

Gli appalti pubblici pre e post covid: luci ed ombre del consolidamento del “modello” derogatorio

di Paolo Rossi*

29 ottobre 2021

Sommario: 1. Primi segnali di fuga dal regimen “ordinario” del codice del 2016: il modello commissariale del “decreto Genova”. – 2. L’implementazione dell’impianto derogatorio del “decreto Sblocca cantieri” per semplificare la ripartenza delle opere pubbliche incompiute. – 3. L’ulteriore accelerazione impressa dall’emergenza pandemica alla tendenza derogatoria: il “decreto Semplificazioni”. – 4. Il consolidamento, tra luci ed ombre, del modello derogatorio post emergenziale nel “decreto Semplificazioni bis”. – 5. Verso la “normalizzazione” dell’eccezione a regola negli appalti pubblici post covid?

1. Primi segnali di fuga dal regimen “ordinario” del codice del 2016: il modello commissariale del “decreto Genova”

Ad appena due anni di distanza dall’entrata in vigore della riforma del codice dei contratti pubblici di cui al D.lgs. n. 50/16 e ad un anno dal decreto correttivo di cui al D.lgs. n. 56/2017¹, l’emergenza imposta dal crollo del ponte Morandi e la necessità di

* Professore associato di Diritto dell’economia, Università di Perugia.

¹ Sulla riforma del 2016 degli appalti pubblici, senza pretesa di esaustività, cfr., tra gli altri, M. CORRADINO, S. STICCHI DAMIANI (a cura di), *I nuovi appalti pubblici. Commento al d.lgs. 18 aprile 2016, n.50*, Milano, 2017; F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici. Assetto e dinamiche evolutive alla luce del nuovo codice, del decreto correttivo 2017 e degli atti attuativi*, Torino, 2019; G. DI GASPARE, *Appalti e criminalità organizzata*, in www.amministrazioneincammino.it, 2020; R. DE NICTOLIS, *I nuovi appalti pubblici. Appalti e concessioni dopo il D.lgs. n. 56/2017*, Bologna, 2017; S. FANTINI, H. SIMONETTI, *Le basi del diritto dei contratti pubblici*, Milano, 2017; A. BOTTO, S. CASTROVINCI ZENNA, *Diritto e regolazione dei contratti pubblici*, Torino, 2020; F. CARINGELLA, *Manuale dei contratti pubblici. Principi e applicazione*, Roma, 2019; M. CLARICH (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, II ed., Torino, 2019; M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2019; A. CIANFLONE, G. GIOVANNINI, V. LOPILATO, *L’appalto di opere pubbliche*, XIII ed., Milano, 2018; R. GAROFOLI, G. FERRARI, *La nuova disciplina dei contratti pubblici*, Molfetta, 2017; G. DI GASPARE, *Il dibattito pubblico tra democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa*, in www.amministrazioneincammino.it, 2017; R. DIPACE, *Manuale dei contratti*

procedere con urgenza alla sua ricostruzione aveva imposto all'Esecutivo un intervento in deroga alla novellata disciplina sugli appalti, con l'adozione del D.l. 109/2018, c.d. "Decreto Genova"², convertito nella L.n. 96/2018.

Come noto, tale legge-provvedimento – che, peraltro, ha superato il vaglio di costituzionalità della Corte³ - prevede l'affidamento, in via derogatoria rispetto al codice degli appalti, ad un commissario straordinario del compito di garantire tempestivamente l'avvio dei lavori di demolizione e ricostruzione del ponte, specificandone poi le modalità di azione (art. 1, commi 3, 5, 8 e 8-bis), anche in deroga ad ogni disposizione di legge diversa da quella penale o derivante dal diritto dell'Unione europea (art. 1, comma 5); l'art. 1, comma 7, del medesimo decreto-legge, stabilisce inoltre che il commissario affida la realizzazione delle attività mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione, in base all'art. 32 della direttiva (UE) 2014/24 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014, relativa agli appalti pubblici.

Evidente il beneficio "derogatorio" che assiste l'operato della figura del Commissario straordinario⁴, caratterizzato da una tal specialità di *regimen* da essere assimilabile a quello della protezione civile.⁵

2. L'implementazione dell'impianto derogatorio del decreto "Sblocca cantieri" per semplificare la ripartenza delle opere pubbliche incompiute

pubblici, Torino, 2021; L.FIORENTINO, A.M. LA CHIMIA (a cura di), *Il procurement delle pubbliche amministrazioni. Tra innovazione e sostenibilità*, Bologna, 2021; G.PERULLI (a cura di), *Contratti pubblici*, Torino, 2021; F.SCIARRETTA (a cura di), *Il "nuovo" Codice dei contratti pubblici: frammenti di disciplina tra approccio europeo e logiche nazionali*, Bologna, 2021; F.ARMENANTE, *Le procedure di affidamento dei contratti pubblici* Milano, 2020. Su alcune criticità emerse nel corso dell'applicazione del previgente codice del 2006 e indicate al legislatore in vista della riforma del 2016 cfr. A.BIANCHI, A.V. DI MICHELE, *Razionalizzazione del ciclo del progetto in Italia nel sistema dei contratti pubblici: 10 proposte d'impatto*, in www.amministrazioneincammino.it, 2012.

² Cfr. *amplius* A. D'ERCOLE, C. SALUSTRI GALLI, *Il crollo del ponte di Genova: la gestione dell'emergenza*, in www.amministrazioneincammino.it, 2020; G. MARCHEGANI, *La ricostruzione del ponte Morandi di Genova alla luce del diritto dell'Unione europea*, www.federalismi.it, 2019, 2; V. PEPE, *La gestione dei rischi nel codice della protezione civile. Brevi note sul sistema italiano e francese*, www.federalismi.it, 2020, 220.

³ Cfr. Corte Costituzionale, sentenza n. 168/2020, in www.cortecostituzionale.it.

⁴ Sulle caratteristiche del commissario straordinario nel decreto Genova cfr. *amplius* G. BERTINI, *Gestione Commissariale e gestione amministrativa della prevenzione di eventi emergenziali*, in www.amministrazioneincammino.it, 2019; vedi anche G. AVANZINI, *Il Commissario straordinario*, Torino, 2013; A. D'ERCOLE, *Commissari straordinari e interventi sostitutivi. Commento agli artt. 4, 4-ter e 4-quinquies, d.l. n. 32 del 2019, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 55 del 2019*, in D. BOLOGNINO, H. BONURA, A. STORTO, *I contratti pubblici dopo il decreto sblocca cantieri*, Piacenza, 2019, p. 100-108.

⁵ In tal senso cfr. A. D'ERCOLE, *op. cit.*, pp. 100-108; 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 Osservatorio sulle fonti, 2019; U. ALLEGRETTI, *Il codice della Protezione civile (d.lgs. 2 gennaio 2018, n. 1)*, in Aedon, 2018, fasc. 1, pp. 5 e ss.

Se la disciplina ampiamente derogatoria del decreto Genova appare giustificata dalla necessità di gestire un'emergenza del tutto peculiare, una sorta di *unicum*, di segno diverso appare la *ratio* ispiratrice del successivo intervento governativo, da leggere, invece, nell'ambito del dibattito sulla semplificazione delle regole in funzione del rilancio dell'economia, che passa anche attraverso la "sburocratizzazione" del sistema.⁶ Si intende far riferimento al D.l. n. 32/2019, convertito nella l.n. 55/2019, meglio noto come il c.d. "Sblocca cantieri"⁷, con cui il Governo ha inteso imprimere un'accelerazione al rilancio degli investimenti pubblici, facilitando, in chiave "semplificatrice", la ripartenza dei cantieri di numerose opere rimaste incompiute.

Tale disciplina, in effetti, appare caratterizzata da una serie di misure di semplificazione al regime ordinario del codice: in tal senso si spiega, anzitutto l'introduzione, agli artt 1 e 2 del citato d.l., di disposizioni che sospendono alcune norme del codice del 2016 sino al 31 dicembre 2020, riguardanti non solo le modalità di acquisto di lavori, servizi e forniture per i comuni non capoluogo di provincia tramite centrali di committenza (art. 37 comma 4 del codice), ma anche il divieto di appalto di integrato (di cui all'art. 59 comma 1 quarto periodo) cioè il divieto di affidamento congiunto di progettazione ed esecuzione lavori, fatte salve alcune eccezioni, nonché l'obbligo di scegliere i commissari nell'albo degli esperti tenuto dall'ANAC (art. 77 comma 3 del codice), rimanendo l'obbligo di individuare i commissari secondo regole di competenza e trasparenza. Nel caso dell'obbligo di scegliere i commissari nell'albo Anac, si tratta in realtà di un obbligo mai entrato in vigore, perché l'Anac ne ha più volte prorogato la scadenza.

E' stata poi introdotta una progressiva semplificazione delle procedure per gli appalti di valore più basso, in particolare per i lavori. La nuova norma prevede - modificando l'art. 36 del codice appalti - che per affidamenti di importo pari o superiore a 40.000 euro e inferiore a 150.000 euro per i lavori, o alle soglie di cui all'art. 35 per le forniture e i servizi, mediante affidamento diretto previa valutazione di tre preventivi, ove esistenti, per i lavori, e, per i servizi e le forniture, di almeno cinque operatori economici individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti.

⁶ Sulle esigenze di semplificazione in settori chiave per il sistema economico si veda D. BOLOGNINO, H. BONURA, A. STORTO, *op. cit.*, p. 90 ss.

⁷ Sulle novità del decreto "sblocca cantieri", cfr. amplius R. DE NICTOLIS, *Appalti pubblici e concessioni dopo la legge "sblocca cantieri"*, Bologna, 2020; F. CINTIOLI, *Per qualche gara in più. Il labirinto degli appalti pubblici e la ripresa economica*, Roma, 2020; F. CUSANO, *La recente torre di Babele dei contratti pubblici: la pace sol cercando io vo'*, in www.federalismi.it, n. 32, 2020; D. BOLOGNINO, H. BONURA, A. STORTO (a cura di), *I contratti pubblici dopo la conversione del decreto sblocca cantieri*, Piacenza, 2019; F. CARINGELLA, M. GIUSTINIANI (a cura di), *Il decreto sblocca cantieri*, Roma, 2019; G.A. GIUFFRÈ, S. TRANQUILLI (a cura di), *Contratti pubblici: cosa cambia?*, Milano, 2019; M. MARIANI, L. SPAGNOLETTI, E. TOMA (a cura di), *La legge sblocca cantieri*, Torino, 2019.

Ulteriore modifica rilevante riguarda l'istituto del subappalto, nel senso che il decreto "Sblocca Cantieri" prevede che fino al 31 dicembre 2020 il limite diventa del 40 % del valore complessivo dell'appalto, lasciando scegliere alle stazioni appaltanti la percentuale esatta.

Infine, viene, in qualche modo, "stabilizzato" il modello commissariale sperimentato con il "decreto Genova", essendo stato previsto, all'art. 4 del d.l., che per gli interventi strutturali ritenuti prioritari ed individuati con DPCM, il Presidente del Consiglio nomina uno o più Commissari straordinari, i quali per l'esecuzione degli interventi suddetti possono assumere direttamente le funzioni di stazione appaltante, operando in deroga alle disposizioni di legge in materia di contratti pubblici, fatto salvo il rispetto delle disposizioni del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al d.lgs. n. 159/11, nonché dei vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea.

3. L'ulteriore accelerazione impressa dall'emergenza pandemica alla tendenza derogatoria: il "decreto Semplificazioni"

Ulteriori segnali di una sorta di fuga dal regime ordinario del codice del 2016, o quantomeno di tentativo di semplificazione della complessa disciplina codicistica ricorrendo alla tecnica della deroga, già manifestatasi ante pandemia, si conferma e sembra addirittura consolidarsi nel corso dell'emergenza sanitaria: ne sia riprova l'intervento governativo di cui al D.l. n. 76/2020, convertito nella l.n. 120/2020, c.d. "decreto semplificazioni".⁸

⁸ Sul decreto semplificazioni cfr. amplius L. CARBONE, *Riflessioni a prima lettura dopo il c.d. "decreto semplificazioni"*, in www.federalismi.it, n. 30/2020; F. CINTIOLI, *Il decreto semplificazioni, gli appalti pubblici e il riparto di giurisdizione*, in www.federalismi.it, n.7/2021; D. CAPOTORTO, A. MASSARI, *Gli appalti pubblici dopo la conversione del decreto "semplificazioni"*, Rimini, 2020; V. SORDI, *Le principali modifiche e integrazioni recate in sede di conversione al d.l. semplificazioni*, in www.lamministrativista.it, 2020; F. CUSANO, *La complicata semplificazione della contrattualistica pubblica: poveri fiori, gemme de' prati, pur ieri nati, oggi morenti*, in www.federalismi.it, n. 13/2021; R.DE NICTOLIS, *Gli appalti pubblici dell'emergenza sanitaria*, Bologna, 2021; 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*, Piacenza, 2020; 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.; 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, 2020, n. 36, pp. 33 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.

In effetti, anche con tale d.l. in materia di appalti si introduce un significativo numero di misure derogatorie al regime codicistico, destinate ad operare in via temporanea fino al 31.12.2021, ed alcune più limitate misure a regime, volte, sia le prime che le seconde, ad imprimere un'accelerazione dei tempi di scelta del contraente e di conclusione del contratto, con qualche ricaduta anche con riferimento alla fase processuale successiva all'aggiudicazione.

La normativa temporanea riguarda l'aggiudicazione dei contratti pubblici sotto soglia (art. 1) e quelli sopra soglia (art. 2). Per gli appalti sotto soglia (art. 1), in deroga al codice degli appalti, sono previsti affidamenti diretti o procedure negoziate, mentre l'aggiudicazione ha luogo con il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa o del prezzo più basso. Si procede alla riduzione delle tipologie di affidamento, che passano da quattro (affidamento diretto, l'affidamento diretto previa consultazione del mercato, procedura negoziata senza pubblicazione di bando, procedura aperta) – a due, affidamento diretto e procedura negoziata senza pubblicazione di bando, più l'eventuale mantenimento della procedura aperta. In particolare, è previsto: a) affidamento diretto per lavori di importo inferiore a 150.000 euro e per servizi e forniture, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione, di importo inferiore a 75.000 euro; b) procedura negoziata, senza bando, di cui all'art.63 del d.lgs. n. 50/2016, previa consultazione di almeno cinque operatori economici, ove esistenti, nel rispetto di un 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, 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 euro e fino alle soglie di cui all'art. 35 del d.lgs n. 50/2016 e di lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 350.000 euro, ovvero di almeno dieci operatori per lavori di importo pari o superiore a 350.000 euro e inferiore a un milione di euro, ovvero di almeno quindici operatori per lavori di importo pari o superiore a un milione di euro e fino alle soglie di cui all'art. 35 del d.lgs n. 50/2016.

Per i contratti sopra soglia (art. 2), trovano, invece, applicazione procedure aperte, ristrette o procedure con negoziazione nei casi previsti dalla legge; tuttavia, in via derogatoria è prevista (art. 2, c. 3) la possibilità di ricorrere alla procedura negoziata di cui all'art. 63 del d.lgs n.50 per lavori, servizi e forniture nei settori ordinari e speciali nella misura strettamente necessaria derivante dall'urgenza connessa agli effetti della pandemia, ma soprattutto è altresì prevista, al comma 4, un'ampia deroga per l'affidamento di attività di direzione dei lavori, servizi e forniture, di ingegneria e architettura, nonché i settori dell'edilizia scolastica, universitaria, sanitaria e carceraria, le infrastrutture per la sicurezza pubblica, i trasporti, le infrastrutture stradali, ferroviarie, portuali, aeroportuali, lacuali ed idriche, nonché i contratti relativi alla transizione energetica o a questi collegati, facoltizzando le stazioni appaltanti ad operare in deroga ad ogni disposizione di legge diversa da quella penale, fatto salvo il

rispetto delle disposizioni del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, nonché dei vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea, ivi inclusi quelli derivanti dalle direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE, dei principi di cui agli articoli 30, 34 e 42 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 e delle disposizioni in materia di subappalto.

Nell'ambito della suddetta disciplina derogatoria un rilievo particolare è poi attribuito agli strumenti di accelerazione, identificati nella fissazione per legge (art. 1, c. 2 e 2, c. 1) di tempi massimi per l'aggiudicazione o l'identificazione definitiva del contraente, nettamente inferiori a quelli di solito impiegati. Il rispetto di tali termini è sanzionato con la responsabilità per danno erariale direttamente a carico del responsabile del procedimento; responsabilità, questa, che, attinente ad una attività omissiva, deve ritenersi implicante una colpa grave.

Nel pacchetto delle misure temporanee si inseriscono altresì le semplificazioni riguardanti le verifiche antimafia e le nuove disposizioni riguardanti i protocolli di legalità (art. 3, c. 7).

Particolarmente significativa la previsione di un ulteriore consolidamento della figura commissariale per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali: infatti all'art. 9 del decreto vengono introdotte norme volte a rivisitare in modo significativo le disposizioni introdotte con il d. l. n. 32/2019 con riferimento ai commissari straordinari. Il ricorso ai commissari straordinari sembra divenire un vero e proprio sistema generale ed alternativo all'amministrazione ordinaria, per il quale viene legittimata una deroga generalizzata alla disciplina del codice degli appalti. Che si tratti di un vero e proprio sistema sembra desumersi dal fatto che l'individuazione degli interventi infrastrutturali per i quali operare attraverso commissari straordinari, da effettuarsi con decreto del Presidente del Consiglio, su proposta del ministro delle infrastrutture, riguarda situazioni caratterizzate da un elevato grado di complessità progettuale, da una particolare difficoltà esecutiva o attuativa, da complessità delle procedure tecniche amministrative, ovvero che comportano un rilevante impatto sul tessuto socio-economico a livello nazionale, regionale o locale (art. 9, c. 1, lett. a). Clausole così ampie consentono, infatti, di ricomprendere nell'elenco delle iniziative da affidare a commissari straordinari opere di qualunque genere anche di rilievo meramente regionale o locale; per queste ultime avrà luogo con decreto del Presidente del Consiglio, previa intesa con i presidenti delle regioni interessate. Una disciplina di questo genere sembra destinata a perdere ogni riferimento significativo all'eccezionalità, che sola può giustificare l'intervento commissariale in deroga a quanto previsto dal codice degli appalti, salvi i limiti indicati nell'art. 9, c. 1, lett. b, e la stessa assunzione diretta da parte dei commissari delle funzioni di stazione appaltante, una sorta di tendenziale deroga per abbandono della vigente disciplina in tema di contratti pubblici.

Il che appare oltremodo rilevante, anche tenuto conto che il d.l. semplificazioni è intervenuto pure a novellare l'art. 323 c.p. sull'abuso d'ufficio (art. 23 d.l.)⁹, nonché ad introdurre una limitazione, ancorché a termine, della responsabilità erariale dei pubblici funzionari al solo dolo (art. 21 d.l.)¹⁰.

Quanto alla riscrittura dell'art. 323 c.p., la formula introdotta sembra depotenziarne in modo significativo l'ambito applicativo, ove si consideri che al posto della violazione di legge e di regolamenti introduce la violazione di specifiche (e quindi non generiche) regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge, sì da superare alcuni dei problemi connessi con l'applicazione della previgente disciplina (si pensi, ad es., alle difficoltà insorte a proposito della violazione delle linee guida vincolanti dell'ANAC, dal momento che alcune procure contestavano il reato di abuso d'ufficio ritenendo tali linee guida di natura regolamentare, mentre altre si astenevano dal farlo sul presupposto che le linee guida dovevano essere considerate atti di regolazione). Per non dire poi della precisazione alla stregua della quale dalle regole di condotta non devono residuare margini di discrezionalità: ciò significa, infatti, che l'esercizio della discrezionalità amministrativa, e cioè la scelta, nel concreto, delle modalità di perseguimento dell'interesse pubblico, non può costituire oggetto di sindacato ai fini della configurazione del reato che, al contrario, prende corpo solo quando la legge indichi una attività vincolata.

In ogni caso, vivaci critiche sono state sin da subito sollevate al d.l. semplificazioni dall'ANAC, che nelle sue osservazioni al testo del d.l. 76/2020 nelle more della conversione, ha espresso, in primo luogo, non poche perplessità sulla tecnica delle deroghe al regime ordinario degli appalti prescelta ancora una volta dal legislatore per adottare norme volte ad accelerare e semplificare le gare pubbliche sia sotto, sia sopra soglia. Ciò soprattutto avuto riguardo all'ampia deroga contenuta nel richiamato art. 2, comma 4: secondo l'ANAC, infatti “ *la scelta operata dal legislatore di derogare “ad ogni disposizione di legge diversa da quella penale” appare sproporzionata rispetto all’obiettivo di incentivare gli investimenti pubblici nel settore delle infrastrutture e dei servizi pubblici, nonché far fronte alle ricadute economiche negative a seguito delle misure di contenimento e dell’emergenza sanitaria globale del COVID-19* ”.¹¹

Critiche analoghe vengono sollevate dall'ANAC anche in relazione alla scelta dell'art. 9 del citato d.l. di attribuire ai Commissari straordinari, in relazione ad

⁹ Per un'analisi critica delle modifiche apportate dal “decreto semplificazioni” al reato di abuso d'ufficio si veda T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2020, 7-8, p. 1 ss.

¹⁰ Sulla limitazione del profilo soggettivo della responsabilità erariale cfr. L. CARBONE, *Riflessioni a prima lettura dopo il c.d. “decreto semplificazioni*, cit.

¹¹ Cfr. ANAC, *Esame e commento degli articoli del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76 «Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale» in tema di contratti pubblici, trasparenza e anticorruzione*, Roma 4.8.2020, in www.anticorruzione.it.

interventi infrastrutturali da individuare discrezionalmente da parte del Presidente del Consiglio, il potere di assumere direttamente le funzioni di stazione appaltante operando *“in deroga alle disposizioni di legge in materia di contratti pubblici, fatto salvo il rispetto dei principi di cui agli articoli 30, 34 e 42 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, nonché delle disposizioni del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, e dei vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea, ivi inclusi quelli derivanti dalle direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE, e delle disposizioni in materia di subappalto”*. Sul punto, l'ANAC, nel ricordare che dette previsioni in parte erano già contenute nel d.l. *“Sblocca-cantieri”* su cui l'Autorità aveva già prospettato la possibilità che le stesse potessero rivelarsi foriere di maggiori rischi di illegalità e *maladministration*, tipicamente connessi agli interventi emergenziali, ribadisce per le stesse ragioni la propria contrarietà all'utilizzo della figura del Commissario con poteri di deroga generalizzata sproporzionati e controproducenti.¹²

Peraltro, censure analoghe al d.l. semplificazioni sono state sollevate pure dall'UE, come è dato desumere dal Documento del 20.7.2021 predisposto dai servizi della Commissione UE che contiene la relazione sullo stato di diritto nel 2021 (capitolo sulla situazione in Italia); documento ancora *in itinere*, ma che, già allo stato, consente alcune riflessioni. Un primo dato sottolineato in sede comunitaria è che la pandemia da covid-19 ha aumentato significativamente il rischio che la criminalità si infiltri ulteriormente nell'economia legale tramite la corruzione ed i reati ad essa connessi. L'affermazione della Commissione UE si basa sulle informazioni ricevute dalla Polizia secondo cui *“i criminali hanno approfittato in particolare dell'acquisto di piccole imprese private come mezzo per facilitare altri reati connessi alla corruzione, quale il riciclaggio di denaro”*. Il documento UE punta poi al settore degli appalti pubblici ove il d.l. n. 76/20 ha introdotto un regime speciale per l'aggiudicazione dei contratti pubblici, le cui misure si concentrano su procedure rapide e aggiudicazioni dirette, o semplificate e su sanzioni su coloro che sospendono o rallentano l'aggiudicazione o l'esecuzione di lavori pubblici: *“tutti elementi questi che rischiano di facilitare la corruzione”*. A tale proposito nel documento si richiamano proprio le osservazioni critiche sopra citate dell'ANAC.

4. Il consolidamento, tra luci ed ombre, del modello derogatorio post emergenziale nel *“decreto Semplificazioni bis”*

Tali rilievi possono costituire una chiave di lettura anche dell'ultimo intervento del Governo *in subiecta materia*, adottato con il d.l. n. 77/2021 convertito in legge n.

¹² Ibidem.

108/2021, c.d. D.l. semplificazioni bis¹³, con cui l'Esecutivo, nel definire il quadro normativo nazionale finalizzato a semplificare ed agevolare la realizzazione degli obiettivi del PNRR, è di nuovo ricorso alla tecnica derogatoria.

In effetti, come noto, il nuovo D.l. semplificazioni bis, rispetto ai precedenti interventi, ha una sorta di "motore" aggiuntivo, in quanto si inserisce nel quadro del Piano nazionale di ripresa e resilienza, che a sua volta si inquadra nel programma eurounitario Next generation EU di complessivi 750 miliardi di euro, di cui l'Italia, come noto, è destinata a giovare della quota più significativa, pari a 191,5 miliardi c.d. Recovery Fund, cui si aggiungono 30,6 miliardi del Fondo complementare.

Come noto, il PNRR in materia di appalti pubblici ha prospettato un duplice intervento fondato su misure urgenti - una normativa speciale che rafforzi le semplificazioni già adottate con il d.l. 76/2020 e ne proroghi l'efficacia sino al 2023 da adottarsi entro maggio 2021, id est appunto il d.l. 77/21 - e su misure a regime; con particolare riguardo a queste ultime, 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 nuova 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. A tale riforma di ampio respiro si provvederà con la presentazione, entro la fine del 2021, di una nuova Legge Delega e, entro nove mesi dall'entrata in vigore della legge delega, all'adozione dei relativi Decreti Legislativi, ridisegnando in tal modo complessivamente la materia degli appalti pubblici. Dunque, il d.l. 77/21 costituisce il primo step di tale processo evolutivo che condurrà a breve alla nuova riforma del codice del 2016.

Ciò posto, il D.l. 77/01 interviene, tra l'altro, sulle seguenti direttrici di intervento: a) regime speciale semplificato per procedure relative ad investimenti pubblici finanziati con risorse del PNRR e del PNC; b) proroghe dei termini e modifiche di alcune disposizioni del D.L. n. 76/2020 e del D.L. n. 32/2019; c) modifiche al subappalto; d) modifiche dell'art. 29 del Codice (in tema di fascicolo virtuale dell'Operatore Economico O.E. e in tema di trasparenza).

Quanto al regime speciale semplificato introdotto dall'art. 48 del d.l. 77/21 per le procedure riguardanti investimenti pubblici finanziati con risorse del PNRR e del PNC, si prevede la possibilità di ricorrere alla procedura negoziata senza previa pubblicazione del Bando (di cui agli artt. 63 e 125 del Codice) quando per ragioni di estrema urgenza l'applicazione dei termini, anche abbreviati, può compromettere la realizzazione degli obiettivi o il rispetto dei tempi di attuazione del PNRR. La disposizione rappresenta indubbiamente una "*valvola di sicurezza*" che dovrebbe

¹³ Per ulteriori approfondimenti si rinvia a M. AGLIATA, *Nuove procedure dei contratti pubblici, dei contratti PNRR e PNC e degli interventi cofinanziati dai fondi strutturali dell'UE dopo il decreto semplificazioni bis*, Rimini, 2021; vedasi anche CAMERA DEI DEPUTATI, *Dossier sul provvedimento D.L. n. 77/21*, volumi I e II, in www.camera.it

comunque assicurare che si eviti di sfiorare rispetto ai serrati tempi di attuazione del Piano per evitare di perdere i fondi ad esso sottesi. Inoltre, per i medesimi contratti si contempla la possibilità dell'affidamento per la progettazione ed esecuzione dei lavori anche sulla base del progetto di fattibilità tecnica ed economica di cui all'art. 23, co. 3, del Codice, e l'assegnazione di un punteggio premiale per l'uso nella progettazione, dei metodi o degli strumenti elettronici previsti dall'art. 23, co. 1, lett. h), del Codice, demandando al Ministero delle Infrastrutture e della mobilità sostenibili di stabilire, con proprio provvedimento, le regole e specifiche tecniche per l'utilizzo dei metodi e strumenti tecnologici. Peraltro, nel caso di impugnazione degli atti relativi alle procedure di affidamento di cui al comma 1 dell'art. 48, il Nuovo Decreto Semplificazioni richiama poi l'applicazione dell'art. 125 del C.p.a., con la conseguenza che in sede di pronuncia del provvedimento cautelare, il Tar dovrà 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.

L'art. 50 del d.l. Semplificazioni bis, sulla fase di esecuzione dei contratti pubblici PNRR e PNC, prevede in primo luogo la possibilità di esercizio del potere sostitutivo in caso di inerzia nella stipulazione del contratto, nella consegna dei lavori o nella costituzione del collegio consultivo tecnico. Si dispone inoltre che la S.A. preveda nel bando o nell'avviso un premio di accelerazione per ogni giorno di anticipo e penali per il ritardato adempimento (calcolate in misura giornaliera tra lo 0,6 per mille e l'1 per mille dell'ammontare netto contrattuale - in deroga rispetto all'art. 113 bis del D.Lgs. n. 50/2016 che prevede come ammontare minimo lo 0,3 per mille - e con limite fissato al 20% dell'ammontare netto contrattuale).

Quanto poi alle proroghe dei termini e ad alcune modifiche del d.l. 76/20 (d.l. semplificazioni), per gli appalti sotto soglia, da un lato, viene prorogato il termine originariamente fissato al 31.12.2021, fissando quale nuovo termine per l'applicazione del regime semplificatorio per i sottosoglia il 30 giugno 2023; dall'altro, per forniture e servizi (ivi inclusi servizi di ingegneria e architettura) viene innalzato a 139.000 Euro il limite per l'affidamento diretto, anche senza consultazione di più operatori economici, nel rispetto dei principi di efficacia, efficienza ed economicità di cui all'articolo 30 del D.Lgs. n. 50/2016; inoltre, per i lavori oltre i 150.000 Euro e fino a un milione e per forniture e servizi (ivi inclusi servizi di ingegneria ed architettura) da 139 mila Euro fino alle soglie comunitarie, si prevede, la procedura negoziata con cinque operatori, mentre per i lavori di importo pari o superiore ad un milione e fino a soglia comunitaria l'invito viene limitato ad almeno dieci operatori (in luogo dei quindici originariamente previsto).

Anche per gli appalti sopra soglia, il termine del 31.12.2021 previsto all'art. 2, comma 1 del D.L. n. 76/2020, come conv. in L. n. 120/2020 viene traslato al 30 giugno 2023 (così come per le verifiche antimafia semplificate) e allo stesso termine vengono ancorate le deroghe di cui all'art. 8 comma 1 del D.L. Semplificazioni, segnatamente

in tema di (i) consegna dei lavori in via d'urgenza sempre consentita, (ii) sopralluogo obbligatorio solo ove strettamente indispensabile, (iii) applicazione generalizzata delle riduzioni dei termini procedurali per ragioni di urgenza e (iv) possibilità di prevedere affidamenti anche nel caso in cui questi non siano stati preventivamente inseriti in programmazione a condizione che si provveda ad aggiornare i documenti programmatori.

Invece, per proroghe termini e alcune modifiche del d.l. 32/19 (Sblocca cantieri), l'art. 52, in estrema sintesi, estende al 30 giugno 2023 il regime sperimentale di sospensione di alcune norme del codice dei contratti pubblici¹⁴, nonché stabilisce che fino al 30 giugno 2023 si applichi anche ai settori ordinari la norma prevista dall'art. 133, co. 8, del D. Lgs. n. 50, per i settori speciali, la c.d. "*Inversione procedimentale*" e, fino al 31 dicembre 2023 si sospendono (i) l'applicazione del comma 6 dell'articolo 105 e del terzo periodo del comma 2 dell'articolo 174 (relativi alla c.d. "*terna dei subappaltatori*"), nonché (ii) le verifiche in sede di gara, di cui all'articolo 80 del medesimo codice, in capo al subappaltatore.

In ordine al subappalto, nel DL Semplificazioni bis il Governo ha finalmente inteso intervenire sulla *vexata quaestio* del subappalto, non affrontata dal precedente Governo in sede di primo DL Semplificazioni, ma al centro dell'attenzione comunitaria sia nell'ambito della procedura di infrazione 2273/2018, sia in ragione delle due note Sentenze della CGUE 26 settembre 2019, resa nella causa C-63/18 e 27 novembre 2019, resa nella causa C-402/18. La correzione più rilevante riguarda il limite massimo alla facoltà di subappalto, su cui si è prevista una modifica bifasica: in una prima fase – dall'entrata in vigore del Decreto fino al 31 ottobre 2021 - il subappalto non potrà superare la quota massima del 50% dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi e forniture. Al contempo, intervenendo sul testo dell'art. 105 del D.Lgs. n. 50/2016, si prevede, a partire dall'entrata in vigore del suddetto decreto il divieto, a pena di nullità, di integrale cessione del contratto di appalto e l'affidamento a terzi dell'integrale esecuzione delle prestazioni o lavorazioni, nonché la prevalente esecuzione delle lavorazioni relative al complesso delle categorie prevalenti e dei

¹⁴ Si fa riferimento in particolare a: a) all'art. 37, comma 4 del D.Lgs. n. 50/2016, per i comuni non capoluogo di provincia, quanto all'obbligo di avvalersi delle modalità ivi indicate, limitatamente alle procedure non afferenti gli investimenti pubblici finanziati, in tutto o in parte, con le risorse previste dal Regolamento (UE) 2021/240 del Parlamento europeo e del Consiglio del 10 febbraio 2021 e dal Regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021, nonché dalle risorse del Piano nazionale per gli investimenti complementari di cui all'articolo 1 del decreto-legge 6 maggio 2021, n. 59 e con l'ulteriore previsione che nelle more di una disciplina diretta ad assicurare la riduzione, il rafforzamento e la qualificazione delle stazioni appaltanti, per le procedure afferenti alle opere PNRR e PNC, i comuni non capoluogo di provincia procedono all'acquisizione di forniture, servizi e lavori, oltre che secondo le modalità indicate dal citato articolo 37, comma 4, attraverso le unioni di comuni, le province, le città metropolitane e i comuni capoluoghi di province. b) all'art. 59, comma 1, quarto periodo, nella parte in cui vieta il ricorso all'affidamento congiunto della progettazione e dell'esecuzione di lavori; c) all'art. 77, comma 3, quanto all'obbligo di scegliere i commissari tra gli esperti iscritti all'Albo istituito presso l'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC).

contratti ad alta intensità di manodopera. Inoltre, si prevede che il subappaltatore debba garantire gli stessi standard qualitativi e prestazionali previsti nei contratti di appalto, ivi inclusa, l'applicazione dei medesimi contratti collettivi nazionali di lavoro. Dal 1° novembre 2021, invece, tramite una modifica anche in questo caso all'art. 105 del Codice, si prevede che verrà meno il limite generalizzato al subappalto, con l'obbligo per le Stazioni Appaltanti di indicare nei documenti di gara le prestazioni e le lavorazioni che non possono essere subappaltate e che, pertanto, devono obbligatoriamente essere eseguite dall'aggiudicatario, tenuto conto delle caratteristiche dell'appalto e dell'esigenza di rafforzare il controllo delle attività di cantiere e dei luoghi di lavoro e garantire una più intensa tutela delle condizioni di lavoro e di sicurezza dei lavoratori, tranne nel caso in cui il subappaltatore sia iscritto nelle *white list*, ovvero, nell'anagrafe antimafia.

Infine, vengono introdotte dall'art. 53 modifiche all'art. 29 del codice in tema di fascicolo virtuale dell'Operatore Economico O.E. e in tema di trasparenza. Su quest'ultimo profilo viene ampliato l'ambito di operatività degli obblighi di pubblicazione previsti dall'art. 29 del codice anche alla fase dell'esecuzione, nonché imposto che tutte le informazioni sugli atti delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori relativi alla programmazione, sulla scelta del contraente, sull'aggiudicazione e all'esecuzione di lavori, opere, servizi e forniture relativi all'affidamento di appalti pubblici di servizi, forniture, lavori e opere, di concorsi pubblici di progettazione, di concorsi di idee e di concessioni, compresi quelli tra enti nell'ambito del settore pubblico, siano gestite e trasmesse tempestivamente alla Banca Dati Nazionale dei Contratti pubblici dell'ANAC attraverso le piattaforme telematiche ad essa interconnesse.

Di particolare interesse, poi, quanto previsto dall'art. 53, comma 5, lett. d), che, modificando l'art. 81 del D.Lgs. n. 50/2016, prevede, in funzione della semplificazione degli adempimenti amministrativi a carico delle stazioni appaltanti, e della velocizzazione delle operazioni di verifica e controllo dei requisiti, che l'ANAC individui con proprio provvedimento, sentiti il Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili e l'AgID, i dati concernenti la partecipazione alle gare e il loro esito, in relazione ai quali è obbligatoria la verifica attraverso la Banca dati nazionale dei contratti pubblici, i termini e le regole tecniche per l'acquisizione, l'aggiornamento e la consultazione dei predetti dati nonché i criteri e le modalità relative all'accesso e al funzionamento della banca dati. Per di più, si prevede la creazione di un fascicolo virtuale dell'operatore economico presso la Banca dati nazionale dei contratti pubblici, nel quale sono presenti i dati di cui al comma 2 per la verifica dell'assenza di motivi di esclusione di cui all'art. 80 del codice, l'attestazione di cui all'art. 84, comma 1, del codice (SOA), per i soggetti esecutori di lavori pubblici, nonché i dati e documenti relativi ai criteri di selezione di cui all'art. 83 del codice che l'operatore economico carica. Il fascicolo virtuale dell'operatore economico è utilizzato per la partecipazione alle singole gare. I dati e documenti

contenuti nel fascicolo virtuale, nei termini di efficacia di ciascuno di essi, possono essere utilizzati anche per gare diverse. In sede di partecipazione alle gare l'operatore economico indica i dati e i documenti relativi ai requisiti generali e speciali di cui agli artt. 80, 83 e 84 del codice, contenuti nel fascicolo virtuale per consentire la valutazione degli stessi alla stazione appaltante.

Trattasi di novità rilevante e di oggettivo interesse, in quanto il fascicolo diviene una sorta di identikit ufficiale informatico dell'operatore economico, ma occorrerà vedere come verrà attuata e se si dimostrerà uno strumento idoneo a snellire la (spesso travagliata) fase di verifica dei requisiti, su cui, come noto, s'innestano varie problematiche (si pensi, ad es., a quella delle misure di *self cleaning* degli amministratori, volte a scongiurare la sanzione di esclusione dalla gara ove l'amministrazione aggiudicatrice può dimostrare, con mezzi adeguati, che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità).

5. Verso la “normalizzazione” dell’eccezione a regola negli appalti pubblici post covid?

Come evidenziato nell'ultima Relazione annuale al Parlamento dell'ANAC¹⁵, lo stato del *public procurement* in Italia ha, *in primis*, un punto di debolezza nel codice dei contratti pubblici, che costituisce “*un cantiere sempre aperto*”: infatti, non solo dalla sua approvazione nel 2016 a oggi ha subito numerose correzioni derogatorie, ma finisce per rappresentare un'opera incompiuta, ove sol si consideri la mancata attuazione di elementi essenziali, quali la qualificazione delle stazioni appaltanti e la digitalizzazione. Quanto al primo profilo, le SS.AA. sono, allo stato, circa 32 mila, un numero abnorme e tale da non poterle dotarle delle competenze tecniche e giuridiche necessarie per gestire le procedure complesse e operare controlli efficaci; per di più, come risulta ancora dalla Relazione ANAC, nell'ultimo quadriennio le centrali di committenza, deputate a bandire le gare per conto di altre amministrazioni, hanno ridotto la propria attività dal 14% al 10% del totale (dal 32% al 25%, in termini di volumi). Né, al riguardo, il d.l. n. 77/21 si premura di supportare l'implementazione del sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti previsto dal codice, limitandosi a prevedere solo un ruolo consulenziale di Consip “a chiamata” volontaria delle amministrazioni.

Viceversa, sul fronte della digitalizzazione, l'ANAC apprezza lo sforzo operato dal d.l. n. 77/21, rispetto all'obiettivo di informatizzare l'intero iter del contratto pubblico. In tal senso, il fascicolo virtuale dovrebbe consentire, secondo ANAC, alle stazioni appaltanti di verificare i requisiti di partecipazione alle gare in modo

¹⁵ ANAC, *Relazione annuale al Parlamento per l'anno 2020*, in www.anticorruzione.it

agevole, potendo trarre informazioni aggiornate senza dalla banca dati nazionale dei contratti pubblici, il cui potenziamento è previsto dal Pnrr e che costituisce uno strumento di semplificazione e di trasparenza. Ciò, *a fortiori*, in un contesto in cui, come sopra evidenziato, si è venuto consolidando un modello derogatorio non solo degli affidamenti diretti, aumentati del 242% nel secondo semestre del 2020 per i lavori fino a 150 mila euro, ma pure della procedura negoziata senza bando di gara, che nell'impianto codicistico è strumento eccezionale, ma nello stesso periodo (II semestre 2020) è stata utilizzata in più di tre gare su quattro nella fascia di importo tra i 150 mila euro e 1 milione di euro e in oltre la metà dei casi per la fascia superiore.

E' evidente, ancora secondo l'Autorità anticorruzione, come il tendenziale consolidamento di tale modello rechi con sé l'alta probabilità che le scelte effettuate dalle stazioni appaltanti siano opache e si concentrino nelle mani di pochi operatori più forti e strutturati, a discapito di altri ugualmente meritevoli.

In definitiva, le misure derogatorie introdotte dal d.l. 77/21 - che alzano l'importo degli affidamenti diretti sotto soglia, prevedono procedure negoziate rapide per le opere finanziate con risorse del PNRR ed ampliano notevolmente, dal 1 novembre 2021, il ricorso al subappalto eliminandone il limite del 50% -, sembrano destinate a rafforzare il modello semplificato-derogatorio sperimentato nella fase ante e post covid, con l'effetto di finire per "normalizzare" l'eccezione a regolazione ordinaria in luogo di quella prevista nel codice del 2016, ancora incompiuta.

Ragion per cui, nella prospettiva della prossima riscrittura *in itinere* del codice degli appalti pubblici, l'esigenza di efficienza ed efficacia dell'azione pubblica connessa all'implementazione del PNRR, attraverso la semplificazione e riduzione della complessità della disciplina "vigente" in materia appaltistica, dovrà trovare un adeguato bilanciamento con quella di trasparenza sul sistema degli appalti pubblici e di prevenzione della corruzione¹⁶, per evitare che se ne acuisca il rischio infiltrativo, ancor più concreto in un contesto di immissione di risorse pubbliche pressochè senza precedenti.

¹⁶ Sul rapporto tra contratti pubblici e corruzione si vedano B.G.MATTARELLA, *Disciplina dei contratti pubblici e prevenzione della corruzione*, in AA.VV., *La nuova disciplina dei contratti pubblici* cit., 2016; G. DI GASPARE, *Appalti e criminalità organizzata*, op. cit.; V. FERRARIS, *La vulnerabilità degli appalti pubblici*, in L.SCOMPARIN (a cura di), *Corruzione e infiltrazioni criminali negli appalti pubblici*, Torino, 2020; V.FERRARIS, L. SCOMPARIN, *Gli appalti pubblici tra criminalità organizzata e corruzione: il quadro normativo*, ivi; C.MAZZA, *Il sistema di prevenzione e controllo negli appalti pubblici*, ivi; G.M.RACCA, S.PONZIO, *La nuova disciplina sui contratti pubblici e il contrasto alla corruzione*, ivi; L.COLANGELO, *Le peculiarità del sistema italiano della prevenzione della corruzione nelle gare di appalto alla prova dei principi europolitani. Un problema di enigmistica giuridica*, in A.PERTICI, M.TRAPANI (a cura di), op. cit.; A.FIORITTO, *Contratti pubblici e prevenzione della corruzione*, ivi; M.LUNARDELLI, *Il procedimento a evidenza pubblica come strumento di prevenzione della corruzione*, ivi.