

I contratti pubblici prima e durante l'emergenza sanitaria COVID-19: quali prospettive future?

MICHELA COLISTRO

ABSTRACT

Il presente contributo analizza la normativa riguardante il settore dei contratti pubblici prima e durante l'emergenza sanitaria Covid-19.

Il punto di partenza sarà costituito dal DL.gs. 18 aprile 2016 n. 50 rubricato "Codice dei contratti pubblici". In particolare, verranno analizzate le disposizioni d'emergenza in esso contenute.

Successivamente, l'analisi si sposterà sulle disposizioni in materia di contratti pubblici introdotte in seguito allo stato d'emergenza decretato il 30 gennaio 2020 dal Presidente del Consiglio.

Si procederà, dunque, all'esame di ciascuna fonte legislativa rilevante che, con riguardo ai contratti pubblici, ha introdotto nuove norme in deroga al codice suddetto.

Infine, si indicheranno le criticità e gli auspici della normativa emergenziale introdotta.

SOMMARIO: *1. Cenni al DL.gs. 18 aprile 2016 n. 50. Le disposizioni emergenziali. – 2. Lo stato d'emergenza in Italia. – 3. Dal Decreto "Cura Italia" al Decreto "Semplificazione": le deroghe introdotte. – 4. Critiche al nuovo sistema: confusione normativa e instabilità giuridica. Prospettive future.*

1. Cenni al D.lgs. 18 aprile 2016 n. 50. Le disposizioni emergenziali.

Il 2020 verrà ricordato negativamente a causa dell'emergenza Covid-19 che ha colpito l'intera popolazione mondiale.

Tale emergenza ha inizio il 30 gennaio 2020 in seguito alla Delibera del Consiglio dei Ministri che ha dichiarato lo stato di emergenza¹ per sei mesi sull'intero territorio nazionale. Tale dichiarazione ha comportato un susseguirsi² di decreti-legge, decreti del Presidente del Consiglio dei

¹ Esso è stato dichiarato ai sensi degli artt. 7, comma 1, lett. c) e 24, comma 1, del DL.gs. 2 gennaio 2018, n. 1.

² Per un'analisi dei vari provvedimenti adottati cfr. F. Francario, *L'emergenza Coronavirus e le misure straordinarie per il processo amministrativo*, in *federalismi.it*, Osservatorio Emergenza Covid-19, I, 2020; M. Cavino, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in *federalismi.it*, Osservatorio Emergenza Covid-19, I, 2020.

Ministri, diverse ordinanze e circolari del Ministero della Salute e del Ministro dell'Economia e delle Finanze.

Lo stato d'emergenza ha avuto riflessi in molteplici settori tra cui, soprattutto, quello degli appalti pubblici: è proprio su quest'ultimo che si baserà la presente analisi.

Infatti, durante la pandemia da Coronavirus vi era più che mai la necessità di un approvvigionamento rapido ed efficiente di beni, servizi e fornitura da parte delle pubbliche amministrazioni, in particolari quelle attinenti al Servizio Sanitario Nazionale.

Tale situazione ha comportato, inevitabilmente, l'introduzione di svariate deroghe alla normativa prevista dal codice dei contratti pubblici, DLgs. 18 aprile 2016, n. 50.

È bene dire che tale testo normativo già disciplina le procedure di somma urgenza all'art. 63 e all'art. 163. In particolare, il primo, che ha recepito l'art. 32 della direttiva 2014/24/UE, stabilisce che le amministrazioni aggiudicatrici possono aggiudicare appalti tramite una procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara qualora, a causa di motivi di estrema urgenza derivanti da eventi imprevedibili, i termini per le procedure aperte o per quelle ristrette o per le procedure competitive con negoziazione non possono essere rispettati, precisando ulteriormente che l'urgenza non deve essere addebitabile all'amministrazione per carenza di organizzazione o programmazione³ o per sua inerzia o responsabilità⁴.

Risulta evidente come la procedura disciplinata all'art. 63 rappresenti una chiara eccezione al principio della pubblicità e della concorrenzialità tipica della procedura aperta. In questo senso si sono espressi i giudici di Palazzo Spada stabilendo che *«la procedura negoziata senza pubblicazione del bando di gara [...] riveste carattere di eccezionalità rispetto all'obbligo delle amministrazioni aggiudicatrici di individuare il loro contraente attraverso il confronto concorrenziale, sicché la scelta di tale modalità richiede un particolare rigore nell'individuazione dei presupposti*

³ Cfr. Cons. St., sez. V, 11 maggio 2009, n. 2882, in cui i giudici amministrativi hanno precisato che *«basta al riguardo notare che il codice dei contratti pubblici (con disposizione anche qui avente carattere ricognitivo e quindi applicabile alla fattispecie in esame) stabilisce che le circostanze di estrema urgenza adducibili a giustificazione di una procedura negoziata senza gara “non devono essere imputabili alle stazioni appaltanti” (art. 57, comma 2, lett. c). Ciò vuol dire che se una stazione appaltante non si dà un'adeguata programmazione e non decide per tempo come sostituire alla scadenza un rapporto di appalto non per questo è autorizzata a procedere (a più riprese) a trattativa privata».*

⁴ Cfr. Cons. St., sez. V, 27 ottobre 2005, n. 5996, in cui i giudici hanno stabilito che *«va negato, perciò, che fossero insorte imprevedibili esigenze del servizio, con la conseguenza che non può riconoscersi legittimità al ricorso alla trattativa privata secondo un principio ripetutamente affermato allorché l'urgenza che la giustificerebbe si deve far risalire ad inerzia o responsabilità della stessa P.A.».*

giustificativi, da interpretarsi restrittivamente, ed è onere dell'amministrazione committente dimostrarne l'effettiva esistenza»⁵.

L'art. 163, invece, disciplina le procedure in caso di somma urgenza e di protezione civile. Gli affidamenti in questione sono considerati ulteriormente eccezionali nel senso che *«la previsione del legislatore delegante (“ad eccezione di singole fattispecie connesse a particolari esigenze collegate alle situazioni emergenziali”) non sembra ancorare l'eccezionalità alla semplice situazione emergenziale, ma piuttosto alle (ulteriori e peculiari) particolari esigenze collegate alle situazione emergenziali»⁶.* Dunque, riguardo gli affidamenti disciplinati dall'art. 163 si raffigura una disciplina aggiuntiva rispetto a quella di cui all'art. 63.

La circostanza di somma urgenza viene ritenuta perdurante fino a che le situazioni di pericolo non vengono eliminate e comunque per un periodo non superiore a quindici giorni dal verificarsi dell'evento o entro il termine stabilito dalla declaratoria dello stato d'emergenza di cui all'art. 5 della L. 225 del 1992.

Le deroghe che scaturiscono da tali situazioni emergenziali non comportano l'assenza di controlli. In particolare, esse riguardano le procedure di scelta del contraente, la figura del responsabile del procedimento, le modalità di pubblicazione dei bandi e i relativi criteri di selezione delle offerte, la verifica delle offerte basse.

Dunque, appare evidente che il sistema derogatorio appena delineato è orientato a snellire quanto possibile le procedure e non, invece, pregiudicare il controllo.

C'è da dire che il codice dei contratti pubblici, oltre che della fase di aggiudicazione degli appalti in situazioni emergenziali, si occupa, altresì, delle varie fattispecie di emergenza che potrebbero verificarsi durante l'esecuzione dei lavori. Ciò viene disciplinato agli artt. 106 e 107.

L'art. 106 si occupa delle modifiche dei contratti di appalto nei settori ordinari e speciali durante il periodo di efficacia. Esse possono essere operate senza una nuova procedura di affidamento nel caso in cui la modifica è causata da situazioni impreviste e imprevedibili per l'amministrazione aggiudicatrice.

È proprio il caso della situazione emergenziale dovuta al Covid-19 che ha condizionato l'esecuzione degli appalti pubblici rispetto alla programmazione iniziale, comportando, così, l'esigenza di adoperare diverse varianti.

In aggiunta a tale situazione, la pandemia ha comportato, altresì, la temporanea impossibilità ad adempiere alle obbligazioni assunte da taluni appaltatori. Tale fattispecie è disciplinata all'art. 107 suddetto il quale prevede che il direttore dei lavori *«può disporre la sospensione dell'esecuzione del*

⁵ Sul punto cfr. Cons. St., sez. III, 18 gennaio 2018, n. 310; Cons. St., sez. III, 8 ottobre 2018, n. 5766.

⁶ Cfr. Cons. St., comm. spec., 1 aprile 2016, n. 855.

contratto, compilando [...] il verbale di sospensione, con l'indicazione delle ragioni che hanno determinato l'interruzione dei lavori, nonché dello stato di avanzamento dei lavori, delle opere la cui esecuzione rimane interrotta e delle cautele adottate affinché alla ripresa le stesse possano essere continuate ed ultimate senza eccessivi oneri, della consistenza della forza lavoro e dei mezzi d'opera esistenti in cantiere al momento della sospensione».

Quella appena esaminata in questo paragrafo rappresenta la normativa ordinaria riguardante le situazioni di emergenza disciplinate dal codice dei contratti pubblici. A questo punto, è necessario esaminare i singoli provvedimenti emanati dal Governo, durante l'emergenza Covid-19, nel settore degli appalti.

2. Lo stato d'emergenza in Italia

Come già accennato nel precedente paragrafo, il 30 gennaio 2020 il Consiglio dei Ministri ha dichiarato lo stato d'emergenza in Italia a causa della pandemia da Covid-19 diffusosi, dapprima, in Lombardia e in Veneto e, man mano, su tutto il territorio nazionale.

Tale situazione emergenziale ha visto il Dipartimento della Protezione Civile impegnato a cercare un sistema di affidamento delle forniture, conciliabile con le disposizioni di cui al codice dei contratti pubblici, che potesse assicurare al Commissario sia il controllo delle commesse pubbliche sia la maggior celerità di esecuzione delle procedure⁷.

In una prima fase dell'emergenza, il Capo della Protezione Civile e Commissario straordinario per l'emergenza sanitaria ha individuato⁸ nella nomina di uno o più soggetti attuatori autorizzati a ricorrere alle procedure di cui agli artt. 63 e 163, sopra analizzati, del codice dei contratti pubblici, i principali strumenti per affrontare la pandemia poiché meglio si conciliavano alle esigenze di velocità di esecuzione. I soggetti attuatori sono stati individuati nei presidenti delle Regioni interessate, nel Segretario Generale del Ministero della Salute, a favore della CONSIP e, infine, dell'INAIL.

Con l'aggravarsi del quadro pandemico, si è manifestata l'esigenza, dalle prime settimane di febbraio, di allargare l'insieme dei soggetti attuatori attribuendo, così, tale qualifica ai Presidenti di tutte le Regioni e Province Autonome ai quali viene assegnata la gestione degli interventi a livello locale.

⁷ Sul punto cfr. M. Magri, *Il "collasso" del sistema degli appalti nella prima fase dell'emergenza*, in *Istituzioni del Federalismo*, numero speciale 2020, pag. 77 e ss.

⁸ Cfr. ordinanza della Protezione Civile n. 630 del 3 febbraio 2020 rubricata "Primi interventi urgenti di protezione civile in relazione all'emergenza relativa al rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili".

La presenza di un numero indefinito di soggetti attuatori ha, inevitabilmente, fatto sì che si verificasse una “disseminazione dei poteri in deroga”⁹ poiché gli stessi, a loro volta, delegavano i loro poteri in capo a Agenzie Regionali della Protezione Civile, Aziende Sanitarie, Aziende Ospedaliere etc., creando così una immensa confusione.

Il legislatore italiano, però, non ha soltanto usufruito delle procedure di cui al codice dei contratti già derogatorie rispetto all’iter ordinario, ma, ha, altresì, introdotto ulteriori deroghe¹⁰ a tali procedimenti, ritenuti, evidentemente, non sufficienti per fronteggiare la situazione spingendosi fino a estendere, anche alle Regioni e alle Province Autonome la possibilità di acquistare i dispositivi di protezione individuale anche a mezzo pagamenti anticipati dell’intera fornitura consentendo direttamente anche l’acquisizione degli strumenti e dei dispositivi di ventilazione invasivi e non.

Superfluo affermare come tutte le disposizioni sopra elencate abbiano comportato una inevitabile confusione nella individuazione dei soggetti operanti e nella disciplina derogatoria al codice dei contratti pubblici della quale il legislatore ha dimenticato di specificarne i contenuti e il coordinamento.

Infatti, come già accennato prima, al novero dei soggetti attuatori nazionali si sono affiancate le attività di quelli di rango regionale e “sub/regionale” (Aziende Sanitarie ecc.) che ha comportato, inevitabilmente, una concorrenza tra soggetti pubblici nel settore degli appalti con incremento indiscriminato dei prezzi¹¹.

La nomina del Commissario ex art. 122 del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18¹², non ha portato quell’equilibrio tanto auspicato poiché egli, titolare di poteri smisurati

⁹ Per un maggiore approfondimento si veda F.S. Severi, *Ordinanze Derogatorie del Sistema delle Fonti*, in *Scritti in memoria di Livio Paladin*, Napoli, 2007, pag. 2070 e ss.

¹⁰ Per un elenco delle singole deroghe introdotte cfr. A. Abbamonte, *La gestione dell’emergenza covid con particolare riferimento ai contratti pubblici ed al ruolo della protezione civile*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 4 maggio 2020, pag. 96 e ss.

¹¹ Su questo punto cfr. l’”Indagine conoscitiva sugli affidamenti in regime emergenziale di forniture e servizi sanitari connessi al trattamento ed al contenimento dell’epidemia da COVID 19”, 28 luglio 2020, in www.anticorruzione.it, in cui si osserva che nella prima settimana di marzo si è verificata una impennata dei prezzi «dovuta alla relativa rapidità in cui da un lato è cresciuta in maniera esponenziale la domanda di mascherine, dall’altro si è probabilmente innescata una crisi anche dal lato dell’offerta, con imprese non in grado di soddisfare la quantità richiesta e la tempistica di consegna necessarie a fronteggiare l’emergenza sanitaria».

¹² Decreto-legge rubricato “Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all’emergenza epidemiologica da COVID-19”, convertito con modificazioni dalla L. 24 aprile 2020, n. 27.

Vi era, dunque, una grande carenza di coordinamento tra pubbliche amministrazioni che, invece, sarebbe stato auspicabile proprio in un momento in cui l'accentramento delle attività di acquisto dei DPI avrebbe favorito l'unità delle procedure di approvvigionamento e, forse, dei prezzi.

Da ultimo, in questa sede vengono in rilievo le numerose deroghe contenute nella già citata ordinanza della Protezione Civile (n. 630/2020) in tema di contratti pubblici, le quali trovano la loro giustificazione nella massima urgenza e tempestività dell'approvvigionamento di DPI.

Nei prossimi paragrafi verranno analizzati i singoli interventi legislativi che si sono susseguiti durante l'intera emergenza sanitaria in tema di contratti pubblici.

3. *Dal Decreto "Cura Italia" al Decreto "Semplificazione": le deroghe introdotte nel settore degli appalti pubblici*

A questo punto è necessario analizzare le disposizioni del decreto 17 marzo 2020, n. 18, c.d. "Cura Italia"¹³ che hanno introdotto specifiche deroghe al codice dei contratti pubblici.

Innanzitutto, la prima disposizione rilevante ai fini della presente analisi è contenuta all'art. 72, comma 2, lett. a), il quale stabilisce che *«in considerazione dell'esigenza di contenere con immediatezza gli effetti negativi sull'internazionalizzazione del sistema Paese in conseguenza della diffusione del Covid-19, agli interventi di cui al comma 1, nonché a quelli inclusi nel piano straordinario di cui all'articolo 30 del decreto-legge 12 settembre 2014, n. 133, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 novembre 2014, n. 164, si applicano, fino al 31 dicembre 2020, le seguenti disposizioni:*

a) i contratti di forniture, lavori e servizi possono essere aggiudicati con la procedura di cui all'articolo 63, comma 6, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50.

In questo caso, quindi, le stazioni appaltanti dovranno individuare gli operatori sulla base di informazioni che riguardano le caratteristiche di qualificazione finanziaria, economica, tecnica e professionale desunte dal mercato, sempre rispettando i principi di trasparenza, rotazione e concorrenza e, infine, selezionando almeno cinque operatori economici.

Un'altra disposizione da esaminare è quella di cui all'art. 75. Essa autorizza le amministrazioni dello Stato, gli enti pubblici territoriali, gli enti pubblici non economici, gli organismi di diritto pubblico, le unioni, le associazioni, i consorzi comunque denominati, costituiti da detti soggetti e le autorità amministrative indipendenti, ad acquistare beni e servizi informatici, per lo sviluppo di sistemi informativi per la diffusione del lavoro agile e servizi in rete per l'accesso ai cittadini e alle imprese,

¹³ Cfr. nota n. 12.

preferibilmente basi sul modello *cloud SaaS (software as a service)*, nonché servizi di connettività tramite la procedura di cui all'art. 63, comma 2, lett. c) del codice dei contratti, «*selezionando l'affidatario tra almeno quattro operatori economici, di cui almeno una "start-up innovativa" o un "piccola e media impresa innovativa", iscritta nell'apposita sezione speciale del registro delle imprese [...]*»¹⁴.

L'articolo 72 prevede, altresì, che le amministrazioni possano stipulare il contratto tramite una previa acquisizione di una autocertificazione dell'operatore economico aggiudicatario che attesti «*il possesso dei requisiti generali, finanziari e tecnici, la regolarità del DURC e l'assenza di motivi di esclusioni secondo segnalazioni rilevabili dal Casellario Informatico [...] nonché previa verifica del rispetto delle prescrizioni imposte dalle disposizioni del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159. Al termine delle procedure di gara, le amministrazioni stipulano immediatamente il contratto ed avviano l'esecuzione dello stesso anche in deroga ai termini di cui all'articolo 32 del decreto legislativo n. 50 del 2016*».

Dunque, non è necessario attendere il termine dilatorio (c.d. *stand-still*) di trentacinque giorni per la stipula del contratto di cui all'art. 32 appena citato.

Inoltre, all'art. 86 del Decreto Cura Italia, è stata autorizzata l'esecuzione dei lavori di somma urgenza attraverso il ricorso alle procedure di cui all'articolo 163 del codice dei contratti pubblici, ai fini del ripristino della piena funzionalità degli Istituti penitenziari e per la prevenzione della diffusione del Covid, fino al 31 dicembre 2020. Ciò può avvenire «*anche in deroga ai limiti di spesa ivi previsti, fatto salvo il limite della soglia europea, e ai termini di presentazione della perizia giustificativa dei lavori*».

Di notevole interesse è la disposizione di cui all'art. 91 del decreto in esame, che introduce un'integrazione all'art. 35, comma 18, del codice dei contratti pubblici. Nello specifico, dopo le parole «*l'erogazione dell'anticipazione*» inserisce l'inciso «*, consentita anche nel caso di consegna in via d'urgenza, ai sensi dell'articolo 32, comma 8, del presente codice*».

In altre parole, l'art. 91 stabilisce che l'erogazione dell'anticipazione disciplinata all'art. 35, comma 18, è consentita anche nel caso di consegna in via d'urgenza, prima della stipula del contratto di appalto.

Un'altra disposizione da esaminare è quella dell'articolo 99.

¹⁴ Si tratta di una sezione speciale del registro delle imprese di cui all'articolo 25, comma 8, del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, L. 17 dicembre 2012, n. 221 e all'articolo 4, comma 2, del decreto-legge 24 gennaio 2015, n. 3, convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, L. 24 marzo 2015, n. 33.

Esso riconosce alle aziende, agenzie e agli enti del Servizio sanitario nazionale, l'acquisizione delle forniture e dei servizi da utilizzare ai fini del contrasto all'emergenza sanitaria in atto, qualora essa sia finanziata esclusivamente con donazioni di persone fisiche o giuridiche private, tramite affidamento diretto, nella vigenza dello stato d'emergenza e, in ogni caso, fino al 31 luglio 2020, senza previa consultazione di due o più operatori economici per importi non superiori alle soglie comunitarie, a condizione che l'affidamento «sia conforme al motivo delle liberalità».

Infine, l'ultimo articolo che merita di essere citato è il 120.

Esso, al comma 3, stabilisce che le istituzioni scolastiche, ai fini dell'acquisizione di piattaforme per la didattica a distanza e dei dispositivi di cui al comma 1, lett. a) e b), possano ricorrere agli strumenti di cui all'articolo 1, commi 449 e 450 della L. 27 dicembre 2006, n. 296 recante "Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2007)".

Qualora ciò non sia possibile, le istituzioni scolastiche possono provvedere anche in deroga alle disposizioni del codice dei contratti pubblici.

In seguito al decreto "Cura Italia" e alla relativa legge di conversione, alcune disposizioni in esso contenute sono state modificate o, addirittura, sostituite con l'entrata in vigore del Decreto "Rilancio"¹⁵. Di seguito le disposizioni maggiormente rilevanti in tema di appalti pubblici.

Innanzitutto, l'art. 65 prevede che stazioni appaltanti e operatori economici siano esonerati dal versamento dei contributi all'ANAC per tutte le gare dal 19 maggio (data di entrata in vigore del decreto in questione) al 31 dicembre 2020. L'ANAC procederà a far fronte alle coperture delle entrate minori tramite l'utilizzo dell'avanzo di amministrazione maturato al 31 dicembre 2019.

Per quanto riguarda, invece, la validità dei DURC (Documenti Unici di Regolarità Contributiva) in scadenza tra il 31 gennaio e il 15 aprile 2020, l'art. 81 ha modificato l'art. 103, comma 2, del decreto Cura Italia così come convertito in legge, escludendo l'estensione di validità di 90 giorni prevista per altri certificati e autorizzazioni, in scadenza tra il 31 gennaio e il 31 luglio 2020. I DURC conservano validità fino al 15 giugno 2020.

Il decreto Rilancio¹⁶ ha, altresì, previsto una deroga al codice dei contratti pubblici quanto a prestazioni individuali domiciliari.

In particolare, l'art. 109, sostituendo la disposizione di cui all'art 48 del precedente decreto Cura Italia, ha consentito alle pubbliche amministrazioni che si avvalgono di personale di gestori privati

¹⁵ D.L. 19 maggio 2020, n. 34, recante "Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19".

¹⁶ Per un approfondimento sul contenuto del decreto Rilancio cfr. C. Artusio, *Decreto rilancio e contratti pubblici*, in *contrattipubblici.org*, 9 giugno 2020.

per la fornitura di prestazioni domiciliari individuali e a distanza, la possibilità di modificare i contratti in essere per garantire la continuità dei servizi.

In altre parole, tale disposizione intende assicurare che le prestazioni convertite in altra forma (tramite l'adeguamento dell'oggetto delle stesse prestazioni definite dai contratti stipulati con i gestori) siano retribuite mediante una quota dell'importo dovuto per l'erogazione del servizio definito *ab origine* «secondo le modalità attuate precedentemente alla sospensione e subordinatamente alla verifica dell'effettivo svolgimento dei servizi».

L'art. 201, comma 1, ha disposto l'incremento, per il 2020, di 40 milioni di euro della dotazione del Fondo salva-opere istituito dall'art. 47 del D.L. n. 34 del 2019, con la finalità di per garantire il completamento delle opere pubbliche, di tutelare i lavoratori e sostenere le attività imprenditoriali dopo il Covid-19. Per le finalità medesime, il comma 2 dello stesso articolo ha disposto che l'erogazione delle risorse del Fondo in favore di sub-appaltatori, sub-affidatari e sub-fornitori, i quali abbiano trasmesso all'amministrazione aggiudicatrice o al contraente generale i documenti che comprovino l'esistenza del credito entro il 24 gennaio 2020, viene effettuata per l'intera somma spettante ex art. 47, comma 1-quinquies, escludendo i controlli di regolarità fiscale e contributiva.

L'ultima disposizione da esaminare è quella di cui all'art. 207.

Essa contiene una deroga al codice dei contratti pubblici stabilendo, in relazione alle procedure di scelta del contraente i cui bandi siano stati pubblicati prima del 19 maggio 2020, a procedure per cui al 19 maggio 2020 siano stati inviati gli inviti a presentare offerte o preventivi e i termini non siano scaduti e, in ogni caso, per procedure avviate dal 19 maggio 2020 e fino al 30 giugno 2021, *«l'importo dell'anticipazione prevista dall'articolo 35, comma 18, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, può essere incrementato fino al 30 per cento, nei limiti e compatibilmente con le risorse annuali stanziare per ogni singolo intervento a disposizione della stazione appaltante»*.

Prima di analizzare il D.L. c.d. "Semplificazioni" n. 76, convertito con modifiche dalla L. n. 120 del 2020, è opportuno fare una premessa sull'esigenza di celerità e semplificazione dei contratti pubblici che si è manifestata tramite diversi interventi legislativi nel corso degli anni.

In particolare, è necessario fare una premessa circa gli affidamenti sotto-soglia scaturente dal codice dei contratti pubblici. Al riguardo, è profondamente nota la diversa impostazione che ha caratterizzato il nuovo codice dal precedente¹⁷, il quale aveva optato per una sostanziale assimilazione tra gli affidamenti sopra-soglia e quelli sotto-soglia.

Tuttavia, in seguito all'entrata in vigore del nuovo codice, vi era, da un lato, una discordanza tra le disposizioni sugli affidamenti sotto-soglia, che apparivano ispirate ad una effettiva

¹⁷ D.L.gs. 12 aprile 2006 n. 163.

semplificazione¹⁸ e, dall'altro lato, le previsioni introdotte dall'ANAC, tramite le Linee guida n.4, che risultavano finalizzate ad una ri-procedimentalizzazione¹⁹ per affidamenti che, invece, il legislatore voleva semplificare.

L'entrata in vigore della L. n. 55 del 2019, c.d. "Sblocca Cantieri"²⁰ ha introdotto modifiche alla materia in esame, nel tentativo dichiarato di semplificare quanto possibile il quadro di riferimento. Di seguito una sintesi delle disposizioni più rilevanti la cui ratio può essere raggruppata in sei matrici:

- a) semplificazione delle fonti attuative;
- b) modificazione di alcuni istituti per evitare il rischio di condanne da parte della Corte di Giustizia;
- c) semplificazione delle procedure di gara pubblica;
- d) correzione di alcune norme per definire questione di esegesi e coordinazione del codice con atti normativi sopravvenuti;
- e) proroga di taluni termini;
- f) accelerazione del contenzioso.

Alla prima matrice ha risposto un regolamento, da adottarsi con D.P.R. ai sensi dell'art. 17, comma 1, lett. a e b., L. n. 400 del 1988, che deve sostituire gli strumenti di *soft regulation*, i quali rimangono, in via transitoria, efficaci.

In ossequio alla seconda matrice, rispondono:

- la sospensione, fino al 31 dicembre 2020, dell'art. 80, comma 5 circa la terna dei subappaltatori;
- la sospensione, sempre fino al 31 dicembre 2020, dell'art. 105, quanto alla terna dei subappaltatori e di importo massimo²¹ subappaltabile.

Con riguardo alla terza matrice, l'art. 1, comma 20, ha riformato la disciplina delle procedure sottoglia di cui all'art. 36 e, ha modificato alcune regole ex art. 95, lett. t, e 97, lett. u.

¹⁸ Si pensi, ad esempio, alla disposizione di cui all'art. 36, comma 2, lett. a) che ha espressamente previsto la possibilità, per le stazioni appaltanti, di procedere tramite affidamento diretto per importi non superiori a 40.000 euro.

¹⁹ Basti pensare alla tanto articolata procedura per gli affidamenti inferiori a 40.000 euro.

²⁰ Recante "Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di costruzione a seguito degli eventi sismici".

²¹ Sul punto cfr. art. 1, comma 18, L. 55 del 2019 che ha stabilito che «nelle more di una complessiva revisione del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, fino al 31 dicembre 2020, in deroga all'articolo 105, comma 2, del medesimo codice, fatto salvo quanto previsto dal comma 5 del medesimo articolo 105, il subappalto è indicato dalle stazioni appaltanti nel bando di gara e non può superare la quota del 40 per cento dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture».

Rispondono, invece, alla quarta matrice, talune semplificazioni rispetto ad alcune scelte che il codice, sebbene avesse operato in un'ottica di maggiore trasparenza degli appalti pubblici, nella pratica si sono rivelate molto rigide. Esse sono state introdotte riguardo:

- a gare dei Comuni che non sono capoluogo di Provincia, ai sensi dell'art. 37, comma 4, fino al 31 dicembre 2020;
- all'appalto integrato ex art. 59, comma 1, fino al 31 dicembre 2020;
- all'utilizzo dell'albo dei commissari di gara ex art. 77, comma 3, fino al 31 dicembre 2020;
- a requisiti di qualificazione degli operatori di mercato (art. 84)
- all'offerta economicamente più vantaggiosa.

Quelle appena elencate sono solo alcune delle novità riferite alla seconda matrice.

In conclusione, per quanto attiene all'ultima matrice, è stato abolito il rito super-accelerato contro esclusioni e ammissioni ex art. 120, commi 2 bis e 6 bis c.p.a.

Tuttavia, l'obiettivo non solo non è stato raggiunto, ma, per di più, il legislatore ha reso il quadro normativo ancora più complesso.

La pandemia da Covid-19, però, ha arrecato ingenti danni allo Stato e ha reso necessario un nuovo intervento nel settore degli appalti pubblici considerati come il «*vero volano della ripresa economica dell'Italia*»²².

Pertanto, la Commissione europea con comunicazione del 1 aprile 2020 2020/C – 108I/01, ha fornito allo Stato Italiano diverse indicazioni «*per far fronte alla situazione emergenziale connessa alla crisi sanitaria indirizzando le stazioni appaltanti verso soluzioni rapide, confermando la distinzione tra urgenza ed estrema urgenza, mediante l'acquisto dei servizi e delle forniture in tempi ridotti rispetto a quelli ordinari*»²³.

Per tale motivo è intervenuto il Decreto Semplificazioni, per rendere più facile la sottoscrizione di bandi di gara. Innanzitutto, esso si presenta come quadro normativo pressoché frastagliato poiché introduce sette regimi normativi diversi a seconda dell'efficacia temporale delle disposizioni introdotte:

- a) disposizioni che trovano applicazione per le procedure il cui atto inditivo sia stato adottato tra la data in vigore del decreto e il 31 dicembre 2021;
- b) disposizioni che si applicano sia per le procedure di gara già indette alla data di entrata in vigore del presente decreto, sia per quelle indette dopo e fino al 31 dicembre 2020;

²² Cfr. F. Patroni Griffi, *Patroni Griffi: la ripresa? Necessarie leggi più chiare Ma attenti alla corruzione*, *Corriere della Sera*, 15 aprile 2020.

²³ Cfr. G. Leone, *Coronavirus, sorte del paese e... appalti a sorte*, in *federalismi.it*, 5 maggio 2020, pag. 2 e ss.

- c) disposizioni che si applicano alle procedure il cui termine di presentazione delle offerte sia scaduto al 22 febbraio 2020;
- d) disposizioni che si applicano agli appalti di lavori già in corso alla data di entrata in vigore del decreto in esame;
- e) disposizioni rivolte alle procedure avviate tra la data di entrata in vigore del decreto e il 31 dicembre 2023;
- f) disposizioni che prorogano la sospensione di alcuni istituti codicistici già disposta dal precedente “Sblocca Cantieri”;
- g) infine, disposizioni che modificano il testo del codice dei contratti pubblici.

Il decreto Semplificazioni ha confermato l'impostazione piuttosto frammentaria che ne era scaturita dal Decreto Sblocca Cantieri, arrivando ad amplificarne sempre più gli effetti centripeti per il sistema tramite interventi inorganici e riconducibili a logiche eterogenee prive di un fattore comune.

L'art. 1, riferendosi alle procedure sotto-soglia, procede ad una rimodulazione degli affidamenti di tali contratti e introduce, così, un regime parzialmente e temporaneamente derogatorio rispetto a quello di cui all'art. 36 del codice dei contratti pubblici.

In particolare, trattasi di un regime normativa applicabile a tutte le procedure in cui la determina a contrarre o l'atto inditivo siano adottati entro il 31 dicembre 2021. Ciò significa che *«l'adozione tempestiva della determina a contrarre consentirà al regime derogatorio di beneficiare di un c.d. “effetto trascinamento”, per effetto del quale la procedura in deroga potrà essere concretamente svolta anche oltre la suddetta data, non essendo previsto alcun limite temporale che imponga l'avvio della stessa entro un termine predefinito»*²⁴.

Il primo comma dell'art. 1, ai fini di accelerare al massimo la durata delle procedure di affidamenti, prevede che l'aggiudicazione o l'individuazione definitiva del contraente deve avvenire entro due mesi dall'avvio della procedura o, per gli affidamenti di valore oltre i 150.000 euro, entro quattro.

La definitiva articolazione della disciplina in deroga è affidata ai commi successivi. Nello specifico, il comma 2 individua le tipologie di procedure da utilizzare nel caso di affidamenti sotto-soglia nel corso del periodo di emergenza sanitaria: in questo modo, il decreto ha ridotto, notevolmente, il numero delle tipologie da quattro (così come aveva previsto il precedente Sblocca Cantieri: affidamento diretto, affidamento diretto previa consultazione del mercato, procedura negoziata senza bando e procedura aperta) a due: affidamento diretto e procedura negoziata senza bando.

²⁴ Sul punto cfr. S. Bardelloni, *Il decreto “semplificazioni” e le nuove procedure sotto soglia*, in *mefop.it*, 5 ottobre 2020.

In particolare, il comma 2 prevede che le stazioni appaltanti procedano secondo le seguenti modalità:

- per lavori fino a 150mila euro e per servizi e forniture fino a 75milaeuro: tramite affidamento diretto;
- per forniture e servizi con importo pari o superiore a 75milaeuro e fino alle soglie di cui all'art. 35 del codice nonché per lavori di importo pari o superiori a 150mila euro e inferiore a 350milaeuro: tramite procedura negoziata senza pubblicazione del bando, previa consultazione di almeno cinque operatori economici, nel rispetto del criterio di rotazione degli inviti. Nel caso, invece, di appalti di lavori, la procedura appena citata può essere utilizzata per affidamenti fino a un milione di euro e, in questo caso, devono essere consultati almeno dieci operatori economici; ovvero, per lavori compresi tra un milione di euro e la soglia di rilevanza ex art. 35 (cioè 5.350.000 euro) e, in questo caso, vanno consultati almeno quindici operatori.

Dunque, fino ad ora, è chiaro che la finalità di semplificazione cui mira il decreto in questione viene raggiunta quantomeno per lo sfoltimento delle tipologie di affidamento che passano da quattro a due.

Tuttavia, restano aperte alcune perplessità tra cui se vi è la possibilità, per le stazioni appaltanti, in vigore dell'articolo appena esaminato, di ricorrere, comunque, alle procedure ordinarie, nell'affidamento di appalti sotto-soglia. Il dato normativo sembrerebbe avvalorare la tesi negativa ma, da un punto di vista sistematico, è preferibile la soluzione secondo cui il regime derogatorio appena esaminato non si sostituisca al precedente e non privi le amministrazioni dalla possibilità di ricorrere a soluzioni aperte alla concorrenza qualora risultino più adeguate alle esigenze di mercato.

A questo punto occorre esaminare il comma 3 dell'art. 1.

Tale disposizione prevede, riguardo al criterio di aggiudicazione, che, nel caso di procedura negoziata, le stazioni appaltanti procedono all'aggiudicazione degli appalti in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ovvero del minor prezzo, salvo le ipotesi tassative ex art. 95, comma 3, del codice dei contratti pubblici.

Nel caso di aggiudicazione tramite criterio del minor prezzo, le amministrazioni procedono ad escludere automaticamente le offerte con una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia anomala individuata sulla base dell'art. 97, commi 2, 2-bis e 2-ter del codice.

Infine, e qui si chiude l'analisi delle disposizioni riguardanti gli affidamenti sotto-soglia, il comma 4, prevede che le stazioni appaltanti non richiedano le garanzie di cui all'art. 93 del codice, salvo che non ricorrano esigenze particolari. Qualora vengano richieste le garanzie, il loro ammontare è comunque dimezzato rispetto a quello previsto dall'art. 93 (2% del valore contrattuale).

Dunque, dopo aver appena esaminato le disposizioni più rilevanti in tema di affidamenti sotto-soglia, bisogna analizzare i principali interventi riguardo gli affidamenti sopra-soglia.

In sostanza, per i contratti sotto-soglia, la semplificazione si basa sulla riduzione dei termini delle procedure ordinarie, sia nei settori ordinari che in quelli speciali e, in una deroga alle disposizioni vigenti per diversi settori.

L'art. 2 del Decreto si occupa degli affidamenti sopra-soglia.

Riguardo le disposizioni dirette ad accelerare la stipula dei contratti, vi è un rinvio generale a quanto già detto in precedenza riguardo i primi due articoli del decreto, perché sostanzialmente sono sovrapponibili. L'art. 2, comma 2, invece, indica le tipologie²⁵ di procedure che le stazioni appaltanti possono utilizzare nel corso del periodo di emergenza che terminerà il 31 dicembre 2020.

Tale disposizione ha suscitato qualche perplessità²⁶ e incomprensione in quanto le procedure elencate coincidono, in sostanza, con quelle utilizzabili da qualsiasi amministrazione in qualsiasi situazione.

La stessa reazione sorge con riguardo al comma 3 il quale introduce una particolare modificazione della procedura negoziata senza bando ex art. 63. Nello specifico, è stato previsto che la procedura appena citata possa essere utilizzata *«nella misura strettamente necessaria quando, per ragioni di estrema urgenza derivanti dagli effetti negativi della crisi causata dalla pandemia da COVID-19 o del periodo di sospensione delle attività determinato dalle misure di contenimento adottate per fronteggiare la crisi»*.

Di certo, una delle disposizioni più rilevanti del Decreto Semplificazioni è costituita dal comma 4 dell'art. 2.

²⁵ Esso afferma *«salvo quanto previsto dal comma 3, le stazioni appaltanti procedono all'affidamento delle attività di esecuzione di lavori, servizi e forniture nonché dei servizi di ingegneria e architettura, inclusa l'attività di progettazione, di importo pari o superiore alle soglie di cui all'articolo 35 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, mediante la procedura aperta, ristretta o, previa motivazione sulla sussistenza dei presupposti previsti dalla legge, ((la procedura competitiva)) con negoziazione di cui agli articoli 61 e 62 del decreto legislativo n. 50 del 2016 ((o il dialogo competitivo di cui all'articolo 64 del decreto legislativo n. 50 del 2016,)) per i settori ordinari, e di cui agli articoli 123 e 124, per i settori speciali, in ogni caso con i termini ridotti di cui all'articolo 8, comma 1, lettera c), ((del presente decreto))»*.

²⁶ Cfr. C. Contessa, *Le novità del "Decreto Semplificazioni", ovvero: nel settore dei contratti pubblici esiste ancora un "Codice"?*, in *Urbanistica e Appalti*, 6, 2020, pag. 764 che ha osservato che *«se il diritto dell'UE offre alle stazioni appaltanti la possibilità di avvalersi di alcuni strumenti di accelerazione delle procedure al fine di acquisire beni di grande importanza e in tempi estremamente ridotti, ciò non consente ai legislatori nazionali di escludere in toto il ricorso a determinate tipologie di affidamenti»*.

Esso consente alle stazioni appaltanti di affidare i contratti di lavori, di servizi e forniture, di ingegneria e architettura, *«in deroga ad ogni disposizione di legge diversa da quella penale, fatto salvo il rispetto delle disposizioni del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, nonché dei vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea, ivi inclusi quelli derivanti dalle direttive 2014/24/UE e 2015/25/UE, dei principi di cui agli articoli 30, 34 e 42 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 e delle disposizioni in materia di subappalto»*.

Tramite tale disposizione il Governo, evidentemente, mirava a semplificare al massimo l'intero complesso delle regole disciplinanti il settore degli appalti pubblici.

Tuttavia, restano piuttosto limitati i margini consentiti alle amministrazioni per derogare alle disposizioni del codice. Infatti, l'art. 30 del codice dei contratti pubblici elenca una serie di principi (basti pensare ai principi di correttezza, efficacia, tempestività etc.) talmente lunga che copre l'intero codice rendendolo non derogabile. Ma, con riguardo al comma 4, ciò che risulta di maggiore criticità è costituito dalla profonda incertezza che viene fatta ricadere sulle amministrazioni circa la concreta individuazione delle disposizioni del codice dei contratti pubblici che, poiché non derivanti dalle direttive dell'Unione Europea e non essendo considerati alla stregua di un principio, potranno essere derogate.

Per tali motivi, vi sono sostanzialmente due ragioni che invogliano a considerare che la disposizione in esame sarà poco utilizzata.

Innanzitutto, essa avrà un oggetto molto limitato *«secondo un effetto che può essere riassunto nella formula: “ai sensi del Decreto semplificazioni tutte le disposizioni in materia di appalti sono derogabili, salvo quelle che risultino inderogabili; se non fosse che queste ultime occupano pressoché per intero la materia disciplinata, rendendola di fatto inderogabile”»*²⁷.

Secondariamente, è indubbio che il Decreto in esame abbia generato tanta incertezza riguardo l'individuazione dei confini tra regole ed eccezioni, fattispecie che condurrà le amministrazioni a un atteggiamento piuttosto prudente.

Ritornando all'analisi delle disposizioni più rilevanti, l'art. 4 comma 1, ha stabilito che la stipulazione del contratto di appalto o di concessione deve avvenire entro 60 giorni dall'aggiudicazione *«salvo diverso termine previsto nel bando o nell'invito ad offrire, ovvero l'ipotesi di differimento espressamente concordata con l'aggiudicatario, perché comunque giustificata dall'interesse alla sollecita esecuzione del contratto. La mancata stipulazione del contratto nel termine previsto deve essere motivata con specifico riferimento all'interesse della stazione*

²⁷ Cfr. C. Contessa, op. cit., pag. 767.

appaltante e a quello nazionale alla sollecita esecuzione del contratto e viene valutata ai fini della responsabilità erariale e disciplinare [...]».

Ai sensi dell'articolo 5, comma 1, fino al 31 luglio 2021, in deroga a quanto stabilito dall'art. 107 del codice, la sospensione volontaria o coattiva dell'esecuzione di lavori di importo pari o superiori alle soglie comunitarie, anche se già intrapresi, può avvenire, in via esclusiva, per il tempo strettamente necessario al loro superamento per molteplici motivi (ad esempio gravi ragioni di ordine pubblico, salute pubblica o dei soggetti coinvolti nella realizzazione delle opere, incluse le misure adottate per contrastare l'emergenza sanitaria da Covid-19). Il comma 4, dello stesso articolo, dispone, inoltre, che, qualora la prosecuzione dei lavori non possa proseguire con il soggetto già designato, l'amministrazione appaltante deve dichiarare la risoluzione del contratto e provvedere con una delle seguenti modalità:

- a) procedere all'esecuzione in via diretta dei lavori;
- b) interpellare i soggetti che abbiano partecipato alla procedura di gara, nelle modalità in cui risultino dalla relativa graduatoria, nell'ottica di stipulare un nuovo contratto per il completamento dei lavori;
- c) indire una nuova procedura per l'affidamento del completamento;
- d) proporre alle autorità di governo la nomina di un commissario straordinario ex art. 4 della L. 55 del 2019.

In aggiunta, il comma 5 ha sancito che le disposizioni relative alla crisi d'impresa del comma 4 si applicano anche nel caso di ritardo dell'avvio o dell'esecuzione dei lavori non giustificati dalle esigenze di cui al comma 1 dello stesso art. 5, nella sua realizzazione per un massimo di giorni pari o superiore a un decimo del tempo previsto per la realizzazione dell'opera e, in ogni caso, pari ad almeno 30 giorni per ogni anno stabilito per la stessa realizzazione, da calcolarsi a decorrere dell'entrata in vigore del Decreto in questione.

In conclusione, con riferimento all'art. 5, l'ultimo comma ha stabilito che le parti non possono invocare l'inadempimento della controparte per la sospensione dell'esecuzione dei lavori di realizzazione dell'opera.

L'art 8, comma 1, dispone, con riguardo alle procedure pendenti alla data di entrata in vigore del decreto e, in caso di contratti senza previa pubblicazione del bando o dell'avviso, alle procedure in cui siano stati già inviati gli inviti a presentare offerte o preventivi, ma non siano scaduti i termini e, per le procedure avviate a decorrere dalla stessa data e fino al 31 dicembre 2021:

- a) è sempre autorizzata la consegna dei lavori in via d'urgenza e, nel caso di servizi e forniture, l'esecuzione del contratto in via d'urgenza ai sensi dell'art. 32, comma 8, del codice;

- b) con riguardo alle procedure ordinarie si applicano le riduzioni dei termini procedurali per ragioni urgenti ex artt. 60, comma 3, 61, comma 6, 62, comma 5, 74, commi 2 e 3, del codice. Inoltre, nella motivazione del provvedimento che ordina la riduzione dei termini non è obbligatorio motivare le ragioni di urgenza.

Il comma 2, invece, prevede che, al fine di accelerare l'aggiudicazione delle gare, con riguardo alle procedure il cui termine di presentazione delle offerte sia scaduto il 22 febbraio 2020, le amministrazioni appaltanti adottano un eventuale provvedimento di aggiudicazione entro il 31 dicembre 2020.

L'art. 9, infine, ha modificato l'art. 4 della L. n. 55 del 2018 circa i poteri e la nomina del commissario straordinario. In particolare, ha previsto:

- a) la possibilità, attribuita al Presidente del Consiglio, di individuare con proprio decreto gli interventi *«caratterizzati da elevato grado di complessità progettuale, da una particolare difficoltà esecutiva o attuativa, da complessità delle procedure tecnico-amministrative ovvero che comportano un rilevante impatto sul tessuto socio-economico a livello nazionale, regionale o locale, ((per la cui realizzazione o il cui completamento si renda necessaria)) la nomina di uno o più Commissari straordinari».*
- b) la possibilità, per gli stessi Commissari, di *«essere abilitati ad assumere direttamente le funzioni di stazione appaltante e operano in deroga alle disposizioni di legge in materia di contratti pubblici [...]».*

A questo punto, dopo aver analizzato le disposizioni più rilevanti introdotte dal Decreto semplificazioni in materia di contratti pubblici, è necessario fare qualche riflessione.

Indubbiamente il tentativo di semplificazione del Decreto n. 76 del 2020, seppur confuso e frastagliato, è stato accolto con favore; vero è, tuttavia, che esso ha confermato la frammentaria impostazione del precedente Decreto sblocca-cantieri, come accennato all'inizio dell'analisi.

4. *Critiche al nuovo sistema: confusione normativa e instabilità giuridica. Prospettive future*

Il settore dei contratti pubblici, dal mese di marzo 2020, è stato al centro dell'emergenza sanitaria da Covid-19 perché vi era la finalità di approvvigionare nel minor tempo possibile i presidi sanitari necessari.

Nei precedenti paragrafi è stato reso noto come, durante la pandemia, siano state molteplici le disposizioni straordinarie ed eccezionali introdotte per sostituire le regole ordinarie già esistenti nel panorama normativo.

Tuttavia, ciò non è bastato per nascondere le varie criticità del codice dei contratti pubblici.

La critica maggiormente evidenziata riguarda la mancata digitalizzazione delle procedure pubbliche²⁸ avrebbe sicuramente comportato la riduzione dei tempi.

Dunque, sebbene il legislatore sia intervenuto con vari decreti, sopra analizzati, e, da ultimo, con il decreto “Semplificazioni” che, quindi, racchiudeva nel nome il suo scopo principale, ciò non è bastato a porre fine a confusione e incertezza giuridica²⁹.

Infatti, il decreto semplificazione è solo l’ultimo degli interventi legislativi che miravano a riordinare il settore dei contratti pubblici e che, invece, non hanno fatto altro che alimentare un caos legislativo tramite una complessa decifrabilità della disciplina. È chiaro, dunque, che il diritto emergenziale abbia complicato ancora di più il mercato pubblico.

La regolazione di tale mercato, inoltre, è assai diversa rispetto a quella di altri mercati sottoposti a regolazione indipendente. Una prima difformità riguarda i destinatari: generalmente i privati sui mercati tradizionali e le pubbliche amministrazioni nel mercato dei contratti pubblici. In secondo luogo, mentre ai privati è attribuita la facoltà di scegliere quando entrare o uscire dal mercato cui sono sottoposti, lo stesso non può dirsi per le stazioni appaltanti.

È, altresì, noto che le direttive comunitarie non prevedono la obbligatoria presenza di un’Autorità indipendente per la regolazione del mercato dei contratti pubblici, presenza che, al contrario, è divenuta ormai obbligatoria per la prevalenza dei mercati dopo l’integrazione europea: i mercati finanziari, il mercato delle comunicazioni elettriche, il mercato elettrico.

Tale situazione fa sorgere, inevitabilmente, un’incertezza sulla qualificazione dei poteri di regolazione.

Pertanto, già una prestigiosa dottrina³⁰ aveva presagito che *«è stata scaricata sull’ANAC un’amplissima responsabilità di carattere politico, da svolgere attraverso la ponderazione dell’interesse pubblico alla prevenzione della corruzione (di cui è depositaria) con l’interesse al buon funzionamento delle procedure relative ai contratti pubblici ed alla corretta esecuzione di essi, assicurando al contempo il principio comunitario di concorrenza»*³¹.

²⁸ Sul punto cfr. S. Caldarelli, *Digitalizzazione delle procedure e delle comunicazioni*, in M.A. Sandulli – R. De Nictolis (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici. Volume II. Soggetti. Qualificazione. Regole comuni alle procedure di gara*, pagg. 281 e ss.

²⁹ Sul punto è superba l’interpretazione fornita da S. Cassese nell’intervista fornita per ItaliaOggi, a cura di M. Biscella, del 14 luglio 2020, in cui si è pronunciato così *«Si sono confusi interventi di emergenza con semplificazioni»*.

³⁰ Cfr. N. Longobardi, *L’Autorità nazionale anticorruzione e la nuova normativa sui contratti pubblici*, 14 giugno 2016, pag. 18.

³¹ Sul punto cfr. anche R. Greco, *Il ruolo dell’ANAC nel nuovo sistema degli appalti pubblici*, 29 dicembre 2016, in cui ha affermato che *«l’approccio dell’ANAC è stato giudicato alquanto astratto, malgrado l’esperienza pratica che dovrebbe derivare dall’assorbimento della soppressa AVCP, al punto da spingere a domandarsi se sia stato saggio*

Un'altra autorevole dottrina³² ha osservato che *«l'Anac, per sopravvivere come autorità che tratta la materia dei contratti pubblici, dovrebbe abbandonare le funzioni di prevenzione della corruzione, che potrebbero essere lasciate in capo a un'Autorità separata. E dovrebbe, la nuova Autorità dei contratti pubblici, avere come principale missione non già quella di 'vigilare' sugli appalti come in passato, ma, anzitutto, il favorire la positiva conclusione delle procedure di appalto e di assistere a questo scopo le stazioni appaltanti»*.

I problemi che affliggono il settore dei contratti pubblici sono tanti: troppe stazioni appaltanti, troppe giurisdizioni, troppi regolatori e troppe norme.

La cura potrebbe essere, innanzitutto, il superamento del sistema attuale fondato su ben 45 atti attuativi e la conseguente sostituzione di essi con un unico Regolamento di attuazione.

Inoltre, il sistema della contrattualistica pubblica ormai non funziona più e per tale ragione si tende sempre a ricorrere all'amministrazione commissariale ex art. 214, comma 4, del codice del 2016 e ex art. 4 della L. 55 del 2019. Il primo, infatti, stabilisce che *«al fine di agevolare, sin dall'inizio della fase istruttoria, la realizzazione di infrastrutture e di insediamenti prioritari, il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, sentiti i Ministri competenti, nonché i Presidenti delle regioni o province autonome interessate, propone al Presidente del Consiglio dei ministri la nomina di commissari straordinari, i quali seguono l'andamento delle opere e provvedono alle opportune azioni di indirizzo e supporto promuovendo anche attività di prevenzione dell'insorgenza dei conflitti e dei contenziosi anche con riferimento alle esigenze delle comunità locali, nonché le occorrenti intese tra i soggetti pubblici e privati interessati»*³³.

Secondo questo Autore, l'amministrazione commissariale delle grandi opere ridurrebbe la concorrenza e la corruzione a causa dell'eccessivo formalismo delle gare. Infatti, *«in che modo un'autorità che deve prevenire la corruzione può assolvere il suo compito nel campo degli appalti pubblici? La risposta è stata tanto semplice quanto perentoria: aumentando le gare e riducendo la discrezionalità delle stazioni appaltanti, facendo così delle gare e del procedimento lo strumento per prevenire la corruzione»*.

scaricare su tale soggetto una così ampia responsabilità politica, in assenza di una chiara definizione di ruoli e competenze».

³² Cfr. F. Cintioli, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del c.d. precontenzioso e sulle raccomandazioni di ANAC*, in *Dir. proc. Amm.*, II. 2017, pag. 118.

³³ Ciò è stato utilizzato, di recente, nella ricostruzione del Ponte Morandi a Genova. Infatti, il D.L. n. 109 del 2018, convertito in L. 130 del 2018, ha disposto una serie di misure urgenti per ricostruire le infrastrutture danneggiate dopo il crollo del Ponte Morandi. La realizzazione è stata, appunto, affidata ad un commissario straordinario che fu M. Bucci, sindaco di Genova.

L'auspicio, dunque, è che si possa semplificare davvero il settore dei contratti pubblici e la relativa normativa codicistica «*traslando la disciplina specialistica del Codice in un emanando regolamento al fine di rendere il Codice più intellegibile e meno tecnico-operativo*»³⁴. Il codice ha bisogno di una “ripulita” normativa che possa dare certezza e stabilità ai rapporti giuridici³⁵.

Alla luce del nuovo decreto Semplificazioni, ci si chiede, dunque, se converrebbe riscrivere *in toto* il codice ovvero apportare alcune modifiche.

La risposta a tale interrogativo è stata fornita da una illustre dottrina che ha specificato come «*nel settore degli appalti pubblici il principale impulso alla revisione delle norme nazionali proviene sempre dall'ordinamento UE il quale, ormai da alcuni decenni, invece di perseguire l'obiettivo della definitiva stabilizzazione e del consolidamento degli istituti di settore per un tempo indefinito, si muove piuttosto nella diversa logica del consolidamento di medio periodo (su un arco temporale solitamente pari circa a dieci anni)*»³⁶.

Pertanto, sarebbe sconveniente procedere ad una integrale riscrittura del codice poiché «*in un'ottica probabilistica, il prossimo Codice non sarebbe emanato prima di un paio di anni dalla delega del Legislatore nazionale (dunque orientativamente nel 2022), allorquando sarà presumibile che il Legislatore europeo avrà già avviato i negoziati per l'adozione del prossimo pacchetto normativo europeo, la cui adozione si collocherà prevedibilmente entro il 2024*»³⁷.

³⁴ Cfr. F. Cusano, *La recente torre di Babele dei contratti pubblici: la pace sol cercando io vo'*, in federalismi.it, n. 32 del 2020, pag. 74.

³⁵ Cfr. F. Ciontoli, op cit., pag. 97 e ss., in cui afferma che «*si è puntato sulla riduzione complessiva degli articoli, ma si è trascurato che quel che conta sono le norme. Se in un articolo inserisco, anziché solo tre commi dedicati organicamente a un certo istituto, altri quattro commi, di cui due dedicati a una questione differente e altri due a una questione ancora diversa, in un solo articolo avrò ovviamente collocato non più una bensì tre 'norme'. È accaduto che alcune delle norme presenti nel regolamento del 2010 siano state in verità collocate direttamente nel codice, perché si trattava di istituti necessari e che non potevano essere lasciati alla futura produzione di linee guida. Questo però ha gonfiato il codice e, soprattutto, questo è accaduto in maniera non sempre razionale, perché, se una disposizione era in un testo che serviva a sua volta ad attuare il testo principale (il regolamento rispetto al codice), spostandola nel secondo si alterava l'armonia complessiva di un sistema di regole generali. Più in generale, tutto il codice del 2016 ha questa caratteristica: accomunare nei suoi articoli, accanto a una disciplina generale di un certo istituto, propria di quel che un codice dovrebbe essere, una disciplina di aspetti specialissimi, che in precedenza appartenevano al regolamento*».

³⁶ Cfr. C. Contessa, *Codice dei contratti pubblici: è il caso di riscriverlo ora*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2019, pag. 7.

³⁷ Cfr. F. Cusano, op. cit., pag. 75.

Inoltre, anche la Commissione europea³⁸ ha precisato che «*il quadro europeo in materia di appalti pubblici offre agli acquirenti pubblici tutta la flessibilità necessaria per acquistare il più rapidamente possibile beni e servizi direttamente collegati alla crisi da Covid-19*».

In conclusione, si auspica che dopo questa fase emergenziale la flessibilità invocata dalla Commissione europea (si ricordi quanto statuito agli artt. 63 e 163 del codice) possa coinvolgere anche gli istituti più rigidi nell'ottica di una semplificazione e stabilità normativa nel settore della contrattualistica pubblica.

³⁸ Commissione europea, *Comunicazione-Orientamenti sull'utilizzo del quadro in materia di appalti pubblici nella situazione di emergenza connessa alla crisi da Covid-19*, 1 aprile 2020.

