

I QUADERNI DELLA RIVISTA
AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

AGOSTO 2022

IL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI SECONDO GLI OPERATORI

UN'INDAGINE SUL CAMPO

A CURA DI
A.LA SPINA - B.G. MATTARELLA



RIVISTA ELETTRONICA DI DIRITTO PUBBLICO, DI DIRITTO
DELL'ECONOMIA E DI SCIENZA DELL'AMMINISTRAZIONE

A CURA DEL
CENTRO DI RICERCA SULLE AMMINISTRAZIONI PUBBLICHE
"VITTORIO BACHELET"

DIREZIONE: PROF. GIUSEPPE DI GASPARE -
PROF. BERNARDO GIORGIO MATTARELLA

RIVISTA REGISTRATA PRESSO IL TRIBUNALE DI ROMA IN DATA 29/12/2005,
N. 542/2005
CODICE ISSN 2038-3711
COPYRIGHT 2015 LUISS GUIDO CARLI
VIALE POLA 12
00198 ROMA ITALY

INDICE

Presentazione di Bernardo Giorgio Mattarella	1
I contratti pubblici di fronte alle sfide odierne di Antonio La Spina	3
Il codice dei contratti pubblici in Italia tra obiettivi di semplificazione, criticità e procedure d’acquisto in emergenza di Valentina Marano	16
Le fasi più critiche nelle procedure di gara: l’e-procurement può migliorare l’efficienza e la qualità nel ciclo degli acquisti? di Ginevra Giannattasio	35
La burocrazia difensiva fenomeno astratto o minaccia concreta? Cosa ne pensano gli operatori economici e le stazioni appaltanti di Monica Dell’Atti	73
Il “complesso” ruolo del Responsabile Unico del Procedimento nelle procedure ad evidenza pubblica di Martina Cardone	93

Presentazione

di Bernardo Giorgio Mattarella

Il dibattito sui contratti pubblici è sempre molto intenso e la letteratura in materia è sempre abbondante, sostenuta dall'importanza della contrattualistica pubblica sul piano economico e alimentata da una continua produzione normativa, i cui difetti sono noti. Si tratta, però, di un dibattito e di una letteratura che si basano sulle norme, sulla giurisprudenza e sulle esperienze e impressioni dei commentatori. È raro che vengano interrogati gli operatori, impegnati nelle stazioni appaltanti e nelle imprese contraenti, e che vengano raccolte le loro valutazioni sulle norme e sulla loro attuazione. Con la ricerca, della quale questo fascicolo raccoglie i risultati, si è fatto proprio questo: si è somministrato un questionario a un numero rilevante di operatori, sia sul versante pubblico sia su quello privato.

Sul versante pubblico, il questionario è stato sottoposto a oltre cinquemila funzionari pubblici impegnati nell'attività contrattuale della pubblica amministrazione, in massima parte con funzioni di responsabile unico del procedimento, nei diversi settori: lavori, forniture, servizi, centrali di committenza. Sul versante privato, il questionario – con poche variazioni rispetto a quello rivolto ai funzionari pubblici – è stato sottoposto a oltre duecento operatori economici, di diverse aree geografiche e dimensione, operanti principalmente nel settore dei lavori pubblici e, in misura più ridotta, dei servizi e delle forniture.

La consultazione è stata resa possibile dalla collaborazione del Centro Bachelet della Luiss Guido Carli con la Conferenza delle regioni e delle province autonome, con Confindustria e con l'Associazione nazionale costruttori edili, che hanno finanziato la ricerca e contribuito alla definizione del questionario. La piattaforma informatica per la somministrazione del questionario è stata predisposta dall'Istituto per l'innovazione e trasparenza degli appalti e la compatibilità ambientale (Itaca).

Il questionario, costituito da una ventina di domande, alcune a risposta multipla e altre a risposta aperta, richiedeva ai soggetti interpellati una valutazione della disciplina in materia di contratti pubblici, anche alla luce delle modifiche intervenute fino alla primavera 2020, e dei principali problemi applicativi, sollecitando le loro opinioni su alcuni temi oggetto di frequente dibattito, come il ruolo dell'Autorità nazionale anticorruzione – Anac, la digitalizzazione delle procedure contrattuali, l'impatto della disciplina in materia di prevenzione della corruzione, la “paura della firma” e le norme sull'impatto dei gravi illeciti professionali. Li sollecitava anche a indicare le fasi

più delicate delle procedure contrattuali e i principali fattori di rallentamento e di suggerire proposte per rendere più efficace l'attività contrattuale delle amministrazioni.

I risultati della rilevazione, anche in considerazione del campione particolarmente significativo, sono di grande interesse, anche a distanza di due anni dalla rilevazione, sia nella parte in cui le risposte dei funzionari pubblici e degli operatori privati tendono a convergere, sia nella parte in cui si rilevano differenze. Il presente fascicolo riporta questi risultati, insieme ai commenti delle studiose che hanno elaborato le risposte: Valentina Marano, che è concentrata sulla disciplina normativa e sul ruolo dell'Anac; Ginevra Giannattasio, che ha esaminato le fasi più importanti delle procedure contrattuali e le prospettive dell'*e-procurement*; Monica Dell'Atti, che si è occupata dei fattori di rallentamento e, in particolare, degli incentivi negativi connessi che danno luogo alla "burocrazia difensiva"; e Martina Cardone, che ha approfondito la figura del responsabile unico del procedimento, valutando i profili critici e le prospettive di riforma. I loro commenti sono preceduti da un testo introduttivo di Antonio La Spina, che colloca l'indagine nell'attuale contesto e nel quadro di considerazioni generali sull'attività contrattuale delle pubbliche amministrazioni.

Nella fase attuale, che potrebbe vedere un'opera di razionalizzazione e semplificazione normativa, a seguito della legge delega per la revisione della disciplina dei contratti pubblici recentemente approvata dal Parlamento, i testi qui raccolti possono offrire un utile contributo di informazione e riflessione.

I contratti pubblici di fronte alle sfide odierne

di Antonio La Spina

Sommario: 1. Spendere risorse pubbliche nell'attuale fase storica. – 2. La rilevazione empirica. – 3. Allentamento o razionalizzazione? – 4. Vincoli esterni. – 5. Il dibattito pubblico e la giustificazione degli interventi.

1. Spendere risorse pubbliche nell'attuale fase storica

Il settore pubblico alloca risorse finanziarie di enorme portata. Lo fa – o dovrebbe farlo – secondo obiettivi e politiche che a loro volta si suppone provochino effetti virtuosi nella società e nell'economia, il che avviene, tra l'altro, sia anticipando con propri investimenti alcune innovazioni, sia fornendo beni e servizi che il mercato non offrirebbe (o offrirebbe a condizioni meno vantaggiose per la collettività, o più inique rispetto alle categorie svantaggiate), sia inducendo o comunque favorendo modifiche di certi comportamenti da parte dei consociati. Spendere denaro è dunque soltanto uno dei modi in cui si possono perseguire finalità pubbliche. Inoltre, la spesa si incanala in molteplici direzioni, tra cui quella della remunerazione del personale dipendente delle amministrazioni. In questa sede è tuttavia sulla spesa impiegata in contratti pubblici per opere e forniture che in particolare occorre soffermarsi.

Se le coordinate riguardanti i contesti di intervento cui ci si riferisce (si pensi agli andamenti concernenti tra le altre cose la demografia, il ciclo economico, le modalità produttive, l'occupazione, la povertà e l'esclusione, la finanza pubblica, l'allarme sociale, la criminalità, le tecnologie e la loro diffusione, gli effetti dei media, l'ambiente naturale, gli scenari internazionali) sono relativamente stabili e prevedibili, si presume che anche ciò che ci si aspetta dal settore pubblico possa essere individuato in modo affidabile, sicché in linea teorica si potranno stabilire e dimensionare di conseguenza le opere e le forniture necessarie, tramite previsioni attendibili e non solo di breve periodo. L'opposto invece dovrebbe verificarsi quando le suddette coordinate vanno alterandosi rapidamente e profondamente, il che è notoriamente quanto accade nella situazione odierna. Si pensi alla necessità, finalmente avvertita, di ridurre l'impatto ambientale in genere, e le emissioni che alterano il clima in particolare; o alla percezione diffusasi dopo lo scoppio della pandemia della possibilità e dell'opportunità di far ricorso a modalità sia lavorative sia di fruizione dei servizi delle pubbliche amministrazioni che riducono drasticamente, ove possibile, gli spostamenti verso spazi

fisici (quali uffici, stabilimenti di produzione, etc.) e la permanenza al loro interno, con conseguenti ricadute sul ridimensionamento degli edifici e delle cubature occorrenti, sul minore e più innovativo utilizzo del sistema dei trasporti, ancora una volta sulle emissioni, e così via; oppure alle tensioni geopolitiche, ivi compresa l'aggressione subita dall'Ucraina, con le conseguenze immediate sulla necessità di velocizzare drasticamente la riduzione della dipendenza dagli approvvigionamenti di energia fossile, sul potenziamento delle fonti alternative, sulla riduzione dei consumi, sui prezzi in genere e nello specifico su quelli delle prestazioni oggetto di contratti pubblici; o si pensi ancora agli avanzamenti nelle modalità tecnologiche e produttive (come le lavorazioni anche di precisione teleguidate a distanza, o programmate in modo da procedere senza bisogno di una sorveglianza umana, i robot, l'internet delle cose, le stampanti tridimensionali e così via).

Certe infrastrutture, certe forme di approvvigionamento, certi macchinari vanno diventando o sono già diventati in tutto o in parte obsoleti. Che, poniamo, una data opera o una data attrezzatura abbiano un'elevata utilità può ben apparire fuori discussione quando le coordinate di riferimento sono relativamente stabili. In tal caso, a fronte di una scarsità delle risorse e quindi di una necessaria scelta tra i loro possibili utilizzi reciprocamente alternativi, si pone caso mai soltanto il problema di selezionare quelli cui destinare i fondi disponibili. Invece, in regime di obsolescenza accelerata di molti strumenti di intervento bisogna anzitutto domandarsi se ciò che si intende realizzare o acquistare oggi non potrà essere presto – o già adesso – sostituito in tutto o in parte da soluzioni complessivamente meno dispendiose, tecnologicamente molto più avanzate, meno distruttive per l'ambiente, più efficaci, e così via.

Il che non significa, peraltro, che il settore pubblico debba sempre rincorrere l'ultimo grido delle strumentazioni tecnologiche, come potrebbero permettersi e in alcuni casi – certo non sempre – decidono di fare coloro che pagano di tasca propria. La valutazione della convenienza deve riguardare certamente l'importo della spesa che si mette in cantiere rispetto alle finalità manifeste più intuitive del suo impiego, ma anche le ricadute dello stanziamento e dei suoi vari possibili impieghi alternativi sulle diverse categorie di cittadini, sulle diseguaglianze, sull'ambiente.

Alcuni errori sono certamente evitabili e alcune strade appaiono ragionevolmente promettenti. Ma, visto che le carte vengono continuamente rimescolate, talora in effetti più che di aspettative pienamente fondate si potrebbe parlare di scommesse su certi esiti, i quali poi potrebbero non materializzarsi. In situazioni del genere alla rapidità e alla spasmodica tensione verso la realizzazione potrebbe essere non di rado preferibile la riflessione, quando non l'astensione da scelte che suscitano soverchie perplessità. Da ciò ovviamente non segue affatto che gli investimenti pubblici siano da evitare, quanto piuttosto che occorre concentrarsi su quelli che appaiono sorretti dalle ragioni più robuste.

Spesso quando si pensa ai contratti pubblici, soprattutto in certi paesi, vengono per un verso in mente i casi di corruzione e per altro verso le inefficienze (lentezze, sprechi, incompiute, etc.). Certamente le due cose possono essere correlate tra loro, oppure no. Ad esempio, dopo aver avviato un cantiere talvolta si può tirare in lungo per ottenere varianti o rifinanziamenti che in realtà stanno in rapporto con le esigenze del malaffare. Nondimeno, la causa delle lentezze potrebbe essere, all'inverso, piuttosto dovuta a controlli penetranti, dettagliati (magari in qualche caso eccessivi) volti proprio a evitare l'uso allegro del denaro pubblico. Un'opera che resta incompiuta potrebbe essere vittima di lungaggini durante le quali i costi originariamente preventivati lievitano fino a diventare insostenibili, ovvero al contrario essere il risultato di accordi sottobanco tra soggetti ai quali in realtà non interessa completarla, quanto piuttosto spartirsi via via parte delle risorse a essa destinate. Una spesa poco utile, o esagerata, potrebbe essere dettata soltanto da sciatteria, oppure da ragioni peggiori. E così via.

La questione prioritaria (logicamente e si presume anche cronologicamente) però concerne proprio la scelta di ciò che si intende fare. I quesiti più importanti riguardano tale passaggio iniziale. Un dato impiego del denaro pubblico, al quale si sta pensando, ha un'utilità elevata? Quanta? Per chi? Quali eventuali svantaggi comporta? Le risorse che si possono approntare saranno sufficienti per portarlo a buon fine? Vi sono loro usi alternativi più vantaggiosi? Ad esempio, talvolta anziché realizzare edifici nuovi (o magari trasferire risorse a privati facoltosi per investimenti in ambito edilizio, che costoro potrebbero piuttosto sostenere con risorse proprie) potrebbe essere più opportuno che alcune amministrazioni riqualifichino propri immobili già esistenti. Le risposte ai suddetti quesiti basilari vengono poi a essere ulteriormente complicate nella situazione odierna, prima evocata, di costante e incalzante riconfigurazione delle coordinate di riferimento. Eppure, non è detto che il cruciale momento iniziale in cui si sceglie ciò che si intende fare in concreto sia sempre oggetto di tutta l'attenzione che merita¹. Infatti, qualcuno potrebbe dare per scontato che certi impegni di spesa siano giustificati e anzi necessari, senza problematizzarli, sicché tutte le preoccupazioni andrebbero destinate ai passaggi successivi, quali la selezione del contraente e l'effettivo impiego delle risorse. La scelta dell'intervento su cui impiegare concretamente i fondi disponibili, a meno che esso non sia già vincolato, attiene sovente alla sfera delle decisioni discrezionali fondate su considerazioni di opportunità discendenti dall'indirizzo politico. È comunque possibile – anzi doveroso – esplicitare e discutere i criteri che ispirano tale scelta. Privilegiare utilizzi sensati, corrispondenti a esigenze reali, caratterizzati da un buon rapporto tra costi ed efficacia significa partire con il piede giusto, anche se

¹ Ad avviso di A. BIANCHI, R. COLAIZZO, A.V. DI MICHELE, *La realizzazione delle opere pubbliche nel Recovery Plan, Amministrazione in cammino*, 19 marzo 2021, pp. 3 e 4 ciò varrebbe in particolare in Italia, ove non si è abituati ad affrontare tale passaggio, dal quale dipende tutto il resto, secondo l'approccio del *project cycle management*.

poi in concreto si andrà incontro a difficoltà operative e ostacoli impreveduti o non si riuscirà a generare tutti i benefici attesi. Se invece fin dal primo momento ci si dedicasse a investimenti poco utili, eccessivamente dispendiosi, o comunque non giustificabili di fronte a un'attenta analisi, anche qualora i passaggi procedurali e gli avanzamenti di spesa andassero avanti in modo abbastanza regolare e spedito, in ipotesi si starebbero comunque sprecando opportunità e immobilizzando risorse che sarebbe stato possibile e doveroso destinare meglio.

2. La rilevazione empirica

Com'è noto, nella comunicazione mediatica quando si parla di contratti pubblici si punta spessissimo l'attenzione sulla scelta del contraente da parte delle pubbliche amministrazioni. Per un verso, infatti, questa potrebbe comportare conseguenze negative – in sede penale, contabile, civile, disciplinare – per chi la compie, sicché tende a insorgere un dispiegamento di cautele e ritrosie, foriere di ritardi, di immobilismo, di decisioni dettate più dalla volontà di minimizzare i rischi per chi le adotta che dalla ricerca dell'offerta migliore nella prospettiva dell'interesse generale. Per altro verso, certe aggiudicazioni potrebbero piuttosto scaturire da accordi o prassi volti a sottrarre parte del denaro pubblico alla sua destinazione naturale, a vantaggio di soggetti che approfittano in vario modo della situazione. Eppure, guardando meglio all'iter che conduce alla realizzazione di un'opera pubblica completa e funzionante ci si accorge che i ritardi (e intuibilmente anche molte occasioni di corruzione) si sviluppano in misura ben maggiore nella fase precedente, nonché in quella successiva alla scelta del contraente². Pertanto, si può ritenere che su questo pur assai importante passaggio venga posta talvolta un'enfasi sproporzionata rispetto al suo peso relativo.

Fatta questa doverosa premessa, è peraltro indubbio che si debba attribuire la massima importanza al punto di vista di coloro che, ciascuno per la propria parte, sono chiamati a dare attuazione alle decisioni di spesa nell'ambito dei contratti pubblici. Al riguardo sono pertanto di grande utilità apposite indagini empiriche volte a dar voce a tali punti di vista, che possono fornire notevoli spunti sia per valutare il grado di attuazione e il successo delle politiche pubbliche esistenti, sia per suggerire eventuali revisioni e innovazioni. Questa esigenza è stata colta dalla Conferenza delle regioni e delle province autonome che, insieme a Confindustria e all'Associazione nazionale dei costruttori edili, ha promosso la rilevazione delle opinioni di un gran numero di responsabili unici del procedimento (RUP) in molte amministrazioni pubbliche, per un verso, e di alcune imprese, per

² Per ben più di un terzo del tempo in quella di progettazione, per più della metà in quella di attuazione e soltanto per un decimo in quella della scelta, con una durata complessiva di quasi dieci anni in media per le opere il cui importo si aggira intorno ai 50 milioni di euro (secondo quanto riportato in Bianchi *et al.*, op. cit., pp. 1-2, su dati dell'Agenzia della coesione territoriale).

altro verso³. Da tale sforzo conoscitivo, cui ha partecipato anche il Centro di ricerca V. Bachelet della Luiss, prendono le mosse vari scritti tra quelli raccolti nel presente fascicolo.

3. Allentamento o razionalizzazione?

Il Codice dei contratti pubblici approvato nel 2016 ha subito fin dal primo momento critiche e resistenze, tant'è che già appena un anno dopo veniva emanato un primo decreto legislativo cosiddetto correttivo, cui sarebbe seguite tante altre modifiche. Secondo alcune obiezioni frequentemente circolanti il codice portava con sé eccessive complicazioni e una proliferazione di normative secondarie, ivi incluse le Linee guida dell'Anac, sicché sarebbero stati inevitabili incrementi dei ritardi e del contenzioso⁴. In effetti, però, le cose non sono andate esattamente così. Soprattutto, gran parte della versione originaria del Codice non ha mai trovato concreta applicazione, sia perché alcune sue previsioni sono state modificate e depotenziate, sia perché l'operatività di alcune tra le più incisive (quali quelle riguardanti la riduzione delle stazioni appaltanti e il potenziamento della loro qualificazione, o i requisiti dei componenti le commissioni di gara e il relativo albo, o la richiesta di avvalersi, in presenza di certe condizioni, delle centrali di committenza) è stata sospesa fino a scadenze non di rado poi ulteriormente rinviate. In linea teorica, un impegno di gran lunga superiore all'usuale, qual è quello di varare un Codice, dovrebbe avere come esito, nel settore normativo cui esso si riferisce, l'inaugurazione di un periodo di maggiore certezza e di relativa stabilità (dovute allo sforzo sistematico e all'opera di riordino che la redazione di un nuovo codice presuppone). Non è certo questo ciò che è avvenuto. Vero è che, come già detto, in questo caso il Codice non racchiudeva in sé tutta o quasi tutta la materia, essendo prevista la produzione di una quantità di normative secondarie. Ma è pure vero che l'instabilità è stata e ha continuato a essere

³ Una presentazione di alcuni risultati aggregati della rilevazione si trova qui: http://www.regioni.it/cms/file/Image/upload/2020/webinar_opere_publiche_09122020/Presentazione_risultati_ricerca_09122020.pdf. Una scheda di sintesi di esiti prodotti dal gruppo di ricerca (Contratti pubblici: la parola agli operatori), riguardante anche alcune correlazioni tra le risposte e, rispettivamente, l'età per i rup e la dimensione economica per le imprese, si trova qui: <http://www.regioni.it/comunicato-stampa/2020/12/09/conferenza-delle-regioni-e-delle-province-autonome-confindustria-anceindagine-su-infrastrutture-e-contratti-pubblici-codice-appalti-rallenta-investimenti-serve-semplificazione-624190/> (per entrambi i testi ultimo accesso 19 maggio 2022). A uno sguardo d'insieme, i rispondenti hanno espresso giudizi critici circa la normativa in tema di contratti pubblici allora vigente (la compilazione dei questionari ha avuto luogo nei primi mesi del 2020). Guardando però – come è incline a fare chi scrive – più nel dettaglio (cfr. la predetta nota di sintesi) si evince che tali giudizi si distribuiscono in modo alquanto diversificato. Quanto ai rup, ciò avviene a seconda dell'età, nel senso che più questa cresce più si diventa critici e si diffida, ad esempio, di soluzioni quali un maggior ricorso alle centrali di committenza, o un maggior uso dell'informatica, o una restrizione della discrezionalità, che invece vengono valutate più positivamente via via che l'età scende. Quanto alle imprese, vi sono differenze analoghe tra quelle dotate di un fatturato più elevato e quelle di piccole dimensioni, nel senso che, stante una diffusa insofferenza dichiarata per le lentezze e le inefficienze delle amministrazioni, le prime sono relativamente più favorevoli alla valorizzazione delle centrali di committenza e a modalità di scelta del contraente più competitive.

⁴ Sulla sequenza di revisioni e deroghe al codice del 2016 (tra cui in particolare quelle introdotte con i decreti-legge del 2019 c.d. “sblocca cantieri”, 76/2020 e 77/2021), che in atto stiamo ancora vivendo, P. ROSSI, *Gli appalti pubblici pre e post Covid: luci ed ombre del consolidamento del ‘modello’ derogatorio*, in *Amministrazione in cammino*, 29 ottobre 2021.

ancor di più il frutto di una sequenza di frequenti modifiche parziali e deroghe reiterate. Queste a seconda dei casi hanno via via riguardato, tra le altre cose, la facilitazione del ricorso ai subappalti, la riduzione dei termini per il completamento di alcune fasi procedurali, la possibilità di operare in deroga alle normative vigenti (a eccezione di quelle ricadenti nell'ambito penale, ove peraltro si è avuta una netta restrizione dello spazio di applicazione del reato di abuso d'ufficio), l'innalzamento delle soglie al di sotto delle quali è consentito ricorrere ad affidamenti diretti e in genere la rimozione di argini nei confronti di modi di procedere caratterizzati da limitazioni o esclusioni dell'apertura e della competitività. Tali indicazioni normative talora denominate "correttive" (che in realtà hanno toccato aspetti non già marginali, bensì sostanziali) sono state giustificate dall'intento di rendere più agevoli e spedite tanto la conclusione e l'attuazione dei contratti, quanto la risposta a certe situazioni di emergenza, con un corrispondente incremento del rischio che si verificchino sprechi, o peggio che abbia luogo una penetrazione di interessi criminali.

Va pur detto che vi sono stati alcuni fatti eccezionali, i quali hanno comprensibilmente dato ulteriori impulsi nella direzione della velocizzazione. Il primo è stato il crollo del ponte Morandi a Genova, cui ha fatto seguito una ricostruzione realizzatasi in tempi eccezionalmente rapidi rispetto a quelli che di norma si riscontrano in Italia, propiziati sia da certe scelte vincolate inerenti alla progettazione (che discendevano dal mantenimento di una serie di elementi essenziali della struttura precedente), sia da previsioni normative apposite che hanno fatto leva sul commissariamento. Molti hanno quindi guardato a questa esperienza di successo del tutto peculiare e in effetti non integralmente replicabile come a un modello suscettibile di essere seguito in via generale.

La seconda circostanza eccezionale, di più vasta portata, è derivata dall'esplosione della pandemia Covid-19, cui hanno poi fatto seguito gli interventi dell'Unione Europea con le tempistiche e i vincoli relativi. Stanti la necessità di prevedere il completamento delle opere inserite nel Piano nazionale di ripresa e resilienza (Pnrr) entro scadenze assai ravvicinate per lo standard italiano, nonché quella di adottare, sempre a seguito degli impegni presi con le istituzioni dell'UE, riforme in ambiti attinenti agli interventi programmati, ciò imporrebbe per un verso di orientarsi su opere che si prestino a venir ultimate nei tempi prestabiliti, e per altro verso di dedicarsi a provvedimenti normativi di ampia portata, tali da spianare la strada alle opere medesime.

L'allentamento dei freni è dipeso quindi da una pluralità di esigenze, che richiedevano di rispondere a sfide anomale, tra l'altro facendo lavorare e pompando il settore edile, il quale avrebbe potuto fare da traino (come infatti è avvenuto) in una prima fase di crescita sostenuta del prodotto interno lordo post-Covid. V'è però da chiedersi, volta per volta, se una reazione congiunturale a

situazioni che sono fuori dall'ordinarietà possa poi continuare a restare in piedi quale assetto normativo a regime, peraltro in un paese afflitto da potenti e insidiose organizzazioni criminali⁵.

Al di là delle lentezze e incertezze nelle procedure di gara, come già accennato è ampiamente noto che in buona parte le criticità hanno origine a monte, nella progettazione delle attività e dei risultati da raggiungere, così come nella predisposizione dei passaggi volti a consentire l'aggiudicazione, per poi ripresentarsi a valle durante l'esecuzione dei contratti. Prima ancora, però, occorre porsi il problema, spesso poco considerato in Italia, dei criteri per l'individuazione degli interventi da programmare, già accennato *supra* nel par. 1.

Anche ipotizzando dipendenti totalmente impermeabili a tentazioni illecite – cosa che sovente, sebbene non sempre, potrebbe essere realistica –, è facile capire che se le stazioni appaltanti sono svariate migliaia diventa impossibile che in ciascuna di esse operi quella pluralità di soggetti dotata delle approfondite e diversificate competenze necessarie per guidare appropriatamente dall'inizio alla fine tutti i passaggi del ciclo di vita di un intervento. Da qui la necessità non soltanto di ridurre drasticamente il numero delle amministrazioni che materialmente si dedicano a contratti di una qualche rilevanza, quanto anche di garantire – cosa per niente scontata – che in un assai più ristretto novero di entità amministrative cui affidare i compiti in questione siano presenti le qualificazioni richieste. Si tratta di una questione che non andrebbe affrontata soltanto con qualche corso di formazione, ma che anzitutto in linea teorica richiederebbe la presenza – e in mancanza il reclutamento – di figure professionali diversificate, le quali spaziano dall'ingegneria, all'urbanistica, alle scienze naturali, alla statistica, all'economia, ad altri ambiti ancora. Quanto meno, nell'occuparsi delle singole opere l'amministrazione che, come il più delle volte avviene, non fosse dotata internamente di tutte le figure professionali astrattamente da coinvolgere, dovrebbe sia saper attivare attraverso proprie richieste mirate taluni soggetti esterni a sé (quali enti di ricerca, università, etc.) dai quali ricevere gli input conoscitivi necessari, sia avere la capacità di leggere detti input per inserirli adeguatamente nei propri processi decisionali.

Invece, quando si parla di qualificazione nell'ambito di cui qui ci occupiamo, l'assunto esplicito – oppure il sottinteso che sembra potersi leggere tra le righe – è che questa riguardi fundamentalmente la preparazione o supervisione dei progetti, la redazione dei bandi, la gestione delle gare e dell'eventuale contenzioso, i collaudi. Tutte cose, ovviamente, della massima importanza, la cui scrupolosa esecuzione, tuttavia, da sola non garantisce che un dato intervento sia intrinsecamente dotato di quella elevata utilità che ne giustifica l'inserimento in una programmazione, né tantomeno

⁵ Sul tema R. AURILIA, F. DI RIENZO, "Riforma del Codice degli Appalti e lavori pubblici. Quali strade per contrastare l'infiltrazione delle mafie?", *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, XXXV, 1, 2021.

che esso riesca poi, una volta realizzato, effettivamente a soddisfare come previsto i bisogni della collettività e gli interessi generali cui ufficialmente ci si rivolge.

Del resto, anche limitandosi, come in genere avviene, a questa seconda più restrittiva accezione corrente di qualificazione, è evidente che porsi tale problema significa assumere un orientamento differente, meditato, di non brevissimo periodo e di più di largo respiro (quale si addiceva appunto a un codice) rispetto a quello antitetico, tutto assorbito dalla più o meno affrettata e pericolosa rimozione di quanto possa frenare la spendita delle risorse pubbliche. È altresì prevedibile che razionalizzazioni siffatte facciano sorgere strenue resistenze, le quali dovrebbero essere controbilanciate e superate dal desiderio che gli investimenti vadano a buon fine senza intoppi eccessivi. In effetti, la razionalizzazione annunciata nel 2016 – incentrata sulla riduzione delle stazioni, sulla valorizzazione delle centrali di committenza e sulla qualificazione – è per lo più rimasta lettera morta.

4. Vincoli esterni

Assumendo che, anche e soprattutto in presenza di emergenze, sia più spontaneo e facile allentare anziché razionalizzare, si può immaginare che, in genere, questa prima tendenza prevarrà mentre la seconda non emergerà affatto, o se lo farà sarà destinata a essere sconfitta. Eppure, talora capita che dei tentativi di razionalizzazione vengano di fatto compiuti. Come mai? Tra le varie circostanze che possono fornirne la spiegazione, una ha a che fare con i vincoli esterni, nel senso di non originati all'interno del Paese considerato. Se sussiste appunto qualcosa nel contesto esterno, tale da costringere i decisori interni a seguire un corso d'azione che normalmente non verrebbe tenuto, e/o da renderlo particolarmente conveniente, ecco che azioni prima inconsuete o addirittura impossibili potrebbero diventare, almeno apparentemente, praticabili.

Come sappiamo, mentre la pandemia infuriava nel 2020 le istituzioni dell'UE hanno messo in cantiere, con rapidità e lungimiranza difficilmente viste prima, un piano straordinario di aiuti volto a soccorrere gli Stati membri, in misura differenziata a seconda della gravità del contagio subito da ciascuno di essi. In base a tale criterio, il maggior beneficiario risultava essere appunto l'Italia. Al contempo, sono stati posti una serie di paletti, assimilabili ai vincoli di cui sopra, in relazione tanto ai tempi di realizzazione degli interventi da stabilire, quanto alle riforme che avrebbero dovuto accompagnarli e ancor meglio precederli.

Se si è abituati a un certo andazzo diffuso, quando con comodo si predispongono certi contratti, poi questi vengono aggiudicati, a seguire vi è l'attuazione, e ci si misura tutt'al più con il livello nazionale, anche qualora a un certo punto venissero introdotte norme che pongono restrizioni su aspetti quali subappalti, composizione delle commissioni giudicatrici, procedure di scelta del

contraente, riduzione delle stazioni appaltanti, tempi di completamento e quant'altro, si può sempre provare a bloccarne l'attuazione, sospenderle, riscriverle, consentire deroghe su deroghe, cosa che pure nei decenni precedenti il 2016 è puntualmente avvenuta, peraltro raggiungendo lo scopo voluto. Se invece ci si confronta anche con Bruxelles, che con una mano eroga risorse cospicue e con l'altra sancisce certi vincoli, allora può diventare pressoché ineludibile porre internamente le condizioni affinché gli impegni assunti al riguardo vengano rispettati, o almeno provarci. Pertanto, certi intenti di razionalizzazione potrebbero risultarne confortati e riprendere il loro cammino.

In effetti, di ciò si riscontrano alcuni segnali. Tra l'altro a fine 2021 è stato stipulato un protocollo d'intesa tra presidenza del consiglio e autorità nazionale anticorruzione (Anac), dedicato appunto alla qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza. Quest'ultima è affidata appunto all'Anac tramite la tenuta di un'anagrafe unica contenente un apposito elenco dei soggetti qualificati, nonché attraverso la verifica dei requisiti e dei livelli effettivi di qualificazione, come già previsto dal codice dei contratti pubblici con una delle sue molteplici disposizioni rimaste inattuata. Mentre per le opere incluse nel PNRR e nel piano nazionale degli investimenti complementari (PNC) il protocollo ricorda come sia stato già stabilito in precedenza – in vista di nuovi interventi per la riduzione e la qualificazioni delle stazioni – che i comuni non capoluogo di provincia procedano, oltre che secondo l'art. 37 comma 4 del Codice, avvalendosi di comuni capoluogo, province, città metropolitane, unioni di comuni (e un simile orientamento in futuro potrebbe conoscere un'estensione generalizzata pure ai contratti pubblici non ricadenti nel PNRR e nel Pnc), nel protocollo medesimo è esplicita l'estensione della sua sfera di applicazione a tutti gli appalti pubblici. Esso cita il disegno di legge delega recante un'ampia riforma del settore dei contratti pubblici, pure presentato in connessione con il PNRR e attualmente in discussione. Com'è intuibile, questo sarebbe un provvedimento per un verso intrinsecamente importante (nello sforzo di tenere insieme tanto l'ineludibile velocizzazione quanto la necessaria razionalizzazione, attenendosi a un criterio di massima che richiede di non rendere più gravosi gli standard regolativi previsti dalle direttive dell'UE, a meno che su qualche aspetto non sussistano ragioni forti per fare diversamente), e per altro verso strettamente intrecciato con il percorso e i risultati attesi del PNRR, condizionandone le possibilità di riuscita. È evidente, in definitiva, che un impulso alla razionalizzazione stia effettivamente discendendo dai vincoli esterni, vale a dire dai tempi stretti del PNRR e dalla necessità di mantenere fede agli impegni assunti con le istituzioni dell'UE.

Peraltro, se una legge delega (che per la sua natura contiene numerose previsioni di principio e comunque di taglio generale, formulate in modi che possono talora risultare ambivalenti o quanto meno declinabili in modi diversificati in sede di decretazione attuativa) subisce resistenze e non viene essa stessa approvata in tempi adeguatamente rapidi, specie quando ci si trova negli ultimi mesi di

una legislatura, potrebbe avvenire che i molteplici e variegati provvedimenti di normazione delegata che conterrebbero le discipline puntuali (vale a dire quelle che poi in concreto governerebbero il settore) vengano poi elaborati nella legislatura successiva da un'altra compagine governativa sostenuta da una maggioranza differente, con la concreta possibilità che i dichiarati intendimenti di razionalizzazione risultino infine smorzati o accantonati, ovvero che vengano introdotte ancora previsioni derogatorie e in genere inclini invece all'allentamento, il che potrebbe addirittura comportare eventuali conseguenze in termini di ulteriore complessità e di aumento dell'incertezza del diritto in questo tormentato settore della normazione.

5. Il dibattito pubblico e la giustificazione degli interventi

Tra le previsioni più innovative inserite nel codice del 2016 vi sono quelle che riguardano il dibattito pubblico, che in parte riecheggia la ben più risalente esperienza francese. Per certi tipi di opere esso è ormai obbligatorio, mentre per altri è facoltativo. Si procede alla nomina di un apposito coordinatore, che dovrebbe possedere competenze ed esperienze congruenti con il compito affidatogli e non trovarsi in conflitto di interessi. Esiste altresì una commissione dedicata, che tra l'altro ha emanato una prima raccomandazione in materia di Linee Guida nel settembre del 2021, cui hanno fatto seguito altre due.

Si vuole dare in tal modo la possibilità alle varie categorie di cittadini interessate di pronunciarsi sull'opera, in forma non vincolante. Va peraltro sottolineato che l'avvio del dibattito pubblico – per com'è ad oggi configurato – presuppone l'avvenuta individuazione da parte del soggetto titolare non solo dell'opera da realizzare ma anche dei suoi aspetti progettuali caratterizzanti, quanto meno di quelli essenziali, giacché è proprio sulle scelte progettuali che si va a svolgere il dibattito. In linea puramente teorica è possibile che da quest'ultimo scaturiscano elementi di riflessione talmente robusti e ostativi da indurre il soggetto titolare, spetta tale decisione, a fare marcia indietro, *re melius perpensa*, rinunciando del tutto all'intervento. È d'altro canto intuibile come questa eventualità sia estremamente improbabile, visto che l'opera è stata già inserita in programmazione, sono stati previsti gli stanziamenti necessari, sono stati investiti tempo ed energie nell'effettuazione della scelta e nella preparazione del progetto, sono state presumibilmente ricevute richieste e suscitate aspettative cui si è già sostanzialmente data una risposta positiva con tutte le attività predette. Pertanto, si può immaginare che nella quasi totalità o nella totalità dei casi dal dibattito pubblico potranno tutt'al più scaturire indicazioni di modifiche, aggiustamenti, migliorie al progetto, tali però da non sovvertirne l'impostazione di fondo. Comunque, se l'impostazione seguita è corretta, viene così realizzato un importante momento di confronto con le comunità locali e con la cittadinanza in genere, che può servire tanto a informare questa in modo più dettagliato sulla *ratio* dell'opera, sulle sue caratteristiche

e sui suoi benefici attesi, se del caso superando malintesi e sfatando pregiudizi contrari, quanto a fornire a chi realizza l'intervento indicazioni preziose per calibrare o riorientare ove possibile certe scelte attuative in corso d'opera, tenere conto degli effetti collaterali, soddisfare al meglio i bisogni rilevanti.

Sebbene, come già affermato nei paragrafi precedenti, in Italia sia presente un forte bisogno di diffondere una prassi che, ben prima di occuparsi della progettazione, sia volta a giustificare perché si sta privilegiando un certo intervento e se le risorse a esso destinate sono ben spese, il dibattito pubblico – che si pone quale strumento tra i più avanzati nella prospettiva del miglioramento delle politiche pubbliche del Paese – così com'è congegnato il più delle volte non fornirà un aiuto in tale direzione, appunto perché esso ha luogo *dopo* che la selezione dell'opera è stata compiuta, e non prima. A meno che non si verifichi l'assai remota possibilità di una rinuncia da parte del soggetto aggiudicatore, che presumibilmente avverrebbe all'indomani di un serrato e specialistico confronto sui pro e contro dell'opera, con prevalenza dei secondi. Tuttavia, anche ammesso che rarissimamente accada qualcosa del genere, saremmo di fronte a un notevole dispendio di risorse: per il soggetto interessato all'intervento quanto alla sua progettazione e alla sua difesa, per gli oppositori quanto alla predisposizione dei contro-argomenti, per i restanti partecipanti al dibattito pubblico per l'attenzione e il tempo profusi in un tentativo andato a vuoto. E, soprattutto, tale dispendio complessivo in definitiva non servirebbe a giustificare una determinata scelta, bensì, in ipotesi, caso mai a fornire motivi per impedirla. Con ciò non intendo dire che l'eventualità della rinuncia a un'opera sia perniciosa. Al contrario, segnalo che se essa si concretizza si presume che venga a prodursi il desiderabile effetto di fermare per tempo un processo decisionale incamminato su una strada che poi si è rivelata sbagliata⁶. Qui mi limito piuttosto a suggerire che non è attraverso il dibattito pubblico che viene soddisfatta l'esigenza generale di fornire in prima battuta salde motivazioni alla scelta di un dato investimento. Se però il confronto con la cittadinanza venisse costruito (anche tramite apposite previsioni normative) in modo da rendere meno improbabile il ritiro del progetto, allora i suoi fautori avrebbero un forte incentivo a irrobustirlo e renderlo meglio difendibile fin dal principio. Ma se si volesse perseguire proprio questo obiettivo, che peraltro deve riguardare anche interventi non sottoponibili al dibattito pubblico, non sarebbe meglio farlo in altra maniera, anziché caricarlo sulle spalle di quest'ultimo, che serve essenzialmente ad altri scopi?

In effetti, il dibattito pubblico può contenere, per così dire, diverse ispirazioni. Per un verso esso aspira a comunicare in linea di principio con tutta la cittadinanza anche attraverso i resoconti

⁶ Va tuttavia pure considerata l'ipotesi che il ritiro di una proposta di per sé valida avvenga piuttosto per ragioni di convenienza politica, a fronte, poniamo, del massiccio dissenso che questa suscita. In questo caso, si tratterebbe di una marcia indietro dannosa.

fornitine dagli organi dell'opinione pubblica, fermo restando che spesso soltanto una quota relativamente piccola della popolazione di riferimento possiede le motivazioni e la base cognitiva necessarie per dedicarsi, fosse pure soltanto per prendere una posizione informata a favore o contro l'opera. Per altro verso, anche quando si discutono le varie sfaccettature del progetto ciò può riconnettersi a possibili scontri tra portatori di interessi contrapposti o tra addetti ai lavori sostenitori di soluzioni tecniche differenti, ma, in linea di massima, quanto più si scenderà nel merito e nel dettaglio, tanto meno verrà captata l'attenzione del vasto pubblico.

Il dibattito pubblico fa ormai parte del nostro ordinamento e se le istituzioni lo trattano in sede ufficiale ne enfatizzano, com'è naturale, le valenze positive. D'altro canto, non si può escludere che al di là della facciata qualche singolo all'interno delle burocrazie, degli esperti, dei servizi di pubblica utilità, di certi gruppi di interesse o dei vertici politici lo veda come una perdita di tempo, o un modo per dare a soggetti esterni all'amministrazione una voce in capitolo che può scombinare percorsi già stabiliti. Una possibilità estremizzata è che nella sua concreta realizzazione sovente si punti senz'altro alla conferma della proposta, seppure attraverso una serie di passaggi dal sapore ritualistico, ivi compreso il recepimento di qualche modifica marginale a mo' di contentino. Un approccio di segno opposto, invece, valorizzerebbe la pluralità delle posizioni, la presentazione di contro-argomenti, l'approfondimento delle analisi in contraddittorio, fino a rendere meno improbabile, come ventilato prima, l'esito di una rinuncia all'opera in discussione, e comunque in pratica massimizzando la capacità di ascolto e la ricettività, per costruire e mantenere un rapporto di fruttuosa collaborazione con i cittadini e i territori.

Resta sullo sfondo la diversa esigenza di diffondere e radicare nelle amministrazioni pubbliche la pratica di giustificare gli interventi che esse mettono in programmazione, in un mondo in cui come già ricordato le coordinate di riferimento si modificano in continuazione. Ciò richiede non solo l'effettivo impiego dell'analisi economica, quanto anche, all'interno di questa, in particolare la deliberata attenzione verso questioni quali le potenziali ricadute dell'opera (sull'ambiente, sull'assetto delle diseguglianze, sui soggetti deboli), nonché verso i punti di vista appositamente rilevati delle comunità di riferimento e dei portatori di interessi particolari o generali, e così via. Come si è visto, una certa versione del dibattito pubblico, non facile da realizzare, potrebbe dare un parziale contributo al riguardo. Tuttavia, come già detto questa non è la sua funzione primaria. In ogni caso i siti naturalistici o le specie in via di estinzione non possono partecipare al confronto come tali, mentre i soggetti deboli per definizione hanno scarso peso. Inoltre, moltissimi interventi meritevoli di considerazione non hanno una stazza tale da giustificare in concreto un impegno così laborioso qual è un dibattito pubblico facoltativo.

Si ritorna pertanto al tema generale della qualificazione da garantire in quelle branche dell'amministrazione che si occupano di contratti pubblici, le quali devono tanto introiettare la necessità di svolgere un lavoro istruttorio anche per l'individuazione degli impieghi più vantaggiosi delle risorse disponibili, quanto padroneggiare e utilizzare ordinariamente, a tale scopo, le metodiche più complete, aggiornate e appropriate. Così facendo potrebbero talvolta essere giudicati incongrui determinati interventi eccessivamente dispendiosi o comunque non adeguatamente giustificati, e talaltra venire indicate come promettenti e da accogliere soluzioni in cui un importo finanziario ragguardevole è invece giustificato, o che invece consentono significativi risparmi o magari valorizzano e promuovono l'apporto della generalità dei cittadini, in ambiti quali la produzione di energia, la gestione dei rifiuti, la riduzione della pressione antropica nelle aree più congestionate, i trasporti, i servizi di pubblica utilità, l'economia circolare, la tutela dei beni comuni.

Il codice dei contratti pubblici in Italia tra obiettivi di semplificazione, criticità e procedure d'acquisto in emergenza

di Valentina Marano

*Dottoranda di ricerca in Diritto comparato e processi di integrazione
Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli*

Abstract [It]: Gli appalti pubblici, che sono al centro dell'attività di programmazione e pianificazione strategica delle istituzioni pubbliche, hanno subito una decrescita infelice (in una prima fase) in seguito alla riforma normativa di cui al d. l. gs 50/2016 che prende il nome di Codice dei contratti pubblici per poi incontrare un'inversione di tendenza. Tuttavia l'eccessiva produzione normativa e la farraginosità della regolamentazione sono solo alcuni degli aspetti di maggiore criticità che hanno contribuito alla paralisi di un settore già compromesso dalla crisi economica. La riforma normativa introdotta con il nuovo Codice di cui al d.l.gs 50/2016, con i suoi 220 articoli, ha inteso riordinare la materia ed ha recepito e attuato le direttive 2014/23-24-25/UE. Il presente lavoro, sulla base dei dati emersi dall'indagine conoscitiva delle stazioni appaltanti e delle imprese sulle cause di rallentamento degli appalti pubblici in Italia (avviata dalla Conferenza delle Regioni e Province autonome con Confindustria, Ance e il Centro Bachelet dell'Università Luiss Guido Carli) si propone di affrontare l'impatto che ha avuto l'evoluzione normativa sulla pubblica amministrazione e le imprese. In primo luogo, attraverso un excursus normativo sarà fornita un'analisi critica e riflessiva del Codice dei contratti pubblici mediante la valutazione delle stazioni appaltanti e delle imprese che hanno preso parte all'indagine conoscitiva. Ulteriori spunti di riflessione saranno offerti dalle prospettive e dalle criticità del cosiddetto decreto "Sblocca Cantieri", poste in evidenza dai rispondenti al questionario, attraverso il quale il legislatore si era proposto di eliminare le spinosità emerse con l'applicazione del Codice dei contratti pubblici. Nella seconda parte, il presente contributo, delinea la funzione dall'ANAC. Infine, si farà riferimento alle nuove disposizioni del decreto-legge 16 luglio 2020 n.76 convertito con la legge 11 settembre 2020 n.120 che ha introdotto un regime speciale e transitorio per le procedure d'appalto in seguito all'emergenza sanitaria globale del COVID-19, evidenziando come il sistema degli appalti pubblici necessiti di una regolamentazione chiara e non frammentaria per un settore che è uno strumento indispensabile per la crescita del Paese. Seguiranno brevi cenni al decreto semplificazioni bis che ha introdotto ulteriori novità nel settore dei contratti pubblici.

Abstract [Eng]: Public procurement, which is at the heart of the programming and strategic planning activities of public institutions, has undergone an unhappy decline (in a first phase) following the regulatory reform set out in d. l. gs 50/2016, which takes the name of the Public Contracts Code, and then encountered a reversal. However, the excessive production of legislation and the cumbersome nature of the regulations are only some of the most critical aspects that have contributed to the paralysis of a sector already compromised by the economic crisis. The regulatory reform introduced with the new Code of which the d.l.gs 50/2016, with its 220 articles, intended to reorganize the matter and has transposed and implemented Directives 2014/23-24-25/EU. This work, based on the data that emerged from the 'cognitive survey of contracting stations and businesses on the causes of slowdown in public procurement in Italy (initiated by the Conference of Regions and Autonomous Provinces with Confindustria, Ance and the Bachelet Center of the University Luiss Guido Carli) aims to address the impact that the regulatory evolution has had on public administration and businesses. First of all, through a regulatory excursus, a critical and reflective analysis of the Public Contracts Code will be provided through the evaluation of the contracting stations and companies that took part in the survey. Further food for thought will be offered by the prospects and critical aspects of the so-called "Unlock Construction Sites" decree. highlighted by the respondents to the questionnaire, through which the legislator had proposed to eliminate the thorny issues that emerged with the application of the Public Contracts Code. In the second part, this contribution outlines ANAC's function in relation to its regulatory role. Finally, reference will be made to the new provisions of Decree Law no. 76 of July 16, 2020, converted into Law no. 120 of September 11, 2020, which introduced a special and transitional regime for procurement procedures following the COVID-19 global health emergency, highlighting how the public procurement system needs clear and non-

fragmented regulation for a sector that is an indispensable tool for the growth of the country. This will be followed by brief mentions of the simplification bis decree, which has introduced further innovations in the public contracts sector.

Sommario: 1. Premessa. – 2. Il Codice dei contratti pubblici d.lgs 18 aprile 2016, n.50. – 3. Il decreto *Sblocca Cantieri*. – 4. Le funzioni dell’Anac. – 5. Gli acquisti pubblici in emergenza in Italia – 6. Possibili soluzioni.

1. Premessa

Il codice dei contratti pubblici, secondo una consapevolezza diffusa, rappresenta una sorta di freno che impedisce la realizzazione di opere pubbliche in tempi ragionevoli. Un esempio tangibile è il Ponte Morandi ricostruito in 14 mesi grazie ad una deroga totale alla disciplina. Si ritiene che le regole dei contratti pubblici debbano essere sottoposte a revisione però la difficoltà risiede nella individuazione delle effettive inefficienze e su come operare le modifiche alla normativa vigente. Dunque, il pensiero condiviso risiede nella convinzione di dover modificare la disciplina del codice dei contratti pubblici ma risulta, tuttavia, più complesso individuare le questioni di fondo che concretamente paralizzano il sistema degli appalti. La necessità di snellimento della normativa non nasce con l'emergenza sanitaria, il tema era già oggetto di dibattito sia sul versante del diritto dei contratti che sul versante del diritto delle imprese. Se questo tema è oggetto di ampie discussioni, è perché vi è la volontà di migliorare l'assetto e il regime dell'apparato normativo con l'intenzione di individuare regole idonee sì a snellire le procedure ma, al tempo stesso, mantenere saldi alcuni principi, tra cui la tutela della concorrenza, più che nel mercato, per il mercato. Infatti, di fondamentale importanza sono le interrelazioni tra contratti pubblici e diritto della concorrenza e, con riguardo a ciò, è stata manifestata la volontà di apportare modifiche alle linee guida Anac proprio in questa prospettiva.

Sotto il profilo economico, gli appalti, in media, nell'area OCSE hanno un rilievo pari al 10-11% del Pil. Il denaro pubblico destinato agli investimenti realizza un valore aggiunto molto superiore rispetto alle altre forme di uso di pubblico denaro. Dunque, le procedure degli appalti pubblici presentano delle criticità che incidono negativamente sulle stazioni appaltanti e le imprese. Al centro del dibattito si pone il d.lgs 50/2016, denominato Codice dei contratti pubblici e il successivo decreto “Sblocca cantieri”, provvedimento convertito in legge dal Parlamento che contiene la riforma del codice degli appalti. La continua evoluzione, il continuo cambiamento delle norme di legge che

governano la materia creano una sorta di disorientamento ai soggetti coinvolti che operano nel settore. Il decreto “Sblocca cantieri” modifica la struttura del codice dei contratti pubblici e l’ampio clima di incertezza normativa determina un rallentamento nel settore degli appalti in quanto le procedure si bloccano a causa dell’insicurezza delle norme da applicare. La poca chiarezza normativa sembra essere il centro del problema perché contribuirebbe ad aggravare gli adempimenti a carico delle stazioni appaltanti rallentando ulteriormente gli investimenti pubblici in Italia soprattutto in considerazione dei numerosi provvedimenti attuativi.

Tuttavia, bisogna considerare anche il ruolo centrale svolto dagli acquisti in emergenza che ha prodotto innumerevoli decreti volti a derogare il Codice e a disapplicare le norme dello stesso. L’aumento delle disposizioni normative ha generato una grande confusione nel mondo dei contratti pubblici che talvolta è sfociata in problemi legati al coordinamento delle competenze. Si aggiunga, inoltre, che i decreti e le ordinanze in deroga devono essere coordinati con il già presente e disordinato quadro normativo: dal codice dei contratti, fino alle linee guida Anac non derogate, alcune parti del vecchio Regolamento D.P.R. n.207 del 2010, alcune parti del nuovo regolamento, altre norme attuative previste dal cosiddetto decreto “Sblocca Cantieri” senza tralasciare le diverse pronunce giurisprudenziali del Consiglio di Stato e della Corte di Giustizia UE. Sono aperti i dibattiti sulle questioni di fondo che realmente paralizzano il sistema degli appalti pubblici nel nostro Paese. Vi sono varie scuole di pensiero, oggetto di disamina sono alcuni aspetti, tra i quali la necessità di abbandonare il modello di regole rigide e prestabilite per dirigersi verso una maggiore discrezionalità amministrativa.

Inoltre, spesso l’amministrazione è frenata dall’agire in maniera tempestiva per il timore di incorrere in responsabilità di natura penale, contabile e amministrativa. E’ possibile eliminare in tutto o in parte queste responsabilità così da lasciare maggiore margine d’azione agli amministratori pubblici, alle stazioni appaltanti nell’assumere decisioni e dunque nel velocizzare i procedimenti amministrativi?

È possibile, inoltre, una limitazione del sindacato del giudice amministrativo e una sostituzione con una tutela di stampo risarcitorio e con un maggiore controllo preventivo da parte della Corte dei Conti? Invero, insieme ai problemi giuridici fondamentali delle procedure per le opere pubbliche vi sono criticità anche di natura economica. Le procedure, ad oggi, non hanno semplicemente un effetto indiretto di aggravio e di ritardo ma in realtà contribuiscono proprio a rallentare la spesa.

2. Il Codice dei contratti pubblici d.lgs 18 aprile 2016, n.50 e la semplificazione illusoria

Il nuovo Codice di cui al d.lgs 50/2016 viene concepito con l’obiettivo di ordinare una materia frammentaria, poco chiara e soggetta ad una iperproduzione normativa. Si inserisce in un contesto

caotico dove il legislatore si propone con un unico intervento di dare attuazione alle direttive 2014/23-24-25/UE e di avviare un processo di semplificazione attraverso un intervento chiarificatore che interviene sui profili organizzativi, sulle centrali di committenza, sulla qualificazione delle stazioni appaltanti. Tuttavia, nonostante la volontà di offrire una visione unitaria di un settore confuso e molto dibattuto, lo sforzo del legislatore non sembra aver sortito gli effetti sperati.

Il Consiglio dei ministri approva il 15 aprile 2016, in esame definitivo, il decreto legislativo di attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE, 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori speciali dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché sul riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture¹. Nasce così il nuovo codice degli appalti che si compone di 220 articoli rispetto ai 2000 articoli del precedente codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs 12 aprile 2006 n.163². Il codice si divide in sei parti: nella prima parte si individua l'ambito di applicazione, le regole generali per quanto concerne la procedura di affidamento nonché le norme che si rivolgono alle fasi di programmazione, progettazione e pianificazione.

È nella seconda parte del codice che troviamo le norme più interessanti ai fini di questo lavoro. Gli articoli 35-36 sono dedicati alla definizione delle soglie di rilevanza comunitaria delimitando il perimetro chiarendo, quindi, la tipologia di procedura da adottare in base alla classificazione di contratto di appalto, ovvero se di rilevanza comunitaria o sottosoglia. All'art. 38 si disciplinano i requisiti delle stazioni appaltanti e il rapporto con le centrali di committenza. Nella seconda parte sono enunciate le procedure di affidamento, i criteri per la redazione dei bandi, la selezione delle offerte. Dopodiché ci si occupa della fase di aggiudicazione dell'appalto e della sua esecuzione.

Infine, troviamo la regolamentazione dei settori speciali. Dopo questa breve panoramica che offre un sintetico quadro del nuovo codice, è interessante focalizzarsi sul contesto nel quale quest'ultimo viene concepito. Il Governo inizialmente aveva necessità di recepire e attuare le direttive europee, a questo proposito è da sottolineare che il codice entra in vigore al limite del termine assegnato dagli organismi europei. Come il codice del 2006, anche quest'ultimo nasce in seguito al recepimento di due direttive comunitarie del 2004 n. 17 e 18, stesso percorso avviene per il d.lgs 50/2016³

¹ Comunicato stampa del consiglio dei ministri n.112 del 15 aprile 2016.

² Le nuove direttive sembrano evidenziare delle indicazioni problematiche relative ai singoli istituti in esse trattati, una prima possibile ricaduta delle nuove direttive verte sul piano delle fonti idonee a garantirne l'effettivo recepimento.

³ Sul recepimento delle direttive europee si veda A. PAJINO, La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione, relazione al 61° Convegno di Studi Amministrativi – Varenna, 17 - 18 e 19 settembre 2015, in giustizia-amministrativa.it; N. TORCHIO, Le nuove direttive europee in materia di appalti e concessioni, in lineavcp.it, Giugno 2014. A. POLICE, Tutela della concorrenza e pubblici poteri. Profili di diritto amministrativo nella disciplina antitrust, Torino, 2007; F. SAITTA (a cura di), Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. Commentario sistematico, Padova, 2008; M. CLARICH, Commentario al Codice dei contratti

Dunque, la necessità di adempiere agli impegni con l'Unione Europea e la volontà di riformare la vecchia normativa sui contratti pubblici, avviano il percorso normativo che porterà al concepimento del Codice dei contratti pubblici. A causa della rapidità con la quale viene elaborato e della notevole compressione contenutistica nell'ottica di avviare un processo di semplificazione, si rende non agevole l'interpretazione della normativa, la quale genera confusione. Si attraversa una fase di transizione, di passaggio dal vecchio al nuovo codice dove appunto ci si imbatte nel nuovo sistema di affidamento di appalti e concessioni. Chiaro è che la difficoltà di interpretazione del nuovo codice genera un rallentamento della spesa pubblica per investimenti che, in una prima fase, subisce una decrescita infelice. I contratti pubblici relativi a servizi e forniture rappresentano un tassello centrale della spesa pubblica del nostro Paese e incidono notevolmente sulla economia e sui contesti sociali.

L'Unione Europea regola i contratti pubblici tenendo conto degli aspetti di semplificazione e della necessità di tutelare la concorrenza e le regole del mercato focalizzando l'attenzione sugli obiettivi di crescita sostenibile e sulla corretta allocazione delle risorse comunitarie. Per quanto concerne il nostro quadro nazionale, le esigenze europee devono essere necessariamente assimilate tenendo conto del contesto del nostro Paese.

Dunque, se da un lato bisogna tenere conto degli strumenti di flessibilità che l'Unione Europea tende a perseguire, dall'altro è fondamentale coniugare questi obiettivi con quelli di prevenzione della corruzione e della infiltrazione mafiosa. Tenendo conto di questi elementi, sul piano formale, la legge richiede l'adozione di un unico testo normativo da denominarsi "codice" (art.1, comma1) e impone che si tratti di un codice snello. Sul piano sostanziale, la legge delega demanda al Governo di recepire le direttive nel rispetto del divieto del *gold plating*⁴, cioè quella tecnica che va al di là di quanto richiesto dalla normativa europea pur mantenendosi entro la legalità⁵. La parola *codice* ci fa intendere

pubblici, Torino, 2010; C. Franchini, I contratti di appalto pubblico, Torino, 2010; F. FRACCHIA, Ordinamento comunitario, mercato e contratti della pubblica amministrazione. Profili sostanziali e processuali, Napoli, 2010; A. BARTOLINI, S. FANTINI, F. FIGORILLI, Il decreto legislativo di recepimento della direttiva ricorsi, in Urb. e app., 2010, p. 652; G. IUDICA, A. CARULLO, Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati, Padova, 2011; R. CARANTA, I contratti pubblici, Torino, 2012; R. VILLATA, M. BERTOLISSI, V. DOMENICHELLI, G. SALA (a cura di), I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, Padova, 2014; F. MANGANARO, A. ROMANO TASSONE, F. SAITTA, Diritto amministrativo e criminalità. Atti del XVIII Convegno di Copanello (28-29 giugno 2013), Milano, 2014.

⁴ R. SAMMARO, Il parere del Consiglio di Stato sul nuovo codice dei contratti pubblici e la creazione di Adamo, in *Judicium*. Il divieto di gold plating comporta che non si possano stabilire oneri a carico degli operatori economici ulteriori rispetto a quelli previsti dalle direttive europee.

⁵ In sede di recepimento delle Direttive Comunitarie, si fa riferimento al *gold plating* come a «quella tecnica che va al di là di quanto richiesto dalla normativa europea pur mantenendosi entro la legalità. Gli Stati membri hanno ampia discrezionalità in sede di attuazione delle direttive comunitarie. Essi possono aumentare gli obblighi di comunicazione, aggiungere i requisiti procedurali, o applicare regimi sanzionatori più rigorosi. Se non è illegale, il *gold plating* è di solito presentata come una cattiva pratica, perché impone costi che avrebbero potuto essere evitati». Una pratica che in Italia è abbastanza diffusa, nonostante che in molti criteri di delega si faccia espresso richiamo di non introdurre e a non mantenere livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive europee. Sul tema, G.BRUZZONE, M.CASELLA, R.MARZULLI Portata del divieto di *gold plating*, in A. PAJINO, Torchia L.(a cura di), *La nuova disciplina dei contratti pubblici: le regole, i controlli, il processo*, pp. 19 ss.

che l'obiettivo era quello di creare un testo che contenesse tutte le norme in materia di contratti pubblici.

I processi di codificazione, però, presentano dei limiti. Dunque, è piuttosto ostico per il legislatore inserire in un unico testo normativo tutte le fonti del diritto. Il d.lgs n. 50/2016 ha dato comunque vita ad un corpo normativo abbastanza unitario. Potremmo dire che tale intervento è figlio di normative comunitarie, in quanto la materia dei contratti pubblici è disciplinata da norme comunitarie. Il settore dei contratti pubblici, con particolare riferimento ai contratti passivi, dove cioè la pubblica amministrazione acquisisce lavori di servizi e forniture sono un settore di concorrenza che è regolamentato dall'ordinamento comunitario. Tuttavia, abbiamo una duplice regolamentazione: da un lato gli appalti sopra la soglia comunitaria, ciò vuol dire che per determinati importi si applica la normativa comunitaria, dall'altro lato gli appalti sottosoglia rispetto ai quali esiste un margine di manovra da parte degli Stati nazionali. Il codice nasceva nel nostro ordinamento con la volontà di introdurre un sistema che oggi definiamo di cosiddetta *soft law*, dunque doveva essere attuato attraverso una serie di provvedimenti, le linee guida Anac e alcuni decreti ministeriali che negli anni sono stati adottati. Tuttavia, anche l'instabilità politica ha inciso notevolmente sull'approvazione del regolamento di attuazione ed esecuzione, il quale era stato approvato in bozza.

L'emergenza sanitaria da Covid-19 ha amplificato le problematiche bloccando l'intervento del legislatore. Il codice dei contratti pubblici si presenta come un corpo normativo ancora mobile. Con l'entrata in vigore del regolamento unico cesserebbero di avere efficacia le linee guida Anac. Ad oggi, bisogna tenere conto delle quindici linee guida Anac e i dei dieci decreti ministeriali di attuazione per poi imbatterci nel regolamento unico che non abroga tutte le linee guida ma solo quelle con efficacia vincolante. Dunque, Anac potrà adottare linee guida non vincolanti. Considerando questi elementi, il quadro, nel complesso, è molto confuso proprio perché nel decreto troviamo continui riferimenti a future norme di attuazione⁶. Dai rispondenti al questionario all'indagine conoscitiva svolta dalla Conferenza delle Regioni e Province autonome insieme a Ance, Luiss, Confindustria⁷ emerge che la riforma normativa sui contratti pubblici ha ingenerato sia per le stazioni appaltanti che per gli operatori economici evidenti perplessità in relazione alla difficoltà di applicazione della normativa in ordine ai numerosi provvedimenti attuativi.

⁶ L.FIORENTINO, *Il nuovo codice degli appalti*, Giornale di diritto amministrativo 4/2016, pp. 439 ss.

⁷ La Conferenza delle Regioni e Province autonome in collaborazione con Confindustria, Ance e Luiss ha inteso rilevare attraverso un questionario rivolto in forma anonima sia alle stazioni appaltanti che agli operatori economici e alle rappresentanze economiche, le criticità che determinano il blocco delle opere pubbliche e le relative proposte di soluzione. La consultazione online è stata erogata da ITACA (istituto per l'innovazione e trasparenza degli appalti e la compatibilità ambientale) e diffusa alle stazioni appaltanti con il supporto degli Osservatori regionali dei contratti pubblici. Al questionario hanno risposto 5104 stazioni appaltanti e 217 operatori economici.

Gli operatori economici attribuiscono, così come le stazioni appaltanti, alla continua produzione normativa, spesso poco chiara e di difficile applicazione, la principale causa di rallentamento nella realizzazione ed esecuzione di interventi dedicati all'ammodernamento del Paese. Emerge, infatti, un pensiero comune e condiviso tra le stazioni appaltanti e gli operatori economici, i quali convengono che la riforma della normativa sul codice dei contratti pubblici non solo non ha semplificato l'iter di applicazione ma bensì ha attribuito maggiore complessità alle procedure generando confusione e incertezza normativa. Tra le varie criticità emerge che l'Anac viene considerata come la principale responsabile dell'appesantimento e del rallentamento delle procedure. In merito ai dati emersi dall'indagine conoscitiva, vi sono da fare alcune riflessioni. Certamente l'iperproduzione normativa ha determinato un rallentamento delle procedure, come si evince dai grafici, ma è pur vero che vi è una certa illusione sul valore della legislazione. Sembra essere risolutivo considerare la modificazione della normativa come la soluzione in termini di efficienza del sistema. Dai dati emerge che sia le stazioni appaltanti che gli operatori economici attribuiscono alla instabilità normativa la principale responsabilità di paralisi del sistema degli appalti ma, invero, il problema non potrebbe risiedere anche nell'amministrazione che è chiamata ad applicare la legislazione?

Apportare delle modifiche alla normativa, tuttavia, non è particolarmente complesso benché poi ai tavoli di lavoro ci si imbatta in ampie discussioni alle quali fanno seguito numerosi emendamenti. Ciò che è più complesso è, però, cambiare l'amministrazione. Immaginare di innovare un'amministrazione radicata in principi e farraginosità che incidono sulle procedure di spesa sembra essere davvero problematico. Dunque, bisogna acquisire la consapevolezza che le riforme cominciano quando la legge viene applicata⁸. La fase dell'implementazione è centrale. Sarebbe riduttivo attribuire tutte le responsabilità all'iperproduzione normativa quando invece è necessario intervenire sì sul piano della legislazione ma anche sul piano dell'organizzazione amministrativa, del tema della responsabilità e dei controlli.

3. Il decreto Sblocca o blocca Cantieri?

Al fine di snellire il quadro normativo, viene emanato il d.l. 18.4.2019 n.32, recante *“Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l’accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di interventi sismici”*⁹ convertito in l.14.06.2019 n.55, denominato decreto Sblocca Cantieri, che modifica il codice con

⁸ Sul tema si vede A. PAJINO, *Ripresa economica e riforma dei contratti pubblici: quali problemi per quali soluzioni?*, relazione al convegno Luiss nell'ambito del master in diritto della concorrenza.

⁹ R. DE NICTOLIS, *Appalti pubblici e concessioni dopo la legge sblocca cantieri*, Bologna, Zanichelli 2020.

l'obiettivo di semplificare le procedure¹⁰. In seguito all'evidente difficoltà nell'applicazione del codice dei contratti pubblici, il legislatore interviene facendo ritorno al Regolamento "unico" per esigenze di maggiore certezza e prevedibilità nelle gare pubbliche¹¹.

Tuttavia, ciò si era già verificato con il codice degli appalti d.lgs 163/2006, il quale è stato modificato più di cinquanta volte dal 2006, anno della sua emanazione, al 2016 dove è stato emanato il corpo unitario denominato "Codice dei contratti pubblici". Il codice degli appalti presentava un corpo di norme che raggruppava oltre settecento norme primarie e secondarie, per questa ragione si è avvertita la necessità di modificare la normativa intervenendo con il d.lgs 50/2016 eliminando il regolamento. Tuttavia, con il decreto Sblocca Cantieri, vi è una sorta di inversione di tendenza. Infatti, se con il codice dei contratti pubblici era stato eliminato il regolamento per esigenze di semplificazione, con il decreto Sblocca Cantieri si ritorna al regolamento. Dai rispondenti al questionario all'indagine conoscitiva condotta dalla Conferenza delle Regioni e Province autonome, Ance, Luiss e Confindustria, emerge che le continue modifiche hanno aggravato i procedimenti e fortificato l'incertezza normativa già molto radicata. Sia le stazioni appaltanti che le imprese evidenziano come le novità introdotte al codice dei contratti pubblici dalla l.55/2019 di conversione del cosiddetto decreto Sblocca Cantieri non hanno risolto le principali criticità normative preesistenti e non hanno posto le basi per un corpus normativo più chiaro e definito. Inoltre, gli operatori economici ritengono che il decreto Sblocca Cantieri ha sì in parte semplificato le procedure ma, al tempo stesso, il processo di semplificazione attuato ha danneggiato la qualità offerta da parte delle imprese e non sono state eliminate molte criticità del sistema. Alla luce di queste riflessioni, è opportuno evidenziare che questi fattori incidono sul corretto svolgimento del mercato degli appalti pubblici. Quando la norma non è chiara si rischiano applicazioni errate o distorte che producono effetti negativi quali: allungamento dei tempi delle procedure, aumento del contenzioso.

Inoltre, il suddetto quadro giuridico confuso non favorisce la concorrenza ed espone il settore a fenomeni corruttivi. Dunque, bisogna porre l'attenzione anche su investimenti di imprese estere, le quali, di fronte ad una normativa poco chiara e confusa, sono scoraggiate. In questo quadro, anche il diritto della concorrenza assume un ruolo marginale e non dimentichiamo che le interrelazioni tra contratti pubblici e diritto della concorrenza sono fondamentali. Tra le modifiche apportate ve ne sono alcune che hanno alimentato il quadro di incertezza in maniera più evidente come il ritorno al Regolamento, le variazioni apportate alla disciplina degli appalti sottosoglia e la fase della progettazione. Il ritorno al Regolamento è certamente una delle modifiche più eclatanti che ha

¹⁰ H. BONURA, F. CIARAVELLA, Il pacchetto di correttivi per accelerare le procedure di gara, in D. BOLOGNINO, H. BONURA, A. STORTO (a cura di) *op.cit.* pp 27 ss.

¹¹ F. CUSANO, La recente torre di Babele dei contratti pubblici: la pace sol cercando io vo', rivista di diritto pubblico, italiano, comparato, europeo. *Federalismi.it*, 18/11/2020.

condizionato la normativa e la sua applicazione. Con questo assetto, già sperimentato nel 2006, paradossalmente si abbandona la *soft law*¹² caratterizzata da linee guida Anac¹³, decreti ministeriali per ritornare al vecchio modello. Tuttavia, questo nuovo regolamento non raggruppa tutti gli atti. Un altro fattore importante che ha inciso sulla sorte del regolamento e sul decreto Sblocca Cantieri concepito, appunto, per sbloccare il sistema degli appalti pubblici, è il fattore tempo. L'emanazione del regolamento era prevista entro 180 giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione. Per la verità, rispettare questa tempistica è apparso piuttosto arduo. Inoltre, la fase di transizione e quindi di implementazione delle novità introdotte ha amplificato le incertezze e le difficoltà già esistenti determinando un ulteriore blocco del sistema degli appalti, che ha determinato negli operatori economici estrema difficoltà nella partecipazione e, al tempo stesso, le stazioni appaltanti hanno agito in un clima di incertezza favorendo così una paralisi delle procedure facendo spesso ricorso alla *non decisione*.

Per quanto riguarda le modifiche apportate alla disciplina degli appalti sotto-soglia rischiano di non centrare gli obiettivi di snellimento e semplificazione che la novella si prefigge. In primo luogo, la riduzione della soglia entro cui è possibile ricorrere alla procedura negoziata per l'affidamento dei lavori amplia l'ambito di applicazione delle procedure aperte, con le conseguenti complessità legate alla gestione di procedure molto partecipate. I contrappesi introdotti non paiono essere del tutto efficaci. Gli effetti acceleratori della preferenza accordata al criterio del prezzo più basso potrebbero rivelarsi di scarso rilievo in quanto impattanti su una percentuale non significativa di affidamenti e potrebbero essere in parte neutralizzati dalla reintroduzione dell'appalto integrato che implica l'utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. L'inversione procedimentale, oltre a non essere coerente con un sistema di aggiudicazione al prezzo più basso con esclusione automatica delle offerte anomale che calcola la soglia di anomalia sulla base delle offerte ammesse, implica l'appesantimento procedurale del secondo calcolo della soglia di anomalia, favorisce l'aumento del contenzioso e lascia margini per manovre in grado di condizionare gli esiti dell'affidamento, in sede di soccorso istruttorio, da parte di operatori economici non utilmente collocati in graduatoria e soggetti al controllo dei requisiti¹⁴. Il decreto Sblocca cantieri, tenendo conto

¹² Sulla *soft law* M.DI STEFANO, Origini e funzioni del soft law in diritto internazionale, in Lav., dir., p.56, 2003.

¹³ Ad oggi si segnalano le seguenti linee guida poste in essere dall'ANAC: 1) Sottosoglia; 2) Nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalto e concessioni; 3) Affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria; 4) Linee guida in materia di offerta economicamente più vantaggiosa 5); Il Direttore dei Lavori: modalità di svolgimento delle funzioni di direzione e controllo tecnico, contabile e amministrativo dell'esecuzione del contratto; 6) Il Direttore dell'esecuzione: modalità di svolgimento delle funzioni di coordinamento, direzione e controllo tecnico-contabile dell'esecuzione del contratto; 7) Criteri di scelta dei commissari di gara e di iscrizione degli esperti nell'Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici.

¹⁴ A tal proposito si veda il documento pubblicato dall'Anac nella prospettiva di un'eventuale segnalazione a Governo e Parlamento sulle possibili criticità contenute nel d.l. 32/2019. L'Anac ha istituito un gruppo di lavoro formato da dirigenti e funzionari, a cui ha richiesto di effettuare un primo approfondimento sulle prime novità introdotte dal già citato decreto.

dei dati dell'indagine conoscitiva, ha aggravato un quadro già compromesso. C'è da evidenziare che sarebbe necessario un intervento sull'organizzazione amministrativa, le stazioni appaltanti sono molte, sarebbe opportuno ridurre il numero e specializzarle. Con il decreto sblocca cantieri, invece, vi è stata un'inversione di tendenza in quanto gli enti locali hanno la possibilità di moltiplicare il ricorso alle stazioni appaltanti, mentre invece è necessario puntare alla specializzazione e alle competenze con la creazione di corpi tecnici. Svariate autorevoli correnti di pensiero ritengono che la strada verso la semplificazione della contrattualistica pubblica sia data dalla volontà di rendere meno vincolato l'agire amministrativo e cioè aumentare la discrezionalità delle stazioni appaltanti al fine di favorire le decisioni. Con il decreto sblocca-cantieri, invece, si è tornati in buona parte al modello rigido regolamentare.

4. Le funzioni dell'Anac

Il settore dei contratti pubblici presenta un alto rischio di corruzione. Il d. lgs n.50 del 2016 conferisce all'Anac un ruolo centrale dotandola di compiti e funzioni mirati al contrasto di fenomeni corruttivi. L'art.213 del d.lgs n.50 del 2016 attribuisce all'Autorità la funzione di vigilanza e controllo sui contratti pubblici e attività di regolazione degli stessi al fine di prevenire e contrastare illegalità e corruzione¹⁵.

L'Anac, attraverso linee guida, bandi-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolazione flessibile garantisce la promozione dell'efficienza, della qualità delle stazioni appaltanti, cui fornisce supporto anche facilitando lo scambio di informazione e la omogeneità dei procedimenti amministrativi e favorisce lo sviluppo delle migliori pratiche¹⁶. Nell'ambito dei poteri ad essa attribuiti l'art.213 stabilisce che l'Autorità vigila sui contratti pubblici, servizi e forniture nei settori

¹⁵ R. CANTONE, *Il male italiano, liberarsi della corruzione per cambiare il Paese*, Studio Dispari, Milano 2015; R.CANTONE, F.MERLONI *La nuova Autorità Nazionale Anticorruzione*, Giappichelli, Torino 2015; *I nuovi poteri dell'Autorità Nazionale Anticorruzione : post fata resurgam*, in *Giornale dir.amm.* n.6/2015 pp. 757 ss.

¹⁶ Sulle autorità indipendenti si veda, R. ROLLI, A. Tagliatela, *La 'legittimazione' costituzionale delle Autorità amministrative indipendenti*, in *giustamm.it*, n. 2 – 2010 e R.TITOMANLIO, *La potestà sanzionatoria delle Autorità Amministrative Indipendenti nel quadro dei pubblici poteri*, in *giustamm.it*, n. 9 – 2006; F. BLANDO, *Questioni in tema di sindacabilità degli atti di nomina delle autorità indipendenti* in *federalismi.it*, n.14 – 2009. Per una visione generale, si veda M. MANETTI., *Poteri neutrali e Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1994; ID., *Le autorità indipendenti*, Laterza, Roma-Bari, 2007; S. CASSESE e C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole – Le autorità indipendenti*, Il Mulino, Bologna, 1996; A.A.V.V., *Regolazione e garanzia del pluralismo. Le autorità amministrative indipendenti*, Giuffrè, Milano, 1997; A.PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Passigli, Firenze, 1997; S. LABRIOLI. (a cura di), *Le autorità indipendenti. Da fattori evolutivi ad elementi della transizione del diritto pubblico italiano*, Giuffrè, Milano, 1999; F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti. Un romanzo quasi giallo*, Il Mulino, Bologna, 2000; M. CLARICH., *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Il Mulino, Bologna, 2005; M. DE BENEDETTO, *Autorità indipendenti*, in S.CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, I, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 588-597; G. GRASSO , *Le autorità amministrative indipendenti della Repubblica – Tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, Giuffrè, Milano, 2006; M. CUNIBERTI, *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, Giuffrè, Milano, 2007; M.POTO., *Autorità amministrative indipendenti*, in *Digesto disc. pubb.*, IV ed., Aggiornamento, t. I, Utet, Torino, 2008, pp. 54-62.

ordinari e nei settori speciali, vigila inoltre affinché sia garantita l'economicità dell'esecuzione dei contratti pubblici. Segnala, inoltre, al Governo e al Parlamento fenomeni particolarmente gravi di inosservanza o di applicazione distorta della normativa di settore. Per affidamenti di particolare interesse svolge attività di vigilanza collaborativa stipulando protocolli d'intesa con le stazioni appaltanti richiedenti¹⁷. L'Autorità, inoltre, gestisce il sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza.

C'è da sottolineare che tale organismo, oltre alla funzione di vigilanza, si è visto attribuire dal nuovo Codice poteri sanzionatori da esercitare attraverso l'irrogazione non solo di sanzioni pecuniarie, ma anche misure di tipo interdittivo e reputazionale. Dai rispondenti al questionario dell'indagine conoscitiva, emerge che il ruolo svolto dall'Anac in materia di contratti pubblici, con le sue funzioni di vigilanza, controllo, linee guida, regolazione non ha fatto altro che aggravare gli adempimenti burocratici a carico delle stazioni appaltanti e delle imprese. Inoltre, si evidenzia come si sia ulteriormente amplificata l'incertezza normativa.

Aspetto comunque da tenere in considerazione, evidenziato dall'analisi dei dati, è che sia le stazioni appaltanti che le imprese riconoscono all'Anac la fondamentale funzione di lotta alla corruzione e garante della trasparenza che sembra aver raggiunto l'obiettivo attraverso l'applicazione della normativa.

Al tempo stesso, però, ciò non ha garantito il processo di semplificazione che stazioni appaltanti e imprese speravano di incontrare. Tuttavia, bisogna tenere in considerazione che sovente non sono le riforme normative a cambiare il Paese, bensì il recepimento e la corretta applicazione e interpretazione nei settori operativi. Con il d.lgs n.32/2019, convertito con modificazioni dalla l.n.55/2019, si istituisce il Regolamento unico dei contratti pubblici che sostituisce i provvedimenti attuativi come le linee guida Anac, i decreti ministeriali, delimitando significativamente il ruolo dell'Autorità. Infatti il comma 27-octies all'art.216 del d.lgs 50/2016 ridimensiona in maniera significativa le linee guida vincolanti.

Ad aggravare il quadro normativo già sensibilmente confuso è la disciplina transitoria dove, appunto, con la pronuncia del Consiglio di Stato, è previsto il mantenimento delle linee guida Anac. Con l'entrata in vigore del decreto cd Sblocca cantieri, l'Anac può fare ricorso all'adozione di linee guida vincolanti solo in alcuni casi a cui le norme del codice dei contratti pubblici facciano

¹⁷ Si veda anche d.lgs 50/2016 art.213 comma h-bis "Al fine di favorire l'economicità dei contratti pubblici e la trasparenza delle condizioni di acquisto, provvede con apposite linee guida, fatte salve le normative di settore, all'elaborazione dei costi standard dei lavori e dei prezzi di riferimento di beni e servizi, avvalendosi a tal fine, sulla base di apposite convenzioni, del supporto dell'Istat e degli altri enti del Sistema Statistico Nazionale, alle condizioni di maggiore efficienza, tra quelli di maggiore impatto in termini di costo a carico della pubblica amministrazione, avvalendosi eventualmente anche delle informazioni contenute nelle banche dati esistenti presso altre Amministrazioni pubbliche e altri soggetti operanti nel settore dei contratti pubblici.

espressamente riferimento, inoltre, è stato ridotto anche il potere di adottare linee guida non vincolanti al di fuori dei confini previsti dal decreto cd Sblocca cantieri.

È evidente che se con il codice dei contratti pubblici all'Anac era stato conferito un ruolo centrale, con il decreto cd Sblocca cantieri il suo ruolo viene chiaramente ridimensionato. In un quadro normativo in costante evoluzione è interessante tenere conto della riflessione presentata da Anac in merito all'analisi delle disposizioni del D.L. n.76/2020. L'Autorità mostra perplessità sull'espansione della soglia di affidamento diretto "puro" che transita dal limite di 40.000 euro come indicato dall'art.36 comma 2 lett.a) a quello di 150.000 euro¹⁸. Ciò significa che la norma consente di affidare direttamente lavori entro l'importo di 150.000 euro. Le perplessità sollevate sul tema riguardano la tutela della concorrenza e l'efficacia dell'azione amministrativa, evidenziando come, anche in situazioni di eccessiva gravità come quella presente, è necessario garantire l'equilibrio tra concorrenza, legalità ed efficienza al fine di salvaguardare la trasparenza dell'azione amministrativa. In una fase complessa come quella che stiamo attraversando è fondamentale favorire la competitività tra operatori economici proprio per mirare al rilancio dell'economia.

Soprattutto, l'Anac, nella sua analisi, rimarca come l'interpretazione della normativa non sia agevole per le stazioni appaltanti ulteriormente aggravata dalle nuove disposizioni. Inoltre, l'Autorità conclude affermando che la deroga non è obbligatoria e invita a non disapplicare, in regime di deroga, le norme che riguardano le materie di risoluzione del contratto, le disposizioni riguardanti il sistema di qualificazione degli operatori economici per importi superiori a 150.000 euro, la norma sulle cause di esclusione previste dall'art.80 del Codice in quanto trattasi di principi frutto dell'iniziativa del legislatore italiano.

Infatti, l'Autorità tiene a precisare che le stazioni appaltanti non sono obbligate a tenere conto delle deroghe previste dal d.l. cd Semplificazioni. La legge, in questa fase, prevede che le uniche norme da rispettare siano quelle penali, quelle che riguardano la lotta alla infiltrazione mafiosa e, infine, i principi inderogabili derivanti dall'Unione Europea. Alla luce degli elementi emersi, l'Anac sottolinea come le continue modifiche al codice degli appalti rendano sempre più ardua l'interpretazione e l'applicazione della normativa ma soprattutto come sia complesso, in questa cornice, la predisposizione di nuovi bandi/tipo e il riesame di quelli esistenti.

Dunque, benché l'analisi sulla quale si basa questo contributo risalga ad un periodo antecedente la fase emergenziale del Paese, dalle riflessioni poste in risalto dall'Anac, in merito al d.l. 16 luglio 2020 n.76, conv. In L. 11 settembre 2020 n.120, emerge che, per certi versi, l'obiettivo

¹⁸ Testo scritto e presentato dal Presidente f.f. dell'ANAC, Prof. F. MERLONI, in occasione dell'audizione presso le Commissioni riunite e 1^Affari costituzionali del Senato della Repubblica.

semplificazione non sembra raggiungersi proprio a causa di una serie di elementi contraddittori che andrebbero ad inficiare la corretta interpretazione e applicazione della normativa.

5. Gli acquisti pubblici in emergenza

Il decreto-legge 16 luglio 2020, n.76 (c.d. “decreto Semplificazioni”) convertito, con numerose e significative modificazioni, con legge 11 settembre 2020, n.120, ha come noto introdotto un nuovo regime speciale e transitorio per le procedure d’appalto, sia sotto che sopra la soglia comunitaria, fino al 31.12.2021, attraverso una serie di misure che sono caratterizzate dalla dichiarata finalità di “incentivare gli investimenti pubblici con particolare riferimento alle infrastrutture ed ai servizi pubblici e far fronte alle ricadute economiche negative a seguito delle misure di contenimento e dell’emergenza sanitaria globale del COVID-19”¹⁹. Per il perseguimento dei suddetti obiettivi il legislatore governativo ha introdotto norme volte ad imprimere una accelerazione nelle procedure di affidamento utilizzando prevalentemente tre modalità:

- attraverso deroghe al codice dei contratti pubblici e ad altre norme;
- fornendo specifiche motivazioni “*ex lege*” a giustificazione dell’adozione di procedure d’urgenza e/o di semplificazione;
- attraverso alcune modificazioni al codice dei contratti. Sono state poi introdotte modificazioni ad altre norme e tra queste si segnalano, in particolare, quelle alla legge n.241/1990, al decreto legislativo n.104/2010 e alla legge 14 giugno 2019, n.55.

È tangibile, in questa fase di emergenza sanitaria e di drammatica crisi economica la volontà di spingersi verso la massima accelerazione e semplificazione delle procedure di affidamento e, al tempo stesso, la necessità di garantire legalità e correttezza dell’azione amministrativa. Gli appalti pubblici hanno sempre costituito una importante leva strategica di politica economica e sociale e, assumono, nella fase emergenziale da COVID-19, la rinnovata funzione di essenziale e urgente strumento di contrasto alla crisi sistemica, spingendo le stazioni appaltanti ad iniettare, con la massima velocità possibile, liquidità nel sistema produttivo grazie al rapido affidamento ed esecuzione delle commesse pubbliche nel rispetto di tempi contingentati e perentori.

Le misure intendono contrastare la c.d. “burocrazia difensiva”, l’atteggiamento inerte e formalistico di alcuni funzionari, i quali rallentano l’iter dei procedimenti di propria competenza per timore di incorrere in responsabilità, in particolare di tipo erariale, che obbliga chiunque svolga funzioni pubbliche a risarcire gli sprechi di risorse, le condanne al risarcimento danni subite dall’amministrazione per l’illegittimità dell’azione amministrativa causata da azioni oppure

¹⁹ A. MASSARI, *Il decreto semplificazioni e il regime transitorio delle procedure d’appalto fino al 31.12.2021* p.13ss, UTET

omissioni compiute con dolo o colpa grave. L'obiettivo è ora appunto quello di accelerare la realizzazione delle spese di investimento. Alla luce di ciò, tra le misure adottate, vi sono anche la rimodulazione del reato di abuso d'ufficio, rendendo la fattispecie più specifica, che in un certo senso "protegge" la discrezionalità del funzionario, e una riforma a tempo del danno erariale che rende più pericoloso il "non fare" rispetto al fare: le omissioni e le inerzie saranno più facili da perseguire rispetto ai semplici errori.

Potremmo affermare che il decreto semplificazioni interviene per colmare una lacuna del Codice degli appalti che manca di una trattazione dei casi di emergenza.

Infatti, gli artt.63.2 lett c) e 163 erroneamente sono deputati all'emergenza. Di fronte alle emergenze, dai terremoti al crollo del Ponte Morandi fino all'emergenza pandemica da Covid-19 il riferimento per operare sono stati gli articoli del codice che sono risultati essere inadeguati. Di conseguenza, per operare è stato necessario derogare ad essi. Esaminando il modello Genova, possiamo affermare che ha avuto successo in quanto si è trattato di un'opera fortemente condivisa basata su una drastica semplificazione della catena di comando.

Tuttavia, il decreto adottato per il Ponte Morandi si configura da un punto di vista giuridico come diritto singolare. Di conseguenza, benché il codice dei contratti pubblici manchi di una normazione d'urgenza, è necessario essere consapevoli che una possibile soluzione non è quella basata sul diritto singolare ma sulla estensione di alcune norme di specie già previste nel codice degli appalti, immaginando una estensione per un tempo delimitato ma al tempo stesso adeguato. Altro problema evidente della decretazione d'urgenza è la tendenza a trasformare "emergenza" quei casi che in realtà non costituiscono una reale emergenza. Ecco che ci imbattiamo nell'abuso d'urgenza.

Un esempio è il caso Expo 2015 dove, per accelerare le procedure di aggiudicazione, è stato necessario ricorrere alla deroga. Il grande problema dell'Italia è che continua ad utilizzare la modalità derogatoria incidendo negativamente sull'efficienza, sulla trasparenza, compromettendo fasi fondamentali delle procedure a differenza di altri Paesi, i quali per far fronte all'attuale emergenza legata alla pandemia da Covid-19²⁰, hanno operato con l'obiettivo di rafforzare gli apparati burocratici, hanno investito sulla formazione e sulla qualità degli affidamenti, in modo conservativo e riducendo al minimo la frammentazione del codice dei contratti. A causa dell'emergenza pandemica, tutte le amministrazioni pubbliche, dai livelli più bassi ai livelli più alti, hanno dovuto accelerare le procedure di acquisto per servizi e forniture. Sono stati spesi 700 milioni per

²⁰ C. RANGONI, *Misure di rilancio e di liberalizzazione procedurale in Francia, Germania, Spagna, Belgio, Portogallo e Polonia, Il decreto semplificazione è legge tra criticità ed evoluzioni giurisprudenziali*, Convegno IGI (webinar), 22 settembre 2020.

apparecchiature mediche senza considerare i dispositivi acquistati per circa 600 milioni per effettuare test e tamponi. L'Anac ha monitorato gli acquisti di servizi e forniture per un totale di 4775 lotti emessi da 516 stazioni appaltanti per un valore totale di 9,65 miliardi di euro di importi a base d'asta. Chiaramente, tenendo conto del contesto emergenziale tali procedure vengono gestite attraverso modalità straordinarie. Infatti, nemmeno il 3% delle somme è stato messo a gara con procedure aperte. Le modalità individuate per gli affidamenti in questa fase di emergenza sono gli affidamenti diretti o la negoziazione cui segue, poi, l'affidamento. È vero che si tratta di un momento storico molto complesso dove l'adozione di queste tipologie di procedure sono necessarie per accelerare la ripresa del Paese ma è pur vero che vi è una sorta di estensione degli acquisti pubblici in emergenza anche alla luce del decreto semplificazioni che, non solo alza la soglia per gli affidamenti diretti fino al 31 luglio 2021, ma estende il ruolo del commissario straordinario per l'emergenza. L'ultima definitiva versione del decreto semplificazioni prevede nuove norme che coinvolgono il settore degli appalti pubblici. Le modifiche introdotte seguono l'assetto delle direttive comunitarie del 2014²¹. Tra gli obiettivi principali: accrescere l'efficienza della spesa pubblica, facilitare la partecipazione delle piccole e medie imprese, ridurre l'onere amministrativo per le amministrazioni aggiudicatrici e gli operatori economici.

6. Possibili soluzioni

Dall'analisi emerge che vi è un problema generale che va ben oltre la semplice riforma dei contratti pubblici. È chiaro che la convinzione diffusa e radicata attribuisce al codice dei contratti pubblici il ruolo di "freno" che compromette la realizzazione di molte opere pubbliche. Al tempo stesso, c'è meno chiarezza, però, su quali siano le effettive inefficienze e su quali settori mirati operare le modifiche e le innovazioni ai fini di un maggiore snellimento delle procedure. Possiamo individuare, in una prima analisi, tre questioni di fondo:

- È forse il caso di abbandonare il modello di regole rigide e prestabilite per dirigersi verso il riconoscimento di una maggiore discrezionalità amministrativa?
- È possibile una limitazione del sindacato del giudice amministrativo sostituendolo con una tutela di tipo risarcitorio e con un maggiore controllo preventivo da parte della Corte dei Conti?
- L'amministrazione è spesso frenata dall'agire in maniera tempestiva a causa del timore di incorrere in responsabilità di natura penale, contabile o amministrativa. È possibile, dunque, limitare in tutto o in parte questa responsabilità in modo da lasciare maggiore

²¹ Le direttive comunitarie 2014/23/UE, 2014/24/UE, 2014/25/UE.

spazio agli amministratori pubblici, alle stazioni appaltanti nell'assumere decisioni e quindi nel velocizzare i procedimenti amministrativi?

La lentezza delle procedure per le opere pubbliche e la discrezionalità amministrativa sono due problemi di vecchia data.

Ma quali sono le possibili soluzioni?

Secondo alcune correnti di pensiero è necessario acquisire una visione d'insieme. Inoltre, più volte è stato proposto di estendere l'ambito di applicazione di alcune norme di specie delimitandole nel tempo. È tangibile la vischiosità delle procedure di spesa dove emerge che vi sono regole generali e regole speciali nonché controlli dai tempi imprevedibili. Il problema si è acuito dopo il 1992 in quanto sempre più spesso gli amministratori pubblici hanno mostrato una certa riluttanza ad assumere responsabilità. Hanno ritenuto che di fronte alla difficoltà di assumersi la responsabilità di una decisione fosse più risolutivo rifugiarsi nell'inerzia. Il problema della contrattualistica pubblica necessita di essere analizzato e affrontato nel suo complesso attraverso più profili. In primo luogo, ripresa economica e riforma dei contratti pubblici sono certamente due ambiti strettamente connessi. In secondo luogo, al centro del problema si pongono delle difficoltà che sono emerse in modo più incisivo durante l'emergenza epidemiologica ma che hanno una storia lunga e con le quali le pubbliche amministrazioni convivono da tempo.

Queste difficoltà sono legate proprio alle pubbliche amministrazioni, in quanto, quando si fa riferimento alla paralisi che affligge il settore degli appalti pubblici, si è soliti porre al centro il tema della "legislazione". Il problema della legislazione non può essere escluso ma è errato pensare che le criticità delle infrastrutture si risolvano attraverso un mutamento legislativo. Sovente si ritiene che la soluzione per il rilancio degli investimenti consista nell'utilizzare lo strumento del mutamento legislativo.

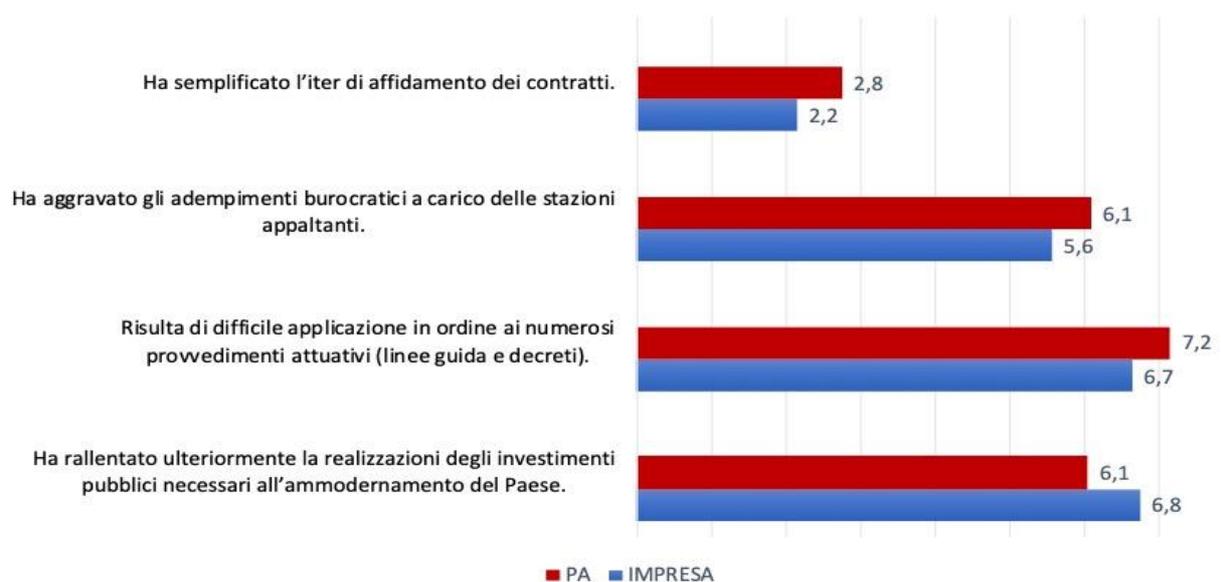
Infatti, è tangibile una certa illusione complessiva sul valore della legislazione, in quanto vi è la convinzione che con una modificazione della legislazione si possa garantire una efficienza del sistema. Osservando le nostre pubbliche amministrazioni, la scarsa preparazione dei RUP e considerando la farraginosità normativa, così come emerge dall'indagine conoscitiva rivolta alle stazioni appaltanti e alle imprese, un problema reale è radicato nelle pubbliche amministrazioni che sono chiamate ad applicare le norme. Apportare modifiche alla legge, come accade dal 2006 per il settore dei contratti pubblici, è piuttosto semplice mentre è molto più complesso cambiare le pubbliche amministrazioni al fine di renderle più efficienti.

Ripensare le pubbliche amministrazioni in termini di efficacia ed efficienza è possibile? Vi sono alcune proposte che potrebbero innovare senza complicare l'operare delle stazioni appaltanti.

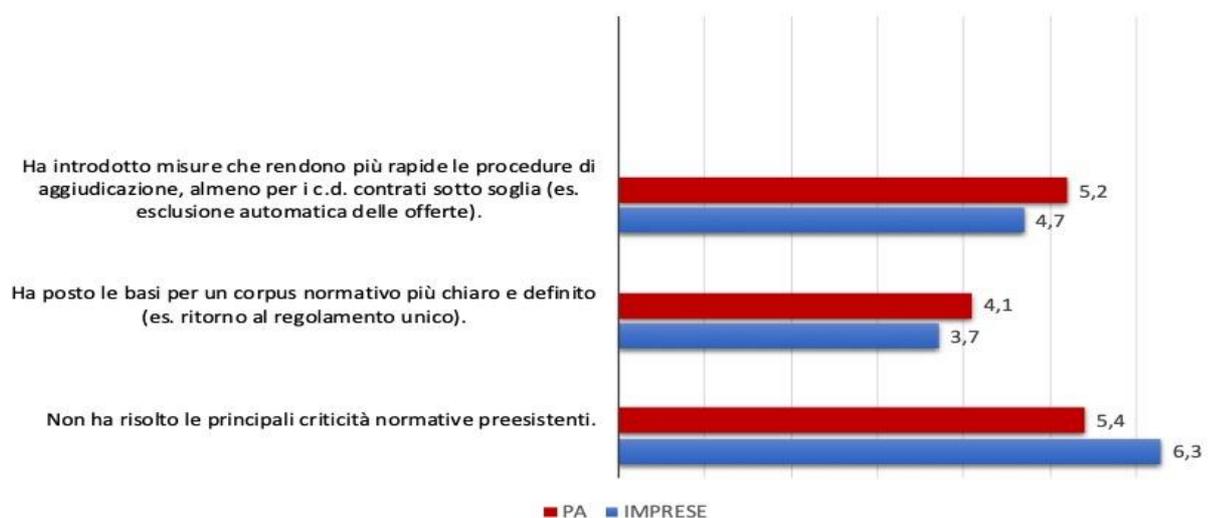
Tra le previsioni si è fatto spesso riferimento alla necessità di ridurre drasticamente il numero delle stazioni appaltanti immaginandone una per ogni Regione e prevedendo per i grandi appalti centrali e dunque per le grandi opere pubbliche un'unica stazione appaltante con specifiche funzioni. Se ci soffermiamo sulle ultime modifiche apportate al codice dei contratti pubblici possiamo notare che vi è stata una moltiplicazione delle stazioni appaltanti. Inoltre, è necessario porre al centro la lentezza delle decisioni che non è quella imposta dalla legislazione. Si tratta di quella lentezza che coinvolge il decisore e cioè colui che non si assume la responsabilità di decidere. Spesso la lentezza delle decisioni non dipende dalla legislazione ma da come è stata applicata la legge. Ad esempio, le procedure di VIA hanno dei tempi lunghi perché vi sono molte difficoltà nel raggiungere un accordo. In conclusione, alla luce dei dati emersi dall'indagine conoscitiva, è necessario rivedere la disciplina della responsabilità amministrativa che risulta essere inefficiente in quanto dà vita ad una amministrazione difensiva assolutamente inadeguata rispetto alle sfide che coinvolgono il Paese. È fondamentale, inoltre, un'attività di raccordo tra i diversi livelli di amministrazione in quanto si generano spesso conflitti di competenze che contribuiscono al rallentamento delle procedure. Infine, sarebbe opportuno recuperare gli apparati tecnici delle pubbliche amministrazioni perché mancano le amministrazioni tecniche e la relativa specializzazione. È evidente che per fare una riforma non basta una legge in quanto l'iperproduzione normativa non ha reso più efficiente il settore dei contratti pubblici, dunque, è la fase dell'implementazione ad essere centrale. Occorre intervenire sul piano della legislazione, sul piano dell'organizzazione dell'amministrazione, sul piano della responsabilità e sul piano dei controlli.

ANALISI COMPARATA DELLE RISPOSTE DELLE STAZIONI APPALTANTI E DEGLI OPERATORI ECONOMICI

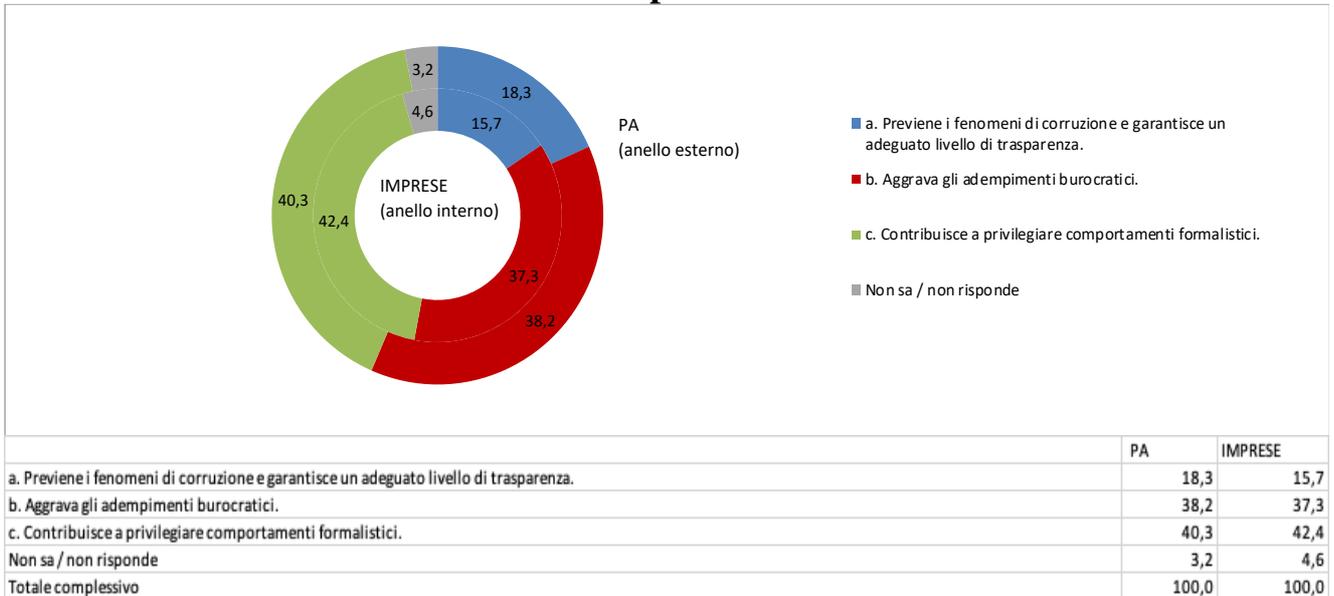
1. Come valuta la riforma della normativa sui contratti pubblici introdotta con il nuovo Codice di cui al DLgs 50/2016.



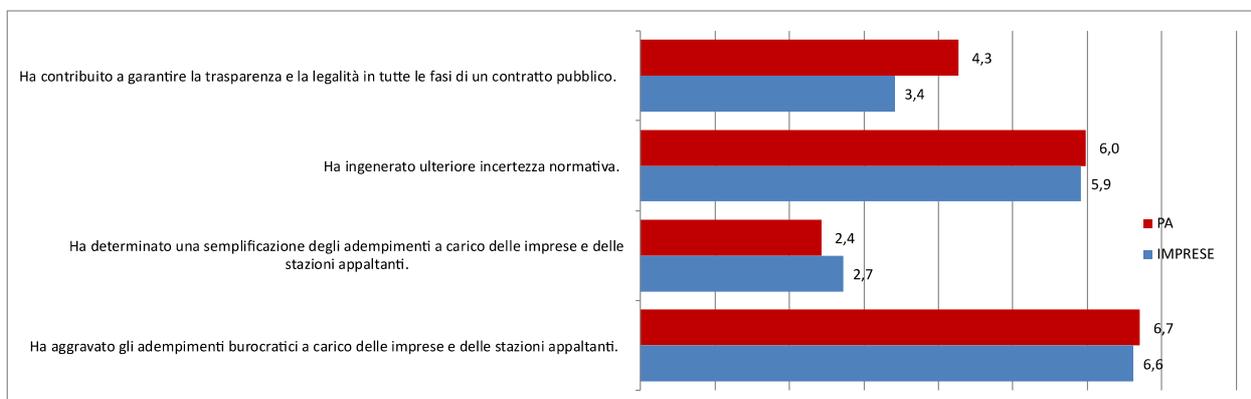
2. Come valuta le novità introdotte al Codice dei contratti pubblici dalla L. 55/2019 di conversione del c.d. decreto "Sblocca cantieri"?



3. Come valuta la normativa in materia di prevenzione della corruzione (L. 190/2012) e trasparenza amministrativa (DLgs 33/2013), applicata al settore dei contratti pubblici?



6. Come valuta il ruolo finora svolto dall'ANAC in materia di contratti pubblici (funzioni di vigilanza e controllo, linee guida, regolazione)?



Le fasi più critiche nelle procedure di gara: l'e-procurement può migliorare l'efficienza e la qualità nel ciclo degli acquisti?

di Ginevra Giannattasio

Funzionaria presso Scabec SpA, società *in house* della Regione Campania

Abstract [It]: Il sistema dei contratti pubblici costituisce un'area di attività economica delle aziende pubbliche particolarmente rilevante. Tale rilevanza ha assunto, nel corso del tempo, una specificità sempre maggiore dovuta a differenti fattori ambientali interni ed esterni alle amministrazioni pubbliche. Attualmente l'assetto degli acquisti pubblici rappresenta non soltanto un aggregato di spesa pubblica di notevole rilevanza ma anche un settore chiave per la ripresa della vita economica e sociale dell'Italia post-emergenza Covid-19, necessita di ordine. Una delle principali priorità è costituita dall'elaborazione di una normativa generale e uniforme, che avrebbe il pregio di fornire alle amministrazioni regole uniche e chiare, oltre alla possibilità di sanare le varie criticità dell'attuale assetto degli acquisti attraverso un uniforme piano di miglioramento della qualità dell'azione amministrativa. Il presente contributo si inserisce nell'ambito della ricerca svolta nel corso del 2020 dalla Luiss, da Confindustria e dall'Ance in materia di contrattualistica pubblica. La ricerca, a cui hanno partecipato gli "addetti ai lavori" (sia stazioni appaltanti pubbliche che operatori economici privati), è stata effettuata attraverso la somministrazione di numerosi quesiti. In particolare, nel saggio di esaminano, tra l'altro, le risposte degli operatori economici e dei responsabili unici del procedimento in materia di contrattualistica pubblica sull'e-procurement, sulla individuazione delle fasi più critiche per l'amministrazione durante il ciclo dei contratti pubblici e sulle ragioni che determinano il maggiore rallentamento nella programmazione e nella progettazione delle opere pubbliche. Il Recovery Plan rappresenta una sfida importante per il rilancio della politica infrastrutturale e dell'economia del nostro paese. L'implementazione strategica dell'e-procurement, può incidere sul ciclo degli acquisti migliorando l'efficienza e la qualità della spesa pubblica e inoltre può essere anche un'opportunità concreta per affermare un processo semplificazione e di integrazione all'interno delle stazioni appaltanti e nei rapporti con gli altri soggetti pubblici e con il mercato.

Abstract [Eng]: The system of the Public Procurement Code is a significant area of economic activity for public companies. This relevance has assumed, over time, an ever-increasing specificity due to different environmental factors internal and external to public administrations. At present, the public procurement structure represents not only an aggregate of public expenditure of considerable importance, but also a key sector essential for the recovery of Italy's economic and social life post-Covid-19 emergency. One of the main objectives is the development of a general and uniform regulation, which would have the benefit of providing administrations with unique and clear rules, as well as the possibility of remedying the several critical aspects of the current structure of procurement through a uniform plan to improve the quality of administrative action. The research, in which "insiders" (both public contracting authorities and private economic operators) took part, was carried out through the administration of numerous queries. This essay analyses, among other things, the responses of economic operators and those in charge of the single procedure regarding public contracts on e-procurement, on the identification of the most critical phases for the administration during the cycle of public contracts and on the reasons that determine the greatest slowdown in the planning and design of public works. The Recovery Plan represents an important challenge for the relaunch of infrastructure policy and the economy of our country. The strategic implementation of e-procurement can affect the procurement cycle by improving the efficiency and quality of public spending and can also be a real opportunity to establish a process of simplification and integration within the contracting stations and in relations with other public entities and the market.

Sommario: 1. Le fasi del procedimento contrattuale. – 2. Il ciclo del *procurement*. – 2.1. La programmazione dei lavori, delle forniture e dei servizi. – 2.2. La determinazione a contrarre. – 2.3. La scelta della controparte. – 2.4. La procedura aperta. – 2.5. La procedura ristretta. – 2.6. La procedura competitiva con negoziazione e il dialogo competitivo. – 2.7. La procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara. – 3. Il partenariato per l’innovazione. – 4. I sistemi di tipo negoziato tra rischi e opportunità. – 5. La progettazione. – 5.1. La digitalizzazione degli appalti. – 5.2. Le fasi della progettazione. – 6. Il *Green Public Procurement* e il ciclo di vita dell’opera. – 7. La verifica ai fini della validazione del progetto. – 8. L’esecuzione degli appalti. – 9. Il Collaudo. – 10. L’evoluzione normativa del codice degli appalti pubblici: il DL semplificazioni. – 11. Conclusioni.

1. Le fasi del procedimento contrattuale

I contratti posti in essere dalle amministrazioni pubbliche sono caratterizzati dall’esistenza di un momento pubblicistico propedeutico alla stipulazione, con l’intento di soddisfare una duplice esigenza: da un lato, concludere negozi idonei a realizzare al meglio gli interessi generali. Dall’altro, assicurare ai privati la possibilità di contrattare con la pubblica amministrazione in maniera trasparente e senza alcun tipo di discriminazione¹.

In questo lavoro si procederà all’analisi dei diversi momenti che caratterizzano il percorso contrattuale, prendendo in considerazione le disposizioni contenute nel Codice dei contratti pubblici e le norme europee relative agli affidamenti pubblici nei «settori ordinari» dei lavori, delle forniture e dei servizi. Tale analisi sarà effettuata alla luce dei risultati emersi dall’ “Indagine Conoscitiva della stazioni appaltanti, imprese e rappresentanze economiche sulle cause di rallentamento degli appalti pubblici in Italia” sviluppata dalla Conferenza delle Regioni e delle Province Autonome, in collaborazione con Confindustria, ANCE e LUISS (Libera Università Internazionale degli Studi Sociali Guido Carli) al fine di identificare le criticità che determinano il rallentamento della realizzazione delle opere pubbliche e, più in generale, nella gestione degli appalti, il cui rilancio è oggi fondamentale ai fini della ripresa post-emergenza Covid.

2. Il ciclo del *procurement*

¹ A. MONORCHIO, L. MOTTURA (*Compendio di contabilità di Stato*, Bari, Cacucci, 2020, pp. 351 e ss.) sostengono che in quest’ottica il contratto pubblico può essere considerato alla stregua di una *fattispecie a formazione progressiva*.

Di seguito verranno analizzate, nello specifico, le fasi di programmazione, progettazione, scelta della controparte, esecuzione e collaudo, caratterizzanti il ciclo del *Public Procurement* con particolare attenzione alle criticità che affliggono il settore delle Opere Pubbliche, ma con considerazioni declinabili anche in caso di appalti di servizi e forniture di altro genere. È essenziale, per comprenderne i meccanismi, inquadrare questo processo complesso in una prospettiva più ampia, che inizia con la definizione del quadro delle esigenze e si estende alla fase di utilizzo fino al “fine vita” del bene.

In questo senso è stato concepito il Codice del 2016 (decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50), che ha attuato nell’ordinamento nazionale tre direttive europee del 2014², con l’intento di riordinare, in un unico atto e con una visione sistematica, l’intero settore degli appalti pubblici e delle concessioni. La legge delega³ da cui è scaturito il citato Codice, nel definire i principi di delega al Governo, ha cercato di coniugare semplificazione ed efficienza economica con la salvaguardia di rilevanti valori sociali e ambientali. Il Codice fu quindi “disegnato seguendo le *best practices* internazionali e in aderenza ai principi della più recente letteratura economica sul *procurement*, sia pure con numerose incertezze, incoerenze e ripensamenti”⁴ per stazioni appaltanti ed operatori economici, dovuti all’introduzione di molti nuovi istituti e regole oltre che ad una notevole frammentazione normativa.

2.1. La programmazione dei lavori, delle forniture e dei servizi

Assunto che la “programmazione dei lavori costituisce un momento essenziale per l’efficiente ed efficace realizzazione delle opere pubbliche, in quanto in grado di condizionare le modalità, i tempi, i costi e la riuscita delle successive fasi di selezione dell’operatore economico e di esecuzione della commessa”⁵, il Codice, allo scopo di armonizzare il quadro regolamentare italiano a quello europeo, disciplina, all’art. 21 la fase della programmazione dei lavori pubblici “ordinari” e agli artt. 200-204 affronta nello specifico il tema delle infrastrutture e degli insediamenti prioritari.

² Si tratta della Direttiva UE 23/2014 sui contratti di concessione, della Direttiva UE 24/2014 sugli appalti pubblici e della Direttiva UE 25/2014 su procedure d’appalto degli enti erogatori nei settori dell’acqua, dell’energia, dei trasporti e dei servizi postali. Con il Codice del 2016 il legislatore ha rivisto la precedente disciplina nazionale ed eliminato il regolamento attuativo della medesima disciplina.

³ Legge 28 gennaio 2016, n. 11 recante “Deleghe al Governo per l’attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull’aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d’appalto degli enti erogatori nei settori dell’acqua, dell’energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture”.

⁴ Così Ufficio parlamentare di bilancio, *Il Codice degli appalti pubblici: la difficile ricerca di un punto di equilibrio*, Flash n. 2, 11 giugno 2019.

⁵ Banca d’Italia, *Questioni di Economia e Finanza: Gli appalti di lavori nel nuovo codice: un’analisi gius-economica delle principali misure*, Banca d’Italia, 2017, Roma.

Questa fase assume rilevanza determinante per i lavori di singolo importo superiore ad una soglia minima (pari a 100.000 euro), essendo prevista la realizzazione di un *programma triennale degli interventi* da parte delle amministrazioni aggiudicatrici, da predisporre e approvare unitamente all'elenco dei lavori da realizzare nell'anno stesso. Tale programma, che rappresenta il momento attuativo di studi di fattibilità e di identificazione e quantificazione dei bisogni propri delle amministrazioni aggiudicatrici, prevede un ordine di priorità, nell'ambito del quale sono comunque preferiti i lavori di manutenzione, di recupero del patrimonio esistente e di completamento dei lavori già iniziati, nonché i progetti esecutivi già approvati e quelli per i quali ricorra la possibilità di finanziamento con capitale privato maggioritario.

Con il fine di favorire la razionalizzazione dell'azione amministrativa e il contenimento della spesa pubblica, la fase della programmazione – inizialmente circoscritta al solo settore dei lavori pubblici – risulta oggi estesa anche ai settori delle forniture e dei servizi pubblici ed è realizzata attraverso la formulazione di un *programma biennale di forniture e servizi* contenente gli acquisti di beni e di servizi di importo unitario stimato pari o superiore a 40.000 euro. In questa prospettiva è stata affidata alla Consip S.p.A. l'assistenza nella pianificazione e nel monitoraggio dei fabbisogni di beni e servizi delle pubbliche amministrazioni, la gestione delle procedure per la conclusione delle convenzioni nonché la realizzazione e la gestione del sistema di controllo e verifica dell'esecuzione delle convenzioni medesime, anche attraverso soluzioni organizzative, servizi informatici, telematici e logistici.

In particolare, l'art. 21 del Codice dei contratti pubblici dispone che, nel rispetto dei documenti programmatori e in coerenza con il bilancio e, per gli enti locali, secondo le norme che disciplinano la programmazione economico-finanziaria degli enti, le amministrazioni aggiudicatrici adottano il *programma biennale degli acquisti di beni e servizi* e il *programma triennale dei lavori pubblici*, nonché i relativi aggiornamenti annuali:

- il *programma triennale dei lavori pubblici* e i relativi aggiornamenti annuali contengono i lavori il cui valore stimato sia pari o superiore a 100.000 euro e indicano i lavori da avviare nella prima annualità, per i quali deve essere riportata l'indicazione dei mezzi finanziari stanziati sullo stato di previsione o sul proprio bilancio, ovvero disponibili in base a contributi o risorse dello Stato, delle regioni a statuto ordinario o di altri enti pubblici. Per i lavori di importo pari o superiore a 1.000.000 euro, ai fini dell'inserimento nell'elenco annuale, le amministrazioni aggiudicatrici approvano preventivamente il progetto di fattibilità tecnica ed economica. Nell'elencazione delle fonti di finanziamento sono indicati anche i beni immobili disponibili che possono essere oggetto di cessione. Sono, altresì, indicati i beni immobili nella propria disponibilità concessi in diritto di godimento, a

titolo di contributo, la cui utilizzazione sia strumentale e tecnicamente connessa all'opera da affidare in concessione;

- il *programma biennale di forniture e servizi* e i relativi aggiornamenti annuali contengono gli acquisti di beni e di servizi di importo unitario stimato pari o superiore a 40.000 euro. Nell'ambito del programma, le amministrazioni aggiudicatrici individuano i bisogni che possono essere soddisfatti con capitali privati.

Sia il programma triennale dei lavori pubblici che il programma degli acquisti di beni e servizi vanno pubblicizzati attraverso la loro pubblicazione sul profilo del committente (ovvero la stazione appaltante), sul sito informatico del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e sul sito informatico dell'Osservatorio dei contratti pubblici.

2.2. La determinazione a contrarre

La determinazione a contrattare, compresa tra le competenze dei dirigenti, è il provvedimento con cui l'amministrazione pubblica manifesta l'intento di concludere un determinato contratto – del quale vanno evidenziati i motivi di pubblico interesse nonché gli elementi essenziali, le modalità di scelta del contraente e un progetto del contratto cui intenderebbe addivenire – e rappresenta il primo degli atti che compongono l'*iter* procedimentale dei contratti pubblici.

In particolare, prima dell'avvio delle procedure di affidamento dei contratti pubblici, le amministrazioni aggiudicatrici decretano o determinano di contrarre, in conformità ai propri ordinamenti, individuando gli *elementi essenziali del contratto* e i *criteri di selezione* degli operatori economici e delle offerte. Per gli appalti di importo inferiore a 40.000 euro, nonché per gli appalti di importo pari o superiore a 40.000 euro e inferiore a 150.000 euro per i lavori o alle relative soglie di rilevanza comunitaria per le forniture e i servizi, la stazione appaltante può procedere ad affidamento diretto tramite determina a contrarre, o atto equivalente, che contenga, 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, ove richiesti.

2.3. La scelta della controparte

Alla delibera a contrarre segue il *bando di gara* che costituisce l'atto di avvio del procedimento di scelta del contraente, ossia della seconda fase del procedimento di evidenza pubblica. In deroga alla regola generale secondo cui la gara è indetta mediante un bando, è possibile – limitatamente alle procedure ristrette e alle procedure competitive con negoziazione – indire la gara mediante un *avviso di pre-informazione*, nel qual caso gli operatori economici che hanno manifestato interesse in seguito

alla pubblicazione dell'avviso di pre-informazione devono essere successivamente invitati a confermare il proprio interesse per iscritto mediante un «invito a confermare interesse».

In generale, come è noto, le amministrazioni pubbliche, a differenza dei privati, non sono libere di scegliere in maniera discrezionale i soggetti con cui contrattare, ma devono operare tale scelta nel rispetto di procedure atte a garantire, dal lato dell'amministrazione aggiudicatrice, una pattuizione sana in termini giuridici e vantaggiosa in termini economici e, dal lato della controparte, la possibilità di concorrere a parità di condizioni all'aggiudicazione dell'appalto.

Le procedure per l'individuazione della controparte sono sostanzialmente riconducibili a due grandi gruppi: i sistemi di scelta di *tipo meccanico* e quelli di *tipo negoziato*. I primi sono caratterizzati dalla circostanza che la controparte resta estranea al procedimento di formazione del contenuto del contratto, avvenendo la sua individuazione in maniera meramente meccanica ed essendo il suo comportamento essenzialmente circoscritto al contenuto della propria offerta e alla sussistenza dei requisiti per partecipare alla gara; i secondi, invece, sono caratterizzati da una sua partecipazione diretta alla formazione del contenuto negoziale e la scelta si effettua al termine di una negoziazione tra le parti.

Nelle procedure di tipo meccanico viene dunque enfatizzato il momento competitivo, di modo che risulta esaltata l'esigenza di imparzialità e la *par condicio* degli aspiranti contraenti; nelle procedure di tipo negoziato, per contro, l'amministrazione – sia pure nel rispetto di norme procedurali – si comporta alla stregua di un soggetto privato. Tali considerazioni sono sufficienti di per sé a spiegare il motivo per cui il legislatore (sia europeo che nazionale) privilegia i sistemi di tipo meccanico, i soli in grado di garantire l'assoluta imparzialità nell'individuazione della controparte, sebbene ciò possa determinare un rallentamento del procedimento contrattuale.

Possono essere ricompresi nella categoria dei sistemi di tipo automatico la *procedura aperta* e la *procedura ristretta*, mentre i sistemi di tipo negoziato comprendono la *procedura negoziata*, con o senza pubblicazione del bando di gara, il *dialogo competitivo* e gli *accordi quadro*.

2.4. La procedura aperta

Nella disciplina europea degli appalti pubblici di lavori, forniture e servizi, la «procedura aperta» è definita quella in cui «qualsiasi operatore economico interessato può presentare un'offerta in risposta a un avviso di indizione di gara»⁶. Si tratta di un sistema di gara nel quale non vi è una preventiva selezione delle imprese da invitare, essendo l'esperimento aperto alla partecipazione di tutti gli operatori economici che, al momento della presentazione delle offerte, quindi della

⁶ Cfr. art. 27 par. 1 della direttiva 2014/24 e art. 60, comma 1, del Codice dei contratti pubblici.

partecipazione, sono in grado di dimostrare di essere in possesso dei requisiti previsti dal bando per ottenere l'ammissione.

Il corretto funzionamento di questa procedura implica:

- da un lato, che il bando di gara sia esaustivo, indichi cioè tutti gli elementi indispensabili per l'individuazione dei requisiti di partecipazione alla gara e per predisporre e presentare l'offerta;
- dall'altro lato, che le offerte siano accompagnate da tutte le informazioni richieste dall'amministrazione aggiudicatrice per la selezione qualitativa, ossia per la verifica della sussistenza dei requisiti di ordine speciale in capo all'offerente.

2.5. La procedura ristretta

Il sistema di aggiudicazione mediante "procedura ristretta" è definito quello in cui *“a seguito della valutazione da parte delle amministrazioni aggiudicatrici delle informazioni fornite, soltanto gli operatori economici invitati possono presentare un'offerta.”*⁷.

Servendosi di tale meccanismo, la stazione appaltante è in grado di accertare, preventivamente alla presentazione delle offerte, il possesso da parte degli operatori economici dei requisiti previsti dal bando.

La procedura ristretta consta di due fasi principali:

- la presentazione della domanda di partecipazione da parte degli operatori economici in seguito ad un avviso di indizione di gara pubblicato dalla stazione appaltante;
- la presentazione di un'offerta da parte dei soli operatori economici invitati a partecipare alla procedura, in seguito ad una selezione qualitativa effettuata dalla commissione giudicatrice sulla base del contenuto della domanda di partecipazione.

Il ricorso a tale strumento comporta maggiori adempimenti per la pubblica amministrazione e ciò implica maggiori oneri e tempi più lunghi rispetto al meccanismo della procedura aperta. Per questo motivo l'utilizzo di tale sistema è limitato ai casi nei quali si ritiene necessario od in quelli in cui la legge dia espressamente una preferenza.

2.6. La procedura competitiva con negoziazione e il dialogo competitivo

Questi particolari meccanismi di scelta del contraente possono essere utilizzati per l'aggiudicazione di appalti di servizi, lavori o forniture nel caso in cui l'amministrazione necessiti di soluzioni innovative e comunque non immediatamente disponibili, ovvero si presentino circostanze in cui le condizioni dell'appalto necessitino di essere negoziate per motivi legati a circostanze

⁷ Cfr. art. 28 par. 1 della direttiva 2014/24 e art. 61, comma 3, del Codice dei contratti pubblici.

normative, alla natura o alla complessità dello stesso oppure a causa dei rischi ad esso connessi. È, inoltre, consentito il ricorso a tali sistemi nel caso in cui, *“in esito ad una procedura aperta o ristretta, siano state presentate soltanto offerte irregolari o inammissibili”*.⁸

In caso di procedura competitiva con negoziazione *“qualsiasi operatore economico può presentare una domanda di partecipazione in risposta ad un avviso di indizione di gara”*⁹ La caratteristica peculiare di tale sistema di aggiudicazione è la possibilità, in seguito ad invito da parte della pubblica amministrazione a presentare un’offerta, di negoziare la stessa con gli operatori economici. Tali procedure, possono anche *“svolgersi in fasi successive per ridurre il numero di offerte da negoziare applicando i criteri di aggiudicazione specificati nel bando di gara, nell’invito a confermare interesse o in altro documento di gara”*¹⁰. Solo in specifici casi definiti dalla norma in ragione della complessità dell’opera, è facoltà della stazione appaltante limitare il numero di operatori economici ad un minimo di tre partecipanti, sempre nel rispetto dei principi di concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità.

Come per la negoziazione, anche perché la stazione appaltante possa avvalersi del dialogo competitivo per la scelta del contraente devono ricorrere i presupposti indicati dall’art. 59, comma 2 del Codice e si applicano le medesime condizioni di scelta degli invitati. In questo caso, però *“le stazioni appaltanti avviano con i partecipanti selezionati un dialogo finalizzato all’individuazione e alla definizione dei mezzi più idonei a soddisfare le proprie necessità. Nella fase del dialogo possono discutere con i partecipanti selezionati tutti gli aspetti dell’appalto”* (art.64 comma 5) e possono prevedere premi o pagamenti per gli operatori economici partecipanti. Una volta concluso il dialogo, le stazioni appaltanti invitano gli operatori economici a presentare le rispettive offerte, le quali saranno giudicate unicamente sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo.

2.7. La procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara

Solo nei casi in cui concorrano le specifiche motivazioni indicate all’art. 63 del Codice, la stazione appaltante può indire appalti mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara. Tale strumento ha carattere eccezionale e derogatorio rispetto i principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, imparzialità e buon andamento, i quali garantiscono la trasparenza della procedura di gara pubblica e perciò necessita di una puntuale motivazione da parte della stazione appaltante.

⁸ Art. 59, comma 2.

⁹ Art. 62, comma 7.

¹⁰ Art. 62, comma 11.

3. Il partenariato per l'innovazione

Questa tipologia di appalto pubblico è particolarmente interessante poiché favorisce l'incontro tra domanda ed offerta nel caso di acquisto di soluzioni non ancora disponibili sul mercato, promuovendone l'innovazione attraverso la spesa pubblica, tesa al finanziamento della ricerca in settori strategici al fine di migliorare i servizi alla popolazione.

Tale procedura è composta da tre macrofasi:

- selezione degli operatori economici partner sulla base dei requisiti qualitativi previsti dalla documentazione di gara;

- ricerca e innovazione, “che può comprendere la fabbricazione dei prodotti o la prestazione dei servizi o la realizzazione dei lavori. Il partenariato per l'innovazione fissa obiettivi intermedi che le parti devono raggiungere e prevede il pagamento della remunerazione mediante congrue rate. In base a questi obiettivi, l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore può decidere, dopo ogni fase, di risolvere il partenariato per l'innovazione o, nel caso di un partenariato con più operatori, di ridurre il numero degli operatori, se previsto dalla documentazione di gara.”¹¹

- fase commerciale, caratterizzata dalla presentazione delle offerte finali e dall'aggiudicazione della procedura.

4. I sistemi di tipo negoziato tra rischi e opportunità

Come anticipato, lo strumento del partenariato per l'innovazione e, in generale, le procedure di acquisto della pubblica amministrazione che fanno leva sulla collaborazione tra settore pubblico e privato al fine di trovare soluzioni in grado di raggiungere obiettivi altrimenti insperati, sono in alcuni casi da prediligere in virtù del loro ruolo strategico e del beneficio che possono fornire alla crescita del sistema-paese, innescando processi virtuosi di filiera. Infatti, per AgID “Una domanda pubblica qualificata e sfidante favorisce la crescita di capacità della ricerca pubblica e industriale, promuove lo sviluppo di prodotti e servizi innovativi, mantiene alta la competitività sul mercato internazionale, apre spazi all'occupazione di qualità.”

Purtroppo, emerge dai dati relativi al periodo 2014 – 2019 che in Italia l'impiego di questa tipologia di procedure non ha riscontrato successo.

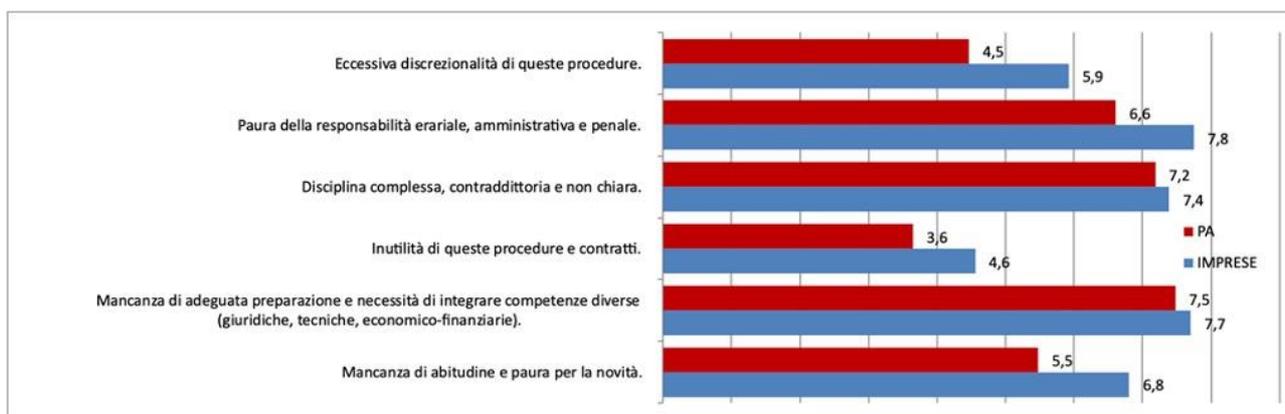
Infatti, “nel nostro Paese le procedure c.d. flessibili, ossia procedure negoziate competitive, dialogo e partenariato per l'innovazione, sono state utilizzate in una percentuale dieci volte inferiore rispetto a quella di altri Paesi europei, come la Germania, la Francia e il Regno Unito”¹².

¹¹ Art. 65, comma 5, del Codice dei contratti pubblici.

¹² S.VALAGUZZA, *Innovazione di processo nei contratti pubblici*, Astrid, 2020, Roma.

Tale dato è stato confermato, ulteriormente dall'indagine conoscitiva indetta dalla CONFERENZA DELLE REGIONI E DELLE PROVINCE AUTONOME nella quale sono emerse innumerevoli criticità legate all'impiego degli strumenti di tipo negoziato. L'indagine conoscitiva si è stata condotta mediante l'utilizzo di questionari e risulta particolarmente interessante soffermarsi sul quesito seguente:

Molte parti del Codice dei contratti pubblici sono scarsamente applicate. Si pensi, ad esempio, alle procedure di gara non standardizzate (negoziazioni, dialogo competitivo, finanza di progetto, partenariati per l'innovazione) o ai contratti diversi dall'appalto (PPP, concessioni, sponsorizzazioni tecniche, ecc.). Quali sono le ragioni?



A valle delle riflessioni effettuate al paragrafo 4, risulta ancor più interessante confrontare tali risultati con quelli ottenuti allargando il campo di analisi alle cause che determinano la scarsa applicazione di alcune parti del d.lgs. 50/2016. Si apprende, infatti, dall'esito dell'“Indagine Conoscitiva della stazioni appaltanti, imprese e rappresentanze economiche sulle cause di rallentamento degli appalti pubblici in Italia” (che d'ora in poi chiameremo semplicemente “Indagine Conoscitiva”) che vi sono tre motivi principali della scarsa applicazione di questo tipo di procedure:

1. mancanza di adeguata preparazione e necessità di integrare competenze diverse (giuridiche, tecniche, economico-finanziarie);
2. disciplina complessa, contraddittoria e non chiara;
3. paura della responsabilità erariale, amministrativa e penale.

Si rileva, inoltre che la risposta al punto 1 ha ottenuto il punteggio maggiore tra i dipendenti pubblici. Invero, il Codice dei contratti pubblici conta oltre 40 tipi di procedure con diversi ambiti di applicabilità in base ai settori di riferimento. Dunque, la preparazione e le competenze dei soggetti che operano all'interno di tale settore sono fondamentali per la corretta applicazione e differenziazione dei diversi contratti di appalto. È invece la risposta al punto 3, relativa alla cosiddetta “paura della firma” ad aver ottenuto maggiori consensi tra gli operatori economici.

Anche questo aspetto risulta fortemente legato alla scarsa preparazione dei funzionari, in quanto attraverso corsi di formazione e competenze adeguate, considerata l'ampia discrezionalità della macchina amministrativa, si garantirebbero gli strumenti idonei per individuare la procedura di gara più idonea senza commettere errori.

In ultimo, come altro elemento rilevante gli operatori economici indicano lo scarso dinamismo delle pubbliche amministrazioni, le quali sembrano essere poco predisposte ad innovarsi.

Inoltre, 159 dipendenti della PA tra i 5104 intervistati hanno argomentato il problema, fornendo le seguenti motivazioni:

- Scarsa preparazione e carente formazione specifica sul tema;
- Non adeguato alla realtà soprattutto quella dei piccoli comuni;
- Norme troppo generiche e poco chiare che ne rendono complessa l'attuazione;
- Mancanza di personale e di tempo per imparare e attuare le nuove procedure.

Interessante è il confronto con le motivazioni fornite da 6 operatori economici su 207 intervistati:

- Procedure troppo lunghe e incompatibili con le esigenze pubbliche e di mercato;
- Sarebbe auspicabile un rilancio finanziario del settore.

Essenziale all'ottenimento di un quadro di valutazione completo è la declinazione delle risposte con riferimento all'età ed al ruolo degli intervistati. Nel caso della PA, il 63% di chi ha meno di 35 anni lamenta una "eccessiva discrezionalità di queste procedure". La percentuale scende via via fino al 45% per chi ha più di 55 anni (il 42% per direttori/dirigenti apicali). In questo caso, quindi, la discrezionalità non viene quindi giudicata con lo stesso disfavore da tutti.

Allo stesso tempo, le modalità di scelta del contraente di tipo negoziato consentono di velocizzare le procedure, "sburocratizzando" il sistema di selezione a discapito del principio di concorrenza, caratteristico delle procedure di gara di tipo automatico. Misure di questo tipo sono alla base delle scelte attuate dal legislatore in situazioni di grave emergenza ed il "Decreto Semplificazioni"¹³, emanato per far fronte alle difficoltà connesse alla crisi pandemica Covid 19, ne è un esempio¹⁴.

In relazione alle procedure di scelta del contraente, infatti, fino al 31 dicembre 2021 (31 luglio 2021 nella versione originaria del decreto, termine poi esteso dalla legge di conversione) vi è l'innalzamento del limite di importo per affidamento diretto a 150.000 euro in caso di appalti di lavori e a 75.000 euro per servizi e forniture, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di

¹³ Legge 11 settembre 2020, n. 120. Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, recante «Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitali». Uno degli obiettivi di tale decreto è quello di incentivare e velocizzare le procedure sotto soglia per fare fronte ad un'emergenza economica che ha determinato una fase di stallo negli appalti pubblici.

¹⁴ L. FIORENTINO, A. LA CHIMIA, *Il Procurement delle pubbliche amministrazioni: tra tentativi e necessità di innovazione, sostenibilità, concorrenza e impatto Covid-19*, Astrid, Roma.

progettazione (art.1). Inoltre, sopra tali importi è previsto il ricorso alla procedura di tipo negoziato senza la pubblicazione del bando di gara e, per quanto concerne gli appalti sopra la soglia comunitaria, si ravvisa all'art. 2 un notevole snellimento delle procedure finalizzato alla conseguente riduzione dei tempi, in particolare nel caso dei cosiddetti "appalti anti-crisi" in settori specifici riportati puntualmente all' art. 4 della legge¹⁵.

Alla luce di quanto detto, la soglia di norma prevista dall'articolo 36, comma 2, lett. a), del Codice per l'affidamento diretto (pari a 40.000,00 euro) è stata quindi temporaneamente innalzata fino a 75.000,00 euro per i servizi e le forniture e a 150.000,00 euro per i lavori.

Pur non essendo chiaramente indicato, sembrerebbe comunque consentito alle stazioni appaltanti ricorrere in ogni caso alla procedura ordinaria anche sottosoglia, come fino ad oggi consentito. Infatti, atteso che l'articolo 36, comma 1, del Codice¹⁶ non è stato abrogato e resta quindi pienamente operativo – e con esso l'obbligo del rispetto del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti e dei principi quale trasparenza, economicità, proporzionalità, libera concorrenza, efficacia ed economicità -, la scelta della procedura aperta resta sempre preferibile, ferma restando la necessità di fornire una specifica motivazione espressa nella determina che illustri, in particolare, i diversi interessi pubblici con riferimento alla specifica fattispecie trattata e la loro coerenza con gli obiettivi di incentivazione degli investimenti e di contenimento delle ricadute economiche negative conseguenti all'attuale emergenza sanitaria.

Altro dubbio che le disposizioni citate sollevano è se sia possibile, anche per importi inferiori alle soglie indicate (75.000,00euro e 150.000,00 euro) procedere con una procedura negoziata invece che con un affidamento diretto. Per i medesimi motivi già illustrati, la risposta a tale domanda appare essere affermativa, motivando anche in questo caso la scelta nella delibera a contrarre, nel rispetto dei principi di economicità, efficacia e libera concorrenza.

Anche per quanto riguarda i criteri di aggiudicazione nel caso di procedura negoziata senza pubblicazione di bando il Decreto Semplificazioni prevede modifiche, fermo restando l'obbligo del criterio di aggiudicazione mediante offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo per i contratti relativi ai servizi tecnici, sociali e di ristorazione

¹⁵ Art. 4 della Legge 11 settembre 2020, n. 120: edilizia scolastica, universitaria, sanitaria, giudiziaria e penitenziaria, delle infrastrutture per attività di ricerca scientifica e per la sicurezza pubblica, dei trasporti e delle infrastrutture stradali, ferroviarie, portuali, aeroportuali, lacuali e idriche, ivi compresi gli interventi inseriti nei contratti di programma ANAS-Mit 2016-2020 e RFI-Mit 2017- 2021 e relativi aggiornamenti, nonché per gli interventi funzionali alla realizzazione del Piano nazionale integrato per l'energia e il clima (PNIEC), e per i contratti relativi o collegati ad essi.

¹⁶ L'articolo 36 del Codice dispone che «L'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35 avvengono nel rispetto dei principi di cui agli articoli 30, comma 1, 34 e 42, nonché del rispetto del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti e in modo da assicurare l'effettiva possibilità di partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese. Le stazioni appaltanti applicano le disposizioni di cui all'articolo 50».

ospedaliera, assistenziale e scolastica, nonché ai servizi ad alta intensità di manodopera. Negli altri casi “torna quindi l’equivalenza nell’adozione dei due criteri di aggiudicazione”¹⁷ a discapito delle caratteristiche qualitative, anche di matrice ambientale, che lentamente e non senza difficoltà stavano iniziando a diventare prassi.

Tale meccanismo, a carattere fortemente derogatorio, se prolungato nel tempo può innescare un pericoloso processo di allontanamento della disciplina del *procurement*¹⁸ dalle spinte innovative di carattere internazionale che hanno portato all’emanazione del Codice 50/2016¹⁹.

Dello stesso avviso sono gli operatori economici di un settore cruciale come l’edilizia per la ripartenza del sistema Paese.

Per effetto del “D.L. Semplificazioni”, infatti, vi è stata una flessione iniziale del 14,1 % del numero di gare pubbliche di servizi di ingegneria e di architettura sotto i 150.000 euro durante il mese di luglio 2020 rispetto al precedente mese di giugno²⁰, la quale ha preoccupato le società di ingegneria e architettura nel “vedere dissolversi un mercato che stava lottando la battaglia della qualità e della trasparenza”²¹ in favore della crescita degli incarichi fiduciari. A distanza di pochi mesi, però, emergono dal Comunicato di dicembre 2020 dello stesso “Osservatorio OICE/Informatel sulle gare pubbliche di ingegneria e architettura” dati confortanti: “I bandi di progettazione sotto la soglia per gli affidamenti diretti di 75.000 euro, sono stati 142, il 43,8% del totale, con un valore di 5,6 milioni di euro, il 11,25% del totale; il mese passato erano state 134 pari al 46,7% del totale. Le stazioni appaltanti hanno preferito le procedure ad evidenza pubblica, rinunciando all’affidamento diretto” reso possibile dall’emanazione del Decreto Semplificazioni.

“Tra le ragioni di tale recalcitranza verso strutture flessibili di gara è facile immaginare che ve ne siano alcune legate al timore di incorrere in una responsabilità per il cattivo utilizzo dello strumento, a fronte dell’assenza di prassi consolidate e di documenti tipo, e altre connesse alla complessità di applicare regole di gara che richiedono di maneggiare con maggiore padronanza i

¹⁷ ANCI (2020), *Gli affidamenti di lavori, servizi e forniture a seguito del D.L. Semplificazioni n. 76/2020 (L. 120/2020)*, ANCI, Roma.

¹⁸ Inteso, secondo l’accezione anglosassone come “nel medesimo tempo, un procedimento – quello della selezione dell’operatore – e un rapporto giuridico, funzionale ad un bisogno di interesse generale.”: S. Valaguzza, , *Innovazione di processo nei contratti pubblici*, Astrid,2020, Roma.

¹⁹ Secondo Fiorentino e La Chimia “l’efficacia e il successo della procedura risiedono nella capacità del Rup di selezionare le imprese più affidabili, effettuare indagini di mercato e, infine, di motivare adeguatamente le scelte fatte. In altri termini, la capacità del Rup è strettamente legata alla sua professionalità che, come evidenziato di recente anche dall’ Anac [...], non è uniforme sul territorio nazionale”. Si veda L. FIORENTINO, A. LA CHIMIA, *Il Procurement delle pubbliche amministrazioni: tra tentativi e necessità di innovazione, sostenibilità, concorrenza e impatto Covid-19*, Astrid, Roma.

²⁰ Comunicato stampa 5 agosto 2020 dell’Osservatorio OICE/Informatel sulle gare pubbliche di ingegneria e architettura. Anticipazioni dei dati di luglio 2020.

²¹ *Idem*.

principi dell'evidenza pubblica, qui più liberamente interpretabili rispetto che nelle procedure tradizionali.”²²

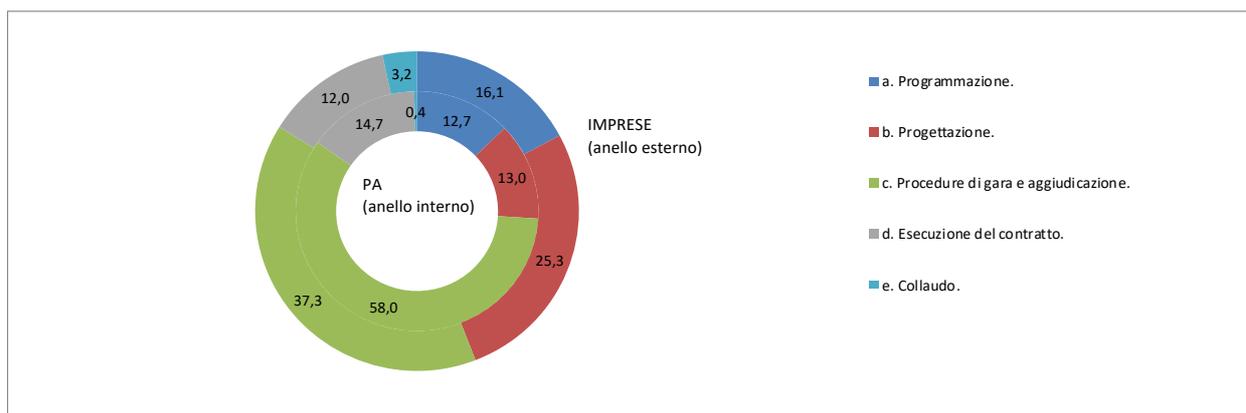
5. La progettazione

Con le novità introdotte dal Codice del 2016, recepite le direttive UE 23, 24 e 25 del 2014, la fase di progettazione ha assunto un ruolo sempre più cruciale all'interno del ciclo del *public procurement* poiché alla base della disciplina nazionale e internazionale in materia è assunto che la qualità del progetto sia elemento imprescindibile per coniugare efficienza, sostenibilità e soddisfacimento dei bisogni della collettività, alla base dell'interesse della Pubblica Amministrazione nella realizzazione dell'oggetto dell'appalto. “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 (*cost overruns*), il cui impatto, peraltro, cresce in ragione dello stato di avanzamento dell'opera in cui la sopravvenienza si manifesta”²³. Nei casi più gravi, gli errori progettuali rappresentano uno dei motivi all'origine della presenza di tante opere pubbliche incompiute.

La fase di progettazione si dimostra essere una fase particolarmente delicata per tutta la durata del ciclo di vita del contratto pubblico, in proposito l'indagine conoscitiva, di cui sopra, rivela che al quesito: **Quali sono le fasi più critiche per l'amministrazione durante il ciclo dei contratti pubblici?**

²² S. VALAGUZZA, *Innovazione di processo nei contratti pubblici*, cit..

²³ Banca d'Italia, *Questioni di Economia e Finanza: Gli appalti di lavori nel nuovo codice: un'analisi gius-economica delle principali misure*, op. cit..



	PA	IMPRESE
a. Programmazione.	12,7	16,1
b. Progettazione.	13,0	25,3
c. Procedure di gara e aggiudicazione.	58,0	37,3
d. Esecuzione del contratto.	14,7	12,0
e. Collaudo.	0,4	3,2
Non sa / non risponde	1,3	6,0

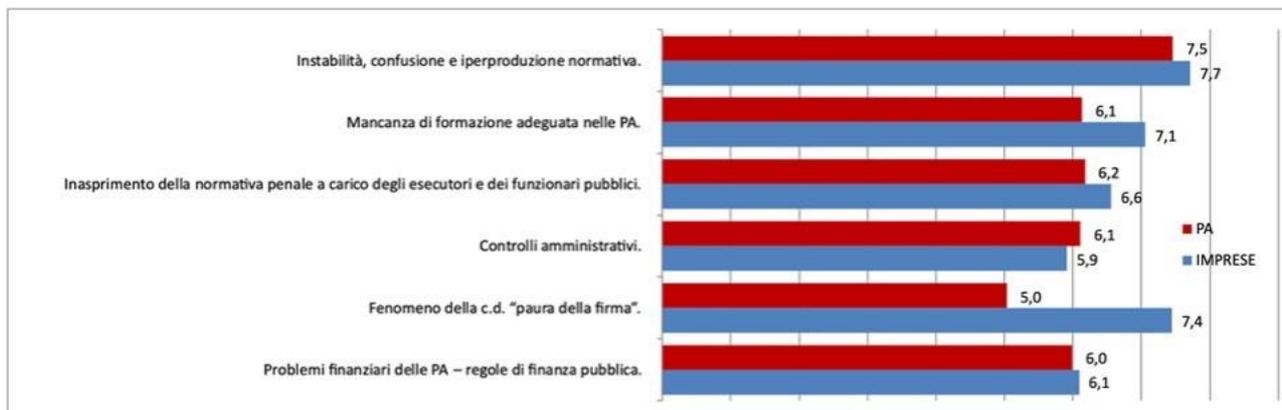
?

Sia per le stazioni appaltanti che per gli operatori economici (rispettivamente con il 58% e il 37% delle risposte), le fasi più critiche siano la procedura di gara e l'aggiudicazione le fasi più critiche e complesse per le diverse problematiche che gli attori pubblici e privati si trovano ad affrontare. Meno rilevanti per le stazioni appaltanti, invece, sono l'esecuzione del contratto, la programmazione e la progettazione (rispettivamente 15%, 13% e 13% delle risposte). Per quanto concerne, invece, gli operatori economici, la progettazione viene valutata come una fase piuttosto critica dal 25% degli intervistati, insieme al collaudo, che invece per le stazioni appaltanti non costituisce particolare criticità.

Analogamente al quesito precedente, risulta evidente come le inquietudini del personale della Pubblica Amministrazione relative alla gestione delle procedure di gara e alla fase di aggiudicazione dell'appalto siano alla radice dei problemi che immobilizzano il settore degli appalti. Possibili soluzioni, oltre alla necessità di investire in un programma formativo multidisciplinare nonché sul turn-over del personale, sono quelle tese a discernere i comportamenti dolosi dalle possibili interpretazioni normative di chi ha la responsabilità di assumere determinate decisioni e agisce per il bene della collettività.

In proposito l'indagine conoscitiva ha evidenziato non poche criticità soprattutto relativamente alle fasi decisionali da un lato per la loro lunghezza e complessità dall'altro per la paura di apporre la firma da parte dei funzionari a causa dell'iperproduzione normativa del settore, che rende poco chiari gli interventi amministrativi.

Infatti, alla domanda: **quali sono le ragioni che determinano il maggiore rallentamento nella programmazione e nella progettazione delle opere pubbliche?**



Le risposte degli operatori economici indicano *la lunghezza e la complessità delle attività decisionali* con un punteggio di 8,1/10 quali elementi più rilevanti ai fini del rallentamento nella programmazione e nella progettazione delle opere pubbliche, seguiti poi con 7,9/10 *dall'acquisizione di pareri, autorizzazioni e convocazioni della conferenza di servizi*. *La paura della firma dei funzionari pubblici e l'iperproduzione normativa* rispettivamente con 7,8/10 e 7,6/10 si aggiungono al quadro complesso delle criticità. Per quanto concerne le stazioni appaltanti, il principale ostacolo responsabile del rallentamento nella progettazione e programmazione delle opere pubbliche, si riconnette con 7,7/10 *all'iperproduzione di norme e alla loro instabilità*. A seguire con 7,1/10 *la lunghezza e la complessità delle attività decisionali*. Anche per le stazioni appaltanti *l'acquisizione di pareri e autorizzazioni* nonché la convocazione della conferenza di servizi rappresentano un altro dato rilevante ai fini della paralisi delle procedure di progettazione e programmazione delle opere pubbliche. La carenza delle risorse economiche viene individuata come ulteriore causa di rallentamento dalle stazioni appaltanti. Un dato interessante è il "*fenomeno della cd. paura della firma*". È necessario evidenziare che solo una minima parte dei rispondenti del settore stazioni appaltanti lo individua come un elemento critico che contribuisce al rallentamento della progettazione e programmazione. Dunque, è necessario sottolineare come questa criticità sembra meno percepita all'interno delle stazioni appaltanti, mentre è piuttosto evidente all'esterno, in quanto dagli operatori economici viene indicato come un elemento critico in maniera rilevante. La domanda prevede inoltre, l'opzione di risposta in forma libera. Da esse emergono i seguenti elementi.

Per le stazioni appaltanti rispondono 275 su 5104, i quali sottolineano:

- la mancanza di competenze dei RUP,
- la mancanza di fondi,
- l'incertezza normativa,
- la paura della firma a causa di norme poco chiare.

Per gli operatori economici rispondono 9 su 217, i quali:

- evidenziano l'incompetenza del personale tecnico delle stazioni appaltanti che è poco incentivato;
- manifestano la necessità che la fase di programmazione sia gestita da un unico ente individuato nella figura di un'agenzia e/o di un commissario;
- esprimono il timore di incorrere in responsabilità civile e penale.

Analizzando i dati appare chiaro che il rallentamento delle fasi di programmazione e progettazione dipenda da molteplici fattori connessi sia all'inadeguatezza delle stazioni appaltanti, sia all'eccessivo tempo necessario all'acquisizione di autorizzazioni, pareri nonché alla convocazione della conferenza di servizi (che non sempre rappresenta un'efficace strategia di semplificazione). Tali criticità potrebbero essere superate ottimizzando l'iter procedurale e ricorrendo a modelli di centralizzazione e qualificazione della committenza.

Interessante risulta, inoltre, il confronto fra le differenti posizioni dei diversi attori coinvolti rispetto al quesito su: **quali sono le cause di rallentamento delle amministrazioni nell'affidamento degli appalti?**

Si espone di seguito il confronto effettuato sulle risposte fornite dal personale della Pubblica Amministrazione e dagli operatori economici intervistati.



Sia le stazioni appaltanti che le imprese individuano con un punteggio rispettivamente di 7,5/10 e di 7,7/10 nella *instabilità, confusione e iperproduzione normativa* la principale causa che paralizza l'affidamento degli appalti.

Gli operatori economici, poi, si concentrano su altri due temi centrali che sembrano incidere negativamente sulle procedure di affidamento: *la cosiddetta paura della firma e la mancanza di formazione adeguata nelle pubbliche amministrazioni* a cui si aggiungono *l'inasprimento della normativa penale a carico degli esecutori e dei funzionari pubblici, i problemi finanziari delle pubbliche amministrazioni, i controlli amministrativi.*

È interessante sottolineare che le imprese considerano il c.d. fenomeno della paura della firma piuttosto centrale rispetto alle pubbliche amministrazioni (media di 7,4/10 per le imprese rispetto a 5/10 per le PA).

Certamente anche l'iperproduzione normativa ha determinato un rallentamento delle procedure, ma è pur vero che questo problema è strettamente legato alle amministrazioni che sono chiamate ad applicare la legislazione; dunque, la concausa che si ripropone risulta essere la scarsa formazione nelle pubbliche amministrazioni così come indicato dai rispondenti al questionario.

5.1. La digitalizzazione degli appalti

Al fine di prevenire tali inconvenienti, il Codice introduce al comma 13 dell'art. 23, per la prima volta nell'ordinamento italiano, la possibilità per le stazioni appaltanti di richiedere l'utilizzo di metodi e strumenti elettronici specifici di modellazione per l'edilizia e le infrastrutture nelle fasi di progettazione, costruzione e gestione delle opere e relative verifiche²⁴ o metodologia BIM (*Building Information Modeling*).

La metodologia BIM consente, infatti, alla stazione appaltante un ampio controllo su tutte le fasi del ciclo di vita dell'opera pubblica, dalla programmazione alla dismissione.

Ciò, se dal punto di vista tecnico determina la limitazione di errori progettuali e la migliore pianificazione degli interventi sia in fase di esecuzione dell'appalto, sia in fase di utilizzo del bene, dal punto di vista amministrativo impatta positivamente sulla trasparenza dell'iter procedurale per la presenza di un unico ambiente di condivisione dati "basato su un'infrastruttura informatica la cui condivisione è regolata da precisi sistemi di sicurezza per l'accesso, di tracciabilità e successione storica delle variazioni apportate ai contenuti informativi, di conservazione nel tempo e relativa accessibilità del patrimonio informativo contenuto, di definizione delle responsabilità nell'elaborazione dei contenuti informativi e di tutela della proprietà intellettuale".²⁵

Il ricorso alla digitalizzazione nel settore del *procurement* deriva dall'azione di recepimento del diritto comunitario nell'ottica di semplificare le procedure di aggiudicazione, ma anche di elevare gli standard di qualità e di innovazione nel settore dei contratti pubblici.

L'utilizzo della metodologia BIM permette di valorizzare la fase progettuale e di conseguire notevoli vantaggi in termini di riduzione di tempi e dei costi, oltre che di anticipazione di potenziali rischi legati alle interferenze proprie dei progetti complessi, i quali richiedono il lavoro sincrono di professionisti specializzati in diversi settori.

²⁴ Art. 1 del Decreto Ministeriale del 1.12.2017, n. 560 (Decreto BIM).

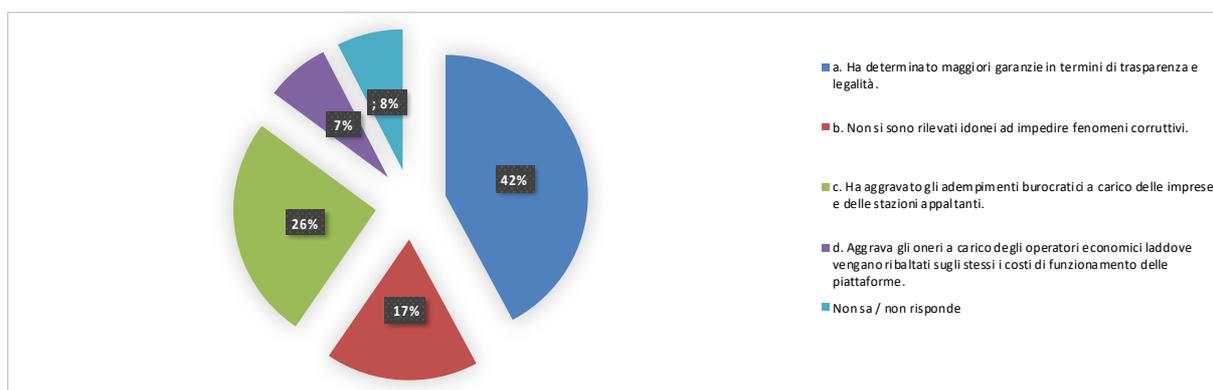
²⁵ Art. 2, comma 1, del Decreto Ministeriale del 1.12.2017, n. 560.

Il Decreto 560/2017 prevede che al fine di utilizzare la metodologia BIM nei propri appalti ciascuna stazione appaltante debba necessariamente implementare:

- un piano di formazione del personale in relazione al ruolo ricoperto;
- un piano di acquisizione o di manutenzione degli strumenti hardware e software di gestione digitale dei processi decisionali e informativi, adeguati alla natura dell'opera, alla fase di processo ed al tipo di procedura in cui sono adottati;
- un atto organizzativo che espliciti il processo di controllo e gestione, i gestori dei dati e la gestione dei conflitti.

L'implementazione dei sistemi di e-procurement è stato valutato favorevolmente da tutti gli attori coinvolti come evidenzia la domanda del questionario dell'indagine conoscitiva di seguito riportata.

Come valuta l'implementazione dei sistemi di e-procurement?



	Numero	% sul totale
a. Ha determinato maggiori garanzie in termini di trasparenza e legalità.	2.152	42,2
b. Non si sono rilevati idonei ad impedire fenomeni corruttivi.	886	17,4
c. Ha aggravato gli adempimenti burocratici a carico delle imprese e delle stazioni appaltanti.	1.311	25,7
d. Aggrava gli oneri a carico degli operatori economici laddove vengano ribaltati sugli stessi i costi di funzionamento delle piattaforme.	372	7,3
Non sa / non risponde	383	7,5
Totale complessivo	5.104	100,0

?

La domanda ha ad oggetto una valutazione circa l'implementazione della digitalizzazione integrale del ciclo degli acquisti (cd. *e-procurement*).

Secondo il 42% degli operatori pubblici, *l'e-procurement* ha comportato “*maggiori garanzie in termini di trasparenza e legalità*”; secondo il 26% “*ha aggravato gli adempimenti burocratici a carico delle imprese e delle stazioni appaltanti*”, mentre per il 17% “*non si sono rilevati idonei ad impedire fenomeni corruttivi*”.

Solo invece il 7% ha indicato che tale modalità “*aggrava gli oneri a carico degli operatori economici laddove vengano ribaltati sugli stessi i costi di funzionamento delle piattaforme*”.

Inoltre, dagli esiti della domanda a risposta aperta, è emerso che l'implementazione di tale sistema non si è rilevato idoneo ad impedire fenomeni corruttivi.

Gli operatori economici lamentano ritardi nelle procedure dovuti all'incapacità delle stazioni appaltanti di rapportarsi con i gestori delle piattaforme digitali e suggeriscono l'introduzione di una piattaforma unica.

Come già esplicitato al paragrafo 6, il ricorso alla digitalizzazione nel settore del *procurement* è stato introdotto dal Codice per conseguire oltre che una semplificazione delle procedure di aggiudicazione, anche una spinta verso il raggiungimento di elevati standard qualitativi e di innovazione del settore dei contratti pubblici. Come emerge dall'analisi, però, attualmente l'implementazione dei sistemi di e-procurement comporta non poche criticità secondo tutti gli attori della filiera. Ciò spesso è dovuto all'inadeguatezza di certe stazioni appaltanti, ad esempio dei piccoli comuni, che non possono contare su un ventaglio di professionisti interni aventi le competenze specialistiche multidisciplinari necessarie a gestire questi processi. La centralizzazione e la qualificazione delle stazioni appaltanti a cui il legislatore mira garantirebbe, invece, idonee capacità di programmazione, progettazione e gestione degli acquisti pubblici secondo i principi di efficienza, efficacia e trasparenza.

5.2. Le fasi della progettazione

La disciplina in materia progettuale si esplica nello specifico dall'art. 23 all'art. 27 del Codice ma, come vedremo, in seguito interessa molti altri articoli.

All'art. 23 sono definiti i tre livelli di progettazione, attraverso il cui *iter* avviene il concettuale "passaggio delle consegne" dal potere decisionale politico-amministrativo a quello tecnico-gestionale²⁶.

In tal senso "il progetto di fattibilità tecnica ed economica individua, tra più soluzioni, quella che presenta il miglior rapporto tra costi e benefici per la collettività, in relazione alle specifiche esigenze da soddisfare e prestazioni da fornire."²⁷

Di natura più tecnica, il progetto definitivo individua, sulla base del progetto di fattibilità tecnica ed economica, in maniera compiuta i lavori da realizzare, anche dal punto di vista economico e programmatico, compresi tutti gli elementi necessari ai fini del rilascio delle approvazioni.

Il progetto esecutivo, infine, contiene i dettagli necessari a rendere l'opera *cantierabile* "ad un livello di definizione tale che ogni elemento sia identificato in forma, tipologia, qualità, dimensione

²⁶ M. IMPEDOVO, *Progettazione in materia di lavori pubblici tra potere gestorio e potere politico*, Diritto.it, 2017, Gruppo Maggioli.

²⁷ Art. 23, comma 5, del decreto legislativo n. 50/2016 e s.m.i.

e prezzo. Il progetto esecutivo deve essere, altresì, corredato da apposito piano di manutenzione dell'opera e delle sue parti in relazione al ciclo di vita.”²⁸

6. Il Green Public Procurement e il ciclo di vita dell'opera

Risulta opportuno soffermarci sull'importanza che il Codice porge all'intero ciclo di vita dell'opera pubblica richiamando un tema di notevole interesse per il Legislatore italiano ed europeo: il *Green Public Procurement* (d'ora in poi GPP), definito come lo strumento attraverso il quale le pubbliche amministrazioni, inserendo dei criteri ambientali nelle procedure di appalto, riescono a ridurre l'impatto ambientale, ovvero l'impronta ecologica associata all'acquisto di beni e servizi o alla realizzazione delle opere, lungo il loro intero ciclo di vita. La Commissione Europea ha ormai focalizzato la propria attenzione sul GPP, rendendolo lo strumento fondamentale per favorire lo sviluppo di politiche finalizzate a stimolare la crescita di un mercato green di valenza ecologica e circolare, specificando che gli appalti pubblici verdi costituiscono una delle misure necessarie per garantire un uso più efficace ed efficiente delle risorse, resa possibile attraverso le prescrizioni dettate dai Criteri Ambientali Minimi (CAM), indicati dal Piano di Azione Nazionale per il GPP²⁹ come “i requisiti ambientali definiti per le varie fasi del processo di acquisto, volti a individuare la soluzione progettuale, il prodotto o il servizio migliore sotto il profilo ambientale lungo il ciclo di vita, tenuto conto della disponibilità di mercato”. I CAM rappresentano quindi i requisiti che consentono alla Pubblica Amministrazione di definire un acquisto sostenibile e che contribuisca ai 3 obiettivi stabiliti dal Piano di Azione Nazionale per il GPP:

- Efficienza e risparmio nell'uso delle risorse;
- Riduzione dell'uso di sostanze pericolose;
- Riduzione di rifiuti prodotti.

Una delle maggiori innovazioni del Codice è stata quella di rendere l'Italia il primo paese in Europa in cui l'applicazione dei Criteri Ambientali Minimi è obbligatoria da parte di tutte le stazioni appaltanti, per l'intero importo a base di gara e per tutti gli appalti di lavori, servizi e forniture in cui siano presenti categorie merceologiche per cui siano stati emanati³⁰.

Da ciò si evince il ruolo centrale della Pubblica Amministrazione nella transizione ecologica del nostro Paese, la quale non può prescindere da una progettazione di qualità e quanto questa transizione sia importante per tutta la comunità. Operando acquisti in chiave eco-sostenibile, la

²⁸ Art. 23, comma 8, del decreto legislativo n. 50/2016 e s.m.i.

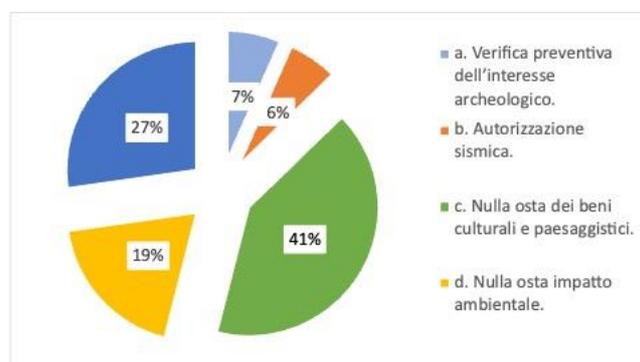
²⁹ Decreto 10 aprile 2013, Piano d'azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della pubblica amministrazione - revisione 2013.

³⁰ Ciò è stato dapprima sancito dall'art.18 della legge 28 dicembre 2015, n. 221, recante “*Disposizioni in materia ambientale per promuovere misure di green economy e per il contenimento dell'uso eccessivo di risorse naturali*” (Collegato Ambientale alla Legge di Stabilità 2016) e dall'art. 34 del Codice dei contratti pubblici.

Pubblica Amministrazione potrà, oltre a ridurre l’impatto ambientale diretto delle attività pubbliche, anche fornire attraverso gli appalti (stanziamenti ordinari, senza necessità di mettere in bilancio apposite risorse) una spinta concreta alla *green economy*. Stando ai dati raccolti ciò che emerge è che c’è, però, ancora tanto da fare in merito all’applicazione del GPP. Questo percorso, tanto virtuoso quanto complesso, teso alla circolarità, avrebbe necessariamente bisogno di essere assimilato gradualmente da tutti gli attori coinvolti nella filiera. Sicuramente le scelte del legislatore italiano, finalizzate a rendere la qualità ambientale uno dei criteri maggiormente rilevanti per la qualificazione dell’offerta tramutando il concetto di “eco-innovazione” da necessità ad opportunità per gli operatori economici, rende percorribile la green road verso gli obiettivi di sostenibilità stabiliti a livello europeo ed internazionale, ma tanta strada c’è ancora da fare per quanto riguarda la loro attuazione³¹.

Allo stato attuale, infatti, i vincoli paesaggistici e la tutela dell’ambiente vengono considerati dai dipendenti della PA come delle cause di rallentamento delle buone prassi amministrative il dato emerge ancora una volta dall’indagine conoscitiva sulle cause delle inefficienze della PA, come emerge dall’analisi della domanda di seguito proposta.

Quali dei seguenti procedimenti amministrativi è causa di eccessivo rallentamento nelle procedure di approvazione del progetto di un’opera pubblica?



	Numero	% sul totale
a. Verifica preventiva dell’interesse archeologico.	337	6,6
b. Autorizzazione sismica.	311	6,1
c. Nulla osta dei beni culturali e paesaggistici.	2.106	41,3
d. Nulla osta impatto ambientale.	959	18,8
Non sa / non risponde /Altro	1.391	27,3
Totale complessivo	5.104	100,0

La domanda, posta ai dipendenti delle stazioni appaltanti, ha ad oggetto l’individuazione dei procedimenti amministrativi che causano maggior rallentamento nella procedura di approvazione del progetto di un’opera pubblica.

³¹ Confindustria (2019), Position Paper “Green Public Procurement: una domanda giusta per una economia circolare e sostenibile”, Confindustria, Roma.

Dalle risposte (41%) si evince che una delle maggiori criticità che contribuisce al rallentamento di un'opera pubblica è *l'ottenimento del nulla osta dei beni culturali e paesaggistici*.

Inoltre, l'art. 28 del d.lgs. 50/2016 prevede, nell'ambito della realizzazione di opere pubbliche, la verifica preventiva dell'interesse archeologico e, infatti, il 7% indica tale verifica come una causa di rallentamento, seguita poi dal *nulla osta impatto ambientale* (19%) e dall' *autorizzazione sismica* (6%).

Più del 10% degli intervistati ha risposto al quesito mediante risposta aperta, si ravvisa come i commenti relativi alle motivazioni del rallentamento dell'iter procedurale rimandino ad altre problematiche. Si riportano di seguito le risposte ritenute più rilevanti o maggiormente condivise dai partecipanti al questionario:

- Acquisizione di tutti i pareri, VIA-VAS, nulla-osta (beni culturali e paesaggistici), autorizzazione (sismica);
- Conferenza di servizi tra più enti competenti. Scarso carattere decisionale della Conferenza dei Servizi che acquisisce solo pareri;
- Lavoro eccessivo rispetto alla disponibilità di personale;
- Fasi della progettazione troppo lunghe e ripetitive. Ogni livello viene approvato, verificato e validato;
- Incapacità decisionale dell'organo pubblico;
- Gestione finanziaria con le nuove regole di bilancio;
- Eccessivi adempimenti amministrativi;
- Carenza di risorse umane.

Emerge dalle risposte che il rallentamento delle opere è causato prevalentemente da problematiche connesse all'organizzazione delle attività degli uffici dovuta alla mancanza di personale e al coordinamento di enti diversi richiesto dall' istituzione della Conferenza di servizi, il cui ruolo dovrebbe essere proprio quello di facilitare e snellire l'iter procedurale.

È da evidenziare, che l'art. 50 del decreto semplificazioni, d.l. 76/2020, si propone di risolvere il problema delle tempistiche in materia di valutazione di impatto ambientale (VIA), introducendo una significativa riduzione delle fasi endo-procedimentali e l'esercizio del potere sostitutivo, in caso di omessa conclusione del procedimento nei tempi previsti dalla norma. Al fine di velocizzare tali procedure per consentire la realizzazione delle misure previste dal PNRR è attualmente in corso un aggiornamento del suddetto decreto, anche se riguardo le semplificazioni in materia di affidamento dei contratti pubblici nella bozza di "ddl. semplificazioni-bis" tanti ancora restano i nodi da sciogliere.

7. La verifica ai fini della validazione del progetto

Come già ribadito, il Codice punta sulla centralità e sulla qualità della progettazione al fine di ridurre le inefficienze e limitare il ricorso ad eventuali varianti. Segue, quindi, alla fase di progettazione la fase di verifica del progetto ai fini della sua validazione, resa obbligatoria dal Codice per procedere alla successiva fase di affidamento dell'incarico di esecuzione dei lavori.³²

Scopo dell'attività di verifica è l'accertamento, da parte della stazione appaltante o di altro soggetto certificato in contraddittorio con il progettista, della completezza e della coerenza del progetto in riferimento al quadro esigenziale della stazione appaltante definito in fase di programmazione e alla normativa vigente nonché dell'appaltabilità, durabilità e manutenibilità dell'opera progettata³³. Il RUP, il quale sovrintende tutte le fasi dell'opera, è il soggetto che sottoscrive l'atto formale di validazione del progetto, in cui sono riportati gli esiti della verifica.

8. L'esecuzione degli appalti

Le disposizioni legislative che attengono all'esecuzione del contratto di appalto sono esplicitate dall'art. 100 all'art. 113 del Codice del 2016.

All'art. 101 è ribadita anche in questa fase dell'appalto la centralità della figura del Responsabile Unico del Procedimento quale *project manager*, deputato alla direzione e al controllo dei livelli di qualità delle prestazioni, dei tempi e dei costi previsti dal contratto.³⁴ Per svolgere questi compiti il RUP, nella fase dell'esecuzione, si avvale del direttore dei lavori (del direttore dell'esecuzione del contratto nel caso di appalti di servizi e forniture) del coordinatore in materia di salute e di sicurezza durante l'esecuzione previsto dal decreto legislativo 9 aprile 2008 n. 81, nonché del collaudatore ovvero della commissione di collaudo, del verificatore della conformità e accerta il corretto ed effettivo svolgimento delle funzioni ad ognuno affidate.³⁵

In particolare, al direttore dei lavori è demandato il controllo tecnico-amministrativo e contabile dell'esecuzione dell'intervento affinché i lavori siano eseguiti a regola d'arte ed in conformità al progetto e al contratto. Il direttore dei lavori ha la responsabilità del coordinamento e della supervisione dell'attività di tutto l'ufficio di direzione dei lavori, ed interloquisce in via esclusiva con l'esecutore in merito agli aspetti tecnici ed economici del contratto. Il direttore dei lavori ha la specifica responsabilità dell'accettazione dei materiali, i quali devono essere conformi alle specifiche del capitolato speciale d'appalto e alle disposizioni delle norme tecniche vigenti oltre che alle quantità definite nel computo metrico estimativo di progetto³⁶.

³² La legge n. 11/2016, contenente la delega al Governo per l'attuazione delle Direttive UE 23,24 e 25.

³³ Art.26 del decreto legislativo n. 50/2016.

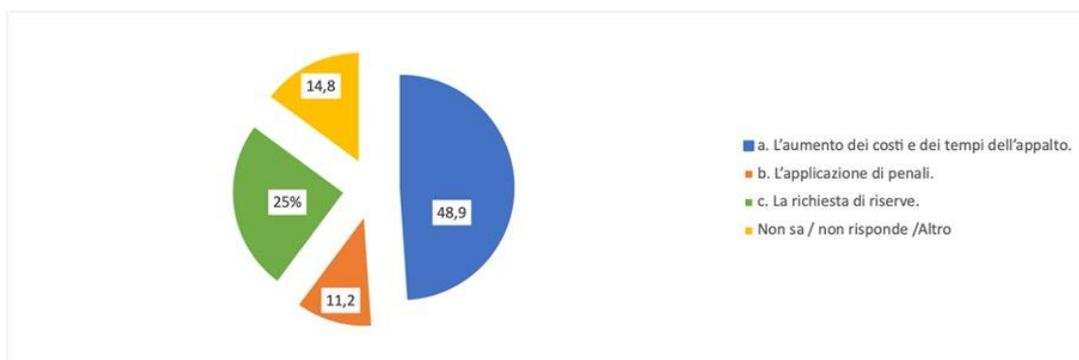
³⁴ Paragrafo 6, Linee guida n. 3, di attuazione del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti «Nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalti e concessioni».

³⁵ D. Lgs. 50/2016 art. 101, comma 1.

³⁶ D. Lgs. 50/2016 art. 101, comma 3.

Anche in questa fase emergono diverse criticità dovute alla fase di esecuzione dei lavori. Ancora una volta l'indagine conoscitiva promossa dalla conferenza delle regioni e delle province autonome pone l'accento su tale fenomeno. Com'è possibile constatare dall'esame della domanda di seguito proposta.

Quali sono gli aspetti di maggiore criticità nell'ambito dell'esecuzione dei contratti d'appalto?



	Numero	% sul totale
a. L'aumento dei costi e dei tempi dell'appalto.	2.497	48,9
b. L'applicazione di penali.	572	11,2
c. La richiesta di riserve.	1.278	25,0
Non sa / non risponde / Altro	757	14,8
Totale complessivo	5.104	100,0

Il quesito in questione è stato somministrato alle sole stazioni appaltanti. Rispetto alle tre opzioni di risposta, circa la metà dei dipendenti delle stazioni appaltanti (49%) ha indicato come maggiore criticità *l'aumento dei costi e dei tempi dell'appalto*; Il 25% ha indicato *la richiesta di riserve* e l'11% *l'applicazione di penali*.

Tutte le criticità menzionate sono limitabili a monte mediante una sapiente programmazione e una progettazione di qualità. Come ribadito, utilizzando la metodologia BIM è possibile limitare eventuali errori di esecuzione in fase progettuale, i quali possono comportare aumento di costi e tempi dell'appalto nonché riserve da parte dell'impresa esecutrice. E' il caso di sottolineare in tal senso l'importanza della fase di indagini e rilievo preliminari alla progettazione. Oltre il 6% degli intervistati ha risposto anche al quesito a risposta aperta fornendo ulteriori spunti di riflessione, si riportano di seguito le risposte ritenute più rilevanti o maggiormente condivise dai partecipanti al questionario:

- Mancanza di personale preposto e competente alla vigilanza.
- Necessità di maggiore autonomia delle stazioni appaltanti a fronte di assunzione di maggiore responsabilità.

- Eccessiva burocrazia per risolvere aspetti di dettaglio nell'ambito della medesima spesa.
- Controllo sul subappalto.
- Scarsa, reale e concreta qualificazione delle imprese.
- Monitoraggi su molteplici piattaforme sempre diverse.
- Paura della firma.
- Ritardo degli accrediti da parte di Regioni e Ministeri.

Il medesimo quesito è stato posto agli operatori economici, con opzioni di risposta differenti. In questo caso la netta maggioranza degli intervistati (il 61%) individua nella “tempistica delle procedure di verifica, validazione e controllo operate dagli organi della SA (DL-RUP)” la criticità più ricorrente in fase di esecuzione dei lavori, per il 30,9% ciò è da imputare alle “carenze tecnico-progettuali e ricorsi alle varianti”, il 5,1% non indica alcuna risposta e solo per il 2,3% degli intervistati la causa è da addebitare alla “sottostima dei lavori in fase di gara ed utilizzo di prezzi non aggiornati”.

Analizzando tali dati è indubbia la posizione degli operatori economici, i quali individuano nel cosiddetto “tempo di attraversamento” (periodo di tempo che intercorre tra due fasi consecutive dell'appalto) la maggiore criticità nell'esecuzione dell'appalto.

“Secondo i dati del Rapporto 2014 *“I tempi di attuazione e di spesa delle opere pubbliche”*, il peso dei tempi di attraversamento tra la complessiva fase di progettazione e quella di affidamento è stimato pari al 64,3% (59% se si fa riferimento al passaggio dalla progettazione esecutiva all'affidamento); ne deriva che la durata lorda della fase di progettazione è circa 2,6 volte quella netta (circa 2,8 se ci si limita alla progettazione esecutiva)”³⁷. Nel caso di ricorso alla procedura dell'appalto integrato, gli stessi dati indicano la riduzione dei tempi di attraversamento, ma il ricorso a tale procedura, limitato dal Codice solo ad alcune circostanze, fa sì che l'operatore economico abbia “la possibilità di imporre scelte dettate dall'obiettivo di massimizzare il proprio profitto, riducendo la qualità dell'opera o aumentandone i costi. La combinazione dei predetti fattori, operanti in senso opposto, non consente di formulare un giudizio univoco sulle conseguenze dell'appalto integrato in termini di tempi e costi di esecuzione. Può tuttavia 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 all'opzione della gestione separata delle procedure.”³⁸

³⁷ Banca d'Italia, (2017) Questioni di Economia e Finanza: Gli appalti di lavori nel nuovo codice: un'analisi giuridico-economica delle principali misure, Banca d'Italia, Roma.

³⁸ *Idem*.

9. Il Collaudo

La fase di collaudo (dal latino “*cum laude*”, ossia “ad opera d’arte”) consiste nell’insieme sistematico di adeguate attività di controllo nello svolgimento di adeguate attività di controllo finalizzate a certificare che l’oggetto del contratto in termini di prestazioni, obiettivi e caratteristiche tecniche, ambientali, economiche e qualitative sia stato realizzato ed eseguito nel rispetto delle prescrizioni contrattuali e legislative vigenti. I contratti pubblici sono soggetti a collaudo per i lavori e a verifica di conformità per i servizi e per le forniture. Il collaudo finale deve avere luogo non oltre sei mesi dall’ultimazione dei lavori o delle prestazioni, salvi i casi, individuati dal decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, di particolare complessità dell’opera o delle prestazioni da collaudare, per i quali il termine può essere elevato sino ad un anno. Per i contratti pubblici di lavori di importo inferiore alla soglia di rilevanza comunitaria, il certificato di collaudo può essere sostituito dal certificato di regolare esecuzione rilasciato dal direttore dei lavori. In tal caso il certificato di regolare esecuzione è emesso non oltre tre mesi dalla data di ultimazione delle prestazioni oggetto del contratto. Il certificato di collaudo ha carattere provvisorio e assume carattere definitivo decorsi due anni dalla sua emissione. Decorso tale termine, il collaudo si intende tacitamente approvato ancorché l’atto formale di approvazione non sia stato emesso entro due mesi.³⁹

10. L’evoluzione normativa del codice degli appalti pubblici: il DL semplificazioni

A seguito dell’emergenza covid è stato approvato il decreto-legge n. 77 del 2021 recante *governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure*, meglio noto come Decreto Semplificazioni bis, che ha introdotto norme volte ad agevolare la realizzazione dei traguardi e degli obiettivi previsti nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) e Piano Nazionale Complementare (PNC). In generale i poteri di indirizzo, impulso e coordinamento generale sull’attuazione degli interventi del PNRR sono affidati alla Presidenza del Consiglio dei ministri, attraverso una Cabina di regia, presieduta dal Presidente del Consiglio dei ministri, alla quale partecipano di volta in volta i Ministri e i Sottosegretari competenti per materia, ma anche i Presidenti di Regioni e delle Province autonome di Trento e di Bolzano quando sono esaminate questioni di competenza regionale o locale. Tra le novità introdotte in sede di conversione, si segnala l’inclusione dell’Anci e dell’Upi tra i soggetti che saranno invitati a far parte della Cabina di regia ove siano esaminate questioni di interesse locale. A supporto della Cabina di regia, viene istituita una Segreteria

³⁹ D. Lgs. n. 50/2016 art. 102.

tecnica presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri che rimarrà in carica fino al completamento del PNRR, entro il 31 dicembre 2026, quindi slegata dalla durata del governo in carica. È istituito, inoltre, un Tavolo permanente composto da rappresentanti delle parti sociali, del Governo, delle Regioni, degli Enti locali e dei rispettivi organismi associativi, delle categorie produttive e sociali, del sistema dell'università e della ricerca scientifica e della società civile. Il Tavolo svolge una funzione consultiva e può segnalare alla Cabina di regia ogni profilo ritenuto rilevante per la realizzazione del PNRR.

Più precisamente l'**art. 2** ha per oggetto la "Cabina di regia". Essa è istituita presso la Presidenza del Consiglio dei ministri (ed il Presidente del Consiglio la presiede). La Cabina di regia esercita poteri di "indirizzo, impulso e coordinamento generale" sull'attuazione degli interventi del Piano. Nel corso dell'esame in sede referente è stato specificato che resta ferma la disciplina prevista in via generale dall'articolo 2 della legge 23 agosto 1988, n. 400 che disciplina le attribuzioni del Consiglio dei ministri ed individua le fattispecie che richiedono in via tassativa la deliberazione collegiale. I poteri posti in capo alla Cabina di regia dall'articolo 2 riguardano:

- L'elaborazione di indirizzi e linee guida per l'attuazione (anche con riferimento ai rapporti con i diversi livelli territoriali).
- La ricognizione periodica e puntuale sullo stato di attuazione degli interventi (anche con formulazione di indirizzi relativi all'attività di monitoraggio e controllo);
- Il vaglio di temi o profili di criticità segnalati dai Ministri competenti per materia (e dal Ministro per gli affari regionali e le autonomie o dalla Conferenza delle regioni e province autonome, con riferimento alle questioni di competenza regionale o locale);
- Il monitoraggio degli interventi che richiedano adempimenti normativi;
- La promozione del coordinamento tra i diversi livelli di governo, con proposta di attivazione dei poteri sostitutivi (oggetto dell'articolo 12, qualora ne ricorrano le condizioni).

Ancora, essa assicura la cooperazione con il partenariato economico e sociale; promuove l'attività di comunicazione della 'sponsorizzazione' da parte del *Next Generation Eu* degli interventi del Piano (come prescritto dall'articolo 34 del Regolamento (UE) 2021/241 che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza)⁴⁰. Il Presidente del Consiglio dei ministri può delegare lo svolgimento di specifiche attività ad un Ministro o Sottosegretario di Stato alla Presidenza del Consiglio dei ministri. Propri della Cabina di regia sono inoltre alcuni compiti informativi. Essa trasmette alle Camere con cadenza semestrale (per il tramite del Ministro per i rapporti con il

⁴⁰ DOSSIER 20 luglio 2021: *Governance del PNRR e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure* Volume I Articoli 1-37bis Ed. Provvisoria D.L. 77/2021 – A.C. 3146-A.

Parlamento) una relazione sullo stato attuazione del Piano. La Cabina di regia trasmette inoltre, anche su richiesta delle Commissioni parlamentari, ogni elemento utile a valutare lo stato di avanzamento degli interventi, il loro impatto e l'efficacia rispetto agli obiettivi perseguiti, con particolare riguardo – come specificato nel corso dell'esame in sede referente – alle politiche di sostegno per l'occupazione e per l'integrazione socio-economica dei giovani, alla parità di genere e alla partecipazione delle donne al mercato del lavoro.

Per quanto riguarda più specificamente la disciplina dei contratti pubblici il Decreto Semplificazioni bis dedica l'intero Titolo IV (artt. 47 – 56) alla materia degli appalti pubblici, prevedendo numerose novità. Di seguito sono presentati degli stralci tratti dal dossier del 26 luglio 2021, relativo alla conversione in legge del decreto-legge del 31 maggio 2021⁴¹.

L'articolo 47-quater, inserito dalla Camera dei deputati, prevede misure premiali di tutela della concorrenza nei contratti pubblici, a favore delle piccole e medie imprese (PMI), relativi agli investimenti previsti nel Piano nazionale per la ripresa e la resilienza (PNRR) e nel Piano nazionale complementare (PNC). L'articolo in esame prevede, **al comma 1**, misure *urgenti in materia di tutela della concorrenza nei contratti pubblici relativi agli investimenti afferenti al Piano nazionale* per la ripresa e la resilienza (PNRR) e al Piano nazionale complementare (PNC), finanziati, in tutto o in parte, con le risorse previste dal Regolamento 2021/240 e dal Regolamento 2021/241. Il regolamento UE 2021/240 istituisce uno strumento di sostegno tecnico che ha come obiettivo specifico quello di “preparare, modificare, attuare e rivedere i piani per la ripresa e la resilienza a norma del regolamento (UE) 2021/241, che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza (cioè il finanziamento, le forme di finanziamento erogabili e le regole di erogazione dei finanziamenti), con 672,5 miliardi di euro (360 in prestiti e 312,5 in sovvenzioni) da distribuire ai 27 paesi dell'Unione tra il 2021 e il 2026. Il Piano nazionale complementare, istituito con il D.L. 59/2021, reca misure e finanziamenti, che si aggiungono a quanto previsto dal Piano nazionale di ripresa e resilienza, per complessivi 31 miliardi circa (30.622,46 milioni di euro) per gli anni dal 2021 al 2022, incrementando altresì la dotazione del Fondo per lo sviluppo e la coesione (FSC), periodo di programmazione 2021-2027, di 15,5 miliardi di euro per gli anni dal 2022 al 2031.

In particolare, il comma 1 prevede la possibilità che, nel bando di gara, nell'avviso o nell'invito, siano previsti criteri premiali atti ad agevolare le piccole e medie imprese (PMI) nella valutazione dell'offerta. Il *comma 2* prevede l'applicazione delle disposizioni previste compatibilmente con il diritto dell'Unione europea e con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza

⁴¹ ATTO CAMERA 3146: *Governance del PNRR e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure - VOL. 2.*

"Conversione in legge del decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77, recante del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure" (3146).

e proporzionalità. Il Codice dei contratti pubblici (D.lgs. 50/2016), all'art. 3, lett. aa), riproduce la definizione contenuta nella Raccomandazione n. 2003/361/CE per le micro imprese, piccole imprese e medie imprese. In particolare, sono medie imprese le imprese che hanno meno di 250 occupati e un fatturato annuo non superiore a 50 milioni di euro, oppure un totale di bilancio annuo non superiore a 43 milioni di euro; sono piccole imprese le imprese che hanno meno di 50 occupati e un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo non superiore a 10 milioni di euro; sono micro imprese le imprese che hanno meno di 10 occupati e un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo non superiore a 2 milioni di euro. In questo ambito, il Codice dei contratti pubblici prevede misure agevolative per consentire la partecipazione delle PMI agli appalti, contenute, principalmente, all'art. 36, che disciplina i contratti sotto soglia, all'art. 41, che reca misure di semplificazione delle procedure di gara svolte da centrali di committenza, all'art. 51, in materia di suddivisione in lotti dell'appalto messo a gara, all'art. 83, che disciplina tra l'altro i criteri di selezione per la partecipazione agli appalti, e all'art. 95, sui criteri di aggiudicazione dell'appalto⁴².

Articolo 48 (Semplificazioni in materia di affidamento dei contratti pubblici PNRR e PNC) L'articolo 48 introduce misure di semplificazioni in materia di affidamento dei contratti pubblici PNRR e PNC, in relazione alle procedure afferenti agli investimenti pubblici finanziati, in tutto o in parte, con le risorse previste dal PNRR e dal PNC e dai programmi cofinanziati dai fondi strutturali dell'Unione europea. Il comma 1, in relazione alle procedure afferenti agli investimenti pubblici finanziati, in tutto o in parte, con le risorse previste dal PNRR e dal PNC e dai programmi cofinanziati dai fondi strutturali dell'Unione europea, prevede l'applicazione delle disposizioni semplificate di cui al Titolo V del decreto in esame e di quanto previsto nei commi di seguito illustrati. **Il comma 2** stabilisce che, per ogni procedura è nominato, un responsabile unico del procedimento che, con propria determinazione adeguatamente motivata, valida e approva ciascuna fase progettuale o di esecuzione del contratto, anche in corso d'opera, fermo restando quanto previsto dall'articolo 26, comma 6, del decreto legislativo n. 50 del 2016 (cosiddetto codice degli appalti). [...] **Il comma 3** prevede che le stazioni appaltanti possano ricorrere alla procedura di cui all'articolo 63 del citato decreto legislativo n. 50 del 2016 per i settori ordinari, e di cui all'articolo 125, per i settori speciali (articoli del codice degli appalti che prevedono l'utilizzo della procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara), nella misura strettamente necessaria, quando, per ragioni di estrema urgenza derivanti da circostanze imprevedibili, non imputabili alla stazione appaltante, l'applicazione dei termini, anche abbreviati, previsti dalle procedure ordinarie può compromettere la realizzazione degli obiettivi o il rispetto dei tempi di attuazione di cui al Piano nazionale di ripresa e

⁴²Cfr. ATTO CAMERA 3146.

resilienza (PNRR) nonché al Piano nazionale per gli investimenti complementari al medesimo PNRR e ai programmi cofinanziati dai fondi strutturali dell'Unione Europea. **Il comma 4**, in relazione alle procedure afferenti agli investimenti pubblici individuati al comma 1 dell'articolo in questione (opere relative al PNRR o al PNC), relative a lavori pubblici di competenza statale, o comunque finanziati per almeno il 50 per cento dallo Stato, di importo pari o superiore ai 100 milioni di euro (di cui al comma 7, primo periodo dell'art. in esame), prevede che, in caso di impugnazione degli atti relativi alle procedure di affidamento si applichino le disposizioni dell'art. 125 del codice del processo amministrativo concernenti le controversie relative alle infrastrutture strategiche⁴³.

Articolo 48 (Semplificazioni in materia di affidamento dei contratti pubblici PNRR e PNC) L'articolo 48 introduce misure di semplificazioni in materia di affidamento dei contratti pubblici PNRR e PNC, in relazione alle procedure afferenti agli investimenti pubblici finanziati, in tutto o in parte, con le risorse previste dal PNRR e dal PNC e dai programmi cofinanziati dai fondi strutturali dell'Unione europea. Il comma 1, in relazione alle procedure afferenti agli investimenti pubblici finanziati, in tutto o in parte, con le risorse previste dal PNRR e dal PNC e dai programmi cofinanziati dai fondi strutturali dell'Unione europea, prevede l'applicazione delle disposizioni semplificate di cui al Titolo V del decreto in esame e di quanto previsto nei commi di seguito illustrati. Il comma 2 stabilisce che, per ogni procedura è nominato, un responsabile unico del procedimento che, con propria determinazione adeguatamente motivata, valida e approva ciascuna fase progettuale o di esecuzione del contratto, anche in corso d'opera, fermo restando quanto previsto dall'articolo 26, comma 6, del decreto legislativo n. 50 del 2016 (cosiddetto codice degli appalti). A tale proposito si ricorda che il citato articolo 26, comma 6, del codice degli appalti prevede che l'attività di verifica è effettuata dai seguenti soggetti:

a) per i lavori di importo pari o superiore a venti milioni di euro, da organismi di controllo accreditati ai sensi della norma europea UNI CEI EN ISO/IEC 17020;

b) per i lavori di importo inferiore a venti milioni di euro e fino alla soglia di cui all'articolo 35 del medesimo codice degli appalti, dai soggetti che dispongano di un sistema interno di controllo di qualità ovvero dalla stazione appaltante nel caso in cui disponga di un sistema interno di controllo di qualità;

c) per i lavori di importo inferiore alla soglia di cui all'articolo 35 del codice degli appalti e fino a un milione di euro, la verifica può essere effettuata dagli uffici tecnici delle stazioni appaltanti ove il progetto sia stato redatto da progettisti esterni o le stesse stazioni appaltanti dispongano di un sistema interno di controllo di qualità ove il progetto sia stato redatto da progettisti interni; per i lavori

⁴³ Cfr. ATTO CAMERA 3146.

di importo inferiore a un milione di euro, la verifica è effettuata dal responsabile unico del procedimento.

Il comma 3 prevede che le stazioni appaltanti possano ricorrere alla procedura di cui all'articolo 63 del citato decreto legislativo n. 50 del 2016 per i settori ordinari, e di cui all'articolo 125, per i settori speciali (articoli del codice degli appalti che prevedono l'utilizzo della procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara), nella misura strettamente necessaria, quando, per ragioni di estrema urgenza derivanti da circostanze imprevedibili, non imputabili alla stazione appaltante, l'applicazione dei termini, anche abbreviati, previsti dalle procedure ordinarie può compromettere la realizzazione degli obiettivi o il rispetto dei tempi di attuazione di cui al Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) nonché al Piano nazionale per gli investimenti complementari al medesimo PNRR e ai programmi cofinanziati dai fondi strutturali dell'Unione Europea.

Il comma 4, in relazione alle procedure afferenti agli investimenti pubblici individuati al comma 1 dell'articolo in questione (opere relative al PNRR o al PNC), relative a lavori pubblici di competenza statale, o comunque finanziati per almeno il 50 per cento dallo Stato, di importo pari o superiore ai 100 milioni di euro (di cui al comma 7, primo periodo dell'art. in esame), prevede che, in caso di impugnazione degli atti relativi alle procedure di affidamento si applichino le disposizioni dell'art. 125 del codice del processo amministrativo concernenti le controversie relative alle infrastrutture strategiche.

Il comma 5 stabilisce che è ammesso l'affidamento di progettazione ed esecuzione dei relativi lavori anche sulla base del progetto di fattibilità tecnica ed economica di cui al codice degli appalti. L'affidamento, pertanto, avviene mediante acquisizione del progetto definitivo in sede di offerta ovvero, in alternativa, mediante offerte aventi a oggetto la realizzazione del progetto definitivo, del progetto esecutivo e il prezzo. In entrambi i casi, l'offerta relativa al prezzo indica distintamente il corrispettivo richiesto per la progettazione definitiva, per la progettazione esecutiva e per l'esecuzione dei lavori.

Il comma 6 prevede che le stazioni appaltanti nel procedere agli affidamenti di cui al comma 1, possano prevedere, nel bando di gara o nella lettera di invito, l'assegnazione di un punteggio premiale per l'uso nella progettazione dei metodi e strumenti elettronici specifici Tali strumenti utilizzano piattaforme interoperabili a mezzo di formati aperti non proprietari, al fine di non limitare la concorrenza tra i fornitori di tecnologie e il coinvolgimento di specifiche progettualità tra i progettisti. Da ultimo, con il **comma 7**, si introducono ulteriori misure di semplificazione procedurale in relazione al parere obbligatorio del Consiglio superiore dei lavori pubblici previsto dalla normativa vigente. A tal fine, il parere del Consiglio Superiore dei lavori pubblici è reso esclusivamente sui

progetti di fattibilità tecnica ed economica di lavori pubblici di competenza statale, o comunque finanziati per almeno il 50 per cento dallo Stato, di importo pari o superiore ai 100 milioni di euro⁴⁴.

Articolo 49 (Modifiche alla disciplina del subappalto) L'articolo 49 introduce modifiche alla disciplina del subappalto, suddivise tra modifiche di immediata vigenza e modifiche con efficacia differita a decorrere dal 1° novembre 2021. Il comma 1 reca modifiche con immediata vigenza dalla data di entrata in vigore del decreto, volte a disporre che, fino al 31 ottobre 2021, in deroga all'art. 105, commi 2 e 5, del Codice dei contratti pubblici, il subappalto non può superare la quota del 50 per cento dell'importo complessivo del contratto, sopprimendo conseguentemente l'art. 1, comma 18, primo periodo, del D.L. n. 32/2019 (cd. Decreto sblocca cantieri) – il quale, fino al 30 giugno 2021, aveva fissato al 40 per cento detto limite – nonché a modificare l'art. 105 del Codice al fine di:

- Prevedere che non può essere affidata a terzi l'integrale esecuzione delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto e la prevalente esecuzione delle lavorazioni relative al complesso delle categorie prevalenti e dei contratti ad alta intensità di manodopera;
- Sopprimere la previsione secondo cui il ribasso non può essere superiore al venti per cento; - riferire direttamente al subappaltatore l'obbligo di garantire gli stessi standard qualitativi e prestazionali previsti nel contratto di appalto.
- Stabilire l'obbligo per il subappaltatore di riconoscere ai lavoratori un trattamento economico e normativo non inferiore a quello che avrebbe garantito il contraente principale, qualora le attività oggetto di subappalto coincidano con quelle caratterizzanti l'oggetto dell'appalto ovvero riguardino le lavorazioni relative alle categorie prevalenti.

Il comma 2 apporta una serie di novelle all'art. 105 del Codice destinate ad entrare in vigore dal 1° novembre 2021, volte a:

- Eliminare per il subappalto il limite del 30 per cento (anche per le opere per le quali non è ammesso l'avvalimento).
- Riferire (in conseguenza di una modifica apportata dalla Camera dei deputati) direttamente al subappaltatore l'obbligo di attestare il possesso dei requisiti speciali di qualificazione previsti dal Codice in relazione alla prestazione subappaltata
- Affidare alle stazioni appaltanti il compito di indicare nei documenti di gara, previa adeguata motivazione nella determina a contrarre, eventualmente avvalendosi del parere delle Prefetture competenti, le prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto da eseguire a cura dell'aggiudicatario in ragione delle specifiche caratteristiche dell'appalto, dell'esigenza di rafforzare il controllo delle attività di cantiere e dei luoghi di lavoro e di garantire una più

⁴⁴ Cfr. ATTO CAMERA 3146.

intensa tutela delle condizioni di lavoro e della salute e sicurezza dei lavoratori, ovvero di prevenire il rischio di infiltrazioni criminali, a meno che i subappaltatori siano iscritti nell'elenco dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori di cui al comma 52 dell'art. 1 della L. n. 190/2012 ovvero nell'anagrafe antimafia degli esecutori.

- Prevedere la responsabilità in solido tra contraente generale e subappaltatore nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto di subappalto.

Articolo 50 (Semplificazioni in materia di esecuzione dei contratti pubblici PNRR e PNC)

L'articolo 50 prevede che, al fine di garantire il rispetto dei tempi di attuazione degli investimenti di cui al Piano nazionale di ripresa e resilienza nonché al Piano nazionale per gli investimenti complementari al medesimo PNRR e ai programmi cofinanziati dai fondi strutturali dell'Unione Europea, in caso di inerzia nella stipulazione del contratto, nella consegna dei lavori, nella costituzione del collegio consultivo tecnico, negli atti e nelle attività relativi alla sospensione dell'esecuzione dell'opera pubblica di cui all'art. 5 del DL n. 76/2020, e nel rispetto degli altri termini, anche endoprocedimentali, previsti per l'adozione delle determinazioni relative all'esecuzione dei contratti pubblici PNRR e PNC, l'esercizio del potere sostitutivo abbia luogo entro un termine ridotto alla metà di quello originariamente previsto (comma 2). Si prevede, inoltre, che il contratto diviene efficace con la stipulazione senza essere sottoposto alla condizione sospensiva (prevista dall'art. 32, comma 12, del Codice dei contratti pubblici) dell'esito positivo dell'eventuale approvazione e degli altri controlli previsti dalle norme proprie delle stazioni appaltanti (comma. 3). Viene, infine, introdotto un "premio di accelerazione" per i casi di anticipata ultimazione dei lavori ed è contestualmente innalzato l'importo delle penali per il ritardato adempimento (comma 4).

Articolo 51 (Modifiche al decreto-legge n. 76 del 2020)

L'articolo 51, nel testo così come modificato dalla Camera dei deputati, reca una serie di modifiche al decreto-legge n. 76 del 2020, cosiddetto decreto-legge "semplificazioni" che si riportano di seguito illustrandole schematicamente. In particolare, il comma 1: - alla lettera a) prevede la modifica dell'articolo 1 del citato decreto legge, al fine di prorogare dal 31 dicembre 2021 al 30 giugno 2023 le procedure per l'incentivazione degli investimenti pubblici durante il periodo emergenziale in relazione all'aggiudicazione dei contratti pubblici sotto soglia previste dall'articolo 1, comma 1, del citato decreto-legge n. 76 del 2020. Si ricorda che tali procedure riguardano, in sintesi, modalità di affidamento semplificate per il sottosoglia (aumento della soglia per procedere con affidamenti diretti e possibilità di utilizzare le procedure negoziate senza pubblicazione del bando). Al punto 2 si interviene sul comma 2 del medesimo articolo 1 confermando l'affidamento diretto per i lavori fino a 150.000 euro ed elevando a 139.000 euro il limite per l'affidamento diretto,

anche senza consultazione di più operatori economici, delle forniture e servizi (ivi inclusi servizi di ingegneria e architettura) nel rispetto dei principi di efficacia, efficienza ed economicità. [...] Si prevede, inoltre, la procedura negoziata con 5 operatori per i lavori oltre i 150.000 euro e fino a un milione e per forniture e servizi (ivi inclusi servizi di ingegneria e architettura). In ragione delle modifiche di cui al punto 2) si semplifica l'affidamento dei contratti sotto soglia di forniture e servizi, uniformando le Amministrazioni centrali e le altre pubbliche amministrazioni, posto che le prime potranno procedere con affidamento diretto fino ad un importo di 139.000 euro e a gara comunitaria per affidamenti pari o superiori al predetto importo mentre le seconde potranno procedere mediante affidamento diretto fino a 139.000 euro, mediante procedura negoziata con 5 inviti fino alla soglia di cui all'articolo 35 del codice dei contratti pubblici e per importi pari o superiori alla soglia di cui all'art. 35 del codice dei contratti a gara comunitaria (procedura aperta o ristretta).

Articolo 52, comma 1-bis (Semplificazione opere difesa nazionale)

Il comma 1-bis dell'articolo 52, introdotto dalla Camera dei deputati, estende le misure di semplificazione procedurale in materia di opere pubbliche previste dall'articolo 44 del decreto legge in esame anche ad alcune opere destinate alla difesa nazionale di cui all'articolo 233, comma 1, del Codice dell'ordinamento militare. Nello specifico, nei casi di comprovate necessità correlate alla funzionalità delle Forze armate, anche connesse all'emergenza sanitaria, le citate misure di semplificazione potranno essere applicate in relazione agli interventi concernenti i seguenti immobili della Difesa: 1) sedi di servizio e relative pertinenze necessarie a soddisfare le esigenze logistico-operative dell'Arma dei carabinieri; 2) comandi di unità operative e di supporto logistico; 3) strutture di comando e di controllo dello spazio terrestre, marittimo e aereo; 4) opere di protezione ambientale correlate alle opere della difesa nazionale⁴⁵.

Nella tabella⁴⁶ che segue, si riassume il nuovo quadro ordinamentale mettendosi a confronto:

- (i) La disciplina del Codice dei Contratti (artt. 35 e 36 del Codice dei contratti come modificati dalla legge n. 55 del 2019 c.d. Sblocca cantieri).
- (ii) La disciplina derogatoria prevista dal precedente D.L. Semplificazioni (art. 1 L. 120/2020);
- (iii) La nuova disciplina derogatoria prevista dal D.L. Semplificazioni *bis* (art. 51 D.L. 77/2021).

⁴⁵ Cfr. ATTO CAMERA 3146.

⁴⁶ Per la tabella si rinvia al sito: <https://dwfgroup.com/it-it/news-and-insights/insights/2021/6/nuovo-dl-semplificazioni>

	Codice dei Contratti		D.L. Semplificazioni (valido per le procedure avviate a decorrere dal 17 luglio 2020 e sino al 31 maggio 2021)		D.L. Semplificazioni bis (valido per le procedure avviate a decorrere dal 1 giugno 2021 e sino al 30 giugno 2023)	
	LAVORI	SERVIZI E FORNITURE	LAVORI	SERVIZI E FORNITURE	LAVORI	SERVIZI E FORNITURE
AFFIDAMENTO DIRETTO	€.40.000,00	€.40.000,00	€.150.000,00	€.75.000,00	€.150.000,00	€.139.000,00
AFFIDAMENTO DIRETTO (3 PREVENTIVI)	€.40.000,00 < x < €.150.000,00					
AFFIDAMENTO DIRETTO (5 OPERATORI)		€.40.000,00 < x < €.214.000,00				
NEGOZIATA CON ALMENO 5 OPERATORI			€.150.000,00 < x < €350.000,00	€.75.000,00 < x < €.214.000,00	€.150.000,00 < x < €.1.000.000,00	€.139.000,00 < x < €.214.000,00
NEGOZIATA CON ALMENO 10 OPERATORI	€.150.000,00 < x < €.350.000,00		€.350.000,00 < x < €.1.000.000,00		€.1.000.000,00 < x < €.5.350.000,00	
NEGOZIATA CON ALMENO 15 OPERATORI	€.350.000,00 < x < €.1.000.000,00		€.1.000.000,00 < x < €.5.350.000,00			
PROCEDURA APERTA NAZIONALE	€.1.000.000,00 < x < €.5.350.000,00					
PROCEDURA APERTA EUROPEA	x > €.5.350.000,00	x > €.214.000,00	x > €.5.350.000,00 (con termini ridotti)	x > €.214.000,00 (con termini ridotti)	x > €.5.350.000,00 (con termini ridotti)	x > €.214.000,00 (con termini ridotti)

11. Conclusioni

Come è noto, il Codice dei contratti pubblici del 2016 ha trasposto nell'ordinamento nazionale le direttive UE 23, 24 e 25 del 2014, con l'intento di riordinare l'intero settore degli appalti pubblici e delle concessioni, tentando di coniugare semplificazione, innovazione tecnologica ed efficienza economica con la salvaguardia di rilevanti valori sociali e ambientali.

Sebbene tale Codice sia ispirato alle best practices internazionali nonché ai principi della più recente letteratura economica sul procurement, la sua applicazione genera tra gli addetti ai lavori non poche criticità connesse ad incertezze e difficoltà applicative che frenano l'iter delle opere pubbliche.

Dai risultati emersi nel corso dell'“Indagine Conoscitiva della stazioni appaltanti, imprese e rappresentanze economiche sulle cause di rallentamento degli appalti pubblici in Italia”, sviluppata

dalla Conferenza delle Regioni e delle Province Autonome, in collaborazione con Confindustria, ANCE e LUISS (Libera Università Internazionale degli Studi Sociali Guido Carli), emerge chiaramente, sia per i dipendenti della pubblica amministrazione che per gli operatori economici intervistati, la necessità di risolvere prioritariamente le seguenti problematiche per migliorare l'efficienza e la qualità dell'intero ciclo degli acquisti:

- la lunghezza e la complessità delle attività decisionali, soprattutto nelle fasi di programmazione, aggiudicazione e progettazione;
- l'acquisizione di pareri, autorizzazioni e convocazioni della conferenza di servizi (che non sempre rappresenta un'efficace strategia di semplificazione);
- la paura della firma dei funzionari pubblici, connessa alla scarsa preparazione e alla difficoltà di integrare competenze diverse.

Per risolvere tali criticità è indubbia la necessità di utilizzare un approccio sistemico. Il tema dell'accelerazione dell'iter degli appalti pubblici è in questo momento cruciale in relazione all'approvazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR).

In una recente intervista il Ministro delle Infrastrutture e della Mobilità Sostenibili, Enrico Giovannini, ha affermato che è in atto una "reingegnerizzazione" delle procedure, da realizzarsi di concerto con i Ministeri della Cultura, della Transizione Ecologica e della Pubblica Amministrazione, che comporterebbe la modifica delle regole circa l'acquisizione di pareri e autorizzazioni allo scopo di dimezzare i tempi dell'appalto.

Per realizzare le misure previste nel PNRR, il Governo punta, inoltre, sulla specializzazione del personale delle stazioni appaltanti, sulla digitalizzazione delle procedure e sulla necessità, per gli operatori economici, di interagire con una burocrazia agile, veloce ed efficace.

In questo senso, al fine di favorire lo snellimento delle procedure di gara e aggiudicazione dell'appalto, la realizzazione del c.d. "fascicolo virtuale dell'operatore economico" per la verifica dei requisiti di partecipazione permetterebbe di "superare, in qualche senso, il concetto stesso di documenti, per passare all'utilizzo di dati e informazioni certificati e immediatamente disponibili per gli operatori economici e le stazioni appaltanti"⁴⁷.

Affinché sia possibile usufruire di questo tipo di strumenti e, in generale, per ottimizzare le procedure di affidamento degli appalti pubblici attraverso l'e-procurement, è essenziale puntare sulla qualificazione della capacità tecnica e organizzativa delle stazioni appaltanti sulla base di criteri di qualità, efficienza e competenza ovvero sull'aggregazione delle stesse, anche attraverso il ricorso a centrali di committenza. Le misure contenute nel PNRR, in corso di attuazione per rendere la

⁴⁷Audizione del Presidente ANAC Giuseppe Busia, 5^a e 14^a Commissione del Senato della Repubblica - 11 marzo 2021 "Proposta di Piano nazionale di ripresa e resilienza – PNRR"

ripartenza post-Covid 19 un'opportunità di crescita per il sistema-Paese, impongono un cambio di rotta verso l'innovazione tecnologica nella gestione delle procedure della Pubblica Amministrazione e, in questo senso, digitalizzare gli appalti pubblici lungo l'intero ciclo di vita è imprescindibile per raggiungere gli obiettivi prefissati, in termini di efficienza, di qualità, ma anche di trasparenza.

La burocrazia difensiva fenomeno astratto o minaccia concreta? Cosa ne pensano gli operatori economici e le stazioni appaltanti

di Monica Dell'Atti
Esperta a supporto del Ministero dell'Interno

Abstract [It]: La burocrazia difensiva sembra essere un fenomeno che trova terreno fertile all'interno del contesto italiano, soprattutto nel sistema dei contratti e degli appalti pubblici. Molti hanno trovato nel superamento della burocrazia difensiva un passaggio importante per semplificare e velocizzare la burocrazia italiana, eppure le ipotesi sulla sua esistenza spaccano in due le opinioni fra chi ritiene che il fenomeno sia realmente esistente e assai rilevante e chi invece lo considera un aspetto trascurabile se non addirittura inesistente. Questo dibattito è alimentato dal fatto che per quanto vi siano episodi eclatanti, molte questioni restano aperte relativamente all'estensione del fenomeno, così come le sue cause e i suoi effetti, perché essa non è una pratica direttamente osservabile o misurabile è piuttosto un condizionamento di tipo psicologico basato su una percezione del rischio che si può tradurre in condotte più o meno tipizzate.

Questo contributo è il risultato di una più vasta indagine condotta da Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, da Confindustria, dall'Associazione Nazionale dei Costruttori Edili (ANCE) e dal Centro Vittorio Bachelet dell'Università LUISS Guido Carli sulla macro questione del settore degli appalti e dei contratti pubblici in Italia.

In questo lavoro si cercherà però di osservare un aspetto rilevante emerso da questa indagine, ovvero la "paura della firma" dei dipendenti pubblici, al fine di ottenere evidenza empirica dell'esistenza del fenomeno della burocrazia difensiva partendo da indicatori indiretti, dati oggettivi e rilevamento delle opinioni utilizzando lo strumento della consultazione diretta degli attori maggiormente coinvolti in questo tipo di problematica, ovvero le stazioni appaltanti e gli operatori economici, con l'obiettivo ultimo di indagare le cause, gli effetti di tale fenomeno e i possibili rimedi, ripercorrendo le azioni che il legislatore ha messo in atto, con particolare riguardo agli ultimi interventi e sviluppi.

Abstract [Eng]: The defensive bureaucracy seems to be a phenomenon that finds fertile ground within the Italian context, especially in the system of contracts and public procurements. Many have found in overcoming the defensive bureaucracy an important step to simplify and speed up the Italian bureaucracy. The hypotheses on its existence split in two opinions the debate between those who believe that the phenomenon is really existing and very relevant and those who consider it a negligible or even non-existent aspect. This debate is fueled by the fact that although there are glaring episodes, many questions remain open about the extent of the phenomenon, as well as its causes and effects, because it is not a directly observable or measurable practice is rather a psychological conditioning based on a perception of risk that can be translated into more or less typed behaviours.

This contribution is the result of a wider survey conducted by the Conference of Regions and Autonomous Provinces, by Confindustria, by the National Association of Building Builders (ANCE) and the Vittorio Bachelet Center of the LUISS Guido Carli University on the macro-issue of public procurement and contracts in Italy.

In this work, however, we will try to observe a relevant aspect that emerged from this investigation, namely the "fear of signing" of civil servants, in order to obtain empirical evidence of the existence of the phenomenon of defensive bureaucracy starting from indirect indicators, objective data and opinion-gathering using the tool of direct consultation of the actors most involved in this type of issue, namely contracting entities and economic operators, with the ultimate objective of investigating the causes, the effects of this phenomenon and the possible remedies, tracing the actions that the legislator has implemented, with particular regard to the last interventions and improvements.

Sommario: 1. Premessa. – 2 Risultati dell’indagine. – 3. Burocrazia difensiva. – 4. Cause della burocrazia difensiva. – 5. Effetti della burocrazia difensiva e possibili rimedi. – 6. Le responsabilità. – 6.1. L’abuso d’ufficio. – 6.2. Il danno erariale. – 7. Conclusioni.

1. Premessa

Gli appalti pubblici in Italia rivestono un ruolo cruciale. Essi rappresentano l’11% del PIL nazionale e la loro importanza è destinata a crescere ulteriormente nei prossimi anni, a seguito degli investimenti pubblici in corso, al fine di far ripartire il paese delineando una nuova *governance* in grado di fronteggiare le conseguenze della crisi pandemica da Covid- 19 nell’ambito del piano di crescita e di sviluppo economico da attuare attraverso il PNRR e i fondi del programma europeo Next Generation EU. Alla luce di questi nuovi sviluppi e tenuto conto della complessità della disciplina contenuta nel Codice dei contratti pubblici¹, si è resa dunque necessaria una riforma, prevista all’interno dei Decreti Semplificazione², al fine di dare prova di possedere un sistema di allocazione e garanzie sufficientemente credibile e solido, passando per la modernizzazione e la semplificazione delle regole e delle procedure applicabili, le cui coordinate è possibile ritrovarle, secondo l’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (AGCOM), già all’interno delle direttive europee del 2014³. Gli ambiti di intervento sono quelli utili a ridurre i vincoli che imbrigliano le stazioni appaltanti e le imprese, ovvero la semplificazione della normativa contenuta nel Codice dei contratti pubblici e la qualificazione delle stazioni appaltanti e degli operatori economici⁴. Quello che risalta è la centralità rivestita, all’interno delle riforme, della semplificazione, tema declinato nei vari passaggi delle sei Missioni previste dal PNRR, e ritenuta necessaria per rimuovere gli ostacoli amministrativi, gli oneri procedurali che impattano sulle attività economiche e la qualità dei servizi erogati. Uno degli ambiti di intervento privilegiati all’interno delle riforme è quello rivestito dal *public procurement cycle* del settore dei contratti e degli appalti pubblici.

Dagli stessi presupposti di intervento muove anche la ricerca avviata dalla Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, da Confindustria, dall’ANCE e dal Centro Vittorio Bachelet dell’Università LUISS Guido Carli⁵ nell’ambito di rilevazione delle opinioni dei dipendenti pubblici

¹ Cfr. L. FIORENTINO, *Il nuovo codice degli appalti*, Giornale di diritto amministrativo, 4/2016.

² Decreto legge 16 luglio 2020, n.76 (c.d. Decreto Semplificazioni), convertito con modifiche in legge 11 settembre 2020, n.120 e il successivo Decreto legge n. 77/ 2021 (c.d. Decreto Semplificazioni bis).

³ Direttive 2014/24/UE sugli appalti pubblici nei settori ordinari e 2014/23/UE sull’aggiudicazione dei contratti di concessione.

⁴ A. MASSARI, *Gli appalti pubblici e le proposte di riforma dell’AGCOM*, in *Appalti & Contratti*, 4/2021.

⁵ Per un commento generale dei dati e dei risultati emersi della ricerca realizzata da Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, Confindustria, Ance e il Centro Vittorio Bachelet dell’Università LUISS Guido Carli, si veda anche B.G. MATTARELLA, *Perché in Italia le opere pubbliche sono ferme?*, in *LUISS Open*, 11 gennaio 2021.

di varie amministrazioni e degli operatori economici coinvolti nell'ambito dei contratti pubblici. La rilevazione è stata effettuata attraverso la somministrazione *online* di due tipi di questionari uno rivolto alle stazioni appaltanti e un altro rivolto agli operatori economici, entrambi con l'obiettivo di identificare le criticità normative e strutturali del settore degli appalti pubblici, le criticità procedurali e quelle percepite dagli attori coinvolti e far emergere le principali cause di blocco del settore. Ad esso hanno risposto 5104 tra direttori e dirigenti apicali, dirigenti e funzionari, di età diverse (meno di 35 anni, da 36 a 45 anni, da 46 a 55 anni e oltre i 55), con vari titoli di studio che vanno dal diploma alla laurea sino al master e al dottorato. Gli operatori economici che hanno risposto sono stati invece 217 e provenienti da ogni parte d'Italia, con fatturati che vanno fino a oltre 20 mln di euro e con un numero di addetti che oscilla da un minimo di uno fino ad arrivare a 50 e oltre.

Da diverse domande all'interno dei questionari è però possibile evincere un problema comune, quello della "paura della firma". È doveroso precisare che la rilevazione è stata effettuata in un periodo antecedente all'adozione dei c.d. Decreti Semplificazione, per questo motivo sembra utile partire dai dati emersi dal questionario per investigare tale problema che porta alla concretizzazione del fenomeno della burocrazia difensiva, individuandone le cause e gli effetti, sino ad arrivare alle ultime azioni poste in essere dal legislatore, al fine di arginare il diffondersi di tale pratica con il fine ultimo di eliminarla dall'ordinamento italiano dei contratti e degli appalti pubblici.

2. Risultati dell'indagine

L'indagine condotta da Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, Confindustria, ANCE e Centro Vittorio Bachelet dell'Università LUISS Guido Carli (d'ora in avanti solo l'indagine) si pone come obiettivo quello di fotografare il sistema degli appalti e dei contratti pubblici in Italia al fine di promuoverne una riforma avanzando delle proposte concrete. Per fare questo essa si concentra su alcune problematiche specifiche emerse nel corso degli anni, una ad esempio è la "paura della firma" che è spesso accusata di paralizzare le decisioni amministrative in materia di appalti e contratti pubblici e che influisce sui comportamenti delle stazioni appaltanti e degli operatori economici che si trovano a dover operare nel settore.

Proprio per constatare l'entità della questione è stato chiesto agli attori intervistati di indicare quali fossero, secondo loro, le ragioni che determinano il maggiore rallentamento nella programmazione e nella progettazione delle opere pubbliche⁶ e le cause di rallentamento delle amministrazioni nell'affidamento degli appalti⁷. In entrambi i casi i problemi rilevati da entrambi gli

⁶ Domanda n. 8 dei questionari somministrati sia alle stazioni appaltanti che agli operatori economici da Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, Confindustria, ANCE e Centro Vittorio Bachelet dell'Università LUISS Guido Carli

⁷ Domanda n. 9 degli stessi questionari.

attori sembrano coincidere per le due problematiche. Ad esempio dalle risposte fornite degli operatori economici è emerso che tra le prime tre cause, sia di rallentamento nella programmazione e nella progettazione di opere pubbliche, sia di affidamento degli appalti, vi sono nell'ordine l'instabilità, la confusione e l'iperproduzione normativa, il fenomeno della c.d. "paura della firma" e la mancanza di formazione adeguata nella PA. Per quanto concerne invece le stazioni appaltanti il principale ostacolo è rappresentato dall'instabilità, seguito dalla confusione e l'iperproduzione normativa, dall'inasprimento della normativa penale a carico degli esecutori e dei funzionari pubblici e dalla mancanza di formazione adeguata nella PA e solo per ultimo il fenomeno della c.d. "paura della firma"⁸. Quindi si nota che la problematica rileva maggiormente per gli operatori economici mentre è residuale per le stazioni appaltanti.

Prendendo in considerazione il solo aspetto riguardante la "paura della firma" dei funzionari pubblici e scomponendo i dati ottenuti utilizzando dei diversi fattori quali la zona geografica, il fatturato e il numero di addetti per gli operatori economici e l'età, il titolo di studio e il ruolo per le stazioni appaltanti⁹, emerge che il problema della "paura della firma" è maggiormente diffuso tra gli operatori economici del Nord- Est, per coloro i quali hanno un fatturato che va da 5 a 20 mln di euro e coloro i quali hanno da un minimo di 10 a un massimo i 49 addetti. Mentre non rappresenta un problema per gli operatori economici del Sud, per gli operatori che hanno un fatturato che arriva fino a 500 mila euro e che hanno un solo addetto.

Mentre per quanto riguarda le risposte fornite dalle stazioni appaltanti è emerso che essa rappresenta un limite per i Responsabili unici del procedimento (Rup) delle stazioni appaltanti con un'età compresa tra i 46 e i 55 anni, coloro i quali hanno conseguito un Dottorato e coloro i quali ricoprono il ruolo di funzionari. Mentre non rappresenta un problema per i Rup con età inferiore ai 35 anni e coloro i quali hanno conseguito un Master.

Per quanto riguarda invece le cause del rallentamento gli operatori economici che indicano la "paura della firma" come prima opzione sono quelli del Nord- Est, che raggiungono un fatturato che si aggira tra i 5 e i 20 mld di euro e coloro i quali hanno da 10 a 49 addetti. Mentre per gli operatori del Sud, con un fatturato fino a 500 mila euro e con un solo addetto essa rappresenta un problema residuale.

Per quanto riguarda i Rup, coloro i quali sono maggiormente preoccupati per la "paura della firma" hanno meno di 35 anni, hanno conseguito un Master e ricoprono il ruolo di direttore o dirigente

⁸ Cfr. Grafico in fondo al testo: domanda n. 8 e domanda n.9.

⁹ Questa scomposizione è possibile solo per alcune domande all'interno del questionario, ovvero quelle che comprendono una risposta multipla, per le quali è prevista una scala di valori da 1 a 5 per esprimere le opzioni 1 "per niente", 2 "poco", 3 "abbastanza", 4 "molto", e 5 "completamente".

apicale. I meno preoccupati risultano essere invece i Rup che hanno un'età compresa tra i 46 e i 55 anni, che hanno conseguito un Diploma e che ricoprono il ruolo di dirigente.

Dal momento che la “paura della firma” è l'unico elemento che accomuna i due problemi evidenziati da entrambi i tipi di attori intervistati, si rende necessario indagare tale fenomeno che induce al problema più generale della burocrazia difensiva e capire se esiste realmente una correlazione tra percezione del rischio e gli effetti delle scelte difensive¹⁰, non prima però di aver definito e delineato i confini del fenomeno.

3. Burocrazia difensiva

Burocrazia difensiva è un termine mutuato dall'ambito medico che connota il timore degli amministratori e dei dipendenti pubblici di incorrere in responsabilità perseguibili e tramutabili in sanzioni conseguibili attraverso l'espletamento delle proprie funzioni. Questa preoccupazione, molto diffusa negli ultimi anni soprattutto nel settore dei contratti e degli appalti pubblici e in particolare nella realizzazione delle opere pubbliche, compromette l'efficienza allocativa della spesa pubblica traducendosi in maggiori costi rispetto a quelli necessari e nell'utilizzo sub-ottimale delle risorse disponibili, perché gli amministratori e i dipendenti pubblici antepongono l'attenzione al calcolo del rischio personale a discapito della realizzazione degli scopi collettivi. Il comportamento “difensivo” può assumere la forma di aggravamento dell'istruttoria (artt. 1 e 2 della l. n. 241 del 1990)¹¹ o inerzia amministrativa¹², ovvero adozione di procedimenti standardizzati ancorati al dato normativo di riferimento¹³. Negli ultimi anni la presenza di questi comportamenti si è sempre più consolidata tanto che dalla rilevazione effettuata da Forum PA sugli operatori della pubblica amministrazione e gli *stakeholder* istituzionali¹⁴ è emerso che per il 62% di loro il fenomeno si è addirittura aggravato negli ultimi anni, suscitando così sempre maggiore interesse sia in ambito accademico che nel dibattito di *policy* italiano, all'interno del quale il contrasto a queste forme di fenomeni è stata demandata ad una riforma della PA (si vedano le proposte avanzate nel Rapporto Colao del 2020).

Lo sviluppo del fenomeno in minaccia concreta è riscontrabile nell'esistenza di un mercato assicurativo per i rischi legati ai giudizi di responsabilità erariale che i dipendenti pubblici possono

¹⁰ S. BATTINI, F. DECAROLIS, *L'amministrazione si difende*, in Rivista trimestrale di diritto pubblico, 1, 2019, pp. 293-320.

¹¹ M. CAFAGNO, *Il principio di non aggravamento del procedimento*, in Renna M., Saitta F. (a cura di), Studi sui principi del diritto amministrativo, Milano, Giuffrè, 2012, 493 ss.; D. VAIANO, *Il principio di tempestività dell'azione amministrativa*, in Renna M., Saitta F. (a cura di), Studi sui principi del diritto amministrativo, Milano, Giuffrè, 2012, 477 ss.

¹² C. FELIZIANI, *Quanto costa non decidere? A proposito delle conseguenze delle mancate o tardive decisioni della Pubblica amministrazione*, in «Dir. Econ.», 1/2019, 155 ss.

¹³ G. BOTTINO, *La burocrazia «difensiva» e le responsabilità degli amministratori e dei dipendenti pubblici*, Analisi Giuridica dell'Economia, Studi e discussioni sul diritto dell'impresa, 1/2020.

¹⁴ Forum PA, “Burocrazia difensiva. Come ne usciamo?”, Maggio 2017. Forum PA, Collana Ricerche.

acquistare e sottoscrivere personalmente in quanto a seguito delle ultime riforme l'amministrazione non può più farsene carico¹⁵. Un altro modo per accertare la misurazione concreta è la misurazione degli esiti dell'azione amministrativa e della percezione del rischio. Il primo fattore può essere misurato utilizzando come unità di misura il tempo "sprecato" nei c.d. "tempi di attraversamento", il secondo invece attraverso le pronunce di condanna emesse dalla Corte dei conti¹⁶. È proprio alla Corte dei conti che il legislatore ha attribuito nel corso del tempo una natura sempre più afflittiva con l'obiettivo di creare un deterrente per indurre comportamenti virtuosi. Negli ultimi anni si assiste invece ad un'azione depenalizzante da parte del legislatore verso quelle condotte poste in essere dai funzionari pubblici al fine di limitare il timore della firma. Dai dati dell'indagine condotta emerge che il legislatore non sia ancora riuscito nell'intento di raggiungere un punto di equilibrio tra efficacia dell'azione amministrativa e assetto normativo chiaro prima dei Decreti Semplificazione, a seguito dei quali invece si assiste da un lato all'introduzione delle sanzioni per i casi di ritardo nella conclusione delle procedure di gara e dall'altra si è delimitata la responsabilità dei funzionari pubblici prevedendo che questa sia circoscritta ai soli casi in cui la produzione del danno sia da essi dolosamente voluta. Nello specifico, il legislatore ha operato un ridimensionamento della fattispecie incriminante dell'abuso d'ufficio ex art. 323 c.p., circoscrivendo l'area del penalmente rilevante all'inosservanza di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità¹⁷. La disciplina generale viene invece ancora applicata nei casi di ipotesi omissive o inerzia.

Sebbene sia ancora troppo presto per valutare se questa nuove misure siano in grado di innescare un cambiamento, quello che si può affermare sicuramente è che c'è stato un cambio di *ratio* da parte del legislatore che dunque cerca di circoscrivere la cornice applicativa dell'abuso d'ufficio alle sole violazioni che non comportino un previo esercizio della discrezionalità amministrativa dunque quella dell'*abolitio criminis* volta a colpire i funzionari inerti, favorendo invece chi prende delle decisioni, compiendo così un passo in avanti per contrastare l'immobilismo della pubblica amministrazione legata alla "paura della firma"¹⁸.

4. Cause della burocrazia difensiva

¹⁵ S. BATTINI, F. DECAROLIS, op. cit. 2019.

¹⁶ La probabilità di condanna rimane grosso modo costante al 60% per gli anni che vanno dal 2011 al 2021 <https://banchedati.corteconti.it>

¹⁷ La disciplina contenuta nell'art. 323 c.p. è stata oggetto di una pluralità di riforme da parte del legislatore, intervenuto prima nel 1990 con la legge n. 86/1990, poi nel 1997 con la legge n. 234/2017 e, infine, con la legge n. 120/2020, di conversione del d.l. 76/2020. F. ROTONDO, *Linee guida ANAC ed abuso d'ufficio: principio di legalità e modifiche mediate della fattispecie incriminatrice*, in *Penale Diritto e Procedura*, 13 maggio 2020.

¹⁸ Governo, comunicato stampa del 7 luglio 2020, su www.governo.it.

Tra le maggiori cause di questo fenomeno è da tempo lamentato l'eccesso quantitativo e il disordine qualitativo della legislazione italiana in materia¹⁹. Con il passare degli anni invece che contrastare questo problema, il fenomeno si è amplificato a causa del moltiplicarsi dei centri di produzione normativa e per effetto della separazione fra politica e amministrazione, dove la prima indirizza o amministra direttamente la seconda attraverso leggi e atti amministrativi che aumentano di numero perdendo di generalità e astrattezza e anche di capacità orientativa della futura azione amministrativa²⁰. Inoltre, la paura è aumentata anche a causa del trasferimento di tutti i poteri di gestione dal vertice politico ai dirigenti senza che però venissero trasferiti loro anche le garanzie e le immunità di cui esso disponeva (art. 96). Alla base dei fenomeni che alimentano la burocrazia difensiva troviamo anche i timori legati ai controlli di legalità e di efficienza²¹, che mettono in difficoltà i dirigenti dal momento che non riescono mai ad essere certi *ex ante* se le loro scelte discrezionali non saranno considerate illegittime per danno erariale dal giudice, anche in ragione dell'attivismo delle procure contabili che tra il 2011 e il 2021, hanno visto una probabilità di condanna pari a circa il 60%²². A tutto ciò si deve inoltre aggiungere la disciplina della prevenzione della corruzione che con l'introduzione nel 2012 di una serie di riforme²³ ha introdotto inasprimenti nei trattamenti sanzionatori connotati da fattispecie incriminanti elastiche quali l'abuso d'ufficio.

In uno studio di analisi economica del diritto è stato proposto un modello teorico per l'analisi dei fattori da cui dipendono i fenomeni della burocrazia difensiva. Secondo tale studio essi sarebbero principalmente quattro²⁴: il grado di incertezza del funzionario circa il modo in cui il giudice valuterà la sua condotta ai fini dell'accertamento della responsabilità; l'entità del danno che il funzionario può essere chiamato a risarcire; la responsabilità che produce tanta più burocrazia difensiva, quanto meno quest'ultima è, a sua volta, fonte di responsabilità per il funzionario e infine la presenza di polizze assicurative per il caso di responsabilità che è in grado di mitigare la burocrazia difensiva ma che non riesce ad annullare il fenomeno dal momento che vi sono danni non finanziari e spesso le polizze non sono complete²⁵. Se si applica questo modello alla situazione attuale in Italia, si può notare che sussistono tutti i fattori in grado di determinare condotte difensive dell'amministrazione.

¹⁹ Per un approfondimento a riguardo B. G. MATTARELLA, *Burocrazia normativa: il valore della legge e il ruolo dell'amministrazione*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 1° giugno 2020.

²⁰ A. BATTAGLIA, S. BATTINI, A. BLASINI, V. BONTEMPI, M.P. CHITI, F. DECAROLIS, S. MENTO, A. PINCINI, A. PIRRI VALENTINI, G. SABATO, *Il rilancio della pubblica amministrazione tra velleità e pragmatismo, burocrazia difensiva: cause, indicatori e rimedi*, in IRPA, 2021.

²¹ S. BATTINI, F. DECAROLIS, op. cit. 2019.

²² <https://banchedati.corteconti.it>.

²³ Approvazione della c.d. Legge Severino e istituzione dell'Autorità Nazionale Anticorruzione (Anac).

²⁴ J. DE MOT e M. FAURE, *Public authority liability and the chilling effect*, *Tort Law Review*, n° 22, 2014, 120.

²⁵ A. BATTAGLIA, S. BATTINI, A. BLASINI, V. BONTEMPI, M.P. CHITI, F. DECAROLIS, S. MENTO, A. PINCINI, A. PIRRI VALENTINI, G. SABATO, op. cit. 2021.

In occasione dell'indagine condotta è stata proposta una domanda specifica agli attori coinvolti, sul fenomeno della burocrazia difensiva, chiedendo quali fossero secondo loro le maggiori cause alla base della paralisi delle decisioni amministrative in materia di contratti pubblici. L'opzione di risposta che ha totalizzato maggiori preferenze sia per i Rup che per gli operatori economici è stata quella riguardante il timore di incorrere in responsabilità civile, penale o amministrativa. La domanda in oggetto prevedeva però anche una risposta in forma libera, dalla quale è possibile rilevare che tra gli altri problemi, per gli operatori economici figurano l'inadeguatezza della classe dirigente, l'attività miope della Corte dei conti e il timore di responsabilità derivante da scarsa preparazione e per le stazioni appaltanti rileva l'incertezza della normativa, l'assenza di preparazione tecnica, la necessità di aggiornamento periodico del personale e il bisogno di una retribuzione adeguata alla sezione PA²⁶. Scomponendo nuovamente i dati si osserva inoltre che gli operatori economici per i quali la "paura della firma" rappresenta un serio problema sono prevalentemente provenienti dal Centro Italia (65%), con un fatturato da 500 mila a 1 mln di euro (65%), con 50 addetti e oltre (58%), mentre non lo è per gli operatori economici delle Isole (42%), con un fatturato di 1-2 mln di euro (44%) e con un addetto (0%). Tra i Rup invece essa rappresenta un problema per coloro i quali appartengono alla fascia di età compresa tra i 46 e i 55 anni (50%), con una Master (55%), che ricoprono il ruolo di direttore o dirigente (55%). Mentre per i giovani con meno di 35 anni (47%), che hanno conseguito un diploma (48%) e che ricoprono il ruolo di funzionario (50%) essa non rappresenta una causa alla base della paralisi delle decisioni amministrative in materia di contratti pubblici.

Non per ultimo si riporta il contenuto di una recente pronuncia della Corte costituzionale sul tema dove essa afferma che "è opinione ampiamente diffusa", (...) "individuarsi, infatti, proprio in tale stato di cose una delle principali cause della sempre maggiore diffusione del fenomeno che si è soliti designare come "burocrazia difensiva" (o "amministrazione difensiva"). I pubblici funzionari si astengono, cioè, dall'assumere decisioni che pur riterrebbero utili per il perseguimento dell'interesse pubblico, preferendo assumerne altre meno impegnative (in quanto appiattite su prassi consolidate e anelastiche), o più spesso restare inerti, per il timore di esporsi a possibili addebiti penali (cosiddetta "paura della firma") (...) "A questi fini, poco conta l'enorme divario, che pure si è registrato sul piano statistico, tra la mole dei procedimenti per abuso d'ufficio promossi e l'esiguo numero delle condanne definitive pronunciate in esito ad essi. Il solo rischio, del coinvolgimento in un procedimento penale, con i costi materiali, umani e sociali (per il ricorrente clamore mediatico)

²⁶ Cfr. Grafico in fondo al testo: domanda n. 14.

che esso comporta, basta a generare un “effetto di raffreddamento”, che induce il funzionario ad imboccare la via per sé più rassicurante”²⁷.

Dunque alla luce di quanto descritto sinora si può dedurre che il fenomeno della burocrazia difensiva non sia più da considerarsi esclusivamente un fenomeno astratto, al contrario esso rappresenta ormai una realtà concreta in grado di produrre anche degli effetti vincolanti per le attività degli attori coinvolti.

5. Effetti della burocrazia difensiva e possibili rimedi

Un primo effetto concreto dell’esistenza del fenomeno della burocrazia difensiva è riscontrabile nella presenza di un mercato assicurativo per i rischi legati a giudizi per responsabilità erariale. Negli ultimi anni si assiste infatti ad un peggioramento dell’andamento del mercato assicurativo, in particolare nel 2020 emergono due nuove caratteristiche rispetto agli anni precedenti, ovvero un aumento dei prezzi per i premi più alti e il crollo del numero di polizze con valori di massimale più alto²⁸. Un secondo effetto è quello dell’attivismo della Corte dei conti, il cui incremento di una sentenza nell’attività porta ad un 1% di incremento nei tempi di attraversamento²⁹.

Inoltre sia per le stazioni appaltanti che per gli operatori economici gli effetti più gravi sono il “perseguimento della correttezza formale dell’azione amministrativa senza interesse per il risultato finale del contratto, fuga dalle scelte discrezionali e ricerca di criteri automatici” e “la rinuncia all’utilizzo di procedure d’acquisto complesse”³⁰. La prima opzione è stata preferita dai Rup a prescindere dall’età, che hanno conseguito un Master e un Dottorato e che rivestono un ruolo di direttore o dirigente apicale e dagli operatori economici del Nord, del Centro e delle Isole, con un fatturato da 500 mila euro fino a oltre 20 mln, e con un numero minimo di addetti pari a 2 fino ad arrivare a 50 e oltre.

La misurazione del fenomeno è inoltre propedeutica, sul piano politico e istituzionale, alla risoluzione del problema riconoscendolo come reale e significativo. La manifestazione stessa di tale convinzione è del resto un ulteriore indicatore del fenomeno e del fatto che esso sia in grado di influenzare il sistema degli appalti e dei contratti pubblici.

²⁷ Sentenza n.8/2022, pubblicata in G.U. il 19/01/2022 sulla questione di legittimità dell’art. 23, co. 1, del decreto- legge 16/07/2020, n.76, convertito, con modificazioni, nella legge 11/09/2022, n.120.

²⁸ Un *web scraper* ha ricavato i dati da: <https://www.rcpolizza.it/assicurazione-patrimoniale-dipendenti-pubblici>, in A. BATTAGLIA, S. BATTINI, A. BLASINI, V. BONTEMPI, M.P. CHITI, F. DECAROLIS, S. MENTO, A. PINCINI, A. PIRRI VALENTINI, G. SABATO, op. cit. 2021.

²⁹ Ibidem.

³⁰ Domanda n. 16 del questionario somministrato alle stazioni appaltanti e n. 14 per il questionario somministrato agli operatori economici: “Quali sono gli effetti più gravi della c.d. “paura della firma”?”. Cfr. Grafico in fondo al testo: domanda n.16.

Tra le possibili azioni necessarie per mitigare le criticità operative della c.d. “paura della firma”³¹ i Rup indicano la limitazione della responsabilità erariale ed amministrativa, mentre gli operatori economici vorrebbero fossero introdotte forme di controllo e autorizzazioni preventive sulla legittimità degli atti.

Essendo quindi divenuta una questione oggetto di ampio dibattito, il fenomeno della burocrazia difensiva è una delle problematiche affrontate anche all’interno del rapporto che la *task force* presieduta da Vittorio Colao ha presentato al Governo all’interno delle misure di rilancio del Paese a seguito dell’emergenza da Covid- 19 nel giugno 2020 (c.d. Piano Colao). Esso menzionava tra le misure di rilancio della PA proprio il “superamento della burocrazia difensiva” proponendo un intervento di riforma che riguardasse la responsabilità dei funzionari e dei dipendenti pubblici per danno erariale in casi differenti dal dolo e prevedendo che il premio assicurativo venisse nuovamente pagato dall’amministrazione di appartenenza³². Per questo motivo rileva ai fini della comprensione del fenomeno anche indagare l’istituto della responsabilità.

6. Le responsabilità

La responsabilità è una situazione giuridica soggettiva in cui si trova un soggetto che pone in essere delle condotte e dei comportamenti antigiuridici. A norma dell’art. 28 Cost. i funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili degli atti compiuti in violazione di diritti nello svolgimento delle loro funzioni. Essi possono incorrere principalmente in cinque tipi di responsabilità, ovvero quella civile, nel momento in cui si arrechi un danno a terzi, siano essi interni o esterni all’amministrazione; quella penale, se si persegue una condotta delittuosa i cui effetti siano pregiudizievoli per l’amministrazione di appartenenza; quella amministrativo-contabile, se si arreca alla PA un danno erariale; quella disciplinare nel momento in cui si violino obblighi di condotta previsti dai codici di comportamento e/o dal contratto collettivo nazionale e quella dirigenziale (valida per il solo personale dirigenziale che non raggiunga i risultati posti dal vertice politico o si discosti dall’organo politico).

La privatizzazione del rapporto di pubblico impiego ha portato ad una riformulazione sia della responsabilità disciplinare (art. 55, co3 seg., d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165) che ha condotto alla sua devoluzione alla contrattazione collettiva, sia la responsabilità dirigenziale (art. 21, d.lgs n. 165 cit.),

³¹ Domanda n. 17 del questionario somministrato alle stazioni appaltanti e n. 15 per il questionario somministrato agli operatori economici. Cfr. Grafico in fondo al testo: domanda n.17.

³² Un riferimento alla burocrazia lo ritroviamo anche nel discorso di apertura dell’anno giudiziario della Corte dei conti del 19 febbraio 2021 del Presidente del Consiglio dei Ministri Mario Draghi.

nulla ha però previsto per le altre tre forme di responsabilità per le quali viene testualmente richiamata la relativa disciplina legislativa di settore ad opera dell'art. 55, co. 1, d.lgs n. 165³³.

Con riguardo alle possibili responsabilità che maggiormente intimoriscono l'operato dei Rup, dalla consultazione è emerso che oltre il 45% di essi si sente intimorito dalla responsabilità penale e oltre il 42% dalla responsabilità erariale, mentre il 7,5% dalla responsabilità amministrativa e oltre il 2% dalla responsabilità civile³⁴. Inoltre, il 58% dei Rup con meno di 35 anni teme maggiormente la responsabilità penale, così come i Rup che hanno conseguito un diploma (51%) e che ricoprono il ruolo di funzionario (46%). Mentre la responsabilità erariale è più temuta tra i Rup con un'età superiore ai 55 anni (44%), che hanno conseguito un Master (55%) e che ricoprono un ruolo di direttore o di dirigente apicale (51%).

Visto il malcontento tra gli addetti che si trovano ad operare nel sistema dei contratti e appalti pubblici e in concomitanza con lo scoppio dell'emergenza da Covid 19, il legislatore è nuovamente intervenuto su questi due tipi di responsabilità al fine di arginarne la "dannosità". Nel Capo IV del Titolo II del Decreto Semplificazioni bis egli si è occupato espressamente della responsabilità penale e di quella erariale attraverso una strategia che prevede misure urgenti e misure a regime. Tra le prime, che sono volte all'adottare una normativa speciale che riprende e rafforza le semplificazioni già varate con il Decreto Semplificazioni, prorogandone l'efficacia fino al 2023, vi sono le verifiche antimafia e i protocolli di legalità, la limitazione della responsabilità per danno erariale ai soli casi di dolo, la modifica della fattispecie dell'abuso d'ufficio, la riduzione e la qualificazione delle stazioni appaltanti che sono. Le seconde invece seguono una logica differente in quanto puntano a sistematizzare maggiormente la materia e il suo impatto sulla disciplina dei contratti pubblici riducendo le potenziali occasioni di conflitto con la regolazione europea.

Da quanto emerso risulta necessario soffermarsi sulle due responsabilità che maggiormente affliggono gli operatori del settore considerato, ovvero quella penale e quella amministrativa.

6.1. L'abuso d'ufficio

Nell'ordinamento italiano la responsabilità penale è regolamentata dall'articolo 27 della Costituzione e all'interno del Codice penale all'art. 323 (abuso d'ufficio). Esso sembra rappresentare il punto saliente di emersione della tematica del sindacato del giudice penale sull'attività amministrativa.

³³ V. TENORE, *La responsabilità civile, amministrativo- contabile e penale dei pubblici dipendenti*, ed EPC, 2015.

³⁴ Domanda n. 15 presente solo all'interno del questionario somministrato alle stazioni appaltanti. Cfr. Grafico in fondo al testo: domanda n. 15.

Affinché si configuri il delitto di abuso d'ufficio è necessario che i comportamenti posti in essere dal pubblico dipendente siano riconducibili alle funzioni di ordine pubblicistico ad essi affidati e siano in violazione di norme di legge o di regolamento. Inoltre esso si può configurare nel momento in cui il pubblico dipendente omette di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un suo prossimo congiunto. Questa configurazione può avvenire tramite un'omissione, a patto che, la norma legislativa o regolamentare violata abbia come contenuto un obbligo che il funzionario pubblico disattende³⁵. Essendo un istituto complesso esso ha più volte attirato su di sé le attenzioni del legislatore che a partire dagli anni Novanta è intervenuto novellando e riformando l'istituto tentando di ridurre i margini di elasticità senza però ottenere i risultati sperati. Esso è un istituto molto complesso il cui obiettivo tra gli altri è quello di essere sia un freno alla *mala gestio* della cosa pubblica, sia quello di essere un limite alle azioni del giudice penale evitando che esse vadano ad influire sull'autonomia dell'operato dei dipendenti pubblici. Secondo i Rup le modifiche che si rendono necessarie per modificare la figura dell'abuso d'ufficio prevista e punita dall'art. 323 c.p.³⁶ potrebbe essere l'esclusione della punibilità ove l'atto sia stato adottato allo scopo di perseguire un interesse pubblico (63%), questo a prescindere dalla fascia di età, dal titolo di studio e dal ruolo ricoperto all'interno della PA. Il 22% ha invece indicato come possibile soluzione l'esclusione della punibilità dove la norma violata risulti di controversa interpretazione giurisprudenziale e per l'8% si dovrebbe addirittura prevederne l'abrogazione.

Queste richieste però non sono rimaste del tutto inascoltate, tanto che la recentissima volontà di accelerare e semplificare ad ogni costo in cui si è imbattuto il legislatore non poteva prescindere dall'intervenire nuovamente sul ridimensionamento del reato dell'abuso d'ufficio. L'art. 23 del decreto legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito poi in legge con modifiche l'11 settembre 2020, n. 120, ha modificato l'art. 323 c.p. nel punto in cui parlava di "violazione di norme di legge o regolamento" con la formula "violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità", con l'obiettivo di circoscrivere un'"area di punibilità" e introdurre i "fattori di maggiore precisione e determinatezza della fattispecie incriminatrice"³⁷. Questo intervento normativo sembra rappresentare l'ultima tappa di una serie di riforme che hanno cercato di circoscriverne progressivamente l'applicazione limitando gradualmente i poteri del giudice penale. In questo caso l'area del penalmente rilevante viene ad essere circoscritta perché viene eliminato il riferimento alle fonti

³⁵ Cass. Pen., sez. VI, 9 novembre 2010, n. 41697, M.A., in Ced, 2010.

³⁶ Si riferisce alla domanda n. 20 del solo questionario somministrato alle stazioni appaltanti. Cfr. Grafico in fondo al testo: domanda n.20.

³⁷ Inaugurazione dell'anno giudiziario 2021. Dalla Relazione del Ministro sull'amministrazione della giustizia per l'anno 2020.

normative di secondo grado e delimita la violazione a specifiche ipotesi legalmente previste e “disegnate in termini completi e puntuali”³⁸. Il giudice penale ha riconosciuto che la riforma ha operato un’*abolitio criminis* rispetto a tre tipi di condotte, quindi un dipendente pubblico che abbia posto in essere una di queste condotte sarà assolto perché il fatto non è più configurato come reato dalla legge³⁹. Egli ha però anche specificato che nell’area dell’art. 323 c.p. rientrano ancora le ipotesi di “sviamento di potere o violazione dei limiti esterni della discrezionalità o si sostanzia nell’inosservanza dell’obbligo di astensione in situazione di conflitto di interessi”⁴⁰. Si è dunque inteso proclamare la tassatività che l’abuso si debba risolvere nell’inosservanza di un dovere vincolato nell’*an*, nel *quid* e nel *quomodo* dell’attività. L’*abolitio criminis* è pertanto parziale su tre fronti, rispetto all’oggetto, alla fonte e al contenuto, ovvero la violazione deve riguardare una regola di condotta espressamente prevista da una legge o da un atto avente forza di legge e che non lascia spazi di discrezionalità.

Questa riforma però non è scevra da criticità. La prima è quella che riguarda l’esclusione dei regolamenti dal novero delle fonti normative la cui inosservanza può dare luogo all’abuso d’ufficio, questa estromissione è considerata azzardata se non addirittura pericolosa, dal momento che potrebbe condurre a una depenalizzazione. La seconda riguarda la scelta del legislatore di introdurre la norma attraverso la decretazione d’urgenza, violando così l’art. 77 della Costituzione. La terza riguarda i contenuti della norma, ovvero essi sarebbero in contrasto con gli artt. 3 e 97 Cost.

La deregolamentazione del settore dei contratti e degli appalti pubblici, sotto alcuni aspetti è stata definita una risposta politica e immediata alla situazione post-pandemica, ma per meglio comprendere se le nuove misure possono reprimere o comunque influire sulle condotte riferibili alla burocrazia difensiva è necessario attendere qualche tempo e permettere alle nuove misure di trovare un’ampia applicazione, verificando tra un po’ di tempo se la “valvola” dell’abuso d’ufficio è stata realmente regolata in maniera opportuna.

6.2. Il danno erariale

Il danno erariale è una lesione all’interesse pubblico finanziario che il dipendente pubblico arreca nell’espletamento delle proprie funzioni⁴¹. Il danno risarcibile in sede contabile deve avere le caratteristiche di certezza, attualità e concretezza, diversamente non rileva. Altro aspetto importante ai fini della configurabilità del danno erariale e della conseguente responsabilità è la sussistenza della

³⁸ Cass. Pen., VI, sentenza 8 gennaio 2021, n. 442.

³⁹ C. PAGELLA, *La Cassazione sull’abolitio criminis parziale dell’abuso d’ufficio ad opera del “Decreto Semplificazioni”*, in *Sistema Penale*, Cass., Sez. VI, sent. 9 dicembre 2020 (dep. 8 gennaio 2021), n. 442, Pres. Fidelbo, Rel. Giorgi, imp. Garau, Scheda 19 maggio 2021.

⁴⁰ Cass. N. 442/2021 cit.

⁴¹ P. GENTILUCCI, *La timida riforma del reato d’abuso d’ufficio e del danno erariale*, in *Diritto & diritti*, 2017, p.7.

colpa grave da parte dell'autore dell'illecito. La Corte dei conti a riguardo ha precisato che la colpa grave va intesa come trascuratezza, da parte del dipendente pubblico, dei propri doveri istituzionali che si sostanzia in condotte negligenti, imperite, imprudenti, superficiali o non curanti⁴².

L'elaborazione del concetto di danno erariale alla base dei giudizi di responsabilità della Corte dei conti è significativamente cambiata nel corso degli anni. Anche in questo caso, il legislatore ha operato un tentativo di riforma dell'istituto attraverso l'introduzione all'interno dell'art. 21 co. 1, del d.l. n. 76/2020 della previsione secondo la quale "la prova del dolo richiede la dimostrazione della volontà dell'evento dannoso". Per provare il dolo viene dunque richiesto di accertare la volontà del singolo atto compiuto, o dell'omissione, e non dell'effetto derivante dal compimento dello stesso, o dalla sua omissione, con l'effetto immediato di escludere la responsabilità erariale dal novero dei casi in cui l'agente abbia voluto concretizzare solo la condotta e non realizzare anche il suo effetto. Inoltre si dispone che "limitatamente ai fatti commessi dalla data di entrata in vigore, la responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica per l'azione di responsabilità di cui all'art. 1 della legge 14 gennaio 1994, n.20, sia limitata ai casi in cui la produzione del danno conseguente alla condotta del soggetto agente sia da lui dolosamente voluta. La limitazione di responsabilità prevista dal primo periodo non si applica per i danni cagionati da omissione o inerzia del soggetto agente" (art 21, co. 2, del d.l. n. 76/2020), prevedendo così la limitazione della responsabilità amministrativa alle sole condotte attive e non anche quelle passive.

La *ratio* che ha portato il legislatore ad intervenire è duplice, ovvero portare alla diminuzione dei casi di responsabilità erariale e un'inversione degli incentivi tra azione e omissione. Se prima per i dipendenti pubblici era meno oneroso, sotto il profilo dei rischi, rimanere inerti davanti le decisioni da prendere, adesso con le modifiche la responsabilità per colpa grave colpisce maggiormente chi rimane inerte.

Con i nuovi Decreti Semplificazione, dunque, viene codificato che l'indirizzo per cui il dolo c.d. erariale deve intendersi sostanziato è quello della condotta antidoverosa. Dunque si vanno a colpire le omissioni e non le azioni dei dipendenti pubblici. Anche in questo caso, sebbene sia fisiologico che tali misure produrranno i propri effetti solo nei prossimi anni, è tuttavia possibile individuarne già dei limiti, quali la decretazione d'urgenza, la quale difetta dell'ausilio dei lavori preparatori che invece caratterizzano l'attività legislativa ordinaria e il non aver tenuto conto che l'azione amministrativa non è ascrivibile né ad un unico soggetto, né si materializza in un unico momento. Si potrebbe concludere dicendo che il fatto contabile- amministrativo è molto complesso e forse di questo il legislatore non ne ha tenuto conto.

⁴² Corte con., sez. GLA, 08/02/2018).

7. Conclusioni

Le parole chiave di questa nuova fase che il sistema dei contratti e degli appalti pubblici si appresta a vivere sembrano essere dettati dal PNRR e sono rappresentate da razionalizzazione, semplificazione, celerità ed efficienza.

Le riforme in tema di realizzazione di opere pubbliche in atto rappresentano un nuovo paradigma di *governance* più informata e consapevole che la problematica che si cela dietro le inefficienze del “sistema- Italia” è la sovrabbondanza normativa e che un suo superamento potrebbe condurre alla rottura del *framework* precedente.

La burocrazia difensiva nel sistema italiano sembra essere ormai un vecchio problema in grado di avere un proprio ruolo e una propria influenza soprattutto sul settore dei contratti e degli appalti pubblici, settore chiave del sistema economico italiano. I risultati dell’indagine analizzata hanno infatti evidenziato l’esistenza di fenomeni di burocrazia difensiva, quindi possiamo ormai considerarla un fenomeno concreto. Per quanto concerne la misurazione dell’entità del fenomeno è però emerso un dato interessante, ovvero quello che afferisce la differenza nella frequenza, piuttosto bassa, dei comportamenti difensivi da parte degli operatori intervistati rispetto al dato riguardante la percezione che tale rischio arreca, che al contrario risulta essere elevata e i dati del mercato assicurativo ne sono un chiaro e inequivocabile esempio. Inoltre ne risultano maggiormente colpiti i Rup delle stazioni appaltanti che appartengono alla fascia di età compresa tra i 46 e i 55 anni e coloro i quali hanno meno di 35 anni, che hanno conseguito prevalentemente un Master o un Dottorato e che ricoprono il ruolo di Direttore, dirigente apicale e funzionario. Mentre gli operatori economici che ne soffrono di più sono prevalentemente quelli del Centro- Nord, con fatturati medio alti e con un numero di addetti che va da un minimo di 10 fino a 50 e oltre.

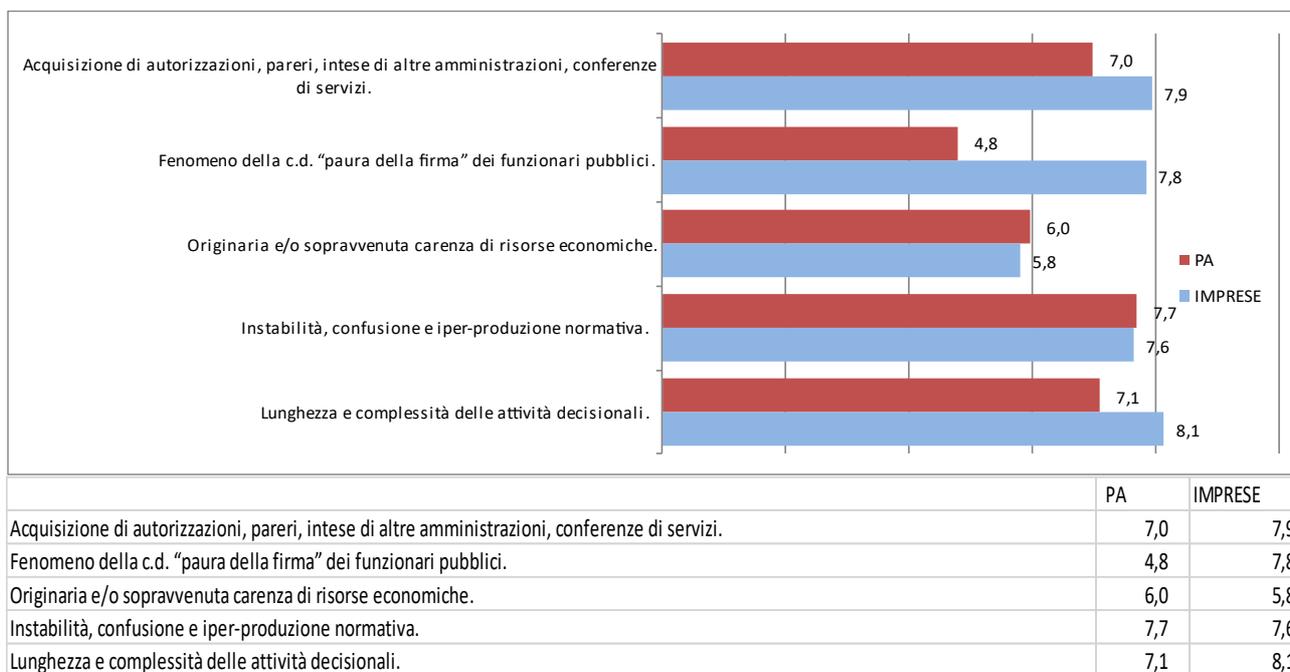
Se da un punto di vista economico, il fenomeno può essere assimilato ad un fallimento del mercato, dal punto di vista giuridico la continua necessità di semplificare sta diventando essa stessa un problema.

Le riforme introdotte con i Decreti Semplificazioni potrebbero dare un più ampio margine di manovra ai dipendenti pubblici, alleggerendoli delle consuete responsabilità che li attanagliano, ovvero la responsabilità per abuso d’ufficio e quella per danno erariale, ma non è ancora del tutto chiaro se questo basterà, perché alla depenalizzazione messa in atto dal legislatore deve essere affiancato anche il coraggio dei dipendenti pubblici nell’espletamento delle loro funzioni. Guardando agli ultimi sviluppi dunque, si ha l’impressione che ancora una volta si sia agito sui “sintomi” di quella che potrebbe essere definita in termini medici la “malattia”, senza però andarne a colpire realmente le cause.

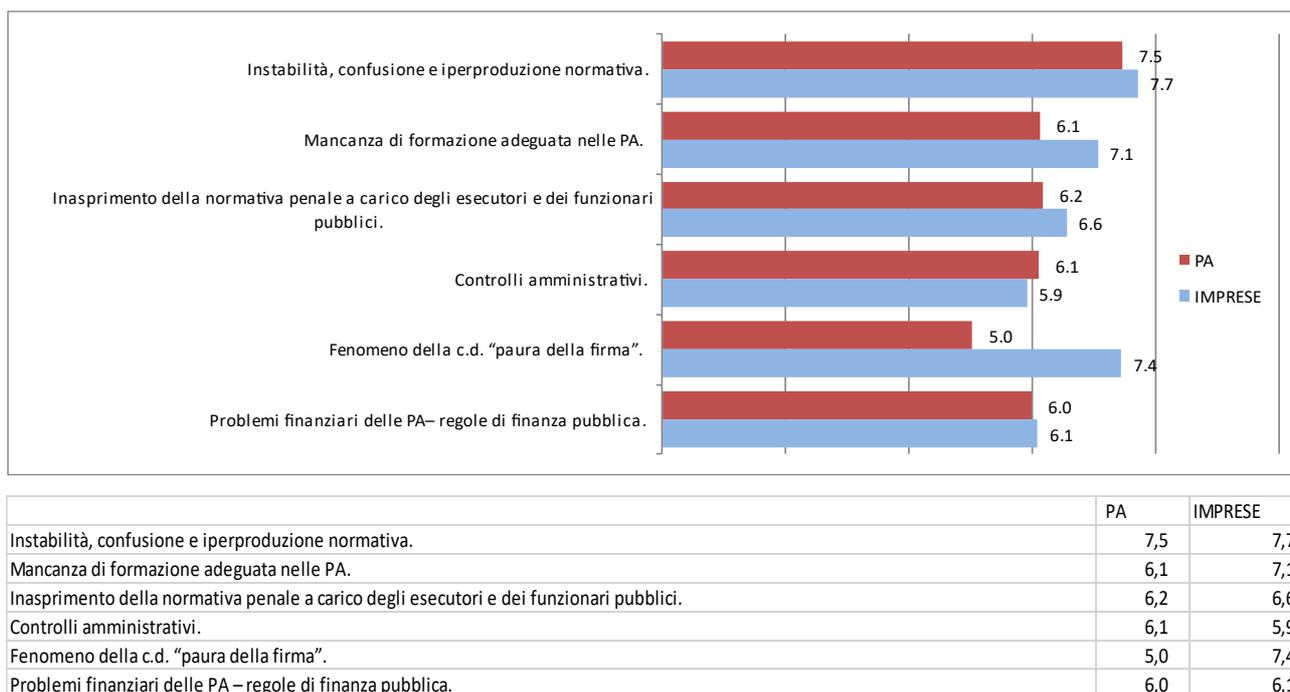
In questa fase sono offerte al legislatore vaste occasioni di scegliere da che parte stare e che atteggiamenti assumere nei confronti di questo fenomeno, che pur essendo un vecchio problema ha bisogno più che mai di nuovi strumenti per essere “debellato”. Quindi lungi dal voler assecondare il timore di aver intrapreso una strada rischiosa lastricata di procedure emergenziali e straordinarie e deregolamentazione ad ogni costo, l’auspicio è che le modalità attuative del PNRR rappresentino una risposta transitoria, seppure incisiva, che permetta di passare alla costruzione di un sistema ben strutturato di riforme. Non resta che attendere la prossima mossa del legislatore affiancato ad un cambio di mentalità da parte degli attori coinvolti nel sistema dei contratti e degli appalti pubblici.

ANALISI COMPARATA DELLE RISPOSTE DELLE STAZIONI APPALTANTI E DEGLI OPERATORI ECONOMICI

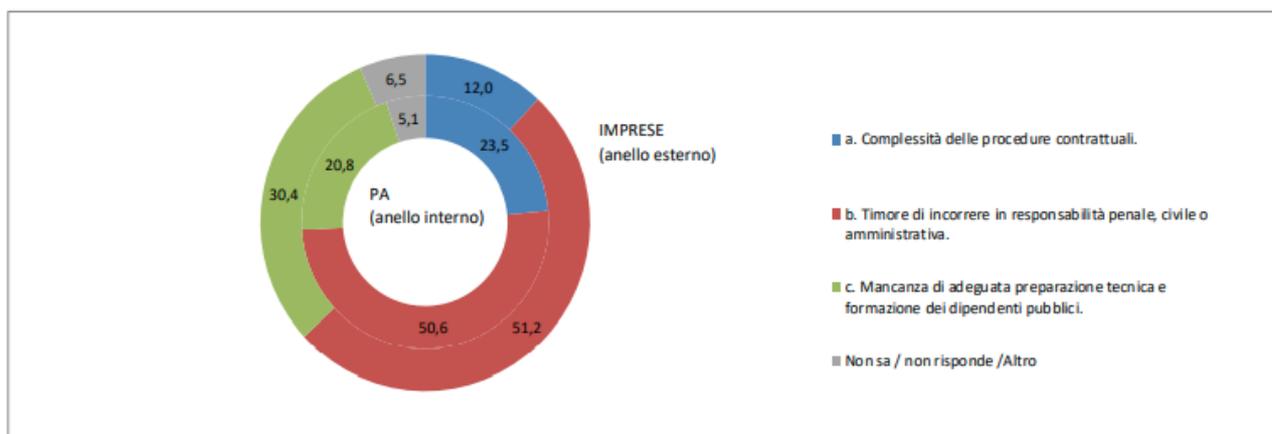
8. Quali sono le ragioni che determinano il maggiore rallentamento nella programmazione e nella progettazione delle opere pubbliche?



9. Quali sono le cause di rallentamento delle amministrazioni nell'affidamento degli appalti?

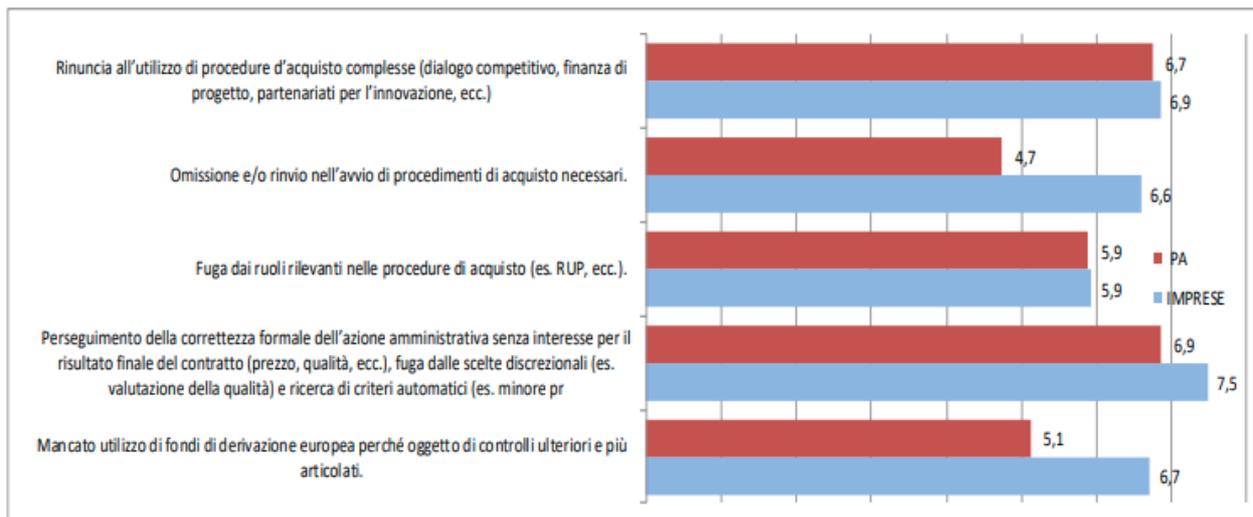


14. Il fenomeno della c.d. “paura della firma”, che spesso paralizza le decisioni amministrative in materia di contratti pubblici, è causato da:



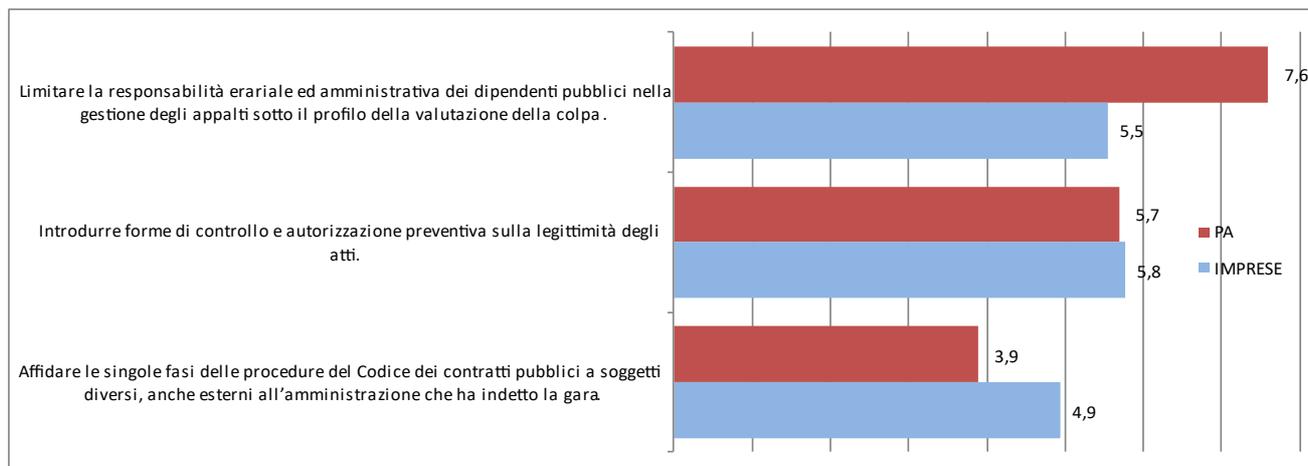
	PA	IMPRESE
a. Complessità delle procedure contrattuali.	23,5	12,0
b. Timore di incorrere in responsabilità penale, civile o amministrativa.	50,6	51,2
c. Mancanza di adeguata preparazione tecnica e formazione dei dipendenti pubblici.	20,8	30,4
Non sa / non risponde / Altro	5,1	6,5
Totale complessivo	100,0	100,0

16. Quali sono gli effetti più gravi della c.d. “paura della firma”?



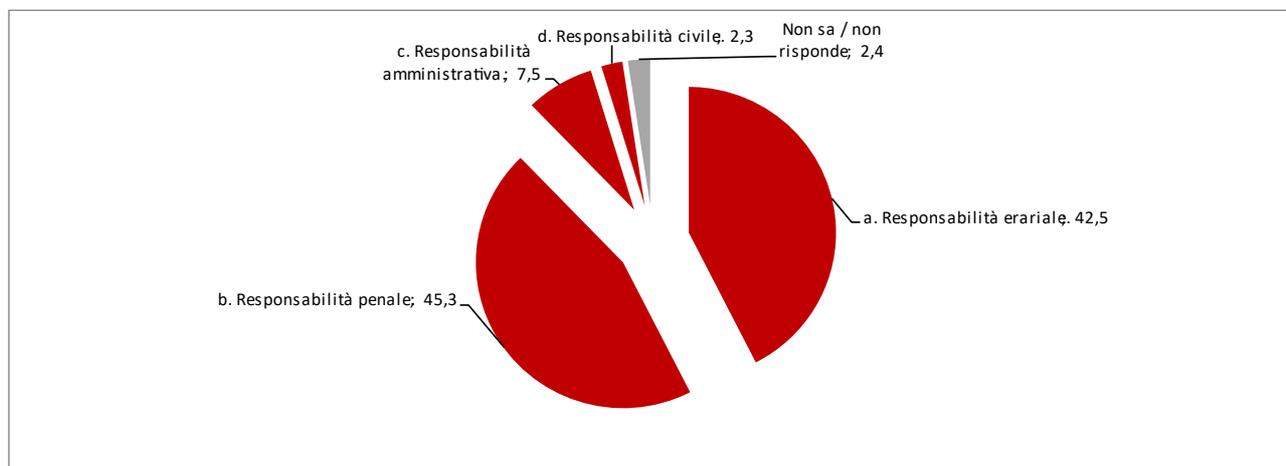
	PA	IMPRESE
Rinuncia all'utilizzo di procedure d'acquisto complesse (dialogo competitivo, finanza di progetto, partenariati per l'innovazione, ecc.)	6,7	6,9
Omissione e/o rinvio nell'avvio di procedimenti di acquisto necessari.	4,7	6,6
Fuga dai ruoli rilevanti nelle procedure di acquisto (es. RUP, ecc.).	5,9	5,9
Perseguimento della correttezza formale dell'azione amministrativa senza interesse per il risultato finale del contratto (prezzo, qualità, ecc.), fuga dalle scelte discrezionali (es. valutazione della qualità) e ricerca di criteri automatici (es. minore prezzo).	6,9	7,5
Mancato utilizzo di fondi di derivazione europea perché oggetto di controlli ulteriori e più articolati.	5,1	6,7

17. Quali sono le azioni necessarie per mitigare le criticità operative e la c.d. “paura della firma” dei RUP?



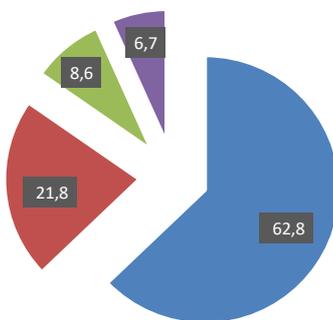
	PA	IMPRESE
Limitare la responsabilità erariale ed amministrativa dei dipendenti pubblici nella gestione degli appalti sotto il profilo della valutazione della colpa.	7,6	5,5
Introdurre forme di controllo e autorizzazione preventiva sulla legittimità degli atti.	5,7	5,8
Affidare le singole fasi delle procedure del Codice dei contratti pubblici a soggetti diversi, anche esterni all'amministrazione che ha indetto la gara.	3,9	4,9

15. In particolare, quale tra queste possibili responsabilità intimorisce e condiziona l'operato del RUP?



	Numero	% sul total
a. Responsabilità erariale.	2.168	42,5
b. Responsabilità penale.	2.310	45,3
c. Responsabilità amministrativa.	383	7,5
d. Responsabilità civile.	119	2,3
Non sa / non risponde	124	2,4
Totale complessivo	5.104	100,0

20. Quali modifiche si rende necessario apportare alla figura dell'abuso d'ufficio prevista e punita dall'art. 323 del Codice penale?



- a. Escludere la punibilità ove l'atto sia stato adottato al prevalente scopo di perseguire un interesse pubblico.
- b. Escludere la punibilità ove la norma violata risulti di controversa interpretazione giurisprudenziale.
- c. Prevedere l'abrogazione dell'art. 323 del codice penale.
- Non sa / non risponde

	Numero	% sul totale
a. Escludere la punibilità ove l'atto sia stato adottato al prevalente scopo di perseguire un interesse pubblico.	3.207	62,8
b. Escludere la punibilità ove la norma violata risulti di controversa interpretazione giurisprudenziale.	1.115	21,8
c. Prevedere l'abrogazione dell'art. 323 del codice penale.	440	8,6
Non sa / non risponde	342	6,7
Totale complessivo	5.104	100,0

Il “complesso” ruolo del Responsabile Unico del Procedimento nelle procedure ad evidenza pubblica*

di Martina Cardone

Dottoranda di ricerca in Diritto e Impresa Università LUISS Guido Carli

Abstract [It]: Il responsabile unico del procedimento (RUP) ricopre un ruolo particolarmente complesso all'interno della procedura ad evidenza pubblica: tuttavia, a causa dell'instabilità normativa, le numerose competenze tecniche richieste allo stesso, la mancanza di un sistema organico di formazione e la previsione di responsabilità di diversa natura, talvolta demotivano gli operatori delle stazioni appaltanti ad assumere tale ruolo.

Tali criticità sono alcuni dei fattori emersi dall'analisi delle risposte dei 5104 dipendenti di stazioni appaltanti, tra cui 4670 con qualifica di RUP, a cui è stato somministrato il questionario elaborato per una ricerca dalla Conferenza delle Regioni e Province autonome, Confindustria, Ance e il Centro Bachelet dell'Università Luiss Guido Carli. Le domande prese in esame riguardano, nello specifico, quali fattori disincentivano l'assunzione del ruolo di RUP, quali responsabilità intimoriscono e condizionano l'operato del RUP, quali azioni contribuirebbero a migliorare l'operato delle stazioni appaltanti e quali rimedi potrebbero motivare i funzionari pubblici ad assumere il ruolo di RUP.

Approfondendo i dati emersi, il contributo si propone dunque di ricostruire la disciplina legislativa e amministrativa di questo fondamentale istituto. Particolare attenzione sarà dedicata al tema delle competenze del RUP, della sua formazione e delle sue responsabilità. In ultimo, analizzando le proposte per migliorare il settore del *public procurement*, si dedicherà un cenno alla questione delle centrali di committenza e della qualificazione delle stazioni appaltanti.

Abstract [Eng]: The Sole Project Manager is responsible for directing the entire public evidence procedure, pursuant to Article 31 of Italian Legislative Decree 50/2016. Indeed, the Project Manager plays a particularly complex role, in a fundamental sector such as public contracts: however, the regulatory instability, the numerous technical skills required, the lack of an organic system of training and the provision of responsibilities sometimes demotivate the operators of contracting stations to take on this role. These critical issues are the subject of reflection in this paper and emerge from an analysis conducted by the Luiss Guido Carli University, which administered a questionnaire to 5104 employees of contracting authorities, 4670 of whom were qualified as Sole Project Manager's.

The questions examined concern, specifically, what factors discourage the assumption of the role of RUP, what responsibilities intimidate and condition the work of the RUP, what actions would help to improve the work of contracting authorities, and what remedies might motivate civil servants to assume the role of Project Manager. Deepening the data that emerged, the work proposes to reconstruct the legislative and administrative discipline of this fundamental figure. Particular attention will be devoted to the theme of the competencies of the RUP, its training, and its responsibilities. Finally, analyzing the proposals for improving the public procurement sector, will be devoted to the theme of the central purchasing body.

* Una versione più estesa di questo lavoro è stata pubblicata nella Rivista *Amministrativ@mente*, n. 1/2022, con il titolo “Il Responsabile Unico del Procedimento: troppe competenze e responsabilità o poca formazione?”.

Sommario: 1. I risultati della ricerca. – 2. Il responsabile unico del procedimento: qualificazione professionale e competenze – 3. L’importanza della formazione – 4. Il regime di responsabilità – 5. Tra criticità e prospettive.

1. I risultati della ricerca

La ricerca avviata dalla Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, da Confindustria, dall’Associazione Nazionale dei costruttori edili e dal Centro Vittorio Bachelet dell’Università LUISS Guido Carli¹, ha inteso fornire, oltre che una vera e propria fotografia delle difficoltà del sistema dei contratti pubblici nel nostro Paese come sin ora abbiamo visto, anche un’analisi dettagliata del ruolo del responsabile unico del procedimento (RUP), degli aspetti più critici delle sue funzioni, delle responsabilità che ne intimoriscono e ne condizionano l’operato e delle possibili soluzioni.

Alla luce della centralità di tale figura nei procedimenti amministrativi per l’affidamento e l’esecuzione dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, disciplinata dall’art. 31 del d.lgs. 50/2016 e costruita sulla falsariga del responsabile del procedimento previsto dalla legge 241/1990², i RUP rappresentano i soggetti più colpiti dal fenomeno di instabilità normativa che da anni coinvolge il sistema dei contratti pubblici³.

Dall’indagine condotta, infatti, risulta che, secondo i RUP, tra i fattori rallentano la realizzazione degli investimenti pubblici vi è la complessità del Codice, il quale risulta essere di difficile applicazione⁴.

Prima di rappresentare i dati emersi, è bene ricordare che la ricerca è stata svolta nella primavera 2020, quando in vigore vi era il decreto c.d. sblocca cantieri, d.l. 32/2019: non tiene, dunque, conto delle novità apportate dal decreto semplificazioni, d.l. 76/2020, prima, e dal decreto semplificazioni bis, d.l. 77/2021, poi.

¹ Per un commento sui risultati della ricerca realizzata da Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, Confindustria, Ance e il Centro Vittorio Bachelet dell’Università LUISS Guido Carli, si veda anche B.G. MATTARELLA, *Perché in Italia le opere pubbliche sono ferme?*, in Luiss Open, 11 gennaio 2021.

² Con la legge generale sull’azione amministrativa, l. n. 241/1990, è stata introdotta la figura del Responsabile del Procedimento, con cui il legislatore ha consentito sia di identificare il soggetto a cui è attribuita la funzione di gestire le varie fasi del procedimento amministrativo sia di garantire la trasparenza dell’azione amministrativa assicurando al cittadino la possibilità di conoscere il soggetto a cui rivolgersi per avere riscontro circa lo *status* del procedimento amministrativo che lo riguarda. Con l’introduzione nel nostro ordinamento della figura del Responsabile Unico sono, dunque, confluite in un solo soggetto sia le funzioni specifiche del “tecnico” che le funzioni relative all’azione amministrativa di cui alla Legge n. 241/1990. Per una ricostruzione più ampia del responsabile unico, si veda G. FAILLA, F. LOMBARDO, *Il responsabile unico del procedimento. Il nuovo volto dell’amministrazione appaltante*, Milano, 2007.

³ Sul tema dell’instabilità normativa, come già segnalato da tempo, si veda A. MASSERA, *La disciplina dei contratti pubblici: la relativa continuità in una materia instabile*, in *Giornale di diritto amministrativo* 12/2009, p. 1252.

⁴ Cfr. Grafico in fondo al testo: domanda n. 13.

Nonostante i giudizi più favorevoli sul decreto cd. sblocca-cantieri, rispetto al c.d. decreto correttivo, d.lgs. 56/2017, resta comunque molto diffusa l'idea (confermata dall'81% degli intervistati più giovani e dal 62% di quelli più anziani) che lo stesso non abbia "risolto le principali criticità normative preesistenti". Soffermandoci invece sull'attività del RUP e sui motivi che disincentivano l'assunzione di tale ruolo, la maggior parte degli operatori delle stazioni appaltanti (il 64%) ha sottolineato che la complessità del quadro normativo ha finito per scaricare sui funzionari pubblici responsabilità sproporzionate; il 18% ha, invece, fatto riferimento alla mancanza di competenze specifiche alla luce della normativa di settore e solo un 12% ha attribuito la responsabilità ai ricorsi ed ai contenziosi. Dalle risposte aperte, invece, emerge che i fattori disincentivanti sono attribuibili principalmente alla carenza di personale, a una mancanza di formazione adeguata e a uno stipendio poco proporzionato rispetto ai rischi che derivano dall'attività stessa.

Per quanto concerne, invece, le responsabilità che intimoriscono i RUP e presumibilmente li frenano, il 45% fa riferimento a quella penale, il 43% a quella erariale e solo una minore percentuale alla responsabilità amministrativa (8%) e alla responsabilità civile (2%).

Tra le proposte di miglioramento in relazione sia relative all'operato delle stazioni appaltanti, che alla funzione del responsabile unico del procedimento, prevalgono quelle relative al personale e, in particolare, nuove assunzioni di personale dotato di specifica competenza ed esperienza, un sistema saldo di formazione e di aggiornamento costante dei dipendenti impiegati nel settore dei contratti pubblici, il miglioramento delle carriere e degli stipendi e l'applicazione di meccanismi di premialità.

Secondo le 217 imprese, invece, risultano fondamentali la qualificazione e professionalizzazione delle stazioni appaltanti, il miglioramento dei processi di digitalizzazione e la centralizzazione e l'aggregazione della committenza. Questi dati appaiono in parte confermati dagli esiti dell'opzione di risposta in forma libera, dalle quali emergono anche altri suggerimenti, come ad esempio: la riduzione dei tempi delle fasi di progettazione e pianificazione, l'implementazione delle banche dati centralizzate o la creazione di una banca dati unica, l'applicazione di sanzioni in caso di mancato raggiungimento degli obiettivi, l'attuazione del rating di legalità delle imprese e un nuovo sistema di controlli.

2. Il Responsabile unico del procedimento: qualificazione professionale e competenze

Il responsabile unico del procedimento riveste un ruolo centrale nei procedimenti amministrativi per l'affidamento e l'esecuzione dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture⁵.

⁵ Tra le prime normative di settore che hanno utilizzato la figura del responsabile del procedimento si può ricordare l'art. 4, d.l. 5 ottobre 1993, n. 398, convertito con modificazioni, nella l. 4 dicembre 1993, n. 493, in tema di rilascio della concessione edilizia. Tale figura è stata introdotta poi nel settore degli appalti dalla legge 11 febbraio 1994, n. 109, c.d. Legge Merloni, al fine di assicurare, in ciascuna fase di attuazione degli interventi, il controllo sui livelli di prestazione,

Tale figura, disciplinata dall'art. 31 del d.lgs. 50/2016 e costruita sulla falsariga del responsabile del procedimento previsto dalla legge 241/1990, assume una veste di *dominus* in ciascuna fase del procedimento ad evidenza pubblica, al fine di assicurare un controllo effettivo sui tempi e sui costi della gara, sulla qualità, sulla manutenzione programmata e sulla sicurezza e salute dei lavoratori⁶. La *ratio* sottesa all'introduzione di tale figura nell'ambito delle commesse pubbliche, dunque, può rinvenirsi nel fatto che il legislatore ha voluto individuare un unico referente per ogni appalto per accentrare il potere decisionale in capo ad un soggetto⁷, affidandogli il compito di garantire e controllare il corretto svolgimento del procedimento.

Nel campo dei lavori pubblici, infatti, al Responsabile unico del procedimento sono richieste specifiche competenze tecnico-amministrative relative alla programmazione, progettazione, esecuzione e collaudo delle opere pubbliche al fine di svolgere una serie di compiti, anche di rilevanza esterna, a prescindere dal fatto che questi rivesta la qualifica di dirigente o funzionario⁸. Questa interpretazione, condivisa ampiamente anche dalla giurisprudenza amministrativa⁹, ha portato a concepire tale figura nettamente distinta rispetto al responsabile unico del procedimento, previsto dagli artt. 4 e ss. della legge n. 241 del 1990.

Negli anni, i diversi interventi normativi (d.lgs. 163 del 2006 e successivamente il d.lgs. 50/2016, modificato dal c.d. decreto correttivo d.lgs. 56/2017, dal decreto c.d. sblocca cantieri, d.l. 32/2019, dal decreto semplificazioni, d.l. 76/2020 e in ultimo dal decreto semplificazioni *bis*, d.l.

di qualità e di prezzo, determinati in coerenza alla copertura finanziaria ed ai tempi di realizzazione del programma, oltre che al corretto e razionale svolgimento delle procedure. Successivamente, con la l. 216/1995 (c.d. Merloni-*bis*), di conversione del d.l. 101/1995, si è poi parzialmente ridotta la portata innovativa e l'operatività del nuovo ruolo del responsabile, introducendo la possibilità di nominare una pluralità di responsabili del procedimento, nonché la figura di un doppio coordinatore unico che, secondo il legislatore, avrebbe dovuto coordinare in alcuni ambiti le attività poste dai diversi responsabili dei procedimenti. Con la legge Merloni-*ter*, l. 415/1998, e con il Regolamento attuativo n. 554/1999, invece, si è confermata di nuovo la centralità del responsabile unico all'interno dell'ordinamento di settore.

⁶ Per una lettura completa sulla figura del Responsabile unico, si veda S. USAI, *Il RUP negli appalti (Determinazione n. 1007 dell'11 ottobre 2017) dopo il Decreto correttivo (D.Lgs. 56/2017) e le Linee guida ANAC n. 3 sul RUP*, edizione Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2018.

⁷ Il legislatore, infatti, ha preferito che il delicato compito di coordinamento e di impulso dei procedimenti ad evidenza pubblica, sia svolto più che da una determinata unità organizzativa, da una persona fisica dotata di adeguati titoli di studio e competenze professionali. Non interessa, quindi, tanto l'ufficio, quanto la persona. Sul punto, si veda R. GIOVAGNOLI, *Il Responsabile del procedimento: punti di contatto e dissonanza tra la disciplina codicistica e quella sul procedimento amministrativo*, Relazione tenuta in occasione del convegno organizzato dall'IGI a Roma, il 30 ottobre 2012, p. 9.

⁸ Secondo le linee guida ANAC n. 3/2017, il RUP può essere un dirigente o anche un direttivo senza qualifica dirigenziale. ANAC, *Linee guida n. 3, di attuazione del D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti «Nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalti e concessioni»*. Approvate dal Consiglio dell'Autorità con deliberazione n. 1096 del 26 ottobre 2016 e aggiornate al d.lgs. 56 del 19/4/2017 con deliberazione del Consiglio n. 1007 dell'11 ottobre 2017, p. 4. Per una più ampia disamina, si veda S. USAI, *Responsabile del procedimento e RUP: un doppio modello di azione amministrativa*, in *Urbanistica e appalti*, 2/2018, p. 171. L'orientamento è stato confermato anche dallo schema di regolamento di esecuzione, attuazione e integrazione del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, recante "codice dei contratti pubblici", predisposto commissione di supporto giuridico-amministrativo per l'esame dello schema di regolamento unico recante disposizioni di esecuzione, attuazione e integrazione del codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50.

⁹ Cfr. TAR Veneto, sez. I, 27 giugno 2018, n. 695; TAR Campania, Napoli, sez. VIII, 19 ottobre 2017, n. 4884.

77/2021) hanno ampliato le competenze richieste al RUP. Ad oggi, sia l'art. 31 del Codice dei contratti pubblici, che le Linee guida dell'ANAC, n. 3/2016¹⁰, disciplinano il ruolo e le funzioni del RUP. Secondo il Codice, il Responsabile deve svolgere una serie di compiti fondamentali e da ciò si evince l'importanza e la centralità che tale figura ha assunto all'interno di ogni fase del procedimento ad evidenza pubblica¹¹. Una volta nominato con atto formale del soggetto responsabile dell'unità organizzativa, infatti, il Responsabile non può rifiutare tale incarico e deve supervisionare, gestire e controllare l'effettiva e regolare esecuzione di tutte le fasi dell'appalto dalla progettazione alla realizzazione effettiva, sino alla rendicontazione delle attività svolte dall'impresa aggiudicatrice¹².

Inoltre, con il decreto sblocca-cantieri, si è prevista anche la possibilità che, in caso di inadeguatezza dell'organico dell'amministrazione aggiudicatrice¹³ o di appalti di particolare complessità che richiedano valutazioni e competenze altamente specialistiche¹⁴, è possibile conferire appositi incarichi di supporto all'attività del RUP. A conferma di ciò, l'art. 31, comma 9, d.lgs. 50/2016 prevede la possibilità di istituire una struttura stabile a sostegno dei RUP, anche alle dirette dipendenze del vertice della pubblica amministrazione di riferimento¹⁵.

¹⁰ ANAC, Linee guida n. 3, *op. cit.*

¹¹ L'art. 31, comma 3, d.lgs. 50/2016, stabilisce che "il RUP, ai sensi della legge 7 agosto 1990, n. 241, svolge tutti i compiti relativi alle procedure di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione previste dal presente codice, che non siano specificatamente attribuiti ad altri organi o soggetti". Il successivo comma 4 declina in modo puntuale, poi, una serie di compiti del RUP "oltre" a quelli specificatamente previsti da altre disposizioni del codice.

¹² Inoltre, non prevedendo l'art. 31 del Codice una specifica disciplina da applicarsi alla ipotesi in cui non vi sia stata, nel corso del procedimento selettivo, una formale nomina del Responsabile unico del procedimento, risulta applicabile in tal caso la regola generale della legge 241 del 1990 virgola in particolare propria della previsione recata nell'articolo 5, in virtù della quale, nel caso di mancata nomina di un funzionario quale responsabile del procedimento, deve intendersi che tale funzione sia attribuita automaticamente e naturalmente al dirigente responsabile dell'ufficio e del procedimento ovvero il funzionario che detto ufficio dirige nel caso in cui l'organigramma dell'ente o stazione appaltante non preveda virgola in pianta organica, la presenza di posizioni dirigenziali. Può quindi affermarsi che anche alla vigenza del nuovo codice dei contratti pubblici, nel caso di mancata nomina espressa di responsabile unico del procedimento, deve intendersi automaticamente assunta tale funzione del dirigente o del funzionario responsabile dell'ufficio, senza che la mancata espressione manifesta e formale della nomina del responsabile unico del procedimento si possa tradurre in un vizio invalidante della procedura, ne possa costituire, come avvenuto nella specie, una valida ragione per disporre l'annullamento degli atti di una gara. Cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 07 febbraio 2018, n. 778.

¹³ Art. 31, comma 11, d.lgs. 50/2016.

¹⁴ Art. 31, comma 7, d.lgs. 50/2016.

¹⁵ Il d.l. n. 32/2019 ha previsto, introducendo all'articolo 216, comma 27-octies del codice degli appalti, la sostituzione di numerosi decreti attuativi e linee guida ANAC previste dal previgente testo del codice con un regolamento unico, da emanare ai sensi dell'art. 17 co.1 lett. a) e b) l. 23.8.1988 n. 400 entro centottanta giorni dall'entrata in vigore della norma stessa, in una serie di materie espressamente indicate. Quando entrerà in vigore, risulteranno quindi superate le linee guida n. 3 e n. 4 e anche tutte le linee guida di cui all'art. 213 co.2 del codice, nonché tutte quelle che risulteranno comunque in contrasto con il regolamento stesso. Con il regolamento di cui all'articolo 216, comma 27-octies è definita, inoltre, una disciplina di maggiore dettaglio sui compiti specifici del RUP, sui presupposti e sulle modalità di nomina, nonché sugli ulteriori requisiti di professionalità rispetto a quanto disposto dal presente codice, in relazione alla complessità dei lavori. Con il medesimo regolamento sono determinati, altresì, l'importo massimo e la tipologia dei lavori, servizi e forniture per i quali il RUP può coincidere con il progettista, con il direttore dei lavori o con il direttore dell'esecuzione. Sulla natura delle linee guida, si veda I.A. NICOTRA, *L'Autorità Nazionale Anticorruzione e la soft regulation nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in I.A. NICOTRA (a cura di), *L'Autorità Nazionale Anticorruzione. Tra prevenzione e attività regolatoria*, Giappichelli, 2016, pp. 38 e ss.

Per effetto degli innumerevoli compiti che il RUP deve svolgere in materia di appalti e concessioni di lavori, servizi e forniture, le Linee guida ANAC hanno indicato che lo stesso, all'atto di nomina, debba essere in possesso di una specifica qualificazione professionale e debba aver maturato un'adeguata esperienza nello svolgimento di attività analoghe a quelle da realizzare in termini di natura, complessità e importo dell'intervento.

La qualificazione professionale richiesta, in particolare, varia a seconda del valore degli importi riguardanti gli appalti e le concessioni. Ad esempio, per gli importi di appalti e concessioni di lavoro inferiori a 150 mila euro, il RUP deve almeno aver conseguito un diploma in discipline tecniche (quali: perito industriale, perito commerciale, perito agrario, agrotecnico, perito edile, geometra/tecnico delle costruzioni o titoli equipollenti ai precedenti) e un'anzianità di servizio ed esperienza nell'ambito dell'affidamento di appalti e concessioni di lavori di almeno tre anni. Invece, per gli importi pari o superiori a 150 mila euro ma inferiori a un milione di euro, deve essere in possesso di almeno uno dei seguenti titoli: del diploma, ma con un'anzianità di servizio ed esperienza almeno decennale nell'ambito dell'affidamento di appalti e concessioni di lavori; o di una laurea triennale in architettura, ingegneria, scienze e tecnologie agrarie, scienze e tecnologie forestali e ambientali, scienze e tecnologie geologiche, scienze naturali, con abilitazione all'esercizio della professione ma con un'esperienza almeno triennale nell'ambito delle attività di programmazione, progettazione, affidamento o esecuzione di appalti e concessioni di lavori; oppure di una laurea quinquennale nelle materie suindicate, con abilitazione all'esercizio della professione ed un'esperienza almeno biennale nelle attività di programmazione, progettazione, affidamento o esecuzione di appalti e concessioni di lavori. Infine, per gli importi da un milione di euro, ma inferiori alla soglia è previsto che il RUP debba essere in possesso di un diploma (geometra o tecnico delle costruzioni e titoli equipollenti) con quindici anni di esperienza in materia di affidamento o esecuzione di appalti e concessioni di lavori; o di una laurea triennale nelle materie su indicate con cinque anni di esperienza; o anche una laurea quinquennale con tre anni di esperienza in programmazione, progettazione, affidamento o esecuzione di appalti e concessione di lavori.

Ulteriori requisiti sono previsti per gli appalti sopra soglia, ai sensi dell'articolo 35, d.lgs. 50/2016, e per gli appalti di servizi e, in caso di appalti particolarmente complessi, il RUP, oltre ad una laurea magistrale o specialistica nelle materie attinenti all'oggetto dell'affidamento e ad una esperienza almeno quinquennale nell'ambito della procedura di gara per appalti e concessioni di lavori, deve avere anche un'adeguata competenza come *project manager*. Da tale previsione, di derivazione europea, si intuisce come la figura del RUP stia diventando sempre più necessaria nelle fasi di pianificazione del procedimento di gara e nella gestione dello sviluppo di specifici progetti.

È chiaro, dunque, che per poter ricoprire questo fondamentale ruolo è necessario sia avere delle competenze tecniche sia aver maturato una notevole esperienza, tale da assicurare una elevata qualità della prestazione, nonché un saldo controllo sui rischi. Tuttavia, oltre alla qualificazione professionale richiesta per poter essere nominato come responsabile unico, è necessario che le amministrazioni si adoperino a fornire e garantire corsi di formazione e di aggiornamento, per far fronte a eventuali cambiamenti dell'amministrazione e per dipanare il problema della complessità del contesto normativo, che non fa altro che alimentare la paura negli operatori ad assumersi la responsabilità delle decisioni.

3. L'importanza della formazione

Nell'ottica di quanto finora riportato, la formazione gioca dunque un ruolo fondamentale.

L'esigenza di implementare i corsi di formazione e aggiornamento è emersa più volte dalla indagine conoscitiva effettuata da Conferenza dei presidenti delle regioni, Confindustria, Ance e il Centro Vittorio Bachelet della Luiss. Infatti, tra i 4670 RUP a cui è stato somministrato il questionario, all'opzione "*formazione continua ed aggiornamento costante dei dipendenti impiegati nel settore dei contratti pubblici*" come azione che contribuirebbe maggiormente a migliorare l'operato delle stazioni appaltanti, su una scala da 1 a 5¹⁶, in cui 5 indica completamente, il 93% ha risposto indicando i valori da 3 a 5, mentre solo il 2% ha indicato i valori 1 e 2¹⁷. Tuttavia, è da evidenziare che tra coloro che reputano fondamentale la formazione e l'aggiornamento, l'83% è *over 45* anni, mentre solo il restante 17% è *under 45*. Da questo squilibrio sembrerebbe emergere da un lato, che il ruolo del RUP sia ricoperto principalmente dai più maturi, sia per ragioni legate all'esperienza e alla competenza richiesta per esercitare tale funzione, sia perché in generale scarseggiano le figure più giovani nella pubblica amministrazione¹⁸; dall'altro, invece, che apparentemente l'esperienza sul campo non basta in un contesto in cui la normativa è in continua evoluzione¹⁹.

Anche da tale quadro generazionale e culturale, dunque, si evince l'importanza di una continua formazione, che deve essere certamente considerata una dimensione costante e fondamentale del

¹⁶ Secondo la scala di valori da 1 a 5: 1 indica l'indice di gradimento "per niente", 2 "poco", 3 "abbastanza", 4 "molto" e 5 "completamente".

¹⁷ Il restante 5% non ha risposto alla domanda.

¹⁸ L'età media del personale pubblico è di 50,7 anni, il 16,9% di dipendenti è over 60 e solo il 2,9% è under 30. Si veda L. CARBONE, *Recovery Plan e PA, tre linee d'azione per un salto di qualità*, ilsole24ore, 26 febbraio 2021.

¹⁹ I fattori che costantemente spingono a richiedere corsi di formazione sono esterni all'amministrazione, come la crescita della domanda sociale di istruzione e competenza professionale, i cambiamenti nelle dinamiche offerta/domanda di lavoro, nuove applicazioni scientifiche e tecnologiche ai processi di produzione, di servizio e amministrativi. Ma possono essere interni, come mutamenti strutturali, razionalizzazione di settori dell'organizzazione e di procedure di lavoro, settorializzazione, introduzione di sistemi digitali e modifiche dei sistemi di gestione delle risorse umane.

lavoro e uno strumento essenziale nella gestione delle risorse umane, che però vada di pari passo con l'adozione di uno stabile sistema di reclutamento²⁰. Le organizzazioni, inoltre, dovrebbero dare maggiore importanza anche alle *soft skills* dei dipendenti, al fine di pianificare e programmare le attività formative tenendo conto delle esigenze e delle inclinazioni degli individui: in tal modo si potrebbe stimolare negli individui un comportamento tale da produrre risultati più agevolmente. Per tale ragione è necessario istituire strutture particolarmente qualificate ed efficaci dedicate alla formazione e alla valorizzazione del personale.

Il tema delle misure da adottare al fine di promuovere la specializzazione, l'aggregazione e la condivisione delle competenze è stato già affrontato più volte nel nostro ordinamento. I corsi di aggiornamento e la preparazione del personale sono stati infatti spesso al centro di diversi piani volti ad assicurare il miglioramento del settore pubblico²¹. A livello nazionale, la principale istituzione che si occupa di attività formative e di reclutamento dei funzionari e dei dirigenti dello Stato è la Scuola Nazionale dell'Amministrazione (SNA)²². La SNA, infatti, ad oggi è considerata il punto centrale del sistema unico della formazione pubblica, istituita per migliorare l'efficienza e la qualità della Pubblica Amministrazione italiana²³ e per porre un freno ai problemi storici della formazione in Italia, come ad esempio, l'incapacità di comprendere a priori i reali fabbisogni formativi delle pubbliche amministrazioni e l'assenza di sincronia tra la formazione e la riforma organizzativo-funzionale della PA²⁴.

²⁰ Direttiva su formazione e valorizzazione del personale delle Pubbliche amministrazioni 2001/2002.

²¹ Ad esempio, la Direttiva del 13 dicembre 2001 del Ministro per la Funzione pubblica sulla "Formazione e valorizzazione del personale delle Pubbliche Amministrazioni", ha rappresentato un momento significativo per lo sviluppo delle attività di formazione nelle organizzazioni pubbliche. P. CARDUCCI, *L'investimento in formazione nella Pubblica Amministrazione. La Direttiva Frattini*, in *Rassegna di cultura professionale*, 2002, Anno VI, n. 16.

²² La SNA è una istituzione di alta cultura e formazione, sottoposta alla vigilanza della Presidenza del Consiglio, i cui compiti si sono ampliati con il d.l. n. 90 del 2014. La Scuola, infatti, ha come obiettivo principale quello di formare un personale esperto, qualificato e motivato, di garantire una crescita professionale continua e necessaria, nonché di supportare le amministrazioni nello sviluppo di una struttura di carriera volta a stimolare i funzionari pubblici a svolgere in maniera efficiente le proprie attività, motivandoli pertanto a conseguire dei risultati strategici.

²³ La formazione costituisce il *core business* della Scuola, rispetto ad altre, pur importanti funzioni, come quelle di ricerca (qui praticata) e di consulenza per le amministrazioni pubbliche. Cfr. B.G. MATTARELLA, *Introduzione*, in B.G. MATTARELLA (a cura di), *La dirigenza dello Stato e il ruolo della Scuola superiore di pubblica amministrazione*, 2009, p. 4. S. CASSESE, *ult. cit.*, p. 432. S. CASSESE, *A che cosa serve la formazione dei dipendenti pubblici?*, in *Pol. del dir.*, 1989, pp. 431 e ss.

²⁴ Numerosi sono stati gli interventi di riordino e di riforma a cui la Scuola è andata incontro nei suoi più di cinquanta anni di attività. L'art. 21 del d.l. n. 90/2014 dispone la soppressione di cinque scuole di formazione delle pubbliche amministrazioni (la Scuola Superiore dell'Economia e delle Finanze del Ministero dell'Economia e delle Finanze, la Scuola Superiore dell'Amministrazione dell'Interno del Ministero dell'Interno, il Centro di formazione della Difesa del Ministero della Difesa, l'Istituto Diplomatico Mario Toscano del Ministero degli Affari Esteri e della Cooperazione Internazionale e la Scuola superiore di statistica e di analisi sociali ed economiche dell'ISTAT) e la contestuale assegnazione delle funzioni degli organismi soppressi alla Scuola nazionale dell'amministrazione (SNA). Per un approfondimento sul tema, cfr. M. MACCHIA, L. SALTARI, *La Scuola nazionale dell'amministrazione tra modello francese e prospettive di riforma*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 3/2015, p. 313. V. LOSTORTO, *La formazione per le amministrazioni delle scuole confluite nella SNA*, in *Formare la PA. Rapporto SNA 2017-2020*, pp. 155 e ss. Inoltre, come evidenziato nel Rapporto Giannini, a causa delle numerose norme e prescrizione la Scuola superiore della pubblica

Anche nel settore dei contratti pubblici, la Scuola, operando come un “agente interno”²⁵ dedicato alla formazione e all’aggiornamento professionale dei dipendenti pubblici, rappresenta un riferimento fondamentale per i dirigenti e funzionari che operano (o sono destinati a operare) nell’ambito delle commesse pubbliche e contribuisce in maniera efficace al miglioramento delle attività delle stazioni appaltanti, non solo e non tanto perché ha incrementato notevolmente il numero dei corsi di formazione, sia iniziale che continua²⁶, ma soprattutto perché ha disegnato le attività di formazione sulla base delle esigenze specifiche delle amministrazioni²⁷. In questo modo, le attività di formazione hanno concorso a risolvere molte difficoltà che le amministrazioni aggiudicatrici si trovano ad affrontare in materia di appalti.

Nell’ambito dell’offerta formativa, la SNA non solo offre corsi singoli dedicati a tutti gli aspetti dell’attività dei RUP per soddisfare fabbisogni specifici delle amministrazioni²⁸, ma ha iniziato a confezionare dei “percorsi formativi” specialistici, composti da una pluralità di insegnamenti, pensati per fornire l’insieme delle competenze necessarie al RUP di una stazione appaltante²⁹. La partecipazione ai corsi, inoltre, è a titolo gratuito solo per i dipendenti delle Amministrazioni centrali, degli organi costituzionali, delle Autorità indipendenti e dell’Istituto nazionale di statistica³⁰, mentre

amministrazione e le altre scuole di singole amministrazioni avevano scarsa possibilità di azione. M.S. GIANNINI, *Rapporto sui principali problemi della amministrazione dello Stato*, 16 novembre 1979, p. 21.

²⁵ L. SALTARI, *Introduzione*, in *Formare la PA. Rapporto SNA 2017-2020*, pp. 11 e ss.

²⁶ Dal 2017 al 2021 la quantità dei corsi è pressoché quadruplicata. Il numero di edizioni organizzate è passato da 146 edizioni del 2017 alle 393 del 2020. Inoltre, le previsioni per il 2021 migliorano ulteriormente il dato, portando il numero delle edizioni previste a 400, un volume triplo rispetto al 2017. Nell’ultimo quadriennio, sono stati effettivamente erogati 658 corsi; 1.299 edizioni; 27.924 ore di didattica; 63.838 partecipanti ai diversi percorsi formativi. Per un approfondimento sul tema della formazione continua della SNA, si veda E. ESPA, *Caratteristiche e obiettivi della formazione continua*, in *Formare la PA. Rapporto SNA 2017-2020*, pp. 23 e ss.

²⁷ La progettazione dell’offerta formativa a catalogo è stata costituita, in particolare, dalla consapevolezza che il fabbisogno maggiore di crescita e di sviluppo per i funzionari e i dirigenti dello Stato è, ad oggi, non tanto nell’accumulo di conoscenze specialistiche ma nella maturazione e nello sviluppo di capacità di comportamento. Per un approfondimento, si veda G. MANGIA, *Formare manager pubblici e usare la formazione come strumento di management: l’innovazione possibile*, in *Formare la PA. Rapporto SNA 2017-2020*, pp. 45 e ss.

²⁸ I Corsi SNA in materia di contratti pubblici sono: Diploma di esperto in appalti pubblici; Il codice dei contratti pubblici (corso base, avanzato e seminario di aggiornamento); Analisi economica dei contratti pubblici; Il portale Acquisti in Rete – in collaborazione con Consip; Il Portale Acquisti in Rete: dalla ricerca all’acquisto. Strumenti gestionali e di negoziazione attraverso il portale MEF-Consip (corso dedicato al Ministero Economia e Finanza); Il nuovo Codice dei contratti pubblici: gli aspetti più rilevanti per l’esercizio della funzione di controllo; La gestione operativa dei contratti pubblici di servizi e forniture in ambito sociale: dalla *law in book* alla *law in action* (corso dedicato a Roma Capitale); Le sponsorizzazioni; Contratti pubblici – Seminario integrativo “il RUP: ruolo, funzioni e responsabilità”; Contratti pubblici – Seminario integrativo “la gestione del contratto di appalto di lavoro: strumenti e metodi per la risoluzione delle criticità”; Contratti pubblici – Seminario integrativo “Procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici e soccorso istruttorio: strumenti di risoluzione delle criticità”.

²⁹ Un esempio di percorso formativo è il “percorso RUP”, che prevede un pacchetto di lezioni al fine di affrontare gli aspetti giuridici, tecnici e manageriali.

³⁰ L’elenco delle Amministrazioni per i cui dipendenti la partecipazione è a titolo gratuito è rinvenibile sul sito www.sna.gov.it, ove vi è indicato il Comparto delle Funzioni Centrali ex art. 3 del CCNQ per la definizione dei comparti e delle aree di contrattazione collettiva nazionale (2016-2018).

è soggetta al pagamento di una quota individuale di iscrizione per i dipendenti di tutte le altre amministrazioni pubbliche e per i dipendenti di soggetti privati³¹.

Tuttavia, nonostante la Scuola appaia ben programmata e ben strutturata e abbia saputo rispondere alle differenti esigenze delle amministrazioni, dalle risposte dei RUP nel questionario pare che si senta ancora l'esigenza di ripensare il sistema della formazione pubblica³²: probabilmente ciò è dovuto al fatto che risulta ancora ampio il divario tra la domanda e l'offerta formativa³³. Infatti, l'aumento del numero di corsi non ha consentito comunque di soddisfare per intero la domanda di formazione dei RUP, sicché la selezione dei partecipanti avviene sulla base del loro *curriculum*, delle loro motivazioni e del fabbisogno delle amministrazioni.

L'esigenza di stabilire una partecipazione limitata però non nasce per mancanza di spazi fisici, questione in parte anche risolta grazie all'uso della modalità *e-learning*³⁴, ma principalmente per esigenze didattiche: ad esempio, i corsi volti ad approfondire le tematiche necessarie per il responsabile unico del procedimento richiedono un approccio non solo teorico, volto ad inquadrare in modo più ampio le problematiche affrontate, ma anche pratico, enfatizzando così la discussione di casi concreti. Per tale motivo, aumentare il numero dei partecipanti non permetterebbe un confronto diretto con il docente e non faciliterebbe i dibattiti durante le lezioni³⁵.

Inoltre, con l'entrata in vigore del d.lgs. 75/2017, il numero dei funzionari da formare dipende dalle indicazioni espresse nel piano triennale dei fabbisogni di ogni amministrazione, nel quale vengono individuate le professionalità necessarie al raggiungimento dei fini istituzionali, tenuto conto del rispetto dei vincoli di spesa e di finanza pubblica.

Questo profilo si somma a un'altra fondamentale questione: le attività della Scuola sono rivolte principalmente alle amministrazioni centrali dello Stato. Di conseguenza viene data la precedenza alle domande di partecipazione provenienti da queste ultime rispetto a quelle provenienti dalle amministrazioni locali. Tale aspetto mette in luce il divario che sussiste tra il sistema di formazione

³¹ La quota di iscrizione è a carico del datore di lavoro, amministrazione o soggetto privato, secondo le modalità descritte sulla pagina ufficiale della Scuola Nazionale della Amministrazione, in www.sna.gov.it.

³² Puntando a competenze non prevalentemente giuridico-amministrative, ma più tecniche o più strategiche (*project management*, negoziazione, consultazione, *policy making*).

³³ Tra gli elementi che contribuiscono a definire le condizioni della domanda, bisogna far riferimento alla possibilità di esternalizzare certi servizi e quella di conferire incarichi di collaborazione nei settori ad alta competenza e al fattore economico.

³⁴ Sembrerebbe, infatti, che il trasferimento delle attività didattiche alle modalità in *e-learning*, in risposta all'emergenza legata alla pandemia del Covid-19, grazie alla fruizione più ampia che tale modalità comporta, ha favorito notevolmente la maggiore partecipazione dei dipendenti pubblici (passando da un numero complessivo di 18.705 dipendenti nel 2019, alla cifra di 31.335 nel 2020). Questo aumento però non si è potuto raggiungere nei corsi volti alla formazione del RUP proprio per il metodo didattico richiesto per tali corsi. Per un approfondimento sull'introduzione delle metodologie *eLearning* nell'offerta formativa della SNA, si veda M. PIREDDU, G. RONCAGLIA, *La formazione online del personale pubblico e il percorso della SNA*, in *Formazione PA. Rapporto SNA 2017/2020*, p. 31.

³⁵ I corsi inoltre assicurano l'apprendimento di competenze multidisciplinari, non solo giuridiche ma anche di carattere comparatistico e socioeconomico.

a livello nazionale e quello a livello locale. Gli enti locali, infatti, non sono dotati di una struttura centralizzata, ma organizzano le proprie attività di formazione autonomamente, sulla base delle proprie caratteristiche demografiche, delle disposizioni normative ed economico-finanziarie e del piano di formazione dei dipendenti³⁶.

Le amministrazioni locali, pertanto, si rivolgono, in base alle proprie esigenze e alle proprie disponibilità economiche – essendo le attività di formazione per loro subordinate ad un costo³⁷ - a enti appositi come la SNA, la scuola dell'Associazione Nazionale Comuni Italiani o l'Istituto per la Finanza e l'Economia Locale oppure anche ad Università o enti privati.

Gli enti locali, inoltre, hanno sentito in particolar modo del taglio di spesa previsto dal d.l. 78/2010, che ha portato a una drastica diminuzione della capacità di spesa delle amministrazioni, riducendo considerevolmente diverse attività, tra cui anche quelle riguardanti la formazione³⁸. Le possibilità economiche concesse per il finanziamento di Piani di formazione, dunque, sono diminuite a tal punto da avere avuto un impatto rilevante sull'intera organizzazione dedicata alla formazione³⁹ che, purtroppo, sembrerebbe perdurare tutt'ora⁴⁰. Tale situazione è stata confermata anche da un'indagine condotta da *ForumPA* nel 2018, secondo la quale di fronte ai rigidi vincoli posti dallo Stato alle attività di formazione e aggiornamento, la presa di posizione più diffusa da parte dei dipendenti sembra essere stata quella dell'autoformazione⁴¹.

³⁶ L'art. 49-ter del nuovo CCNL del 2018 disciplina le modalità di redazione del Piano di formazione dei dipendenti: «I piani di formazione possono definire anche metodologie innovative quali formazione a distanza, formazione sul posto di lavoro, formazione mista (sia in aula che sul posto di lavoro), comunità di apprendimento, comunità di pratica.

³⁷ Il CCNL, all'art. 49-ter, prevede che gli enti locali devono stanziare una quota minima di risorse da destinare alla formazione del personale: in particolare, «una quota annua non inferiore all'1% del monte salari relativo al personale (...) Ulteriori risorse possono essere individuate considerando i risparmi derivanti dai piani di razionalizzazione e i canali di finanziamento esterni, comunitari, nazionali o regionali». Inoltre, Gli enti possono assumere iniziative di collaborazione con altri enti o amministrazioni finalizzate a realizzare percorsi di formazione comuni ed integrati.

³⁸ Dopo l'entrata in vigore del d.l. 78/2010, numerose sezioni regionali della Corte dei Conti sono intervenute per escludere varie voci di spesa dai limiti imposti dall'art. 6 del decreto stesso. In particolare, i magistrati contabili hanno escluso dai limiti di spesa la formazione obbligatoria in materia di anticorruzione sulla base degli indirizzi forniti dai PNA, in materia di sicurezza sul lavoro, la formazione interamente finanziata nel 2009 attraverso contributi esterni¹⁵ e numerose altre casistiche. Da tali pronunciamenti è emerso che le spese per la formazione obbligatoria, sia essa generale o settoriale, non sono sottoposte ai vincoli imposti dall'art. 6 del decreto. Oltre ai numerosi interventi della Corte dei conti, sin dai primi anni di entrata in vigore del d.l. 78/2010 è stata chiamata in causa la Corte costituzionale in merito alla possibile presenza di elementi di incostituzionalità della norma, viste le enormi restrizioni che il presente decreto imponeva all'autonomia finanziaria di Regioni ed Enti locali. In due sentenze la Corte si è espressa circoscrivendo l'applicazione dell'art. 6 a tutela dell'autonomia finanziaria di Regioni ed Enti locali.

³⁹ Infatti, come mostra il 15° Rapporto nazionale sulla formazione nella PA, rispetto alla cifra media di 131€ che i Comuni investivano in formazione pro capite nel 2007 si registra nel 2011 un investimento che ammonta in media a circa 52€ (relazione *FormezPA*, 2013, p. 20). Con un altro indicatore, il 16° Rapporto nazionale sulla formazione nella PA rileva che, nel triennio successivo al 2010, le spese di formazione (comprensive di quelle obbligatorie e non soggette a vincoli di spesa) ammontano in media allo 0,2% del totale delle retribuzioni lorde del personale, rimanendo invariate nel 2012 e 2013. Relazione *FormezPA*, 2015, p. 37.

⁴⁰ A. LA MONICA, *La produzione della domanda di formazione negli Enti locali. Mutamenti normativi, vincoli di spesa, sistemi di disposizioni*, in Riv. Trim. di scienza dell'amministrazione, n.1/2019, p. 8

⁴¹ All'indagine di *ForumPA*, nel 2018 hanno preso parte 1100 dipendenti pubblici, i quali hanno dichiarato che in mancanza di un sistema di formazione, le proprie competenze sono cresciute grazie all'autoformazione (48,5%) e all'esercizio del proprio ruolo (31,2%). Decisamente inferiore il numero di chi pensa che sia stata la formazione ricevuta

Ciò dunque porta a riflettere sul fatto che, nonostante i notevoli passi in avanti della Scuola nazionale, appare ancora scarso l'investimento in formazione, soprattutto se si considera la condizione degli enti locali: sarebbe dunque importante che i repentini mutamenti organizzativi e normativi vengano accompagnati dalla creazione di adeguate strutture organizzative che si dedichino in particolare alla formazione per gli enti locali, al fine di garantire un modello che favorisca, incoraggi e premi la crescita professionale, promuova lo sviluppo delle competenze e la condivisione delle conoscenze, fondamentale volano di sviluppo dell'intero Paese. Sul punto, di fondamentale rilievo è anche il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR), il quale dedica molta attenzione al tema delle competenze. Secondo il PNRR, infatti, “*sulle persone si gioca il successo non solo del Piano Nazionale, ma di qualsiasi politica pubblica indirizzata a cittadini e imprese*”, divenendo determinante il miglioramento del sistema di reclutamento, di formazione e di valorizzazione del capitale umano. Parte degli obiettivi, nonché dei fondi del Piano, dunque, saranno dedicati alla definizione dei profili professionali e alla coerenza tra competenze e percorsi di carriera, attraverso una revisione dei percorsi di carriera della PA e una specifica azione a supporto delle medie amministrazioni locali (Province e Comuni da 25.000 a 250.000 abitanti)⁴².

Ci si auspica che, anche in ragione del peculiare ruolo rivestito dal responsabile unico del procedimento in un settore strategico come quello dei contratti pubblici, le cui funzioni – tra l'altro – richiedono sempre di più una preparazione manageriale, tali riforme e investimenti sulla formazione vengano rivolti anche a tale figura, ripensando a un sistema che garantisca, indistintamente dalla

a far aumentare le proprie competenze professionali (9,5%). Nel dettaglio, il 91,5% dei dipendenti intervistati aggiunge alla formazione offerta dalla propria organizzazione percorsi di autoformazione, quali la lettura di articoli e riviste specializzate (29,1%) la partecipazione a workshop, seminari o convegni (24,2%) e il 22,9% si occupa del proprio aggiornamento attraverso *webinar* o corsi *on line*. Relazione *ForumPA*, 2018, p. 30 e 31.

⁴² PIANO NAZIONALE DI RIPRESA E RESILIENZA, p. 49. Secondo il Piano, “per raggiungere tali obiettivi si intende investire su due direttrici di intervento. Da un lato, una revisione dei percorsi di carriera della PA, che introduca maggiori elementi di mobilità sia orizzontale tra Amministrazioni, che verticale, per favorire gli avanzamenti di carriere dei più meritevoli e capaci e differenziare maggiormente i percorsi manageriali. Dall'altro, è prevista una specifica azione a supporto delle medie amministrazioni locali (Province e Comuni da 25.000 a 250.000 abitanti), sulla base del modello sul futuro dell'ambiente di lavoro già definito dalla Commissione Europea (*behaviours, bricks and bytes*, COM(2019) 7450), con il finanziamento di specifici programmi volti a una revisione dei processi decisionali e organizzativi (*behaviours*), a una riorganizzazione degli spazi di lavoro (*bricks*), e a una crescente digitalizzazione delle procedure (*bytes*), con acquisizione delle competenze specifiche, tramite formazione o attraverso l'immissione in ruolo di nuovo personale. Importante sarà inoltre favorire, anche attraverso modelli di mobilità innovativi, l'accesso da parte di persone che lavorano nel privato più qualificato, in organizzazioni internazionali, in università straniere o presso soggetti pubblici e privati all'estero. Tema centrale di questa linea di azione è il miglioramento della capacità formativa della PA. A questo scopo l'intervento si articola su quattro assi: 1) Potenziamento della Scuola Nazionale dell'Amministrazione (SNA), anche attraverso la creazione di *partnership* strategiche con altre Università ed enti di ricerca nazionali; 2) Riorganizzazione e razionalizzazione dell'offerta formativa, a partire dalla predisposizione di specifici corsi *on-line* (MOOC) aperti al personale della PA sulle nuove competenze oggetto di intervento nel PNRR, con standard qualitativo certificato. Questi vanno integrati da una rigorosa misura dell'impatto formativo a breve e medio termine; 3) Creazione, per le figure dirigenziali, di specifiche *Learning Communities* tematiche, per la condivisione di *best practices* e la risoluzione di concreti casi di amministrazione; 4) Sviluppo di metodi e metriche di rigorosa misura dell'impatto formativo a breve medio termine”.

posizione ricoperta all'interno della PA, o dal livello di governo, un costante aggiornamento professionale.

4. Il regime di responsabilità

Alla luce delle numerose competenze di cui è titolare, il Responsabile unico è chiamato a rispondere secondo le leggi penali, civili e amministrative di omissioni, ritardi e violazioni commessi nelle fasi di progettazione, affidamento ed esecuzione.

Il quadro normativo, spesso incompleto e contraddittorio, ha reso l'attività dei RUP molto delicata: i rischi di commettere errori infatti sono molto elevati. Invero, l'ampio clima di incertezza della normativa ha creato un forte disorientamento nei funzionari pubblici, tale da comprometterne la capacità decisionale, intimoriti di incorrere in responsabilità che inevitabilmente colpiscono chi "decide male" piuttosto che chi si astiene. Anche tali soggetti, quindi, sono stati vittime della c.d. paura della firma, cioè quel fenomeno per il quale i funzionari pubblici preferiscono non prendere le decisioni che competono loro per evitare di incorrere in responsabilità.

Per tale ragione, il questionario ha dedicato ampio spazio al tema della responsabilità e interessanti sono state le risposte dei funzionari delle stazioni appaltanti⁴³. In particolare, alla domanda "*quali responsabilità intimoriscono e condizionano l'operato del RUP?*" su 4670 RUP, il 43% ha indicato la responsabilità erariale e quasi la stessa percentuale (45%) ha indicato invece la responsabilità penale, mentre poche reazioni si sono avute rispetto a quella amministrativa (8%) e civile (2%). Se si analizzano le risposte su base territoriale, invece, si nota che i RUP provenienti dalle regioni del nord e del sud⁴⁴ sono intimoriti principalmente dalla responsabilità penale, a differenza di quelli del centro preoccupati di più da quella erariale. Un dato interessante, inoltre, emerge in merito alle principali cause che conducono alla paura della firma: le stazioni appaltanti hanno fatto riferimento soprattutto alla complessità delle procedure e alla poca chiarezza delle norme, mentre le imprese hanno messo sotto accusa soprattutto la mancanza di preparazione dei dipendenti pubblici preposti alla gestione delle procedure contrattuali.

Secondo le risposte fornite dai RUP, non sembra che il legislatore sia ancora riuscito a trovare un punto di equilibrio tra efficacia dell'azione amministrativa e assetto normativo chiaro in cui il timore delle responsabilità non esponga a rallentamenti ed inerzie da parte dei funzionari. Va precisato, però, che i risultati dell'analisi risalgono a prima del decreto semplificazioni, n. 76/2020,

⁴³ Si veda Grafico in fondo al testo: domanda n. 13. Inoltre, per un approfondimento sul tema, si rinvia a M. DELL'ATTI, *La burocrazia difensiva fenomeno astratto o minaccia concreta? Cosa ne pensano gli operatori economici e le stazioni appaltanti*, in questo Volume.

⁴⁴ Nell'indagine sono state coinvolte tutte le regioni d'Italia. Il Nord ricomprende: Friuli-Venezia Giulia, Veneto, Provincia autonoma di Trento, Emilia-Romagna, Valle d'Aosta, Piemonte, Liguria e Lombardia. Il Sud: Campania, Basilicata, Puglia, Calabria, Sicilia e Sardegna. Invece il Centro: Umbria, Toscana, Marche, Lazio, Molise e Abruzzo.

convertito in legge n. 120/2020, che ha introdotto due novità di assoluto rilievo volte alla semplificazione nel campo dei contratti pubblici e dell'edilizia.

Tale provvedimento ha introdotto, da un lato, sanzioni in caso di ritardo del responsabile unico del procedimento nella conclusione delle procedure di gara, al fine di accelerare i tempi troppo spesso dilatati; dall'altro lato, ha previsto sia una disciplina temporanea nella quale, sino al 31 dicembre 2021, la responsabilità erariale è limitata solo ai fatti commessi con dolo⁴⁵, sia una regola generale in base alla quale la prova del dolo richiede la dimostrazione della volontà dell'evento dannoso⁴⁶.

La limitazione temporanea di responsabilità solo per dolo nelle ipotesi di condotte commissive, e non nei casi di quelle omissive o inerzia per le quali si continua ad applicare la disciplina generale secondo cui al soggetto agente viene addebitata la responsabilità amministrativa non solo in caso di dolo, ma anche in caso di colpa grave⁴⁷, infatti, è un importante passo in avanti del legislatore per contrastare l'immobilismo della pubblica amministrazione.

Per fronteggiare il fenomeno noto anche come "burocrazia difensiva"⁴⁸ e al contempo agevolare in ogni modo la ripresa economica dopo il blocco delle attività produttive imposto dalle misure di contenimento della pandemia da Covid-19, il d.l. Semplificazioni, oltre ad aver delimitato la responsabilità amministrativo-contabile, si è mosso anche sul versante penale ridimensionando la portata della fattispecie incriminatrice dell'abuso d'ufficio ex art. 323 c.p. In particolare, l'area penalmente rilevante viene circoscritta all'inosservanza di specifiche regole di condotta

⁴⁵ Art. 21, d.l. 76/2020, chiarisce che limitatamente ai fatti commessi dalla data di entrata in vigore del presente decreto e fino al 31 dicembre 2021, la responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica per l'azione di responsabilità di cui all'articolo 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20, è limitata ai casi in cui la produzione del danno conseguente alla condotta del soggetto agente è da lui dolosamente voluta. La limitazione di responsabilità non si applica per i danni cagionati da omissione o inerzia del soggetto agente. Per una ricognizione sulle forme di responsabilità dei funzionari, si veda G. MANNUCCI, *Le responsabilità proprie dei funzionari*, in Rivista Trimestrale di diritto pubblico, 1, 2021, pp. 361 e ss.

⁴⁶ Il decreto Semplificazioni ha introdotto una modifica all'articolo 1, comma 1, della legge 14 gennaio 1994, n. 20 prevedendo che "*la prova del dolo richiede la dimostrazione della volontà dell'evento dannoso*". La norma chiarisce, infatti, che il dolo va riferito all'evento dannoso in chiave penalistica e non in chiave civilistica, come invece risulta da alcuni orientamenti della giurisprudenza contabile che hanno ritenuto raggiunta la prova del dolo inteso come dolo del singolo atto compiuto. A questo proposito, si deve evidenziare come fosse sin qui controverso il criterio di individuazione dell'elemento soggettivo del dolo nelle fattispecie di danno erariale.

⁴⁷ Gli eventi che possono determinare la condizione di responsabilità per colpa grave del RUP sono: l'evidente e marcata trasgressione degli obblighi di servizio; l'adozione di regole di condotta contrarie al criterio di diligenza normalmente richiesto; per le attività che devono essere svolte e pienamente prevedibili in relazione ai compiti assegnati; palese imperizia o imprudenza non motivata da alcun fattore esterno; valutazione gravemente carente delle conseguenze di atti o disposizioni in termini di alterazione o ritardo delle procedure da eseguire. Per un approfondimento sull'istituto della responsabilità amministrativa, si veda L. MASTROIANNI, *Le nuove frontiere della responsabilità amministrativa: operatori pubblici e danno erariale*, in dirittoegustizaonline.it.

⁴⁸ Per burocrazia difensiva si intende il rischio che il funzionario amministrativo non assuma decisioni o condotte utili alla realizzazione dell'interesse pubblico, e ne assuma invece altre, o resti inerte, per timore che da quelle scelte possa subire conseguenze negative a proprio carico. Cfr. S. BATTINI, F. DECAROLIS, *L'amministrazione si difende*, in Riv. Trim. di dir. Pub., n. 1/2019, pp. 293 e ss.

espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità⁴⁹.

Il legislatore, dunque, operando un'*abolitio criminis parziale*, è intervenuto su tre fronti: sull'oggetto, in quanto la violazione commessa deve riguardare una regola di condotta; sulla fonte, dovendo la regola violata essere specifica ed espressamente prevista da una legge o da un atto avente forza di legge; sul contenuto, in quanto la regola non deve lasciare spazi di discrezionalità. Con tale modifica, appare chiaro che l'intento principale è stato quello di circoscrivere la cornice applicativa dell'abuso d'ufficio alle sole violazioni che non comportino un previo esercizio della discrezionalità amministrativa, affinché i funzionari pubblici abbiano certezza su quali siano gli specifici comportamenti puniti dalla legge⁵⁰.

Inoltre, alla luce della posizione di garanzia che i RUP ricoprono, è configurabile anche una co-responsabilità – nel caso in cui il RUP debba svolgere un'attività di sorveglianza - insieme al responsabile dei lavori, al coordinatore per la sicurezza durante la progettazione dei lavori e al coordinatore per la sicurezza durante l'esecuzione dei lavori, sia nella fase genetica dei lavori in cui sono redatti i piani di sicurezza, che nella fase della loro attuazione.

Questo, dunque, conferma la delicatezza del ruolo del responsabile unico. Inoltre, secondo recente giurisprudenza, la responsabilità del RUP “non potrà considerarsi esclusa o attenuata in caso di propria condotta omissiva, (...) neppure in presenza di un comportamento negligente di un altro titolare di posizione di garanzia”⁵¹. In sintesi, con l'intervento del decreto Semplificazione si sta cercando di raggiungere una situazione in cui, garantendo maggiore discrezionalità al dipendente pubblico e riducendo il rischio di azioni giudiziarie in caso di decisioni prese in condizioni di incertezza, possa essere ridotta notevolmente la c.d. paura della firma. Dunque, non ci resta che attendere che trascorra un lasso di tempo necessario al fine di verificare in che modo tali modifiche abbiano impattato sull'attività dei dipendenti pubblici e sul settore degli appalti⁵², augurandoci che

⁴⁹ La disciplina contenuta nell'art. 323 c.p. è stata oggetto di una pluralità di riforme da parte del legislatore, intervenuto prima nel 1990 con la legge n. 86/1990, poi nel 1997 con la legge n. 234/2017 e, infine, con la legge n. 120/2020, di conversione del d.l. 76/2020. F. ROTONDO, *Linee guida ANAC ed abuso d'ufficio: principio di legalità e modifiche mediate della fattispecie incriminatrice*, in *Penale Diritto e Procedura*, 13 maggio 2020.

⁵⁰ Governo, comunicato stampa del 7 luglio 2020, su www.governo.it.

⁵¹ Corte di Cassazione, sez. IV pen., 29 gennaio 2020, n. 3742. La Suprema Corte ha confermato gli obblighi prevenzionistici e la co-responsabilità del RUP, sostenendo che sul responsabile “*grava una posizione di garanzia connessa ai compiti di sicurezza non solo nella fase genetica dei lavori, laddove vengono redatti i piani di sicurezza, ma anche durante il loro svolgimento, ove è previsto che debba svolgere un'attività di sorveglianza del loro rispetto*”.

⁵² In generale, il decreto semplificazione rappresenta sicuramente una riforma ambiziosa e coraggiosa, che ha il merito di intervenire concretamente sulle principali cause che impediscono o comunque rallentano la realizzazione delle infrastrutture nel nostro Paese. Il decreto interviene sulle procedure di affidamento dei contratti pubblici, sulla inerzia dei funzionari pubblici e sul rito appalti al fine di accelerare la definizione del contenzioso. Tuttavia, non mancano già alcune riflessioni critiche: S. TORDINI CAGLI, *Il reato di abuso d'ufficio tra formalizzazione del tipo e diritto giurisprudenziale: una questione ancora aperta*, in *Penale diritto e procedura*, 25 febbraio 2021. A. MANNA, G. SALCUNI, *Dalla burocrazia difensiva alla difesa della burocrazia? Gli itinerari incontrollati della riforma dell'abuso d'ufficio*, in *Legislazione penale*, 17 dicembre 2020;

questa volta, in considerazione della peculiarità del ruolo assunto dal responsabile unico all'interno delle procedure ad evidenza pubblica, le diverse forme di responsabilità - così come previste - siano di stimolo e non di disincentivo⁵³.

5. Tra criticità e prospettive

Nonostante un quadro così fosco si intravedono però delle opportunità di miglioramento: dall'indagine sono emerse delle proposte su come motivare i funzionari pubblici ad assumere il ruolo di RUP: il 44% degli operatori delle stazioni appaltanti ha indicato come possibile rimedio, ad esempio, la professionalizzazione del ruolo di RUP, attraverso una carriera distinta e autonoma rispetto agli altri funzionari; il 27% ha segnalato l'attuazione di un sistema di premi economici, di riconoscimenti in termini di visibilità e di promozioni di carriera per stimolare gli stessi ad essere più efficienti nell'esercizio delle proprie funzioni; il 24% ha suggerito, invece, la nomina di consulenti esterni o la creazione di una struttura interna dedicata all'assistenza al RUP.

Inoltre, in considerazione dei molteplici profili critici affrontanti nel presente lavoro, parte del questionario è stata dedicata anche alle possibili soluzioni che, secondo i dipendenti pubblici e le imprese, possono essere in grado di migliorare l'operato delle stazioni appaltanti e quello del responsabile unico del procedimento.

Dai dati emersi si evince che, per entrambi gli attori, le principali azioni che dovrebbero essere implementate e perfezionate per rendere l'attività delle amministrazioni aggiudicatrici più efficiente sono: un sistema di formazione continua e un aggiornamento costante dei dipendenti impiegati nel settore dei contratti pubblici (93% RUP e 82% imprese), lo sviluppo dei processi di digitalizzazione e semplificazione nella gestione degli affidamenti pubblici (82% RUP e 84% imprese) e nuove assunzioni di personale dotato di specifica competenza ed esperienza (81% RUP e 70% imprese). I RUP, inoltre, si sono espressi molto a favore anche dei meccanismi di premialità (79%) e di miglioramento delle carriere e degli stipendi dei dipendenti (81%)⁵⁴.

⁵³ Corte costituzionale, 20 novembre 1998, n. 371.

⁵⁴ L'istituto degli incentivi per la programmazione e per la progettazione, con lo scopo di incoraggiare l'attività del Responsabile unico del procedimento e degli incaricati della redazione del progetto, del piano della sicurezza, della direzione dei lavori, del collaudo, nonché dei collaboratori del RUP, è stato modificato più volte dagli interventi legislativi che hanno interessato il codice dei contratti pubblici. Ad oggi, l'articolo 113 del d.lgs. n. 50/2016, rubricato "Incentivi per funzioni tecniche", prevede che le amministrazioni aggiudicatrici destinano ad un apposito fondo di risorse finanziarie in misura non superiore al due per cento modulate sull'importo dei lavori, servizi e forniture, posti a base di gara per le funzioni tecniche svolte dai dipendenti interni (le attività relative alla programmazione della spesa per investimenti, alla valutazione preventiva dei progetti, alla predisposizione ed al controllo delle procedure di gara e di esecuzione dei contratti pubblici, alle attività del RUP, del direttore dei lavori, direttore dell'esecuzione, del collaudo e verifica di conformità). Questa modalità di remunerazione applicabile anche ai dipendenti delle Centrali Uniche di Committenza e per gli appalti di servizi e forniture, ad eccezione delle amministrazioni che abbiano stipulato specifici contratti o convenzione (oltre ai dirigenti). L'ottanta per cento delle risorse finanziarie del fondo è ripartito, per ciascuna opera o lavoro, servizio, fornitura, con le modalità e i criteri previsti in sede di contrattazione decentrata integrativa del personale, sulla base di apposito regolamento adottato dalle amministrazioni secondo i rispettivi ordinamenti, tra il responsabile

Infine, tra le soluzioni proposte, si è fatto riferimento anche all'attuazione del sistema di qualificazione e professionalizzazione delle stazioni appaltanti (72% RUP e 75% imprese) e al sistema di centralizzazione e aggregazione della committenza (52% RUP e 53% imprese).

La diminuzione dei centri di spesa, che ad oggi ne sono addirittura 36924⁵⁵, infatti, porterebbe a una riduzione consistente del numero dei RUP, permettendo di alleggerire l'impegno pubblico nell'organizzazione delle attività di formazione, necessarie a consolidare queste professionalità. Ciò non toglie, però, che anche in caso di centralizzazione della domanda o di gestione del sistema di qualificazione, sia necessario uno sforzo delle pubbliche amministrazioni, dovendo esse sia adattare i processi interni al continuo cambiamento dei bisogni e del mercato, sia procurarsi dotazioni tecniche e personale adeguato e specializzato⁵⁶.

Il problema principale rimane, dunque, quello di capire come investire sulle competenze tecniche e manageriali di chi è chiamato a gestire gli acquisti pubblici e come garantire un sistema stabile che assicuri una formazione continua sia a livello centrale che locale. Come abbiamo visto, la SNA rappresenta un esempio virtuoso di istituzione dedicata alle attività di formazione⁵⁷, tuttavia si notano ancora diversi limiti nel rapporto tra domanda e offerta. Inoltre, anche il PNRR rappresenta un'occasione per ridisegnare il Codice dei contratti pubblici e riorganizzare il sistema di formazione: il Piano, infatti, prevede espressamente che tale ambito dovrà essere riformato, intervenendo – tra l'altro - anche sulla riduzione e razionalizzazione delle norme in materia di appalti pubblici e concessioni, sulla riduzione degli oneri documentali ed economici a carico dei soggetti partecipanti alle procedure ad evidenza pubblica e sulla semplificazione e digitalizzazione delle procedure delle centrali di committenza⁵⁸.

In conclusione, il funzionamento del mercato del *public procurement* e l'efficienza della spesa pubblica giocano ad oggi un ruolo assolutamente centrale. Gli appalti rappresentano uno dei settori

unico del procedimento e gli altri soggetti coinvolti. Il restante 20%, invece, è destinato all'acquisto di beni e strumentazioni, possibilità di finanziamenti di tirocini formativi e di dottorati di ricerca. L'incentivo è disposto da Dirigente o Responsabile del Servizio, mentre il limite è del 50% dell'importo annuo lordo dello stipendio del dipendente.

⁵⁵ Secondo l'Anagrafe Unica delle Stazioni Appaltanti.

⁵⁶ L. FIORENTINO, *Le centrali di committenza e la qualificazione delle stazioni appaltanti*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 4/2016, p. 446.

⁵⁷ Ad esempio, la progettazione dell'offerta formativa a catalogo della SNA è stata costituita dalla consapevolezza che il fabbisogno maggiore di crescita e di sviluppo per i funzionari e i dirigenti dello Stato è, ad oggi, non tanto nell'accumulo di conoscenze specialistiche ma nella maturazione e nello sviluppo di capacità di comportamento. Cfr. G. MANGIA, *op. cit.*, p. 45.

Inoltre, il PNRR prevede anche il potenziamento della Scuola Nazionale dell'Amministrazione, attraverso la creazione di *partnership* strategiche con altre Università ed enti di ricerca nazionali. Cfr. Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, p. 52. In tale prospettiva, il 7 ottobre 2021, è stato siglato un protocollo di intesa tra il Ministero dell'Università e della Ricerca e il Ministro per la Pubblica amministrazione.

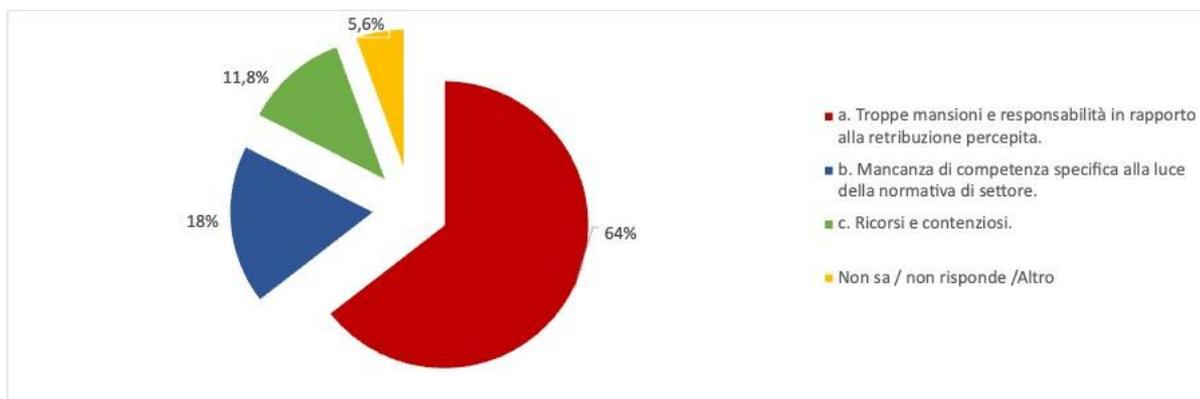
⁵⁸ Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, p. 65 e 66. Secondo il Piano, nell'ambito dei contratti pubblici si interverrà con legge delega, il cui disegno di legge verrà sottoposto al Parlamento entro il 2021 e i decreti legislativi saranno adottati nei nove mesi successivi all'approvazione della legge delega.

nevralgici di ripresa economica per il nostro Paese: perciò è indispensabile neutralizzare i fattori di disordine attraverso una riallocazione di ruoli, compiti e responsabilità⁵⁹.

⁵⁹ G. BIANCONI, Intervista a FILIPPO PATRONI GRIFFI, *Patroni Griffi: la ripresa? Necessarie leggi più chiare Ma attenti alla corruzione*, sul Corriere della sera del 15 aprile 2020.

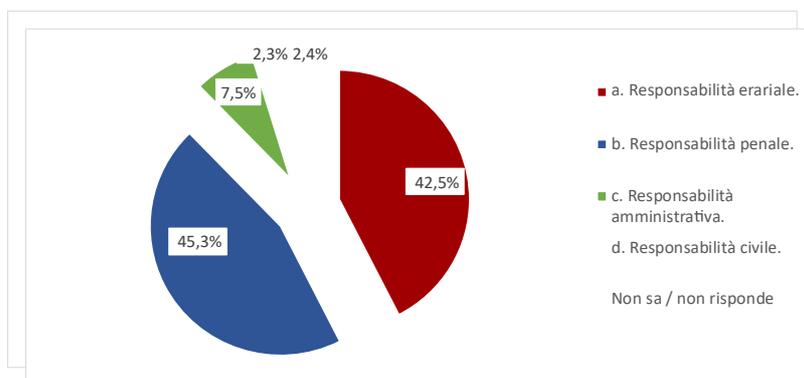
ANALISI COMPARATA DELLE RISPOSTE DELLE STAZIONI APPALTANTI E DEGLI OPERATORI ECONOMICI

13. Quale dei seguenti fattori disincentiva l'assunzione del ruolo del RUP?



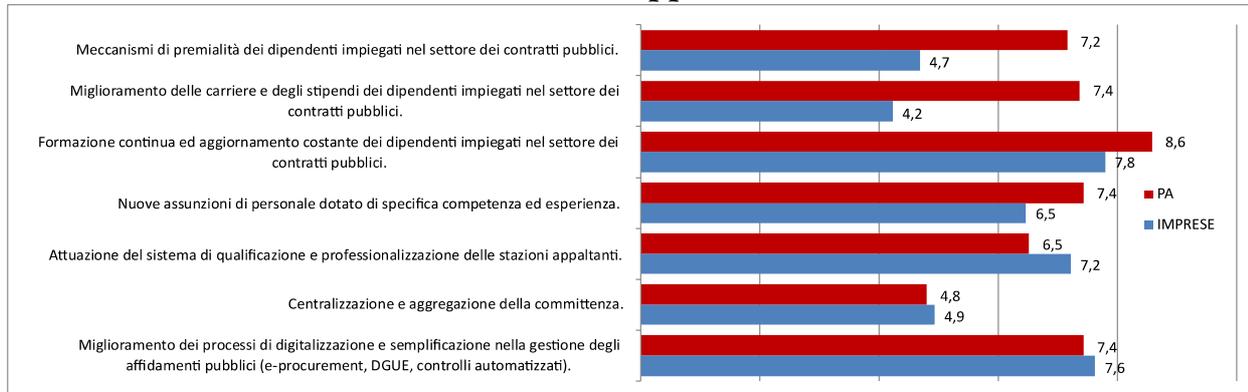
	Numero	% sul totale
a. Troppe mansioni e responsabilità in rapporto alla retribuzione percepita.	3.291	64,5
b. Mancanza di competenza specifica alla luce della normativa di settore.	924	18,1
c. Ricorsi e contenziosi.	604	11,8
Non sa / non risponde /Altro	285	5,6
Totale complessivo	5.104	100,0

15. In particolare, quale tra queste possibili responsabilità intimorisce e condiziona l'operato del RUP?

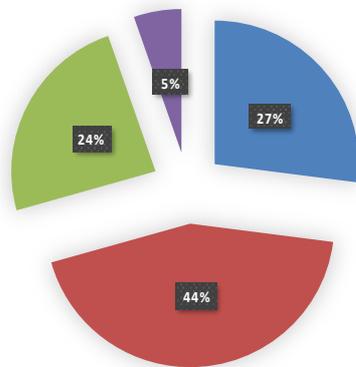


	Numero	% sul totale
a. Responsabilità erariale.	2.168	42,5
b. Responsabilità penale.	2.310	45,3
c. Responsabilità amministrativa.	383	7,5
d. Responsabilità civile.	119	2,3
Non sa / non risponde	124	2,4
Totale complessivo	5.104	100,0

18. Quali tra queste azioni contribuirebbe maggiormente a migliorare l'operato delle stazioni appaltanti?



19. Quali tra i seguenti rimedi potrebbe maggiormente motivare i funzionari pubblici ad assumere il ruolo di RUP e ad adottare scelte efficienti?



■ a. Premi economici, riconoscimenti in termini di visibilità, promozioni di carriera.

■ b. Professionalizzazione del ruolo di RUP (carriera distinta all'interno della PA).

■ c. Possibilità di ricorrere alla nomina di consulenti esterni, senza particolari oneri motivazionali (come la dimostrazione della carenza di risorse interne) e/o assistenza al RUP da parte di strutture interne delle categorie o di altre amministrazioni.

■ Non sa / non risponde / Altro

	Numero	% sul totale
a. Premi economici, riconoscimenti in termini di visibilità, promozioni di carriera.	1.380	27,0
b. Professionalizzazione del ruolo di RUP (carriera distinta all'interno della PA).	2.225	43,6
c. Possibilità di ricorrere alla nomina di consulenti esterni, senza particolari oneri motivazionali (come la dimostrazione della carenza di risorse interne) e/o assistenza al RUP da parte di strutture interne delle categorie o di altre amministrazioni.	1.226	24,0
Non sa / non risponde / Altro	273	5,3
Totale complessivo	5.104	100,0

?

?