. 874 ss.; A. VARLARO SINISI, *Corte di Giustizia europea del 26.9.2019: il subappalto diventa un terreno minato*, in Appalti e contratti, 2019, n. 12, pp. 34 ss.; R. BOSCOLO, *Sulla necessaria indicazione della terna di subappaltatori di cui all'art. 105 c. 6 del d.lgs. n. 50/2016 e s.m.i.*, in I contratti dello Stato e degli Enti pubblici, 2018, n. 2, pp. 141 ss.; F. FEDRIZZI, *I limiti italiani al subappalto (finalmente) al vaglio della Corte di giustizia UE*, in Rivista trimestrale degli appalti, 2018, n. 3, pp. 871 ss.; G. GRECO, *Per la prima volta il limite italiano al subappalto al vaglio della Corte di giustizia*, in Eurojus, 2018, n. 1, pp. 5 ss.; P. MANTINI, *Il subappalto "italiano" rinviato alla Corte di giustizia europea*, in Giustamm.it, 2018, n. 3; G. PASANISI, *Ancora luce ed ombre sul subappalto in avalimento dopo il D.Lgs. 50/16*, in Giustamm.it, 2018, n. 9; A. SERAFINI, *La resa dei conti sul subappalto: al vaglio della Corte di giustizia europea il "nuovo" limite quantitativo stabilito dall'art. 105 c. 2 d.lg. 50/2016*, in Appalti e contratti, 2018, n. 6, pp. 29 ss.

¹²⁰ *Contra*, TAR Roma, sez. I, 24.4.2020, n. 4183, secondo cui appare conforme alla normativa europea la previsione del Decreto Sblocca cantieri, con il limite del 40% delle prestazioni subappaltabili. Difatti, secondo tale sentenza, la

Dunque, proprio laddove sarebbe stata necessaria la razionalizzazione del sistema di regole temporaneamente previste nel 2019 per il subappalto, il Legislatore del 2020 ha scelto una linea di – francamente sconcertante – *attendismo*, che rischia di riaprire un conflitto con l’Unione Europea in un momento già pesantemente inciso da una inedita crisi¹²¹.

Sul punto è intervenuto il Decreto Milleproroghe (d.l. 31.12.2020, n. 183, convertito con modificazioni dalla l. 26.2.2021, n. 21), il quale ha prolungato al 30.6.2021 la vigenza del limite del 40% della quota subappaltabile, e ha sospeso fino al 31.12.2021 l’obbligo di indicazione della terna (ai sensi dell’art. 13 c. 2 lett. c).

Inoltre, l’AGCM, nella *Segnalazione in merito alle proposte di riforma concorrenziale ai fini della Legge annuale per il mercato e la concorrenza anno 2021 (S. 4143)*, ha ribadito “la necessità di rimuovere le disposizioni in materia di subappalto che contrastano con la disciplina euro-unitaria e ostacolano ingiustificatamente la partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica, in particolare delle piccole e medie imprese (PMI). Tale partecipazione necessita di essere maggiormente favorita, anche tenuto conto del periodo di emergenza sanitaria ed economia in corso. In particolare, sarebbe opportuno:

- i) eliminare la previsione generale ed astratta di una soglia massima di affidamento subappaltabile;
- ii) prevedere l’obbligo in capo agli offerenti che intendono ricorrere al subappalto di indicare in sede di gara la tipologia e la quota parte di lavori in subappalto, oltre all’identità dei subappaltatori;
- iii) consentire alle stazioni appaltanti di introdurre, tenuto conto dello specifico contesto di gara, eventuali limiti all’utilizzo del subappalto che siano proporzionati rispetto agli obiettivi di interesse generale da perseguire e adeguatamente motivati in considerazione della struttura del mercato interessato, della natura delle prestazioni o dell’identità dei subappaltatori.

Parimenti incompatibile con la disciplina euro-unitaria risulta il divieto generale ed universale che le prestazioni subappaltate possano essere oggetto di ulteriore subappalto (c.d. subappalto a cascata). Tale divieto potrebbe essere eventualmente sostituito

pronuncia della CGUE, sez. V, 26.9.2019, C-63/2018, *Vitali SpA c. Autostrade per l’Italia SpA*, pur avendo censurato il limite al subappalto previsto dal diritto interno nella soglia del 30% dei lavori, non esclude la compatibilità con il diritto europeo di limiti superiori al 40%.

¹²¹ Nella Segnalazione AS1707 recante “*Normativa sui limiti di utilizzo del subappalto*” del 3.11.2020, l’AGCM ha rilevato l’opportunità di:

- i) eliminare la previsione generale ed astratta di una soglia massima di affidamento subappaltabile;
- ii) prevedere l’obbligo in capo agli offerenti, che intendano ricorrere al subappalto, di indicare in sede di gara la tipologia e la quota parte di lavori in subappalto, oltre all’identità dei subappaltatori;
- iii) consentire alle stazioni appaltanti di introdurre, tenuto conto dello specifico contesto di gara, di eventuali limiti all’utilizzo del subappalto, che siano proporzionati rispetto agli obiettivi di interesse generale da perseguire e adeguatamente motivati in considerazione della struttura del mercato interessato, della natura delle prestazioni o dell’identità dei subappaltatori?”.

Analogamente si è chiusa l’audizione del Presidente dell’ANAC alle Commissioni congiunte 8a e 14a Politiche dell’Unione europea presso la Camera dei deputati in data 10.11.2020 sulle “*Ipotesi di modifiche alla normativa nazionale in materia di subappalto conseguenti a recenti sentenze e procedure di infrazione promosse dalla Commissione Europea*”, nella quale il Presidente ha segnalato al Governo:

- i) l’opportunità di estendere al 100% il subappalto;
- ii) la possibilità di introdurre una deroga che permetta di limitare il subappalto;
- iii) la necessità di individuare una serie predefinita di fattispecie contrattuali le quali dovrebbero essere effettuate in modo maggioritario dall’aggiudicatario.

da una previsione che consenta alle stazioni appaltanti di introdurre, tenuto conto dello specifico contesto di gara, eventuali limiti all'utilizzo del subappalto che siano proporzionati rispetto agli obiettivi di interesse generale da perseguire e adeguatamente motivati¹²².

Da ultimo, è intervenuto il disegno di legge n. 2670, recante *Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea – Legge europea 2019-2020*, presentato alla Camera dei deputati il 21.9.2020 dal Ministro per gli affari europei V. Amendola (Governo Conte-II), approvato dalla Camera dei deputati l'1.4.2021 e trasmesso al Senato – ove attualmente giace – il quale, all'art. 8 (recante *Disposizioni in materia di contratti pubblici. Procedura di infrazione n. 2018/2273*), c. 1 lett. c modifica l'art. 105 del Codice:

- i) i nn. 1.1 e 1.2 hanno innovato l'art. 105 c. 4 stabilendo che “i soggetti affidatari dei contratti possono affidare in subappalto le opere o i lavori, i servizi o le forniture compresi nel contratto, previa autorizzazione della stazione appaltante purché ... b) il subappaltatore sia qualificato nella relativa categoria e non sussistano a suo carico i motivi di esclusione di cui all'art. 80” ed abrogando la successiva lett. d;
- ii) il n. 2 ha abrogato il c. 6, che sanciva l'obbligo di indicazione della terna di subappaltatori in sede di offerta.

Inoltre, l'art. 8 c. 2 ha abrogato il secondo periodo dell'art. 1 c. 18 del Decreto Sblocca cantieri, che recava la sospensione de “l'applicazione del c. 6 dell'art. 105 e del terzo periodo del c. 2 dell'art. 174, nonché le verifiche in sede di gara, di cui all'art. 80, riferite al subappaltatore”.

In merito all'art. 80, il disegno di legge ha disposto l'abrogazione della possibilità di escludere un operatore economico qualora la causa di esclusione non riguardi l'operatore medesimo, bensì un suo subappaltatore. Dunque, l'ultima riforma si è preoccupata dell'indicazione della terna di subappaltatori, ma nulla ha disposto per quanto concerne il primo periodo dell'art. 1 c. 18 del Decreto Sblocca cantieri, ossia la deroga temporale della quota del 40% dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture.

¹²² L'Autorità prosegue così: “Per le medesime ragioni, andrebbero altresì eliminati i divieti generali e i limiti ingiustificati all'impiego dell'avvalimento, in particolare con riferimento al c.d. avvalimento a cascata, nonché l'esclusione dell'avvalimento per contratti relativi a progetti che richiedono opere complesse.

Un ulteriore limite, che non trova fondamento in alcuna previsione normativa euro-unitaria è costituito dalla previsione relativa al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa – individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo – che stabilisce un tetto massimo per il punteggio economico entro il limite del 30%.

L'Autorità ha già evidenziato come tale previsione limiti eccessivamente la facoltà della stazione appaltante di tenere adeguatamente conto delle offerte economiche, conferendole, allo stesso tempo, un'ampia discrezionalità nella valutazione delle offerte tecniche, con possibile pregiudizio al corretto ed efficace svolgimento della gara e ad una adeguata concorrenza anche di prezzo tra gli offerenti.

Nella prospettiva di eliminare i vincoli delle stazioni appaltanti e di permettere una più attenta considerazione delle offerte economiche presentate nell'ambito di procedure pubbliche, si segnala la necessità di rivedere la disposizione che – contrariamente a quanto disposto dalle direttive e tenuto conto delle indicazioni della Corte di giustizia – consente alle stazioni appaltanti di escludere offerte anormalmente basse senza prima chiedere agli offerenti di fornire giustificazioni”.

8. Le nuove misure di accelerazione degli interventi infrastrutturali e i nuovi poteri dei Commissari straordinari

A distanza di poco più di un anno dal Decreto Sblocca cantieri, il Legislatore ha disciplinato nuove misure di accelerazione degli interventi infrastrutturali, modificando l'art. 4 del Decreto Sblocca cantieri¹²³ tramite l'art. 9 del Decreto Semplificazioni.

Con l'art. 9 c. 1 lett. *a* del Decreto Semplificazioni è stato differito al 31.12.2020 il termine per l'emanazione dei d.p.c.m. di individuazione degli interventi infrastrutturali e di nomina dei Commissari straordinari preposti alla relativa esecuzione; inoltre, è stato prorogato al 30.6.2021 il termine di adozione degli ulteriori decreti di individuazione e nomina.

Il previgente testo dell'art. 4 si limitava ad attribuire al Presidente del Consiglio dei ministri il compito di individuare gli interventi infrastrutturali ritenuti prioritari e a disporre la nomina dei Commissari straordinari¹²⁴ incaricati della loro realizzazione o completamento.

La novella operata dall'art. 9, di contro, sembra limitare fortemente l'attività assegnata al Presidente del Consiglio dei ministri, vincolando lo stesso ad individuare *“interventi caratterizzati da un elevato grado di complessità progettuale, da una particolare difficoltà esecutiva o attuativa, da complessità delle procedure tecnico-amministrative, ovvero che comportano un rilevante impatto sul tessuto socio-economico a livello nazionale, regionale o locale”*. Solo per questo tipo di interventi, dunque, sarebbe consentita la nomina di un Commissario straordinario. La ricorrenza delle condizioni sopra descritte, poste come vincolo per l'adozione del d.p.c.m., comporta che l'istruttoria tecnico-amministrativa endo-procedimentale – che, nella previgente versione dell'art. 4 era orientata all'individuazione del solo criterio di priorità dell'intervento infrastrutturale da eleggere – diviene oggi elemento sostanzialmente indispensabile e condizione oggettiva preordinata all'adozione dell'atto da parte del Presidente del Consiglio dei ministri.

Occorre sottolineare, poi, come l'individuazione dell'intervento infrastrutturale da sottoporre a commissariamento debba scontare un apprezzamento di elementi assai complessi (*“rilevanti impatti sul tessuto socio-economico”*) e caratterizzati da vaghezza e genericità (*“elevato grado di complessità ... particolare difficoltà ... complessità delle procedure”*); criteri privi di nitidezza cognitiva che rendono più gravoso l'iter di

¹²³ A. D'ERCOLE, *Commissari straordinari e interventi sostitutivi*, in D. BOLOGNINO – H. BONURA – A. STORTO (a cura di), *I contratti pubblici dopo la conversione del Decreto Sblocca cantieri cit.*, pp. 100 ss.; R.G. RODIO, *Commissari straordinari, interventi sostitutivi e responsabilità erariali*, in M. MARIANI – L. SPAGNOLETTI – E. TOMA, *La legge sblocca cantieri cit.*, pp. 287 ss.

¹²⁴ Sui commissari straordinari: F. CARNOVALE, *Commissari straordinari: modifiche conversione d.l. Semplificazione*, in *Appalti e contratti*, 2020, n. 10, pp. 19 ss.; G. RODERI, *Opere incompiute*, in M.A. SANDULLI – R. DE NICTOLIS (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici. Volume IV cit.*, pp. 485 ss.; S. SCREPANTI, *I tempi delle opere pubbliche e la relatività del tempo nel diritto amministrativo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2019, n. 4, pp. 1189 ss.; G. AVANZINI, *Il Commissario straordinario*, Giappichelli, Torino, 2013; A. TONETTI, *Ancora sulle infrastrutture: il nodo della “fattibilità”*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2013, n. 12, pp. 1157 ss.; A. TONETTI, *Il rilancio delle infrastrutture: il ritorno alle misure ordinarie*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2012, n. 3, pp. 248 ss.

formazione del provvedimento, dovendosi tra l'altro prevedere una valutazione comparativa tra gli interventi infrastrutturali da scegliere e quelli da escludere, con buona pace delle esigenze di semplificazione.

È, dunque, necessaria un'istruttoria complessa, che corre il rischio di essere sottoposta *ex post* al sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo, sotto il duplice profilo della compiutezza della medesima e della ragionevolezza della motivazione dell'atto¹²⁵.

Inoltre, la primigenia versione dell'art. 4 c. 1 del Decreto Sblocca cantieri non prevedeva alcun parere delle Commissioni parlamentari; invece, viene ora previsto che tale parere venga reso “entro 20 giorni dalla richiesta”, sebbene “decorso inutilmente tale termine, si prescinde dall'acquisizione del parere”.

L'art. 9 c. 1 lett. *b* del Decreto Semplificazioni riscrive l'art. 4 c. 3 del Decreto Sblocca cantieri limitando i poteri derogatori attribuibili ai Commissari straordinari in materia di contratti pubblici. Infatti, i Commissari possono operare in deroga alla normativa sulla contrattualistica pubblica (così come testualmente previsto dal previgente testo dell'art. 4), ma senza pregiudicare “il rispetto dei principi di cui agli artt. 30¹²⁶, 34¹²⁷ e 43¹²⁸ del Codice dei contratti pubblici”. Tale precisazione appare, invero, pleonastica, come la successiva precisazione recata dall'art. 9 c. 1 lett. *b*, la quale puntualizza che tra i vincoli inderogabili sono inclusi quelli “derivanti dall'appartenenza all'Unione Europea”.

Del tutto superflua risulta, altresì, la novella dell'art. 4 c. 3 del Decreto Sblocca cantieri nella parte in cui prevede che “per l'esercizio della funzione di cui al primo periodo [ossia, funzione di stazione appaltante] il Commissario straordinario provvede anche a mezzo di ordinanza”: sfugge la *ratio* di tale precisazione, atteso che lo strumento del Commissario nell'esercizio della propria funzione è proprio l'ordinanza.

L'art. 9 c. 3 reca una disposizione volta a “garantire l'uniformità nelle gestioni commissariali finalizzate alla realizzazione di opere pubbliche o interventi infrastrutturali assicurando, al contempo, la riduzione dei relativi tempi di esecuzione”. In tale prospettiva viene disposta l'attribuzione dei poteri commissariali, di cui ai novellati cc. 2 e 3 dell'art. 4 del Decreto Sblocca cantieri, a “tutti i Commissari nominati per la predetta finalità sulla base di specifiche norme di legge”.

Ciò che emerge dall'art. 9 c. 3 è il tentativo di ricomprendere in una categoria uniforme tutte le situazioni straordinarie correlate ad interventi infrastrutturali ovvero ad opere pubbliche per la cui realizzazione o completamento si rende necessario provvedere attraverso l'istituzione di una figura commissariale.

¹²⁵ A. D'ERCOLE, *Misure di accelerazione degli interventi infrastrutturali e nuovo perimetro di azione dei Commissari straordinari*, in D. BOLOGNINO – H. BONURA – A. STORTO (a cura di), *I contratti pubblici dopo il Decreto Semplificazioni cit.*, pp. 81 ss.

¹²⁶ Sull'aggiudicazione e sull'esecuzione di appalti e concessioni.

¹²⁷ Sui criteri di sostenibilità energetica e ambientale.

¹²⁸ Sulla disciplina dei conflitti d'interesse.

In altre parole, sembra che si voglia costruire un'impalcatura valevole per tutti quegli interventi cui provvedere in via straordinaria, negando dunque proprio sul piano normativo il principio che prevede il conferimento di poteri ad organi *extra ordinem* al solo fine di far fronte a situazioni puntuali e straordinarie. Bisogna ricordare che il commissariamento è frutto della ricomposizione – secondo logiche ispirate a sussidiarietà e leale collaborazione – dei principi di legalità dell'azione amministrativa e di necessità¹²⁹.

Difatti, l'efficienza dell'intervento straordinario, se non è sufficiente a fondare la legalità dell'azione sostitutiva, ne è quantomeno un parametro di valutazione sia *ex ante* che *ex post*; *ex ante* perché potrebbe considerarsi illegittimo un commissariamento disposto senza dotare l'organo dei necessari poteri e strumenti per intervenire, giacché allora finirebbe per essere solo uno strumento per alterare il regime ordinario di competenze e responsabilità; *ex post* perché la concreta inefficacia degli interventi commissariali potrebbe portare a sanzionare tanto l'operato del commissario quanto gli atti volti a rinnovare o prorogare misure rivelatesi a propria volta fallimentari¹³⁰.

D'altra parte deve riconoscersi che se talvolta il ricorso all'istituto ha permesso di superare l'*impasse* e consegnare alla collettività le opere necessarie in tempi ragionevoli, talaltra è lo stesso commissariamento ad essersi rivelato inefficace e inefficiente.

Invero, il commissariamento è uno strumento utile se usato con prudenza e con la consapevolezza che la sua efficacia è direttamente proporzionale al livello di accettazione e, quindi, di collaborazione con cui viene accolto dalle amministrazioni alle quali sottrae inevitabilmente sfere di competenza¹³¹.

In altri termini, l'efficacia del commissariamento non è scontata né valutabile in astratto, ma dipende da quanto sia veritiera la necessità di farvi ricorso e, perciò, da quanto sia diffusa e condivisa l'idea che gli strumenti previsti dalla legislazione ordinaria siano inadeguati a risolvere il problema.

Allora, occorre scongiurare che il fenomeno dell'emergenza possa configurarsi come un vero e proprio modello alternativo all'amministrazione pubblica.

Originariamente pensati e concepiti come inscindibilmente connessi all'esigenza di affrontare situazioni connotate dai caratteri della necessità e dell'urgenza, gli strumenti straordinari sono diventati il mezzo preferito per tutte le situazioni complesse in cui – per incapacità o per cattiva volontà – non vengono adoperati gli strumenti ordinari con tutte le relative garanzie¹³².

¹²⁹ V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, in *Diritto pubblico*, 2007, n. 2, pp. 345 ss.

¹³⁰ C. MICCICHÈ, *Efficienza e legalità nel commissariamento delle opere pubbliche: il commissario come responsabile unico dei progetti più complessi*, in *Il diritto dell'economia*, 2020, n. 3, pp. 419 ss.

¹³¹ S. GARDINI, *Note sui poteri amministrativi straordinari*, in *Il diritto dell'economia*, 2020, n. 2, pp. 147 ss.; D. DIMA, *Uso e abuso degli strumenti emergenziali. Alcune (ulteriori) distorsioni in tempo di crisi*, in Federalismi.it, 2014, n. 22.

¹³² A. CARDONE, *La "normalizzazione" dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Giappichelli, Torino, 2011.

Con gli strumenti straordinari si pretende di affrontare ogni tipo di emergenza, la quale dovrebbe essere connotata dall'eccezionalità e dalla provvisorietà, ma che invece spesso maschera problemi strutturali e persistenti, che conducono ad una *emergenza stabilizzata*¹³³.

È necessario evidenziare che l'attuale crisi sanitaria ed economica ha giustificato e continua a giustificare il ricorso sempre più ampio a strumenti straordinari e come tali derogatori del normale assetto.

In alcuni casi, tale situazione di crisi – più che il legittimo presupposto – ha rappresentato e rappresenta soltanto il pretesto per l'adozione di tali strumenti, con la conseguenza che spesso si è in presenza di un abuso che difficilmente trova ragione nella effettiva necessità di provvedimenti urgenti o risolutivi in relazione al difficile contesto economico e sociale, e certamente non trova la propria *ratio* in un contesto di semplificazione normativa del mercato dei contratti pubblici.

9. Quale futuro per i contratti pubblici? Alcune proposte

Esaminate le novelle legislative che avrebbero dovuto semplificare il sistema delle commesse pubbliche, la convinzione di chi scrive è che non si debba arrivare ad un *terzo* Codice dei contratti pubblici poiché questo comporterebbe una nuova ed inevitabile fase di stasi che il Paese non può permettersi. Occorre, piuttosto, operare sull'attuale Codice¹³⁴.

In particolare, sono necessarie ulteriori modifiche finalizzate a semplificare concretamente l'impianto del Codice dei contratti pubblici.

Anzitutto, bisogna bilanciare la mole di regole che riguardano le varie fasi del procedimento di contrattazione pubblica poiché il Codice è quasi esclusivamente focalizzato sulla fase dell'affidamento,

¹³³ S. STAIANO, *Brevi note su un ossimoro: l'emergenza stabilizzata*, in S. STAIANO (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle costituzioni*, Giappichelli, Torino, 2005, pp. 64 ss.

¹³⁴ Sia consentito rinviare a F. CUSANO, *La recente torre di Babele dei contratti pubblici cit.*, pp. 37 ss., in part. pp. 69 ss.

mentre sono decisamente trascurate le fasi della progettazione¹³⁵, della programmazione¹³⁶ e dell'esecuzione¹³⁷.

Gli studi di settore hanno, infatti, dimostrato che queste fasi richiedono tempi più lunghi e che sono a maggiore rischio di corruzione¹³⁸.

Per quanto concerne la fase della progettazione, se per un verso è vero che un progetto accurato limiterebbe la necessità di dover ricorrere alle varianti in corso d'opera – varianti che possono costituire un *vulnus* al principio di concorrenza attraverso la modifica della prestazione oggetto dell'offerta dei concorrenti¹³⁹ – e che un progetto carente impedirebbe la realizzazione di una opera efficiente, per altro verso è anche vero che l'incremento di relazioni, studi, analisi ed elaborati specialistici e progettuali –

¹³⁵ A. CANCRINI, *Progettazione interna e esterna*, in M.A. SANDULLI – R. DE NICTOLIS (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici. Volume I. Fonti e principi. Ambito. Programmazione e progettazione cit.*, pp. 1377 ss.; C. CRESTA, *Livelli della progettazione*, in M.A. SANDULLI – R. DE NICTOLIS (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici. Volume I cit.*, pp. 1181 ss.; A. BARONE, *Programmazione e progettazione nel Codice dei contratti pubblici*, in [Federalismi.it](http://federalismi.it), 2018, n. 1.

¹³⁶ S. AMOROSINO, *Regolazione e programmazione delle infrastrutture*, in Rivista trimestrale degli appalti, 2019, n. 1, pp. 23 ss.; F. TRAMONTANA, *La programmazione tra Codice dei contratti e Testo Unico degli Enti Locali*, in M. CAFAGNO – C. LEONE – M. BARBERA – M. FAZIO (a cura di), *La nuova stagione dei contratti pubblici tra incertezze e responsabilità cit.*, pp. 129 ss.; A. GRAZIANO, *Programmazione*, in M.A. SANDULLI – R. DE NICTOLIS (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici. Volume I cit.*, pp. 1123 ss.; Q. LORELLI, *Programmazione della spesa e questioni attuali in materia di finanziamento delle opere pubbliche*, in Appalti e contratti, 2019, n. 5, pp. 11 ss. ed in G.M. CARUSO – D. D'ALESSANDRO – D. PAPPANO (a cura di), *Contratti delle pubbliche amministrazioni cit.*, pp. 267 ss.; R. SCARAVAGLIONE, *Pianificazione, programmazione e progettazione*, in F. GARELLA – M. MARIANI – L. SPAGNOLETTI – E. TOMA (a cura di), *I nodi del codice dei contratti pubblici cit.*, pp. 101 ss.; S. USAI, *La programmazione degli acquisti di beni, servizi e dei lavori nel nuovo decreto MIT*, in Appalti e contratti, 2018, n. 4, pp. 10 ss.; A. PETA, *Gli appalti di lavori nel nuovo Codice: un'analisi gius-economica delle principali misure*, BANCA D'ITALIA, *Questioni di Economia e Finanza (Occasional Papers)*, 2017, n. 400.

¹³⁷ A. FONZI, *Il principio di concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, Giappichelli, Torino, 2019, in part. pp. 107 ss.; G. RUGGERI, *Esecuzione: fisiologia e subaffidamenti*, in M. CAFAGNO – C. LEONE – M. BARBERA – M. FAZIO (a cura di), *La nuova stagione dei contratti pubblici tra incertezze e responsabilità cit.*, pp. 285 ss.; A. TRAVI, *Esecuzione del contratto pubblico e debolezza del modello bifasico*, in M. CAFAGNO – C. LEONE – M. BARBERA – M. FAZIO (a cura di), *La nuova stagione dei contratti pubblici tra incertezze e responsabilità cit.*, pp. 41 ss.; A. NAPOLEONE, *Le problematiche irrisolte del nuovo codice dei contratti pubblici in materia di esecuzione del contratto*, in F. GARELLA – M. MARIANI – L. SPAGNOLETTI – E. TOMA (a cura di), *I nodi del codice dei contratti pubblici cit.*, pp. 241 ss.

¹³⁸ F. BUSETTI – C. GIORGIANTONIO – G. IVALDI – S. MOCETTI – A. NOTARPIETRO – P. TOMMASINO, *Capitale e investimenti pubblici in Italia: effetti macroeconomici, misurazione e debolezze regolamentari*, BANCA D'ITALIA, *Quaderni di Economia e Finanza (Occasional Papers)*, 2019, n. 520, p. 17: “*in media, nel nostro Paese la realizzazione di un'opera pubblica dura 4,4 anni. La fase di progettazione dell'opera è quella in media più lunga. Da sola rappresenta più della metà della durata complessiva media (2,5 anni), mentre si impiegano 0,6 anni per l'affidamento dei lavori e 1,3 per la loro esecuzione*”; C. CARLUCCI – C. GIORGIANTONIO – T. ORLANDO, *Tempi di realizzazione delle opere pubbliche e loro determinanti*, BANCA D'ITALIA, *Quaderni di Economia e Finanza (Occasional Papers)*, 2019, n. 538, p. 12: “*la durata mediana dell'intero ciclo di realizzazione delle opere considerate è stimata pari a 4,9 anni. La fase della progettazione ha una durata mediana di circa 2,1 anni; la fase di affidamento di 6 mesi; la fase di esecuzione di 1 anno e mezzo; la fase di messa in funzionalità di poco più di 4 mesi. Il complesso delle interfasi ha una durata mediana di 1,9 anni, pari a poco meno del 40% del tempo totale mediano di realizzazione*”.

Per un esame approfondito di tali dati si veda AGENZIA PER LA COESIONE TERRITORIALE, *Tempi CPT (Conti Pubblici Territoriali). Rapporto sui tempi di attuazione delle opere pubbliche*, 2018, n. 6, p. 20.

Sul punto si veda anche S. SCREPANTI, *I tempi delle opere pubbliche e la relatività del tempo nel diritto amministrativo*, in Rivista trimestrale di diritto pubblico, 2019, n. 4, pp. 1189 ss.

¹³⁹ F. SCIAUDONE, *Varianti e modifiche*, in M.A. SANDULLI – R. DE NICTOLIS (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici. Volume IV cit.*, pp. 253 ss.

laddove superflui – comporta non solo un ingiustificato aggravio procedimentale per la pubblica amministrazione, ma anche un maggior onere economico.

Infatti, la conseguenza di un eccessivo carico di adempimenti, oltre all'indubbio lievitare dei costi per la progettazione, è l'incremento delle difficoltà delle stazioni appaltanti di fornire risposte concrete e celeri alla domanda di opere pubbliche e ai bisogni della collettività.

Per semplificare la fase della progettazione urgerebbe, ad esempio, la stabilizzazione della deroga all'art. 23 c. 3 *bis* del Codice, prevista dall'art. 1 c. 6 del Decreto Sblocca cantieri¹⁴⁰, la quale prevede un regime transitorio – limitato al triennio 2019-2021 – che detta per i lavori di manutenzione straordinaria, oltre che ordinaria, una progettazione semplificata.

Secondo tale schema, i contratti di lavori di manutenzione possono essere affidati sulla base del solo progetto definitivo. Quindi, l'esecuzione può prescindere dalla redazione e dall'approvazione del progetto esecutivo.

Inoltre, l'obiettivo di migliorare l'efficienza degli appalti di lavori non può prescindere dal potenziamento della progettazione. Le carenze in questa fase del processo possono generare rinegoziazioni dei termini contrattuali iniziali in sede di realizzazione, comportando ritardi nei tempi di consegna e scostamenti di costo.

Si noti che le disfunzioni e le inefficienze nella progettazione possono essere, altresì, foriere di asimmetrie informative in favore del contraente privato che potrebbe sfruttarle a suo vantaggio, omettendo di farle emergere all'atto dell'aggiudicazione al fine di richiedere poi le modifiche contrattuali in fase esecutiva.

Implementando la fase della progettazione, quindi, la stazione appaltante può ridurre il rischio di comportamenti opportunistici.

Un approccio alternativo al problema della debolezza progettuale, soprattutto nei casi più complessi, potrebbe essere la liberalizzazione dell'appalto integrato. Tale schema, notoriamente, oltre a semplificare la procedura e ridurre i tempi delle varie fasi che vanno dalla progettazione all'esecuzione, consente di trasferire i rischi di errori e carenze progettuali direttamente in capo all'impresa affidataria dell'esecuzione, con conseguenti effetti benefici in termini di rivelazione anticipata e correzione degli stessi.

A fronte di ciò, tuttavia, la soluzione integrata presenta lo svantaggio di aumentare la discrezionalità dell'operatore economico, che diviene il *dominus* del contratto e ha la possibilità di imporre scelte dettate dall'obiettivo di massimizzare il proprio profitto, riducendo la qualità dell'opera e aumentandone i costi.

¹⁴⁰ Tale deroga è stata prorogata dall'art. 13 c. 2 lett. *b* del Decreto Milleproroghe.

Per scongiurare tale ipotesi, può sostenersi che nei casi di lavori semplici o caratterizzati da un elevato contenuto tecnico l'affidamento congiunto di progettazione ed esecuzione possa rappresentare una soluzione più efficiente rispetto alla gestione separata delle procedure¹⁴¹.

Venendo alla fase dell'esecuzione, certamente urgerebbe la qualificazione degli operatori economici¹⁴². A tal fine sarebbe certamente utile migliorare l'attuazione del sistema del *rating* di impresa, disciplinato dall'art. 83 c. 10, volto a valutare, promuovere e valorizzare la *performance* contrattuale degli operatori e la correttezza in fase di esecuzione¹⁴³.

Attualmente tale *rating* è facoltativo, ma chi scrive auspica che il medesimo possa divenire obbligatorio, contemperando tale maggiore onere per gli operatori economici con l'aumento, ad esempio, del punteggio attribuibile ai singoli criteri di valutazione indicati dal *rating*.

D'altronde, l'obiettivo specifico è prevenire il rischio di cattiva esecuzione, con l'effetto di ottenere un innalzamento della qualità e dell'efficienza del mercato dei contratti pubblici¹⁴⁴.

¹⁴¹ C. PALUMBO CROCCO – D. CROCCO, *Smart procurement cit.*, in part. pp. 69 ss.: “È proprio l'appalto integrato l'elemento più evidente dell'alternarsi di due filosofie nella evoluzione della normativa sui contratti pubblici negli ultimi 25 anni. Da un lato i catoniani, i moralizzatori, che vedono nell'appalto integrato uno spazio ambiguo dove l'impresa opaca può avere libero gioco. Dall'altro i keynesiani, convinti che l'appalto integrato sia una tra le principali semplificazioni che possono accelerare gli investimenti”.

Inoltre, secondo gli autori, “La ratio della apparente eliminazione dell'appalto integrato ha probabilmente la sua giustificazione nell'abuso che ne è stato fatto da parte di stazioni appaltanti (soprattutto locali) che, di fatto, affidavano l'intera produzione progettuale all'appaltatore, ponendo a base di gara elaborati che non potevano neanche lontanamente essere definiti progetti. Mentre invece, per le stazioni appaltanti più attrezzate, in grado di produrre progetti definiti all'altezza, l'affidamento della progettazione esecutiva all'appaltatore attraverso l'appalto integrato è servita per una maggiore responsabilizzazione dell'appaltatore che, in sede di progetto esecutivo, ha potuto concordare una serie di varianti utili a mitigare il contenzioso in sede di esecuzione.

Perché allora, nella prima versione del Codice del 2016, l'appalto integrato è stato di fatto bandito dai settori ordinari? Non avrebbe avuto un senso mantenerlo almeno per quelle opere caratterizzate da una complessità tecnica che rendono utile il coinvolgimento dell'appaltatore nella progettazione? Il Legislatore del 2016, nell'eliminare nella sostanza l'appalto integrato dai settori ordinari, ha sicuramente voluto responsabilizzare le stazioni appaltanti rispetto al progetto, evitando l'improprio ricorso all'appalto integrato per mascherare l'incapacità progettuale. Anche per questo ha voluto razionalizzare il numero delle stazioni appaltanti, in modo da qualificarle e da renderle più professionali” (pp. 76 ss.).

¹⁴² C. DE PORTU, *La qualificazione delle imprese per un mercato efficiente: liberi suggerimenti o... mere suggestioni in attesa del regolamento del Codice dei contratti pubblici*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 2020, n. 1, pp. 173 ss.; M. ACCARDI, *La qualificazione delle stazioni appaltanti e degli operatori economici*, in M. CAFAGNO – C. LEONE – M. BARBERA – M. FAZIO (a cura di), *La nuova stagione dei contratti pubblici tra incertezze e responsabilità cit.*, pp. 163 ss., in part. pp. 176 ss.

¹⁴³ A. ROCCHIETTI MARCH, *Rating di impresa e di legalità, i criteri reputazionali*, in M.A. SANDULLI – R. DE NICTOLIS (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici. Volume II cit.*, pp. 1069 ss.

¹⁴⁴ C. PALUMBO CROCCO – D. CROCCO, *Smart procurement cit.*, in part. pp. 51 ss.: “Quando un privato deve selezionare un'impresa per una fornitura, un servizio o l'esecuzione di un lavoro sta attento a non spendere male i suoi soldi, i frutti del suo lavoro. Che sono suoi, non della collettività. Tanto più occorrerebbe utilizzare i soldi pubblici con il massimo riguardo e la massima attenzione.

Ma questo troppo spesso non avviene. Ancora troppo numerosi sono i casi di contenzioso nella fase di gara e di esecuzione. Numerosi sono i casi di appalti che si fermano in fase di esecuzione perché l'impresa aggiudicataria, non abbastanza solida finanziariamente, fallisce. Numerose sono le imprese che, nei loro staff, annoverano più avvocati che tecnici. E che quindi guardano più a far soldi con il contenzioso che a realizzare l'opera. Numerose, ancora, quelle che presentano, in sede di offerta, ribassi insostenibili e che pensano di rivalersi in sede di esecuzione utilizzando materiali scadenti oppure iscrivendo riserve prive di giustificazione. Numerose sono, ovviamente, ancora, purtroppo, le stazioni appaltanti che non brillano per trasparenza e competenza. Ecco perché, negli ultimi decenni, è cresciuta la consapevolezza della necessità di un *rating* reputazionale delle imprese.

Il *rating* misura l'affidabilità dell'impresa sulla base di determinati indici. L'obiettivo è offrire una valutazione e una valorizzazione delle precedenti esperienze maturate dalle imprese che chiedono di entrare in rapporti contrattuali con le pubbliche amministrazioni.

La *ratio* dell'istituto è, dunque, precipuamente quella di disegnare un sistema premiale per consentire alle amministrazioni in sede di gara di individuare operatori economici garantiti ed alle imprese diligenti di essere premiate in sede di aggiudicazione¹⁴⁵.

Perciò, attraverso il sistema di *rating* la *performance* contrattuale diventa il quarto elemento da valutare ai fini dell'accesso alla gara, a fianco dei requisiti di moralità *ex art.* 80, alla capacità tecnico-professionale ed economico-organizzativa *ex art.* 83 ed alla certificazione di qualità *ex art.* 84 c. 4.

Tornando ai nodi irrisolti del Codice, bisogna aggiungere che è necessario dipanare “*il ginepraio delle fonti*”¹⁴⁶ (le Direttive europee, le sentenze europee, il Codice, le linee guida dell'ANAC, l'emanando Regolamento di attuazione ed esecuzione, i decreti ministeriali, i d.p.c.m., le sentenze italiane) e a tal fine sarebbe necessaria una *effettiva* Cabina di Regia (prevista dall'art. 212 del Codice e formalmente istituita, ma di fatto inoperante)¹⁴⁷ che svolga il compito di preparare proposte e correttivi e che coordini al riguardo i diversi attori istituzionali pubblici e privati.

Un ulteriore elemento da valorizzare consiste nella *concreta* attuazione degli strumenti flessibili¹⁴⁸: difatti, nonostante siano trascorsi 5 anni dall'entrata in vigore del Codice, gli istituti quali le procedure negoziate

Attribuendo un rating alle imprese alcune amministrazioni hanno cercato di riqualificare questo mercato dal lato dell'offerta, uscendo da una situazione di inautentico egualitarismo.

A livello ordinamentale, il rating è strumento inteso ad assicurare che nel mercato regolato dei contratti pubblici operino solamente soggetti affidabili, in maniera tale da contribuire alla realizzazione dell'efficienza del mercato stesso.

Passando dal piano ordinamentale a quello degli attori del mercato, il rating dovrebbe fornire garanzie anticipate alle stazioni appaltanti in ordine al raggiungimento del risultato finale, prevedendo il rischio di una cattiva esecuzione contrattuale. Infatti, l'aumento del tasso di efficienza del mercato dei contratti pubblici dipende dall'abbattimento dei costi di transazione connessi non solo all'affidamento del contratto, ma anche all'esecuzione del contratto stesso.

Infine, il rating serve anche alle imprese, come incentivo ad adottare misure virtuose in considerazione degli effetti premiali che ne derivano. Dunque obiettivo del rating è di ridurre o, almeno, rendere meglio controllabile il rischio di esecuzione, il rischio cioè che l'aggiudicatario non risulti in grado di realizzare l'oggetto del contratto nei tempi e con le caratteristiche richieste. Questa particolare tipologia di rischio si affianca al rischio di prezzo, ossia il pericolo che vi siano distorsioni nella determinazione del prezzo, e al rischio di corruzione, ossia il pericolo che il processo di selezione dell'aggiudicatario venga distorto a favore di un concorrente.

L'obiettivo è quindi quello di uscire da un modello di qualificazione astratta e di consentire alle stazioni appaltanti di privilegiare le imprese che hanno effettuato bene, in passato, i lavori. Che hanno rispettato i contratti. Che hanno gestito in modo efficiente i rapporti con la pubblica amministrazione.

In questa logica il rating d'impresa si erge a meccanismo che contribuisce al passaggio da un sistema statico dei requisiti formali delle imprese, fondato sui freddi parametri di fatturato, organico ed attrezzature, ad un sistema dinamico di requisiti sostanziali, di tipo reputazionale”.

Inoltre, secondo gli autori, “In considerazione dell'alto tasso di corruzione negli appalti pubblici italiani convivono, almeno inizialmente, nel rating italiano valutazione della reputation e lotta alla corruzione. In questo senso, si afferma una tendenza, tutta italiana, a tenere unite, quasi fuse, le attività regolatorie con quelle giudiziarie, talora criticata anche da parte del giudice amministrativo” (pp. 92 ss.).

¹⁴⁵ L. GALLI – M. RAMAJOLI, *Il ruolo della reputazione nel mercato dei contratti pubblici: il rating d'impresa*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2017, n. 1, pp. 63 ss.

¹⁴⁶ G. FIDONE – M. CLARICH, *La contrattualistica pubblica nel 'ginepraio' delle fonti*, in A. MALTONI (a cura di), *I contratti pubblici. La difficile stabilizzazione delle regole e la dinamica degli interessi*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, pp. 27 ss.

¹⁴⁷ Sulla Cabina di regia: B. BOSCHETTI, *La Governance*, in M. CLARICH (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici cit.*, pp. 192 ss.; R. DIPACE, *Profili generali della Governance. Cabina di regia*, M.A. SANDULLI – R. DE NICTOLIS (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici. Volume I cit.*, pp. 399 ss.

¹⁴⁸ S. D'ANCONA, *Elementi nuovi di flessibilità nelle procedure di scelta del contraente*, in M. CAFAGNO – C. LEONE – M. BARBERA – M. FAZIO (a cura di), *La nuova stagione dei contratti pubblici tra incertezze e responsabilità cit.*, pp. 205 ss.; G.D. COMPORI,

e innovative non hanno trovato quasi mai attuazione poiché le stazioni appaltanti continuano a muoversi secondo lo schema tradizionale dell'appalto affidato con procedure aperte o ristrette¹⁴⁹.

A ciò si aggiunga che sarebbe necessaria la *decantata* concentrazione¹⁵⁰ e qualificazione delle stazioni appaltanti¹⁵¹ con la definizione dei requisiti che devono possedere.

La flessibilità nelle negoziazioni pubbliche: questa sconosciuta, in F. LIGUORI – S. TUCCILLO (a cura di), *Contratti pubblici. Trasformazioni e problemi*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, pp. 29 ss.

¹⁴⁹ M. CORRADINO, *L'Italia immobile. Appalti, burocrazia, corruzione. I rimedi per ripartire*, Chiarelettere, Milano, 2020, pp. 45 ss.: “Nel dibattito in materia di appalti, la legalità è spesso collegata all’idea della gara aperta o ristretta. La trattativa privata o peggio ancora l’affidamento diretto vengono considerati sistemi poco sicuri, in cui facilmente si può insinuare il malaffare. Solo la gara, si afferma, riesce a garantire la segretezza delle offerte, a far individuare la migliore, ad allontanare il sospetto di corruzione.

La complessità delle procedure di gara, gli automatismi nella scelta del vincitore e soprattutto la segretezza assoluta che regna nelle procedure renderebbero difficile la vita di corrotti e corruttori garantendo concorrenza, trasparenza e legalità. Qualsiasi intervento di semplificazione che limiti il ricorso alle procedure aperte o ristrette in favore della procedura negoziata viene additato come l’anticamera del crimine, il varco verso ogni possibile forma di illegalità.

La gara assume così un’aura di sacralità, diventando il luogo giuridico in cui, quasi magicamente, viene individuata l’offerta migliore”.

¹⁵⁰ V. GUERRIERI, *Centralizzazione e sostenibilità: Consip e altri soggetti aggregatori*, in L. FIORENTINO – A.M. LA CHIMIA (a cura di), *Il procurement delle pubbliche amministrazioni cit.*, pp. 205 ss.; A. BOTTO – S. CASTROVINCI ZENNA, *Centrali di committenza*, in M.A. SANDULLI – R. DE NICTOLIS (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici. Volume II cit.*, pp. 359 ss.; A. DI FEO, *Centrali di committenza, qualificazione delle stazioni appaltanti e tutela nella concorrenza in Italia e nel Regno Unito*, in *Urbanistica e appalti*, 2019, n. 1, pp. 33 ss.; G.M. RACCA – S. PONZIO, *La scelta del contraente come funzione pubblica: i modelli organizzativi per l’aggregazione dei contratti pubblici*, in *Diritto amministrativo*, 2019, n. 1, pp. 33 ss.; G. TERRACCIANO, *Ambito oggettivo*, in M.A. SANDULLI – R. DE NICTOLIS (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici. Volume I cit.*, pp. 661 ss.; C. GUARDAMAGNA, *Aggregazione e digitalizzazione nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici*, in *Il diritto dell’economia*, 2018, n. 3, pp. 993 ss.; A. PONTECORVI, *Aggregazioni e fusioni di imprese negli appalti pubblici: sinonimi o contratti?*, in Giustamm.it, 2018, n. 4; C. ACOCELLA, *L’aggregazione della domanda e la centralizzazione degli acquisti nel Codice dei contratti pubblici*, in F. LIGUORI – S. TUCCILLO (a cura di), *Contratti pubblici cit.*, pp. 115 ss.; L. CASTELLANI – F. DECAROLIS – G. ROVIGATTI, *Il processo di centralizzazione degli acquisti pubblici. Tra evoluzione normativa ed evidenza empirica*, in *Mercato concorrenza regole*, 2017, n. 3, pp. 583 ss.; M.E. COMBA, *Aggregazioni di contratti e centrali di committenza: la disciplina europea ed il modello italiano*, in *Urbanistica e appalti*, 2016, n. 10, pp. 1053 ss.; L. DONATO, *Prospettive e recepimento delle direttive: lotta alla corruzione, professionalizzazione e semplificazione*, in L. DONATO (a cura di), *La riforma delle stazioni appaltanti. Ricerca della qualità e disciplina europea*, BANCA D’ITALIA, Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale, 2016, n. 80, pp. 135 ss.; L. FIORENTINO, *Le centrali di committenza e la qualificazione delle stazioni appaltanti*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2016, n. 4, pp. 443 ss.; G. MARCHIANÒ, *La regolamentazione nella domanda pubblica alla luce della legge delega di recepimento delle nuove direttive: il ruolo dell’amministrazione*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2016, n. 1, pp. 1 ss.; G.M. RACCA, *Le centrali di committenza nelle nuove strategie di aggregazione dei contratti pubblici*, in *ITALIADECIDE, Rapporto 2015. Semplificare è possibile: come le pubbliche amministrazioni potrebbero fare pace con le imprese*, Il Mulino, Bologna, 2015, pp. 489 ss.

¹⁵¹ M. AMBROSELLI – C. SERSALE, *Qualificazione delle stazioni appaltanti*, in M.A. SANDULLI – R. DE NICTOLIS (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici. Volume II cit.*, pp. 527 ss.; P. CHIRULLI, *Qualificazione delle stazioni appaltanti e centralizzazione delle committenze*, in BANCA D’ITALIA, Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale, *Qualità ed efficienza nel nuovo codice dei contratti pubblici. Prospettive e questioni aperte*, 2018, n. 83, pp. 21 ss.; L. DONATO, *Qualità ed efficienza delle stazioni appaltanti e delle imprese nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in BANCA D’ITALIA, Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale, *Qualità ed efficienza nel nuovo codice dei contratti pubblici. Prospettive e questioni aperte*, 2018, n. 83, pp. 51 ss.; V. GUERRIERI, *Quali vie per razionalizzare il sistema del “public procurement”? La qualificazione delle stazioni appaltanti e gli effetti sulla centralizzazione degli acquisti*, in Federalismi.it, 2018, n. 8; A. MASSARI, *Il sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti nello schema di d.p.c.m.*, in *Appalti e contratti*, 2018, n. 3, pp. 2 ss.; L. SPAGNOLETTI, *La qualificazione delle stazioni appaltanti: una nuova frontiera*, in F. GARELLA – M. MARIANI – L. SPAGNOLETTI – E. TOMA (a cura di), *I nodi del codice dei contratti pubblici cit.*, pp. 121 ss.; M. MACCHIA, *La qualificazione delle amministrazioni appaltanti*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2017, n. 1, pp. 50 ss.; C. NUZZO, *Qualificazione delle stazioni appaltanti*, in M. CORRADINO – S. STICCHI DAMIANI (a cura di), *I nuovi appalti pubblici*, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 135 ss.; L. GIAMPAOLINO, *La qualificazione delle stazioni appaltanti: lo snodo delle problematiche del nuovo Codice*, in Giustamm.it, 2016, n. 7; C. LAMBERTI, *La qualificazione delle stazioni appaltanti*, in *Urbanistica e appalti*, 2016, n. 12, pp. 1293 ss.; C. PANETTA, *La qualificazione delle stazioni appaltanti*, in Giustamm.it, 2016, n. 7.

La più importante ragione che ha indotto il Legislatore a prevedere forme di centralizzazione dell'attività contrattuale è l'esigenza di risparmio. La centralizzazione consente alle amministrazioni contraenti – tramite la conclusione di contratti e convenzioni di volume maggiore – di beneficiare di economie di scala, di ridurre il numero di intermediari, e quindi di ottenere prezzi più bassi a parità di prestazione, nonché di ridurre le spese per le procedure con la riduzione del loro numero¹⁵².

Un'altra ragione inerisce alla qualità della prestazione e all'efficienza della spesa, che aumentano se la procedura contrattuale è gestita da soggetti esperti, quali le centrali di committenza. Queste ultime hanno una conoscenza dei prodotti, dei mercati e delle norme ben maggiore di quelle di cui dispone la maggior parte delle amministrazioni¹⁵³.

La centralizzazione consente, poi, di sfruttare per le procedure contrattuali le più moderne tecnologie, di cui le piccole amministrazioni spesso non dispongono, e le dotazioni informatiche specifiche per l'attività contrattuale, di cui la maggior parte delle amministrazioni non ha ragione di dotarsi.

Un'ulteriore ragione della centralizzazione può essere individuata nella raccolta e nella produzione di informazioni sull'attività contrattuale delle amministrazioni, che da essa sono agevolate. Le centrali di committenza possono migliorare non solo le condizioni alle quali le amministrazioni comprano, ma anche la scelta dei beni e dei servizi da comprare.

Il fatto, poi, che le centrali di committenza siano poche a fronte delle molte amministrazioni significa che vi sono pochi soggetti tenuti all'alimentazione delle banche dati sull'attività contrattuale e che, quindi, è più facile il controllo sull'adempimento dei relativi obblighi.

Un'altra fondamentale ragione della centralizzazione è il rispetto della legge, che da essa è certamente agevolato. La disciplina dei contratti pubblici è estremamente complessa e richiede una buona conoscenza, continuamente aggiornata, delle norme e della giurisprudenza. Ovviamente questa conoscenza è molto più facile per soggetti che svolgono in modo prevalente e professionale l'attività contrattuale, come le centrali di committenza, che per piccoli uffici o per singoli funzionari delle singole amministrazioni.

Un ulteriore aspetto riguarda la prevenzione della corruzione, che è un'ulteriore ragione per centralizzare le committenze. La centralizzazione implica la riduzione del numero di procedure contrattuali e, quindi, di occasioni di corruzione¹⁵⁴, oltre che la riduzione del numero dei soggetti da controllare ed una maggiore

¹⁵² C. COTTARELLI, *La lista della spesa. La verità sulla spesa pubblica italiana e come si può tagliare*, Feltrinelli, Milano, 2015, p. 43.

¹⁵³ Le piccole amministrazioni sono acquirenti molto inefficienti in mancanza delle professionalità necessarie. Dunque, l'attività contrattuale dovrebbe essere svolta soltanto da chi è capace di svolgerla, disponendo di personale adeguato e svolgendola in modo permanente e professionale.

¹⁵⁴ Sul punto si è espressa recentemente CGUE, sez. II, 4.6.2020, C-3/19, *Asmel*, secondo cui gli Stati membri, nel delimitare la nozione di centrale di committenza, sono vincolati soltanto dalla sussistenza della qualità di amministrazione

trasparenza, conseguente anche alla possibilità di confrontare le condizioni contrattuali applicate a contratti identici o analoghi.

Si può aggiungere che la centralizzazione delle committenze, impedendo alle amministrazioni di scegliere – più o meno arbitrariamente – i propri contraenti, scoraggia la conclusione di contratti non realmente necessari. È stato, infatti, osservato che la centralizzazione determina una riduzione del numero di contratti e della relativa spesa¹⁵⁵.

Il collegamento sussistente tra la centralizzazione e la qualificazione delle stazioni consiste nel volere del Legislatore di valorizzare i soggetti che dimostrino il possesso dei requisiti necessari in termini di professionalità ed esperienza e perseguano gli obiettivi dettati dai requisiti elencati nell'art. 38¹⁵⁶.

Il Legislatore, nel predisporre il rapporto tra qualificazione delle stazioni appaltanti ed affidamenti, si è fondato – oltre che sull'ambito territoriale di operatività della stazione appaltante – sul valore dell'affidamento.

Il fondamento di tale impostazione è rinvenibile nell'equazione secondo la quale al crescere del valore della commessa cresce la complessità dell'affidamento o, comunque, cresce l'interesse dell'ordinamento a che il contratto sia affidato da un soggetto più competente.

Se il primo aspetto non è così scontato, il secondo evidenzia l'interesse nazionale (in base ad una valutazione prognostica) ad un corretto impiego delle risorse pubbliche.

Tuttavia, ad essere chiaro sinora è soltanto l'obiettivo di fondo dell'innovativo sistema della qualificazione e della centralizzazione delle stazioni appaltanti.

Difatti, queste finalità appaiono perseguite dal Codice in modo non sempre adeguato e coerente. Ad esempio, in controtendenza rispetto alla logica della professionalizzazione delle funzioni di acquirente pubblico risulta la scelta di rimettere la valutazione delle offerte ad una commissione esterna rispetto alla stazione appaltante, cioè una commissione composta di membri estratti da una lista di potenziali commissari fornita dall'ANAC.

Tale composizione della commissione suscita diverse perplessità e contraddizioni in termini. In particolare, non si rinviene la *ratio* della scelta di introdurre un complesso e oneroso meccanismo di

aggiudicatrice in capo a siffatte centrali. Da ciò scaturisce la compatibilità della normativa italiana nella parte in cui, per i piccoli Comuni, circoscrive la predetta nozione di centrale di committenza a taluni modelli con esclusione di ogni partecipazione di soggetti privati. Allo stesso modo gli Stati membri ben possono limitare l'ambito di operatività di simili centrali ai soli ambiti territoriali degli enti per cui tali attività di evidenza pubblica vengono concretamente svolte. Tali limitazioni discendono da esigenze di prevenzione dal rischio di infiltrazioni mafiose, nonché di efficace controllo della spesa pubblica.

¹⁵⁵ M. CORRADINO, *La riforma serve al mercato, freno dalla centralizzazione*, in *Il Sole 24 Ore*, 20.7.2016.

¹⁵⁶ B.G. MATTARELLA, *Burocrazie e riforme. L'innovazione nella pubblica amministrazione*, Il Mulino, Bologna, 2017, in part. pp. 220 ss.

qualificazione preventiva delle stazioni appaltanti se poi queste ultime non sono investite della valutazione delle offerte, essendo tale valutazione rimessa ad una commissione esterna.

In altri termini, di tal fatta il sistema della qualificazione preventiva delle stazioni appaltanti risulterebbe privato delle proprie potenzialità. Infatti, le commissioni di membri esterni difficilmente potrebbero conoscere nel dettaglio i fabbisogni di cui le stazioni appaltanti sono portatrici, soprattutto laddove si tratti di fabbisogni complessi, ad esempio nei servizi ad elevato tasso tecnologico.

La scelta di esternalizzare la valutazione delle offerte rischia, dunque, di rappresentare un fattore di rallentamento nel processo di innovazione impresso dal Codice¹⁵⁷.

Ad opinione di chi scrive sarebbe, quindi, necessario qualificare, professionalizzare e centralizzare gli acquirenti pubblici, abolendo definitivamente l'obbligo a ricorrere ai commissari esterni estratti a sorte dalla lista gestita dall'ANAC.

Tornando alle questioni lasciate in sospeso dal Codice, si può affermare che *se* l'obiettivo primario della regolazione e dell'attività amministrativa dei contratti pubblici deve considerarsi l'efficienza degli acquisti, altri valori quali la concorrenza¹⁵⁸ e la lotta alla corruzione devono considerarsi ad essa ancillari¹⁵⁹.

Occorre che il perseguimento di tali obiettivi secondari non si traduca in un ostacolo al raggiungimento di quello primario. È, quindi, necessario assicurare che le procedure di affidamento dei contratti pubblici non siano imbrigliate nell'affermazione di una concorrenza fine a sé stessa; parimenti, sono certamente

¹⁵⁷ TAR Brescia, sez. I, 21.3.2019, n. 266: “Per quanto riguarda i requisiti di qualificazione di cui all’art. 38 del d.lgs. 50/2016, finché non sarà approvata la disciplina attuativa di tale norma non vi sono i presupposti per formulare un giudizio di inadeguatezza della stazione appaltante.

Di conseguenza, nel periodo transitorio ogni ente locale, previa iscrizione all’anagrafe unica dell’ANAC, può bandire e gestire come autonoma stazione appaltante tutte le procedure di gara a cui sia interessato, senza che questo possa mettere a rischio l’aggiudicazione.

Occorre infatti sottolineare che la violazione del principio di aggregazione e centralizzazione delle committenze, anche nei casi previsti dall’art. 37 c. 4 del d.lgs. 50/2016, non è sanzionabile con l’annullamento dell’intera procedura di gara in mancanza di parametri precostituiti che consentano di misurare la sproporzione tra la complessità della procedura e le competenze tecniche della stazione appaltante.

Questi parametri potranno essere forniti solo dal decreto che individuerà i requisiti tecnico-organizzativi di cui all’art. 38 c. 2 del d.lgs. 50/2016 per l’iscrizione nell’elenco delle stazioni appaltanti qualificate”.

¹⁵⁸ R. ANGELINI, *Appalti, concorrenza e attività di segnalazione nel sistema globale*, in L. FIORENTINO – A.M. LA CHIMIA (a cura di), *Il procurement delle pubbliche amministrazioni cit.*, pp. 101 ss.; A. FONZI, *Il principio di concorrenza nell’esecuzione dei contratti pubblici cit.*, in part. pp. 42 ss.; P. CHIRULLI, *La proconcorrenzialità nel codice dei contratti pubblici*, in F. LIGUORI – S. TUCCILLO (a cura di), *Contratti pubblici cit.*, pp. 13 ss.

¹⁵⁹ S. VINTI, *L’eterogenesi dei fini tradisce lo scopo ultimo e l’oggetto stesso della disciplina sui contratti pubblici*, in [Federalismi.it](https://www.federalismi.it), 2020, n. 12, pp. 252 ss.: “È indubbio che l’evidenza pubblica implichi la costante ricerca e la tutela di concomitanti valori – economicità, concorrenza e legalità; ma essi devono sempre confluire verso lo scopo di fondo della materia: occorre dunque tornare ad occuparsi degli appalti pubblici in modo concreto, avendo come traguardo la loro puntuale esecuzione, alleggerendo i compiti degli operatori e, di conseguenza, le relative responsabilità da questi assunte; responsabilità che, sotto la minaccia dell’ANAC, del controllo contabile postumo e della genericità delle fattispecie legali penalmente rilevanti, finiscono per paralizzare l’attività dei pubblici poteri.

Ogni altra preoccupazione del legislatore, senza dubbio meritevole di attenzione, può risultare controproducente se massimizzata oltre misura. Può comporre effetti collaterali che spesso fuggono a ogni controllo (aumento del contenzioso giudiziario, irrigidimento delle procedure di aggiudicazione, aumento dei livelli di regolazione).

L’auspicio, per concludere sul punto, è allora che all’eccesso di attenzione dedicata alla fase pre-negoziale possa quanto prima sostituirsi una efficiente considerazione della fase esecutiva finalmente valorizzata nell’ottica funzionale della complessiva operazione posta in essere dall’amministrazione” (pp. 268 ss.).

utili misure specifiche volte alla prevenzione della corruzione, ma queste non devono avere l'effetto di determinare perdite di efficienza¹⁶⁰.

¹⁶⁰ F. CINTIOLI – M. MAZZAMUTO, *Dialoghi di diritto dell'economia. Fabio Cintioli versus Marco Mazzamuto: riformare i contratti pubblici?*, in *Il diritto dell'economia*, 2020, n. 3, pp. 847 ss.: “La tradizionale impostazione contabilistica, che vedeva in queste norme il fine di proteggere gli interessi dell'amministrazione – e quindi di tutti noi – è stata abbandonata, sino ad essere apertamente ripudiata. Non le si è più lasciato neppure uno spazio concorrente. Si è talora persino dimenticato che gli appalti sono pur sempre qualcosa che serve all'attuazione dell'interesse pubblico: a costruire strade, a mantenere le opere, a dotare le amministrazioni delle risorse necessarie. Questo è accaduto a causa della sua sostituzione con il cosiddetto principio di concorrenza ... Poi è arrivata l'idea (che non ho mai condiviso) di unire alla disciplina degli appalti la funzione di prevenzione della corruzione” (pp. 848 ss.).

Si veda anche F. CINTIOLI, *Per qualche gara in più cit.*: “(I) Poiché la stazione appaltante deve solo regolare la competizione è chiamata essenzialmente ad essere baluardo di legalità, quindi il compito della stazione appaltante è solo di applicare la legge. Più che scegliere discrezionalmente il miglior contraente, deve solo affidare l'appalto al concorrente che vincerà la competizione mercatistica secondo canoni di legalità. Le regole contano più della discrezionalità.

(II) Poiché si devono regolare e tutelare molti diritti in conflitto tra loro, è necessario che siano apprestate le sedi naturali in cui questo confronto possa svolgersi; e la sede naturale è il procedimento di gara, possibilmente inteso nel modo più articolato e più attento e misurato in modo tale da dare completa protezione di ogni diritto in gioco: più procedimenti significa più tutela, più tutela significa più concorrenza.

(III) Poiché l'obiettivo principale è la tutela dei diritti delle imprese in competizione e non l'interesse della stazione appaltante ad affidare l'appalto al miglior contraente possibile e a fare l'opera pubblica, si deve dare ampio spazio alla difesa di questi diritti, il che ci porta direttamente davanti al giudice. Ognuna delle molte (anzi moltissime) norme sulle gare di appalto diventa fonte di un 'diritto' e questo diritto merita una tutela giurisdizionale effettiva. È così che è nato l'immenso contenzioso sui contratti pubblici” (pp. 41 ss.). Dunque, secondo l'Autore si ha una concatenazione negativa di rapporti causa-effetto: meno discrezionalità e flessibilità, più procedimenti e più norme e più rigidità, più contenzioso.

L'Autore prosegue così: “In che modo un'autorità che deve prevenire la corruzione può assolvere il suo compito nel campo degli appalti pubblici? La risposta è stata tanto semplice quanto perentoria: aumentando le gare e riducendo la discrezionalità delle stazioni appaltanti, facendo così delle gare lo strumento per prevenire la corruzione.

Poiché si parte dal sospetto verso ogni stazione appaltante, la gara è vista come il rimedio per fronteggiare il sospetto ... Così, d'un tratto, si è passati dall'equazione 'più concorrenza uguale a più regole e più gare' a quella 'meno corruzione uguale a più regole e più gare' ... Se l'interrogativo era 'come si fa a contrastare la corruzione negli appalti pubblici', non è affatto detto che la risposta fosse 'con più gare e più vincoli formali'.

Non comprendo perché una gara formale, con molte regole, con articolatissimi punteggi sulla qualità progettuale, con sofisticate elencazioni di requisiti, con complicatissime clausole escludenti, sia qualcosa che riduce il rischio di turbamenti corruttivi. A me sembra, a dire il vero, che, invece, sia proprio nella complessità della regolazione che si può annidare il tentativo di favorire in modo illecito un concorrente. Nel labirinto delle regole potrebbe meglio nascondersi il tentativo di guidare una gara verso un certo risultato”.

L'Autore conclude affermando che “non era scritto che il contrasto della corruzione in via amministrativa dovesse passare per la proliferazione dei procedimenti. E, invece, l'anticorruzione nel campo degli appalti ha finito con l'essere un potente continuatore [della] tendenza alla complicazione” (pp. 66 ss.).

Inoltre, secondo l'Autore: “La finalità originaria delle norme sugli appalti pubblici era quella di tipo 'contabile', per la sua derivazione dalla originaria disciplina sulla contabilità dello Stato. Questo significa che l'obbligo di scegliere l'appaltatore mediante una gara – per la selezione imparziale del contraente – e il rispetto di una disciplina speciale in esecuzione – quanto a varianti, collaudo, direzione lavori – erano ispirati alla volontà di proteggere l'amministrazione appaltante e l'interesse pubblico da questa impersonato ... Ascrivendo alla contabilità di Stato il procedimento selettivo dell'appaltatore, sostanzialmente si diceva che l'interesse pubblico cui queste disposizioni rispondevano era quello di garantire alla stazione appaltante il miglior contraente possibile, il più efficiente, il più parsimonioso ... L'interesse in gioco era sì dell'amministrazione ma era pubblico nel senso più autentico: perché è della collettività l'interesse a che si facciano gli appalti pubblici, a che siano eseguiti nel modo più efficiente e a che siano utilizzate nel miglior modo le risorse collettive”.

Tuttavia, con l'avvento del diritto europeo “la tutela della concorrenza diventa la parola chiave per spiegare il senso di queste norme ... La finalità delle norme sulla c.d. evidenza pubblica non è più la tutela dell'interesse della stazione appaltante secondo l'impostazione tradizionale e contabilistica, bensì è la tutela della concorrenza tra le imprese e, quindi (passaggio centrale), la tutela di una serie di interessi sparsi tra i partecipanti alla gara”.

Inoltre, l'Autore afferma che “le gare non proteggono l'interesse della stazione appaltante (che poi rappresenta l'interesse di tutti noi) ma gli interessi di tutte le singole imprese” e ciò ha generato due conseguenze principali:

“(a) l'enfasi sui diritti delle imprese a scapito dell'interesse pubblico, la crescita della complicazione, l'aumento delle norme e dei procedimenti, nonché della litigiosità e, quindi, la proliferazione del contenzioso;

(b) la convinzione che la concorrenza imponga di aumentare le gare, di imporre i procedimenti anche dove prima non c'erano, di aumentare vincoli e oneri e ridurre la capacità di scelta autonoma della stazione appaltante” (pp. 34 ss.).

È altresì necessario ripensare ai controlli giurisdizionali. I giudici amministrativo-contabili dovrebbero valutare il risultato complessivo dell'attività amministrativa, mentre l'attuale assetto dei controlli è invece basato sul controllo della legittimità dei singoli atti¹⁶¹ e appare un disincentivo per le amministrazioni appaltanti dall'esercitare la discrezionalità, generando nei funzionari pubblici la c.d. *paura della firma*¹⁶².

Il mero rispetto della legalità formale, indipendentemente dai risultati raggiunti, pone in sicurezza il funzionario pubblico dal pericolo di subire procedimenti giudiziari cui, in caso di scelte coraggiose, sarebbe esposto¹⁶³.

Urge, inoltre, una semplice riscrittura formale del Codice: difatti, le discipline dei servizi e delle forniture necessitano di una trattazione autonoma e differenziata sia stilisticamente che contenutisticamente dalla disciplina dei lavori, che costituisce l'asse portante del Codice e alla quale vengono operati continui rinvii. Si tenga anche presente che i servizi e le forniture sono anche settori più sensibili alle innovazioni tecnologiche di quanto non lo siano i lavori¹⁶⁴.

Ulteriore elemento cui l'Autore imputa un appesantimento eterogenetico dei fini della contrattualistica pubblica è la cultura del sospetto circa la corruzione negli appalti pubblici: *“La prevenzione della corruzione è diventata una delle fondamentali, se non talora la principale finalità delle norme che servono a scegliere l'appaltatore pubblico e a fare un'opera pubblica o acquistare una fornitura o un servizio.*

In un colpo solo, dopo aver già fatto transitare questo settore dalla finalità di tutela della stazione appaltante e dei suoi interessi pubblici alla finalità di tutela degli interessi dei singoli aspiranti e partecipanti alla gara, l'ordinamento italiano lo contrassegna adesso con un ulteriore scopo: prevenire la corruzione e assicurare la 'legalità'.

Questo percorso erompe con l'istituzione della nuova Anac e dirama un messaggio forte e chiaro a tutti: questo settore è in preda alla corruzione e, quindi, le norme sugli appalti pubblici vanno affidate alle cure di un'autorità che abbia come prima missione di combattere l'illegalità'.

L'Autore conclude il ragionamento affermando che *“gli appalti pubblici servono a costruire strade e mantenere scuole, a dotare l'amministrazione di risorse efficienti, a far funzionare i servizi pubblici e le norme che li regolano, a questo devono, anzitutto, mirare e non a prevenire la corruzione. A quest'ultimo scopo ci penserà il diritto penale, nonché – pur serbandosi qualche riserva personale sull'argomento – la prevenzione della corruzione in via amministrativa”* (pp. 62 ss.).

¹⁶¹ P. DELLA VENTURA, *Controlli sugli atti delle procedure di affidamento*, in M.A. SANDULLI – R. DE NICTOLIS (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici. Volume II cit.*, pp. 136 ss.

¹⁶² M. MARRA, *Riorganizzazione e discrezionalità alla luce delle recenti riforme legislative*, in L. FIORENTINO – A.M. LA CHIMIA (a cura di), *Il procurement delle pubbliche amministrazioni cit.*, pp. 137 ss.

Si vedano anche T. BOERI – R. PERROTTI, *Semplificare, non basta la parola*, in *Repubblica*, 6.7.2020; S. CASSESE, *La cascata di regole per semplificare*, in *Corriere della Sera*, 6.7.2020.

¹⁶³ M. CLARICH – G.F. FERRARI – G.D. MOSCO (a cura di), *Covid. Ultima spiaggia?*, *Analisi giuridica dell'economia*, 2020, n. 1, in part. G. BOTTINO, *La burocrazia “difensiva” e le responsabilità degli amministratori e dei dipendenti pubblici*, pp. 117 ss.; M. CLARICH, *Perché è difficile fare riforme della pubblica amministrazione utili all'economia*, pp. 169 ss.; G.F. FERRARI, *I costi del non fare*, pp. 148 ss.; B.G. MATTARELLA, *Burocrazia “normativa”: il valore della legge e il ruolo dell'amministrazione*, pp. 75 ss.; A. PAJNO, *Processo amministrativo e processo economico*, pp. 207 ss.; M.P. VIPIANA – M. TIMO, *Semplificazioni e liberalizzazioni amministrative da prendere sul serio*, pp. 183 ss.

¹⁶⁴ M. CORRADINO, *L'Italia immobile cit.*, pp. 30 ss.: *“Quando si parla di appalti, il pensiero dell'immaginario collettivo corre a quelli di lavori, perché i cantieri per il rifacimento del manto delle nostre strade o quelli per la costruzione della nuova linea della metropolitana in città sono più visibili.*

Pressoché ogni recente intervento normativo sugli appalti non ha distinto tra lavori, servizi e forniture, dettando regole uguali per tutti i settori. Eppure, come appare intuitivo, appaltare un ponte o far realizzare una strada non ha nulla a che vedere con l'organizzare un servizio di trasporto urbano o con l'acquisto del toner di una stampante.

Proprio a causa della generalizzazione del modello normativo, in buona parte dei casi comprare beni è complicato quasi quanto costruire una ferrovia”.

Inoltre, il Legislatore non ha disciplinato le concessioni in modo autonomo (al contrario di quanto avviene nell'ordinamento europeo con la Direttiva 2014/23/UE), bensì operando continui rinvii alla disciplina sugli appalti. Il problema è ancora più grave per le concessioni di servizi, visto il duplice rinvio alla disciplina applicabile: il primo alla disciplina delle concessioni di lavori e il secondo alla disciplina agli appalti. La conseguenza di questi rinvii è quella di creare enormi incertezze sulla disciplina concretamente applicabile. Sarebbe dunque auspicabile riscrivere la disciplina delle concessioni in modo che sia autosufficiente rispetto a quella degli appalti¹⁶⁵.

Un ulteriore problema da affrontare è l'attuale struttura dell'ANAC, che ormai appare inadeguata a svolgere tutte le funzioni che le sono state assegnate.

Come affermato da una eminente dottrina (F. Merusi), *“il modello dell'ANAC, dei suoi poteri e delle sue funzioni è, infatti, modellato su quello dell'inquisizione, così come laicizzato o, se si preferisce, secolarizzata, da Saint Just in occasione della rivoluzione francese nelle sue Istituzioni repubblicane.*

È il Comitato di salute pubblica che detta le regole della virtù e che, se del caso, sanziona i corrotti affidandoli al braccio secolare sanzionatorio.

L'ANAC è dunque una autorità indipendente? Non nel senso delle autorità indipendenti previste in materia economica che sovrintendono o creano la concorrenza in un mercato.

È una autorità parallela al potere esecutivo, a tutto il potere esecutivo, a qualunque sua articolazione, che deve indicare la via per la buona amministrazione e vegliare su possibili fenomeni di cattiva amministrazione di tutto il potere esecutivo”¹⁶⁶.

A tale autorità dovrebbero rimanere generali competenze di Autorità anticorruzione e trasparenza, trasversali e non caratterizzanti la materia dei contratti pubblici, mentre per tale settore occorre ricreare un'Autorità di vigilanza che si occupi dell'efficienza degli acquisti¹⁶⁷, trasferendo le funzioni di regolazione al Ministero delle infrastrutture e dei trasporti.

¹⁶⁵ A. BOTTO – G. FIDONE, *Quindici proposte per la riforma degli appalti pubblici*, in *Il Foglio*, 22.6.2020.

¹⁶⁶ F. MERUSI, *L'imbroglione delle riforme amministrative*, Mucchi, Modena, 2016, p. 29.

¹⁶⁷ S. CIMINI, *Il potere sanzionatorio*, in A. CAGNAZZO – S. TOSCHEI – F. TUCCARI (a cura di), *La vigilanza e la procedura di irrogazione delle sanzioni amministrative. Prevenzione della corruzione, trasparenza e tutela della privacy*, Giuffrè, Milano, 2021, pp. 459 ss.; W. GIULIETTI, *Il potere ispettivo*, in A. CAGNAZZO – S. TOSCHEI – F. TUCCARI (a cura di), *La vigilanza e la procedura di irrogazione delle sanzioni amministrative cit.*, pp. 441 ss.; F. MANGANARO, *Il potere di regolazione*, in A. CAGNAZZO – S. TOSCHEI – F. TUCCARI (a cura di), *La vigilanza e la procedura di irrogazione delle sanzioni amministrative cit.*, pp. 385 ss.; M. MATTALIA, *L'istituzione dell'Autorità di prevenzione della corruzione*, in A. CAGNAZZO – S. TOSCHEI – F. TUCCARI (a cura di), *La vigilanza e la procedura di irrogazione delle sanzioni amministrative cit.*, pp. 335 ss.; A. SINATRA, *Il catalogo dei poteri e dei compiti assegnati all'ANAC*, in A. CAGNAZZO – S. TOSCHEI – F. TUCCARI (a cura di), *La vigilanza e la procedura di irrogazione delle sanzioni amministrative cit.*, pp. 357 ss.; A. SINATRA, *Il potere di vigilanza*, in A. CAGNAZZO – S. TOSCHEI – F. TUCCARI (a cura di), *La vigilanza e la procedura di irrogazione delle sanzioni amministrative cit.*, pp. 417 ss.; C. BENETAZZO, *ANAC e sistema europeo dei contratti pubblici*, Giappichelli, Torino, 2020; R. CANTONE, *Il sistema di prevenzione della corruzione*, Giappichelli, Torino, 2020; R. CALZONI, *L'ANAC, la vigilanza sui contratti pubblici e le prospettive di riforma*, in *Nomos*, 2019, n. 1; M. CORRADINO – G.F. LICATA, *Autorità nazionale anticorruzione*, in M.A. SANDULLI – R. DE NICTOLIS (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici. Volume I cit.*, pp. 441 ss.; F. DI LASCIO, *Anticorruzione e contratti pubblici: verso un nuovo modello di integrazione tra controlli amministrativi?*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2019, n. 3, pp. 805 ss.; M. FAZIO, *La funzione orientatrice*

10. Conclusioni

Bisogna evidenziare la palese insufficienza di un decreto-legge per risolvere i problemi di un Paese e di un settore così complesso come quello dei contratti pubblici. Anche in questo tentativo di semplificazione non si può che constatare, mutuando un verso di U. Eco de *Il nome della rosa*, “*stat rosa pristina nomine, nomina nuda tenemus*”.

Insomma, se, per un verso, non può che accogliersi con favore il tentativo di agevolare il ruolo di vero e proprio *volano dell'economia* da sempre rivestito dal settore degli appalti, per altro verso non può non notarsi

di ANAC tra vincoli e istruzioni, in M. CAFAGNO – C. LEONE – M. BARBERA – M. FAZIO (a cura di), *La nuova stagione dei contratti pubblici tra incertezze e responsabilità cit.*, pp. 449 ss.; V. LATORRACA, *I variegati poteri di ANAC tra prerogative delle amministrazioni indipendenti e compiti di amministrazione attiva*, in M. CAFAGNO – C. LEONE – M. BARBERA – M. FAZIO (a cura di), *La nuova stagione dei contratti pubblici tra incertezze e responsabilità cit.*, pp. 427 ss.; C. BENETAZZO, *I nuovi poteri regolatori e di precontenzioso dell'ANAC nel sistema europeo delle Autorità indipendenti*, in Federalismi.it, 2018, n. 5; M. D'AMICO, *Amministrazione creatrice ed esecutrice del diritto*, in Rivistaaic.it, 2018, n. 4, pp. 86 ss.; E. FREDIANI, *Vigilanza collaborativa e supporto “in itinere” delle stazioni appaltanti. La funzione “pedagogica” dell'ANAC*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2018, n. 1, pp. 151 ss.; E. OLIVITO, *In bilico tra gubernaculum e iurisdictio. Osservazioni costituzionalmente orientate sull'Autorità Nazionale Anticorruzione e sui suoi poteri regolatori*, in Costituzionalismo.it, 2018, n. 3, pp. 28 ss.; M.R. CALDERARO, *La vigilanza e la regolazione nel Codice dei contratti pubblici: il controverso ruolo dell'ANAC*, in C.E. GALLO (a cura di), *Autorità e consenso nei contratti pubblici cit.*, pp. 181 ss.; R. CANTONE – E. CARLONI, *La prevenzione della corruzione e la sua Autorità*, in *Diritto pubblico*, 2017, n. 3, pp. 903 ss.; C. CONTESSA, *Il ruolo dell'ANAC nel nuovo codice dei contratti*, in ISTITUTO ENCICLOPEDIA ITALIANA, *Il libro dell'anno di diritto 2017*, Roma, 2017; R. DE NICTOLIS, *I poteri dell'ANAC dopo il correttivo*, in Giustizia-amministrativa.it, 2017; E. FREDIANI, *Vigilanza collaborativa e funzione “pedagogica” dell'ANAC*, in Federalismi.it, 2017, n. 23; N. LONGOBARDI, *L'Autorità nazionale anticorruzione e la nuova normativa sui contratti pubblici*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2017, n. 1, pp. 15 ss. ed in Giustamm.it, 2016, n. 6; M.C. ROMANO, *Il ruolo e le competenze dell'ANAC sui contratti pubblici*, in M. D'ALBERTI (a cura di), *Corruzione e pubblica amministrazione*, Jovene, Napoli, 2017, pp. 769 ss.; R. CALZONI, *Autorità nazionale anticorruzione e funzione di vigilanza collaborativa: le novità del Codice dei contratti pubblici*, in Federalismi.it, 2016, n. 23; R. CANTONE – C. BOVA, *L'ANAC alle prese con la vigilanza sui contratti pubblici; un ponte verso il nuovo Codice degli appalti*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2016, n. 2, pp. 166 ss.; M.L. CHIMENTI, *Il ruolo dell'Autorità nazionale anticorruzione nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in I.A. NICOTRA (a cura di), *L'autorità nazionale anticorruzione tra prevenzione e attività regolatoria*, Giappichelli, Torino, 2016, pp. 47 ss.; E. D'ALTERIO, *Regolare, vigilare, punire, giudicare: l'ANAC nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2016, n. 4, pp. 499 ss.; F. DI CRISTINA, *L'autorità nazionale anticorruzione nel diritto pubblico dell'economia*, in *Il diritto dell'economia*, 2016, n. 2, pp. 497 ss.; F. DI LASCIO, *I compiti dell'Autorità nazionale anticorruzione*, in B. PONTI (a cura di), *Nuova trasparenza amministrativa e libertà di accesso alle informazioni*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2016, pp. 487 ss.; F. GIUFFRÈ, *Le autorità indipendenti nel panorama evolutivo dello Stato di diritto: il caso dell'Autorità Nazionale Anticorruzione*, in Federalismi.it, 2016, n. 25 ed in I.A. NICOTRA (a cura di), *L'autorità nazionale anticorruzione cit.*, pp. 9 ss.; R. GRECO, *Il ruolo dell'ANAC nel nuovo sistema degli appalti pubblici*, in Giustizia-amministrativa.it, 2016; C. LAMBERTI, *I poteri dell'Autorità Nazionale Anticorruzione nel riordino della disciplina dei contratti pubblici*, in C. CONTESSA – D. CROCCO (a cura di), *Codice degli appalti e delle concessioni cit.*, pp. 141 ss.; S. LICCIARDELLO, *Prime note sulla funzione di regolazione dell'ANAC nel nuovo Codice degli appalti*, in Federalismi.it, 2016, n. 16; N. LONGOBARDI, *Autorità indipendenti di regolazione dei mercati e autorità atipiche. L'Autorità nazionale anticorruzione*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2016, n. 3, pp. 823 ss. ed in Giustamm.it, 2016, n. 5; G.M. RACCA, *Dall'Autorità sui contratti pubblici all'Autorità nazionale anticorruzione: il cambiamento del sistema*, in AA.VV., *La nuova disciplina dei contratti pubblici cit.*, pp. 405 ss. ed in *Diritto amministrativo*, 2015, n. 2, pp. 345 ss.; D. SAMMARRO – R. ROLLI, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: l'ANAC e l'Uomo di Vitruvio*, in Giustamm.it, 2016, n. 4; S. VALAGUZZA, *La regolazione strategica dell'Autorità Nazionale Anticorruzione*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2016, n. 1, pp. 9 ss.; E. D'ALTERIO, *I nuovi poteri dell'Autorità nazionale anticorruzione: post fata resurgam*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2015, n. 6, pp. 757 ss.; I.A. NICOTRA – F. DI MASCIO, *Le funzioni dell'ANAC tra cultura della trasparenza e prevenzione della corruzione*, in R. CANTONE – F. MERLONI (a cura di), *La nuova Autorità Nazionale Anticorruzione*, Giappichelli, Torino, 2015, pp. 67 ss.; S. STICCHI DAMIANI, *I nuovi poteri dell'Autorità Anticorruzione*, in ISTITUTO ENCICLOPEDIA ITALIANA, *Il libro dell'anno di diritto 2015*, Roma, 2015; F. DI CRISTINA, *La nuova vita dell'ANAC e gli interventi in materia di appalti pubblici in funzione anticorruzione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2014, n. 11, pp. 1023 ss.

che le ultime novelle recate dal Decreto Semplificazioni, dal Decreto Milleproroghe 2020 e dalla Legge Europea 2021 confermano l'impostazione frammentaria che aveva già caratterizzato il Decreto Sblocca cantieri e ne amplificano ulteriormente gli effetti centrifughi per il sistema. Mentre, evidentemente, il sistema della contrattualistica pubblica necessiterebbe di una fase di stabilizzazione e sedimentazione delle norme nel tessuto sociale e giuridico dei privati e degli interpreti.

È auspicabile che, a questo punto della parabola operativa del Codice del 2016 (giunto ormai a circa la metà della sua vita operativa utile), il Legislatore conceda agli operatori del settore una sorta di *moratoria normativa*, in tal modo consentendo agli operatori stessi di familiarizzarsi con i nuovi istituti e permettendo, altresì, alla dottrina e alla giurisprudenza di svolgere il proprio lavoro interpretativo su un *corpus* complessivamente consolidato¹⁶⁸.

Dunque, a chi si domanda se convenga riscrivere o apportare ulteriori modifiche al Codice, la risposta non può che essere quella fornita da una eminente dottrina (C. Contessa): *“Nel settore degli appalti pubblici il principale impulso alla revisione delle norme nazionali proviene sempre dall’ordinamento UE ... Il legislatore UE, consapevole delle difficoltà di conferire un definitivo assetto normativo a fenomeni economici in continua evoluzione (quali quelli che caratterizzano il settore degli appalti e ne ispirano la disciplina), si è mosso nella direzione pragmatica di fissare un certo numero di regole destinate a durare per circa un decennio, per poi procedere – secondo una logica in parte ispirata a quella della c.d. sunset legislation – all’integrale abrogazione del testo ormai desueto e della sua sostituzione con uno radicalmente nuovo”*.

Ebbene, tale Autore, interrogandosi sull'utilità della riscrittura integrale del d.lgs. n. 50/2016, osserva che sarebbe controproducente *“procedere all’integrale revisione della disciplina di settore quando si è ormai – per così dire – a metà del guado”*, poiché, in un'ottica probabilistica, il prossimo Codice non sarebbe emanato prima di un paio di anni dalla delega del Legislatore nazionale (dunque, orientativamente nel 2022), allorquando sarà presumibile che il Legislatore europeo avrà già avviato i negoziati per l'adozione del prossimo pacchetto normativo europeo, la cui adozione si collocherà prevedibilmente tra entro il 2024¹⁶⁹.

Tuttavia, da ultimo il Governo ha emanato il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, *Next Generation Italia*, sottoscritto dal Presidente del Consiglio dei ministri M. Draghi e depositato presso la Camera dei Deputati il 25.4.2021, il quale è finalizzato, tra gli altri obiettivi¹⁷⁰, a ritoccare per l'ennesima volta il settore dei contratti pubblici.

¹⁶⁸ C. CONTESSA, *Le novità del Decreto Semplificazioni cit.*

¹⁶⁹ C. CONTESSA, *Codice dei contratti pubblici: è il caso di riscriverlo ora?*, in [Giustizia-amministrativa.it](https://www.giustizia-amministrativa.it), 2019, pp. 7 ss.

¹⁷⁰ Secondo tale Piano, *“La pandemia di Covid-19 ha colpito l'economia italiana più di altri Paesi europei. Nel 2020, il PIL si è ridotto dell'8,9%, a fronte di un calo nell'Unione Europea del 6,2%. L'Italia è stata colpita prima e più duramente dalla crisi sanitaria ... Ad oggi risultano registrati quasi 120.000 decessi dovuti al Covid-19, che rendono l'Italia il Paese che ha subito la maggior perdita di vite nell'UE.*

La crisi si è abbattuta su un Paese già fragile dal punto di vista economico, sociale ed ambientale. Tra il 1999 e il 2019, il PIL in Italia è cresciuto in totale del 7,9%. Nello stesso periodo in Germania, Francia e Spagna, l'aumento è stato rispettivamente del 30,2, del 32,4 e del 43,6%. Tra il 2005 e il 2019, il numero di persone sotto la soglia di povertà assoluta è salito dal 3,3% al 7,7% – prima di aumentare ulteriormente nel 2020 fino al 9,4%.

Ad essere particolarmente colpiti sono stati donne e giovani ... Questi problemi sono ancora più accentuati nel Mezzogiorno, dove il processo di convergenza con le aree più ricche del Paese è ormai fermo.

L'Italia è particolarmente vulnerabile ai cambiamenti climatici e, in particolare, all'aumento delle ondate di calore e delle siccità ...

Dietro la difficoltà dell'economia italiana di tenere il passo con gli altri Paesi avanzati europei e di correggere i suoi squilibri sociali ed ambientali, c'è l'andamento della produttività, molto più lento in Italia che nel resto d'Europa. Dal 1999 al 2019, il PIL per ora lavorata in Italia è cresciuto del 4,2%, mentre in Francia e in Germania è aumentato rispettivamente del 21,2 e del 21,3%. La produttività totale dei fattori, che misura il grado di efficienza complessivo di un'economia, è diminuita del 6,2% tra il 2001 e il 2019, a fronte di un generale aumento a livello europeo.

Tra le cause del deludente andamento della produttività c'è l'incapacità di cogliere le molte opportunità legate alla rivoluzione digitale. Questo ritardo è dovuto sia alla mancanza di infrastrutture adeguate, sia alla struttura del tessuto produttivo, caratterizzato da una prevalenza di piccole e medie imprese, che sono state spesso lente nell'adottare nuove tecnologie e muoversi verso produzioni a più alto valore aggiunto.

La scarsa familiarità con le tecnologie digitali caratterizza anche il settore pubblico. Prima dello scoppio della pandemia, il 98,8% dei dipendenti dell'amministrazione pubblica in Italia non aveva mai utilizzato il lavoro agile. Anche durante la pandemia, a fronte di un potenziale di tale modalità di lavoro nei servizi pubblici pari a circa il 53%, l'utilizzo effettivo è stato del 30%, con livelli più bassi, di circa 10 punti percentuali, nel Mezzogiorno.

Questi ritardi sono in parte legati al calo degli investimenti pubblici e privati, che ha rallentato i necessari processi di modernizzazione della pubblica amministrazione, delle infrastrutture e delle filiere produttive. Nel ventennio 1999-2019, gli investimenti totali in Italia sono cresciuti del 66%, a fronte del 118% nella zona euro. In particolare, mentre la quota di investimenti privati è aumentata, quella degli investimenti pubblici è diminuita, passando dal 14,6% degli investimenti totali nel 1999 al 12,7% nel 2019.

Un altro fattore che limita il potenziale di crescita dell'Italia è la relativa lentezza nella realizzazione di alcune riforme strutturali. Nonostante i progressi degli ultimi anni, permangono ritardi eccessivi nella giustizia civile ... Le barriere di accesso al mercato restano elevate in diversi settori, in particolare le professioni regolamentate. Tutto ciò ha un impatto negativo sugli investimenti e sulla produttività.

Questi problemi rischiano di condannare l'Italia ad un futuro di bassa crescita ...

L'Unione Europea ha risposto alla crisi pandemica con il Next Generation EU (NGEU). È un programma di portata e ambizione inedite, che prevede investimenti e riforme per accelerare la transizione ecologica e digitale; migliorare la formazione delle lavoratrici e dei lavoratori; e conseguire una maggiore equità di genere, territoriale e generazionale.

Per l'Italia il NGEU rappresenta un'opportunità imperdibile di sviluppo, investimenti e riforme. L'Italia deve modernizzare la sua pubblica amministrazione, rafforzare il suo sistema produttivo e intensificare gli sforzi nel contrasto alla povertà, all'esclusione sociale e alle disuguaglianze ...

L'Italia è la prima beneficiaria, in valore assoluto, dei due principali strumenti del NGEU, il Dispositivo per la Ripresa e la Resilienza (RRF) e il Pacchetto di Assistenza alla Ripresa per la Coesione e i Territori d'Europa (REACT-EU). Il solo RRF garantisce risorse per 191,5 miliardi di euro, da impiegare nel periodo 2021-2026, delle quali 68,9 miliardi sono sovvenzioni a fondo perduto. L'Italia intende inoltre utilizzare appieno la propria capacità di finanziamento tramite i prestiti della RRF, che per il nostro Paese è stimata in 122,6 miliardi.

Il dispositivo RRF richiede agli Stati membri di presentare un pacchetto di investimenti e riforme – il Piano nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR). Questo Piano, che si articola in 6 Missioni e 16 Componenti, beneficia della stretta interlocuzione avvenuta in questi mesi con il Parlamento e con la Commissione Europea.

Le 6 Missioni del Piano sono: digitalizzazione, innovazione, competitività, cultura; rivoluzione verde e transizione ecologica; infrastrutture per una mobilità sostenibile; istruzione e ricerca; inclusione e coesione; salute. Il Piano è in piena coerenza con i 6 pilastri del NGEU e soddisfa largamente i parametri fissati dai regolamenti europei sulle quote di progetti verdi e digitali ...

Il Piano comprende un ambizioso progetto di riforme. Il governo intende attuare quattro importanti riforme di contesto – pubblica amministrazione, giustizia, semplificazione della legislazione e promozione della concorrenza.

La riforma della pubblica amministrazione migliora la capacità amministrativa a livello centrale e locale; rafforza i processi di selezione, formazione e promozione dei dipendenti pubblici; incentiva la semplificazione e la digitalizzazione delle procedure amministrative. Si basa su una forte espansione dei servizi digitali negli ambiti dell'identità, dell'autenticazione, della sanità e della giustizia. L'obiettivo è una marcata sburocratizzazione per ridurre i costi e i tempi che attualmente gravano su imprese e cittadini.

La riforma della giustizia ha l'obiettivo di affrontare i nodi strutturali del processo civile e penale e rivedere l'organizzazione degli uffici giudiziari ...

La riforma finalizzata alla razionalizzazione e semplificazione della legislazione abroga o modifica leggi e regolamenti che ostacolano eccessivamente la vita quotidiana dei cittadini, le imprese e la pubblica amministrazione. La riforma interviene sulle leggi in materia di

In particolare “*la semplificazione delle norme in materia di appalti e concessioni è obiettivo essenziale per l’efficiente realizzazione delle infrastrutture e per il rilancio dell’attività edilizia: entrambi aspetti essenziali per la ripresa a seguito della diffusione del contagio da Covid-19. Tale semplificazione deve avere ad oggetto non solo la fase di affidamento, ma anche quelle di pianificazione, programmazione e progettazione*”.

Tra le misure urgenti, viene introdotta una normativa speciale che rafforzi le semplificazioni già varate con il Decreto Semplificazioni e ne proroghi l’efficacia fino al 2023, con particolare riguardo, tra le altre misure,

- i) al Collegio consultivo tecnico,
- ii) all’individuazione di un termine massimo per l’aggiudicazione dei contratti, con riduzione dei tempi tra pubblicazione del bando e aggiudicazione,
- iii) all’individuazione di misure per il contenimento dei tempi di esecuzione del contratto, in relazione alle tipologie dei contratti.

Non richiedono un provvedimento legislativo espresso altre misure già insite nella sistematica del Codice, tra cui:

- i) l’avvio dei lavori della Cabina di regia;
- ii) la riduzione del numero e la qualificazione delle stazioni appaltanti.

Invece, tra le misure a regime, il Piano prevede che “*la complessità del vigente Codice dei contratti pubblici ha causato diverse difficoltà attuative. La riforma prevista si concreta nel recepire le norme delle tre direttive UE (2014/23, 24 e 25), integrandole esclusivamente nelle parti che non siano self executing e ordinandole in una disciplina più snella rispetto a quella vigente, che riduca al massimo le regole che vanno oltre quelle richieste dalla normativa europea, anche sulla base di una comparazione con la normativa adottata in altri Stati membri dell’Unione Europea*¹⁷¹. Da tenere in particolare

pubbliche amministrazioni e di contratti pubblici, sulle norme che sono di ostacolo alla concorrenza e sulle regole che hanno facilitato frodi o episodi corruttivi.

Un fattore essenziale per la crescita economica e l’equità è la promozione e la tutela della concorrenza. La concorrenza non risponde solo alla logica del mercato, ma può anche contribuire ad una maggiore giustizia sociale ...

Il Governo stima che gli investimenti previsti nel Piano avranno un impatto significativo sulle principali variabili macroeconomiche. Nel 2026, anno di conclusione del Piano, il PIL sarà di 3,6 punti percentuali più alto rispetto all’andamento tendenziale. Nell’ultimo triennio dell’orizzonte temporale (2024-2026), l’occupazione sarà più alta di 3,2 punti percentuali. Gli investimenti previsti nel Piano porteranno inoltre a miglioramenti marcati negli indicatori che misurano i divari regionali, l’occupazione femminile e l’occupazione giovanile. Il programma di riforme potrà ulteriormente accrescere questi impatti.

Il PNRR è parte di una più ampia e ambiziosa strategia per l’ammodernamento del Paese. Il Governo intende aggiornare le strategie nazionali in tema di sviluppo e mobilità sostenibile; ambiente e clima; idrogeno; automotive; filiera della salute.

L’Italia deve combinare immaginazione, capacità progettuale e concretezza, per consegnare alle prossime generazioni un Paese più moderno, all’interno di un’Europa più forte e solidale” (pp. 2 ss.).

¹⁷¹ Per la disciplina delle commesse pubbliche in Francia si vedano F. BRENET, *Droit des contrats administratifs*, Dalloz, Parigi, 2021; I. HASQUENOPH, *Contrats publics et concurrence*, Dalloz, Parigi, 2021; F. LINDITCH, *Le droit des marchés publics*, VIII ed., Dalloz, Parigi, 2021; F. COSSALTER – J. FOURNIER DE LAURIÈRE – P. MAZET, *Guide de la commande publique*, V ed., Le Moniteur, Parigi, 2020; S. DE LA ROSA, *Droit européen de la commande publique*, II ed., Bruylant, Bruxelles, 2020; F. LICHÈRE, *Droit des contrats publics*, III ed., Dalloz, Parigi, 2020; F. BENCHENDIKH, *Droit de la commande publique*, Dalloz, Parigi, 2019; A.C. BÉRARD-WALSH – C. FONTAINE – A. HOURCABIE, *Passation des marchés publics. Sélection et suivi de la*

considerazione – per la loro rilevanza sul piano della semplificazione – le discipline adottate in Germania e nel Regno Unito.

In particolare, si interverrà con legge delega, il cui disegno di legge sarà sottoposto al Parlamento entro il 2021. I decreti legislativi saranno adottati nei 9 mesi successivi all'approvazione della legge delega.

Questi i più importanti principi e criteri direttivi della delega legislativa:

- a) riduzione e razionalizzazione delle norme in materia di appalti pubblici e concessioni;
- b) recepimento delle direttive europee, integrate in particolare là dove non immediatamente esecutive;
- c) previsione della disciplina applicabile ai contratti pubblici di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, nel rispetto dei principi di concorrenzialità e trasparenza;
- d) apertura e contendibilità dei mercati; ...
- f) riduzione degli oneri documentali ed economici a carico dei partecipanti alle procedure di evidenza pubblica;
- g) individuazione espressa dei casi nei quali è possibile ricorrere alla procedura negoziata senza precedente pubblicazione di un bando di gara; ...
- k) regolazione espressa dei casi in cui le stazioni appaltanti possono ricorrere, ai fini dell'aggiudicazione, al solo criterio del prezzo o del costo, inteso come criterio del prezzo più basso o del massimo ribasso d'asta; ...
- m) revisione della disciplina dell'appalto integrato, con riduzione dei divieti;
- n) revisione della disciplina del subappalto; ...

procédure, choix des candidats, préparation de l'exécution, II ed., Le Moniteur, Parigi, 2019; S. BRACONNIER, *Précis du droit de la commande publique*, VI ed., Le Moniteur, Parigi, 2019; H. HOEPFFNER, *Droit des contrats administratifs*, II ed., Dalloz, Parigi, 2019; F. LICHÈRE – L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, XI ed., LDGJ, Parigi, 2019; M. SÉNAC DE MONSEMBERNARD, *Contentieux de la commande publique*, Dalloz, Parigi, 2019; O. GUÉZOU, *Traité de contentieux de la commande publique*, II ed., Le Moniteur, Parigi, 2018; E. MULLER (a cura di), *La commande publique, un levier pour l'action publique?*, Dalloz, Parigi, 2018.

Per la disciplina delle commesse pubbliche in Germania si vedano H. PÜNDER – M. SCHELLENBERG, *Vergaberecht. Handkommentar*, III ed., Nomos, Baden-Baden, 2019; V. DOBMANN, *Das neue Vergaberecht*, II ed., Nomos, Baden-Baden, 2018; S. FISCHER, *Vergabeverfahren im Investitionsschutzrecht. Gemeinsamkeiten und Unterschiede der Standards des Investitionsschutz- und Vergaberechts*, Nomos, Baden-Baden, 2018; S. LÜTTMAN, *Beschaffung als Anwendungsvoraussetzung des deutschen und europäischen Vergaberechts*, Nomos, Baden-Baden, 2018; U. CHRISTIANI – I. LANGENBACH, *Vergaberecht. Textsammlung mit Einführung und Anmerkungen*, Nomos, Baden-Baden, 2017.

Per la disciplina delle commesse pubbliche nel Regno Unito si vedano M. BOWSER, *UK Procurement Law: Principles and Practice*, Hart, Oxford, 2022 (in corso di pubblicazione); S. ARROWSMITH – L. BUTLER – A. LA CHMIA – C. YUKINS, *Public Procurement in (a) Crisis: Global Lessons from the COVID-19 Pandemic*, Hart, Oxford, 2021 (in corso di pubblicazione); A. CASTELLI – G. PIGA – S. SAUSSIER – T. TÁTRAI, *The Challenges of Public Procurement Reforms*, Routledge, Londra, 2020; A. RHODE, *Public Procurement in the European Union. How Contracting Authorities Can Improve Their Procurement Performance in Tenders*, Springer, Berlino, 2019; M. STEINICKE – P.L. VESTERDORF, *Brussels Commentary on EU Public Procurement Law*, Hart, Oxford, 2019; S. ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement. Volume I & II: Regulation in the EU and the UK*, III ed., Sweet & Maxwell, Londra, 2018; A. SÁNCHEZ GRAELLS – C. DE KONINCK, *Shaping EU Public Procurement Law: A Critical Analysis of the CJEU Case Law 2015-2017*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2018; G. PIGA – T. TÁTRAI, *Law and Economics of Public Procurement Reforms*, Routledge, Londra, 2017; G. PIGA – T. TÁTRAI, *Public Procurement Policy*, Routledge, Londra, 2016; C. BOVIS, *The Law of EU Public Procurement*, II ed., Oxford University Press, Oxford, 2015; C. DE KONINCK – T. RONSE – W. TIMMERMANS, *European Public Procurement Law*, II ed., Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2015; A. SÁNCHEZ GRAELLS, *Public procurement and the EU Competition Rules*, II ed., Hart, Oxford, 2015.

g) rafforzamento degli strumenti di risoluzione delle controversie alternativi alle azioni dinanzi al giudice”.

Infine, secondo il Piano, le misure urgenti devono essere adottate con decreto legge da approvare entro maggio 2021; mentre le misure a regime devono essere varate utilizzando lo strumento della legge delega. Il disegno di legge delega deve essere presentato al Parlamento entro il 31.12.2021 e i conseguenti decreti legislativi devono essere adottati entro 9 mesi dall’entrata in vigore della legge delega¹⁷².

Orbene, è palese la rischiosità – eccessiva e forse superflua – di una riscrittura del Codice *ex novo* per un tempo così esiguo.

Ma, come anticipato, se le modifiche al Codice possono essere superflue, addirittura nocive al sistema, ciò non implica che si debba continuare ad applicare il Codice con tutte le sue farraginosità, specialmente allorché l’emergenza sanitaria da Covid-19 ha dimostrato le debolezze, i meccanicismi e le lungaggini del sistema degli acquisti pubblici¹⁷³.

Difatti, stesso la Commissione europea, nella “*Comunicazione-Orientamenti sull’utilizzo del quadro in materia di appalti pubblici nella situazione di emergenza connessa alla crisi della Covid-19*” del 1.4.2020, ha ricordato che “*il quadro europeo in materia di appalti pubblici offre agli acquirenti pubblici tutta la flessibilità necessaria per acquistare il più rapidamente possibile beni e servizi direttamente collegati alla crisi della Covid-19*”.

A questo punto ci si chiede se, superata questa fase emergenziale, tale flessibilità degli strumenti già sussistenti nella disciplina codicistica (come ad esempio l’estensione dell’ambito di applicabilità dell’uso della procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara¹⁷⁴ *ex art. 63* e delle procedure

¹⁷² Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza cit., pp. 65 ss.

¹⁷³ ASSONIME, *Circolare n. 10 del 22.5.2020 – Appalti pubblici nell’emergenza Covid-19: orientamenti europei, decreto ‘Cura Italia’ e decreto ‘Rilancio’*.

¹⁷⁴ ANAC, *Proposta di intervento normativo al fine di consentire il ricorso alle procedure previste nell’art. 163 e nell’art. 63 del codice dei contratti pubblici fino al 31 dicembre 2020*, 1.6.2020.

L’Autorità, tuttavia, sottolinea che “*Il ricorso alle procedure di emergenza secondo quanto sopra delineato non può comunque comportare l’inosservanza delle seguenti condizioni:*

- (a) la necessaria verifica del possesso dei requisiti da parte dell’operatore economico affidatario del contratto (già prevista);
- (b) la verifica antimafia;
- (c) la tracciabilità degli atti compiuti (a fini di controlli successivi, a campione);
- (d) la tracciabilità dei flussi finanziari;
- (e) la necessaria autorizzazione per l’utilizzazione di imprese subappaltatrici;
- (f) la possibilità di controlli successivi, a campione, sui prezzi praticati;
- (g) la piena trasparenza, attraverso la pubblicazione sul sito dell’amministrazione, di tutti gli atti adottati, anche relativi alla fase di esecuzione del contratto”.

Si veda anche ANAC, *Ricognizione delle disposizioni acceleratorie e di semplificazione, presenti nel codice dei contratti e nell’attuale quadro normativo, al fine di fornire indicazioni alle stazioni appaltanti per agevolare lo svolgimento delle procedure di affidamento*, 22.4.2020.

Inoltre, si veda ANAC, *Strategie e azioni per l’effettiva semplificazione e trasparenza nei contratti pubblici attraverso la completa digitalizzazione: le proposte dell’Autorità*, 27.5.2020, in cui l’Autorità afferma che è necessario digitalizzare le procedure di gara affinché si persegua l’intento della semplificazione, specialmente “*in relazione all’attuazione dell’art. 38 del Codice che prevede il sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti*”.

in caso di somma urgenza *ex art. 163*¹⁷⁵) non possa permanere nel sistema e pervadere anche gli istituti più rigidi.

Di tal fatta, ad avviso dello scrivente, si potrebbe davvero semplificare il Codice per quanto concerne la superfetazione delle procedure di affidamento¹⁷⁶.

Urge dunque che il Legislatore volga la mente alla metafora di Michelangelo Buonarroti, il quale affermava che “è lavorando per sottrazione che il marmo rivela la bellezza che in esso si cela”¹⁷⁷.

Occorre, cioè, che il Codice si spogli delle matrici accessorie e che la logica della contrattualistica pubblica torni ad essere quella contabilistica, con i giusti contemperamenti della logica pro-concorrenziale e anti-corruttiva, anziché quella che tenta di scovare il dipendente pubblico corrotto o gli imprenditori collusi anche a costo di ritardare o addirittura impedire l’aggiudicazione o l’esecuzione della commessa pubblica di rimando al detto biblico “*Muoia Sansone con tutti i filistei*”¹⁷⁸.

In altre parole, la semplificazione acquista valore allorché funge da strumento per conseguire risultati ulteriori in termini di migliore perseguimento dell’interesse pubblico ovvero di minore sacrificio delle posizioni giuridiche dei privati.

Nella tensione tra formalismo e sostanzialismo, caratteristica propria del settore degli appalti pubblici, non è tuttora emersa una propensione per il secondo approccio nonostante offra maggiori garanzie di un risultato migliore.

¹⁷⁵ U. FRANGIPANE, *Gli appalti pubblici al tempo della pandemia*, 2020, in Osservatorio Emergenza Covid-19 su Federalismi.it.

¹⁷⁶ Si pensi, ad esempio, al dialogo competitivo, il quale ingessa indebitamente la scelta del contraente: sono previste numerose fasi (la necessità di emanazione di un bando, l’avvio di un dialogo con ogni singolo partecipante alla procedura, etc.) cui deve aggiungersi la richiesta di un parere al Consiglio superiore dei lavori pubblici. Non si può parlare di semplificazione dei rapporti tra soggetti pubblico e operatori economici, bensì di flessibilità nelle modalità di aggiudicazione del contratto.

Parimenti con riferimento all’accordo quadro non pare che si possa parlare di semplificazione, posto che – anche ricorrendo a tale figura – le stazioni appaltanti devono seguire tutte le regole di procedura previste dal Codice in tutte le fasi fino all’aggiudicazione dei contratti basati su tale accordo. Al massimo tale istituto persegue il fine di razionalizzare la spesa pubblica, stabilendo le clausole relative agli appalti da aggiudicare durante un determinato periodo di tempo.

Allo stesso modo i sistemi dinamici di acquisizione rappresentano un sistema di scelta del contraente che non semplifica affatto le procedure. Infatti, le stazioni appaltanti devono comunque seguire le norme della procedura aperta in tutte le sue fasi fino all’attribuzione degli appalti da aggiudicare nell’ambito di detto sistema. Inoltre, la norma autorizza il ricorso ai sistemi dinamici esclusivamente per alcune forniture tipizzate e standardizzate, escludendo gli appalti maggiormente complessi.

¹⁷⁷ M. BUONARROTI, *Rime e lettere*, Bompiani, Milano, 2016; G. VASARI, *Le vite de’ più eccellenti architetti, pittori et scultori italiani, da Cimabue insino a’ tempi nostri. Nell’edizione per i tipi di Lorenzo Torrentino, Firenze 1550*, II ed., Einaudi, Roma, 2015; A. FORCELLINO, *Michelangelo. Una vita inquieta*, VII ed., Laterza, Bari, 2007.

¹⁷⁸ Ci si riferisce all’aneddoto narrato ne *Il libro dei giudici*, 13:24 – 16:31, secondo cui il giudice biblico Sansone, dotato di forza prodigiosa, decise di sacrificarsi pur di ottenere vendetta dei torti patiti a causa dei Filistei, facendo crollare la casa in cui egli stesso e costoro si trovavano.

Anzi, sembra doversi constatare che le soluzioni normative eccezionali sono diventate ordinarie, conducendo all'espansione della c.d. *cultura dell'emergenza* per l'affidamento di lavori pubblici e per la realizzazione di grandi eventi.

Le aporie che affiorano dal Codice e dalle successive modifiche sono sintomatiche delle difficoltà del diritto amministrativo di confrontarsi con una realtà sfuggente, caratterizzata da repentini cambiamenti cui male si adattano formule e concetti consolidati. Soprattutto allorché si ha contezza delle peculiarità del mercato delle commesse pubbliche, dove l'equilibrio tra imperativi economici e interessi pubblici¹⁷⁹ non è affatto agevole¹⁸⁰.

In conclusione, ciò che lo scrivente auspica è che le stazioni appaltanti e gli operatori economici non si rispecchino nel paradosso dell'asino di Buridano (riportato da K. Popper nell'opera "*Il pensiero essenziale*"¹⁸¹), ossia un asino che, indeciso se indirizzarsi al secchio contenente l'acqua (la concorrenza) o al secchio contenente il fieno (l'anti-corruzione) preferisca rimanere inerte sino al sopraggiungere della morte.

Ma, per scongiurare una simile evenienza, sono necessarie le più volte richiamate matrici: la semplificazione e la stabilità normativa mirate all'efficientamento delle gare, dei contratti pubblici e – non da ultimo – dell'erario statale.

¹⁷⁹ M. D'ALBERTI, *Il diritto amministrativo fra imperativi economici e interessi pubblici*, in *Diritto amministrativo*, 2008, n. 1, pp. 51 ss.

¹⁸⁰ F. SCIARRETTA, *Il complesso allineamento del sistema domestico delle commesse pubbliche al modello europeo secondo la logica codificatoria a diritto costante*, in *Il diritto dell'economia*, 2019, n. 2, pp. 361 ss.

¹⁸¹ K. POPPER, *Il pensiero essenziale. Brani scelti dall'autore come testamento intellettuale*, tr. it., Armando Editore, Roma, 1998.