

I contratti pubblici dopo il decreto Semplificazioni

1. Introduzione.

Il decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, recante *Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale*, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 settembre 2020, n. 120 (di seguito anche solo decreto Semplificazioni), interviene dichiaratamente, in chiave di semplificazione o anche di mera accelerazione procedimentale, su una pluralità di materie, sia mediante previsioni a regime sia con mirati interventi a carattere temporaneo. Lo scopo principale dell'operazione è far fuoriuscire il Paese dalla crisi economica maturata a seguito delle misure di contenimento (c.d. *lockdown*) adottate per arginare l'epidemia di COVID-19.

Il percorso di conversione in Parlamento, come di consueto, ha visto la moltiplicazione sia delle modifiche alle disposizioni già presenti nel decreto-legge (come è fisiologico che sia), sia dei c.d. articoli aggiuntivi, i quali hanno sovente introdotto disposizioni "estrane" rispetto alla *ratio* originaria del decreto. Ne è derivato un testo composito e complesso, che è intervenuto sui temi:

i) dei contratti pubblici e dell'edilizia, anche in riferimento alla ricostruzione pubblica nelle aree colpite da eventi sismici;

ii) delle semplificazioni procedurali, partite originariamente con interventi mirati sulla legge n. 241 del 1990 e un *focus* sulla conferenza dei servizi, ma che ad esempio è stato successivamente implementato con disposizioni in materia di circolazione di veicoli immatricolati all'estero e di identificazione con codice alfanumerico dei CCNL;

iii) di stato di emergenza degli enti locali;

iv) di semplificazioni concernenti l'organizzazione del sistema universitario e in tema di adeguamenti sul piano dei trattamenti economici del corpo nazionale dei vigili del fuoco;

v) di responsabilità erariale e di modifica del reato di abuso d'ufficio;

vi) di semplificazione, sostegno e diffusione dell'amministrazione digitale, ponendo attenzione al profilo della cittadinanza digitale e della facilitazione all'accesso ai servizi digitali della pubblica amministrazione, allo sviluppo dei sistemi informativi delle amministrazioni, prevedendo il perfezionamento della strategia di gestione del patrimonio informativo pubblico;

vii) di semplificazione in materia di attività di impresa, ambiente e *green economy*;

viii) nonché di disposizioni che hanno modificato a regime il Codice della strada (decreto legislativo 30 aprile 1992, n.285).

In questo quadro, diventa quindi fondamentale esaminare anche l'*iter* parlamentare che ha portato alla conversione del provvedimento, anche con riferimento alle audizioni che sono state effettuate, al delicato passaggio della predisposizione del maxi emendamento in Senato – nella consapevolezza delle criticità di un sistema ormai "monocamerale di fatto", in cui i decreti-legge sono sostanzialmente esaminati da un solo ramo del Parlamento (con il solo bilanciamento dell'"alternanza", tra Camera e Senato, nell'assegnazione dei provvedimenti) – e delle ragioni sottese alle perplessità del Capo dello Stato, da ultimo manifestate con un "monito" al Parlamento al momento della firma della legge di conversione.

Trattandosi di un universo eterogeneo e composito di norme, in questo primo volume si è focalizzata l'attenzione su specifiche materie. In particolare, vengono analizzate le principali novità in tema di contratti pubblici, comprese le norme processuali, di responsabilità amministrativo-contabi-

le, di abuso d'ufficio, nonché le riforme in materia di procedimento amministrativo, con l'obiettivo di fornirne una prima lettura sistematica e di evidenziare ciò che incide a regime sulle materie suindicate e ciò che, invece, troverà applicazione solo in via temporanea.

Con riferimento ai **contratti pubblici e al processo**, l'intervento del decreto Semplificazioni è motivato dalla consapevolezza della centralità del settore dei contratti pubblici per la ripresa economica; la *ratio* è dunque quella di ridurre vincoli e oneri per le pubbliche amministrazioni e per i privati per promuovere un rapido rilancio dell'economia del Paese.

Con riguardo a tale materia nel decreto semplificazioni sono presenti: *a*) disposizioni "a tempo" e costruite con una logica emergenziale, che modificano sia la fase delle procedure di affidamento, sia quella dell'esecuzione delle opere pubbliche; *b*) disposizioni che modificano "a regime" il decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici), l'art. 120 c.p.a. e la disciplina dei Commissari straordinari, con norme che sono dunque destinate a permanere nell'ordinamento.

Con riferimento al primo gruppo di disposizioni - ossia quelle temporanee, applicabili sino al 31 dicembre 2021 - il decreto Semplificazioni, si è detto, interviene sia nella fase di affidamento, sia nella fase di esecuzione.

Nella fase di affidamento si introducono "procedure speciali" per l'incentivazione degli investimenti pubblici durante il periodo emergenziale in relazione all'aggiudicazione di contratti sotto soglia (art. 1, D.L. Semplificazioni) e pari o superiori alla soglia comunitaria (art. 2), con un regime temporaneo e parzialmente derogatorio delle disposizioni contenute nel D.L.vo 18 aprile 2016, n. 50. Si segnalano, sin da subito, il regime temporale dell'applicazione delle disposizioni (che presenta particolarità e specificità, al di là della mera indicazione della data del 31 dicembre 2021), nonché la previsione di una possibile responsabilità per danno erariale in caso di ritardi. Con riferimento poi agli **affidamenti sotto-soglia**, viene specificata la *ratio* delle deroghe alla disciplina della procedura di gara, fornendo il quadro del procedimento speciale delineato dal legislatore. Esso, in particolare, si incentra su due modalità di affidamento: quello diretto e la procedura negoziata con consultazione di un numero variabi-

le di operatori a seconda del valore dell'appalto. Sono altresì specificate le deroghe alla disciplina della trasparenza e le peculiarità del criterio di aggiudicazione, anche in relazione a particolari categorie di contratti, nonché le disposizioni speciali in tema di garanzie provvisorie.

Con riferimento ai **contratti pari o sopra-soglia**, la disciplina introdotta col decreto Semplificazioni sembra porsi quale alternativa ad un utilizzo esteso del commissariamento, delineando un sistema speciale e temporaneo per la realizzazione delle opere pubbliche, mediante l'utilizzo della procedura negoziata senza bando per selezionare i contraenti e la previsione di deroghe alla disciplina codicistica (con un evidente calco del c.d. "modello Genova"), accompagnate da un rafforzamento dei presidi di legalità e di trasparenza.

Anche in relazione alle **verifiche antimafia e ai Protocolli di legalità**, l'art. 3 del decreto Semplificazioni prevede interventi "transitori" (fino al 31 dicembre 2021) e a "regime". Si vedrà che le disposizioni transitorie, nell'ottica della semplificazione e dell'accelerazione, consentono: *a*) di corrispondere ai privati agevolazioni o benefici economici, anche in assenza della documentazione antimafia, con il vincolo della restituzione laddove in esito alle verifiche antimafia dovesse essere pronunciata una misura interdittiva; *b*) di stipulare contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture sulla base di una informativa antimafia liberatoria provvisoria, valida per sessanta giorni, con possibilità di recesso se le verifiche successive dovessero comportare una interdittiva antimafia.

A regime viene poi inserito nel decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159 (cd. Codice antimafia) l'articolo 83-*bis*, sui Protocolli di legalità, per estendere la possibilità di far ricorso alla documentazione antimafia anche nei rapporti tra privati, o nei rapporti tra associazioni di categoria e privati, mentre fino ad ora l'utilizzo di tali protocolli era limitato ai rapporti tra i privati e la pubblica amministrazione.

Parimenti temporanee sono alcune modifiche apportate all'art. 8, commi da 1 a 4, in materia di contratti pubblici, che incidono sulle procedure pendenti ovvero avviate a decorrere dal 17 luglio 2020 (data di entrata in vigore del decreto-legge) e fino alla data del 31 luglio 2021. Sin da subito si evidenzia che una delle principali novità di questo articolo è quella di mantenere il presupposto

dell'urgenza per le procedure, indipendentemente dall'oggetto dell'affidamento e dalla correlazione con l'emergenza sanitaria; con tutte le conseguenze ai fini della celere conclusione delle procedure di aggiudicazione (anche con la riduzione dei termini procedurali). Si prevedono poi misure mirate relativamente alla consegna dei lavori e all'esecuzione dei contratti in via d'urgenza, anche con interventi volti a garantire liquidità alle imprese mediante la velocizzazione dei pagamenti da parte delle stazioni appaltanti. Sempre in via transitoria, il decreto consente l'avvio delle procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture anche in mancanza di una specifica previsione nei documenti di programmazione e una più celere aggiudicazione di gare e di appalti basati su accordi quadro.

Sempre l'art. 8 del decreto Semplificazioni prevede anche norme derogatorie per alcune tipologie di affidamenti del Commissario straordinario per l'attuazione e il coordinamento delle misure di contenimento e contrasto dell'emergenza epidemiologica da COVID-19. In fase di esecuzione degli appalti di lavori il decreto Semplificazioni affronta poi due grandi temi: quello della sospensione dell'esecuzione delle opere pubbliche e quello del collegio consultivo tecnico.

Quanto alla **sospensione dell'esecuzione delle opere pubbliche**, la disposizione temporanea (che rimarrà in vigore sino al 31 dicembre 2021) incide, derogando alla normativa vigente, prevedendo la limitazione dei casi in cui è possibile sospendere l'esecuzione dell'opera pubblica. La disposizione, in particolare, deroga all'art. 107 e alle procedure di cui all'art. 108, commi 3 e 4, del Codice dei contratti pubblici, nonché ad alcune logiche del Codice della crisi d'impresa. Vengono dunque in rilievo casistiche e procedimenti delineati dal legislatore per una rapida ripresa dei lavori, con una soluzione che porta in larga parte alla prosecuzione con operatore economico/soggetto diverso dall'affidatario originario. Da ultimo, il decreto specifica i criteri che il giudice deve utilizzare in sede di giudizio, di merito e cautelare, e che portano sostanzialmente a privilegiare l'interesse pubblico, nazionale o locale, alla prosecuzione dell'opera. L'analisi di questa fattispecie speciale di "sospensione" presenta punti in chiaro scuro, sicché nel volume si prova a delineare il composito sistema che emerge dal rapporto tra disposizione speciale e temporanea, disposi-

zioni derogate, e disposizioni invece applicabili del Codice dei contratti pubblici, fornendo possibili soluzioni interpretative, anche ai fini della più celere definizione del risarcimento del danno a fronte di un'eventuale sospensione illegittima.

Quanto al **collegio consultivo tecnico**, il decreto Semplificazioni introduce in via temporanea (sino al 31 dicembre 2021) l'obbligo della sua costituzione per i lavori relativi ad opere pubbliche pari o superiore alle soglie di rilevanza comunitaria con funzioni in materia di sospensione dell'esecuzione dell'opera pubblica e di assistenza per la rapida risoluzione delle controversie o delle dispute tecniche che possono insorgere nel corso dell'esecuzione. Contestualmente, esso abroga le disposizioni del D.L. 18 aprile 2019, n. 32 (c.d. decreto sblocca cantieri), che prevedevano un analogo collegio da costituire in via facoltativa.

Tra gli interventi di riforma "a regime" si collocano invece le modifiche della disciplina sulla stipula del contratto e dell'art. 120 c.p.a. (art. 4, D.L. semplificazioni), nonché di alcune delle disposizioni del Codice dei contratti pubblici (art. 8).

Con riferimento alle **modifiche del c.d. "rito appalti"**, le diverse formulazioni del comma 6 dell'art. 120 c.p.a., succedutesi tra il D.L. n. 76 del 2020 e la legge di conversione, sembrano denunciare un ripensamento del legislatore circa la volontà di generalizzare il c.d. "rito immediato" ex art. 60 c.p.a., facendone lo strumento "ordinario" di definizione delle controversie in materia di contratti pubblici in esito all'udienza cautelare. Nuovi termini di deposito della sentenza ovvero di anticipata pubblicazione del dispositivo sono stati poi previsti a modifica del comma 9 dell'art. 120 c.p.a.

Si analizzano inoltre le modifiche attraverso cui, in via temporanea (ossia per le procedure di affidamento avviate entro il 31 dicembre 2021), si estende l'applicazione dell'art. 125 c.p.a., (originariamente dettato per le cd. Grandi opere) in una duplice direzione: *i*) sia alla tutela cautelare per tutti i contratti pubblici conclusi nel periodo emergenziale (sotto e sopra soglia); *ii*) sia nel sopra soglia, laddove, optando per la procedura negoziata senza bando, trova ormai applicazione l'intero art. 125, compreso il comma 3, che preclude la "caducazione" del contratto e, in caso di illegittimità dell'affidamento, fa salva solo la tutela per equivalente, impedendo il subentro del ricorrente vittorioso in giudizio.

Questo ennesimo intervento sul rito appalti pone una serie di interrogativi con riguardo sia alla poco felice stratificazione dei testi, sia alla scelta stessa di porre mano ancora una volta ad un processo già celere e poco bisognoso di un'ulteriore sommarizzazione della cognizione. Inoltre l'intervento riapre il dibattito, mai sopito, sul tema della "effettività della tutela", di cui si fornisce un analitico quadro della evoluzione giurisprudenziale e dottrinale. La presa d'atto è che la scelta del legislatore di sacrificare la tutela specifica è limitata all'urgenza derivante dal Covid-19, ma il sistema che ne scaturisce contrappone alla "sicurezza dei tempi" l'aumento dei costi.

Quanto alle disposizioni che hanno modificato a regime il Codice dei contratti pubblici, campeggiano disposizioni che attribuiscono un **nuovo ruolo del Terzo settore nel Codice dei contratti pubblici**, delineando un'espansione dell'applicazione del Codice del Terzo settore (ad esempio nell'affidamento di servizi attività di interesse generale ad enti del terzo settore e nell'inserimento della "clausole sociali" per promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato). Il decreto Semplificazioni interviene poi sulla qualificazione di stazioni appaltanti e centrali di committenza, sul partenariato pubblico privato e sulla finanza di progetto ed effettua una serie di modifiche in tema di partecipazione degli operatori economici alle procedure di affidamento, compresa la modifica dell'art. 80. In adesione alla logica "snella" del decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32 (c.d. decreto sblocca cantieri) vengono altresì disposte molte proroghe di disposizioni di quel decreto che prevedevano la non applicazione di puntuali articoli del Codice dei contratti pubblici.

Sempre a regime sono inoltre le modifiche alle disposizioni sui **Commissari straordinari per gli interventi infrastrutturali**. In particolare, l'art. 9 del decreto Semplificazioni modifica l'art. 4 del D.L. n. 32/2019 con alcune norme in forte chiaroscuro e che, in alcuni casi, destando il sospetto di un complessivo depotenziamento degli strumenti commissariali straordinari. Nel volume è inoltre effettuata una disamina delle principali questioni che hanno ad oggetto l'adozione del D.P.C.M. di individuazione degli interventi e di nomina dei Commissari straordinari (dalla proroga dei termini, alla eterogeneità di alcuni atti della procedura, quali il parere delle Commissioni parlamentari, l'intesa regionale, il ruolo dei sindacati). Vengono poi analizzati i pun-

tuali interventi normativi sulle varie figure commissariali (per il dissesto idrogeologico, per l'attuazione degli interventi idrici, per la depurazione, per la bonifica dei siti di interesse nazionale e il Commissario straordinario per il Gran Sasso), con un *focus* particolare sull'attribuzione dei poteri dei Commissari c.d. "sbloccacantieri" a tutti i Commissari per le opere pubbliche o per gli interventi infrastrutturali e sulle limitazioni dei poteri di deroga in materia di contratti pubblici. Da ultimo, viene analizzata l'introduzione del **Fondo per la prosecuzione delle opere pubbliche** (art. 7, decreto semplificazioni).

Con riferimento alla **responsabilità e ai controlli** il decreto Semplificazione ridisegna - in parte solo in via temporanea, in parte introducendo modifiche "a sistema" - il modello delle responsabilità amministrativo-contabile dei dipendenti pubblici e dell'abuso d'ufficio.

Più nel dettaglio, nel volume è svolta un'attenta disamina delle nuove norme in materia di **responsabilità amministrativo-contabile** e, soprattutto, della responsabilità da omissione che costituisce una delle grandi novità del decreto Semplificazioni. Su questo punto, il comma 2, dell'art. 21, cerca di superare, ancorché con una previsione temporanea, il c.d. "blocco della firma" che contribuisce a paralizzare l'azione amministrativa, disincentivando le omissioni e le inerzie dei dirigenti e dei funzionari. Sicché, dalla data di entrata in vigore del decreto e fino al 31 dicembre 2021 i dipendenti pubblici incorreranno in responsabilità in caso omissioni e inerzie, maturate sia per dolo sia per colpa grave, mentre risponderanno della propria condotta attiva soltanto a titolo di dolo che, si rammenta, è stato "riperimetrato" a regime, con l'esclusione del dolo eventuale.

Un ulteriore esame è riservato ai **controlli concommitanti**, che la Corte dei conti esercita sulle gestioni pubbliche statali in corso di svolgimento, per i quali è stata introdotta una procedura speciale per l'accertamento di gravi irregolarità gestionali, ovvero di rilevanti e ingiustificati ritardi nell'erogazione di contributi per la realizzazione dei "*principali piani, programmi e progetti relativi agli interventi di sostegno e di rilancio dell'economia nazionale*".

Quanto alla riforma del reato di **abuso d'ufficio, ex art. 323 c.p.**, il legislatore ha delimitato in maniera più efficace l'elemento materiale della fattispecie criminosa, sia per rendere maggiormente determi-

nata la condotta tipica, sia per limitare il sindacato del giudice penale sulle scelte discrezionali dell'amministrazione; il tutto in omaggio ai principi di legalità, di determinatezza e di tassatività che innervano il sistema giuridico di diritto penale. Nel volume si delineano in modo puntuale gli elementi della riforma, con un *focus* sull'elemento soggettivo (dolo intenzionale) e sulla successione delle leggi penali nel tempo, tenendo in considerazione che la norma non è stata interamente abrogata, ma è stata riscritta con una riduzione del suo ambito di operatività.

Con riferimento al **procedimento amministrativo**, il decreto Semplificazione interviene in maniera puntuale su alcuni istituti regolati dalla legge n. 241 del 1990 per correggere puntuali criticità emerse sul piano applicativo, anche nella scia della più recente giurisprudenza amministrativa. Una particolare attenzione è dedicata alle modifiche in tema di: *i*) tempi di conclusione dei procedimenti, con importanti interventi sulla trasparenza e sulle sanzioni per i provvedimenti adottati tardivamente; *ii*) digitalizzazione del procedimento, con l'introduzione di misure per favorire la partecipazione di cittadini e imprese al procedimento amministrativo telematico; *iii*) preavviso di rigetto, mediante il rafforzamento delle garanzie partecipative del cittadino e la limitazione delle comunicazioni di sempre nuovi motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza di parte; *iv*) attività consultiva e silenzio assenso tra amministrazioni; *v*) autocertificazione, in relazione alla quale il decreto Semplificazioni ha reso permanente l'obbligo delle amministrazioni di adottare le misure organizzative in materia di autocertificazione; *vi*) riemissione di provvedimenti annullati dal giudice per vizi degli atti endoprocedimentali.

Un'attenzione particolare è poi dedicata all'accelerazione della Conferenza di servizi. In particolare, il decreto Semplificazioni stabilisce una procedura di **conferenza di servizi straordinaria e temporanea** (sino al 31 dicembre 2021). Nel volume si fornisce un quadro dei presupposti oggettivi e soggettivi di quest'ultima tipologia di conferenza di servizi "straordinaria" e del suo *iter* procedimentale. Vengono analizzati i correttivi che il legislatore, delineando l'istituto straordinario e temporaneo,

ha introdotto rispetto al modello ordinario di conferenza decisoria, con un *focus* dedicato al termine per emanare la determinazione di competenza delle amministrazioni, al nuovo meccanismo di gestione del "dissenso costruttivo" e alla maggiore responsabilità dell'autorità procedente nell'assunzione della decisione finale.

In definitiva, il quadro che fuoriesce da questa disamina riporta sotto i riflettori il grande tema della semplificazione, questa volta in uno stretto collegamento contingente coi principi di efficienza, efficacia e economicità dell'azione amministrativa che informano l'azione delle amministrazioni pubbliche alla stregua dell'articolo 97 Cost., in funzione della regolazione dei settori pubblici maggiormente impattanti sull'economia. Nondimeno, il decreto promuove la semplificazione anche in chiave prospettica, attraverso norme che modificano il sistema procedimentale "a regime" e rilanciano specifici istituti. Si vedano in particolare l'Agenda per la semplificazione per il periodo 2020-2023, che ha l'obiettivo di proseguire nella ricognizione dei procedimenti amministrativi a tutti i livelli di governo per implementare le misure di semplificazione, nonché il nuovo intervento sulla disciplina della compensazione degli oneri regolatori, informativi e amministrativi di cui all'art. 8, della legge 11 novembre 2011, n. 180, in esito al quale, l'onere regolatorio di nuova introduzione, che non sia contestualmente compensato con una riduzione stimata di oneri di pari valore (come già prevede la normativa in questione), è qualificato come onere fiscalmente detraibile.

Si tratta, dunque, di una scelta globale che desidera puntare alla semplificazione come scelta di sistema, specifica e mirata. La lettura complessiva del decreto Semplificazioni, in definitiva, lascia la sensazione di un intervento dai forti tratti chiaroscurali, sicché sarà importante verificarne con grande puntualità gli esiti applicativi per poter stabilire se esso abbia realmente introdotto semplificazioni idonee a rilanciare l'economia del Paese o se, invece, costituisce nient'altro che un primo passo cui di necessità dovranno seguire nuovi e diversi interventi legislativi.