

# Le novità del ‘Decreto semplificazioni’, ovvero: nel settore dei contratti pubblici esiste ancora un ‘Codice’?(\*)

\* \* \*

SOMMARIO - **1.** Il D.L. semplificazioni all’indomani della legge di conversione: alcune considerazioni generali. – **2.** Una pletera di regimi temporali. - **3.** Gli interventi in tema di affidamenti sotto-soglia fra regole ed eccezioni (art. 1) - **4.** ... e quelli in tema di affidamenti sopra-soglia (“*in deroga ad ogni disposizione di legge*”?) (art. 2) - **5.** Raggruppamenti temporanei, verifiche antimafia e protocolli di legalità (artt. 2-*bis* e 3) - **6.** Conclusione dei contratti pubblici, ricorsi giurisdizionali e ulteriori misure in materia di appalti pubblici: un *mix* eterogeneo di disposizioni (artt. 4 e 4-*bis*) - **7.** Le novità in materia di sospensione: cosa cambia nella fase esecutiva (art. 5) – **8.** Rinasce ancora una volta il Collegio consultivo tecnico: che sia la volta buona? (art. 6) - **9.** Le altre disposizioni urgenti in materia di contratti pubblici: quando l’emergenza giustifica l’emergenza e il sistema non entra mai a regime (art. 8). – **10.** Conclusioni.

## 1. Il D.L. semplificazioni all’indomani della legge di conversione: alcune considerazioni generali

*I*l decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76 (convertito con modificazioni dalla legge 11 settembre 2020, n. 120) reca, nella *rubrica legis* un richiamo espresso (anche se non del tutto originale)<sup>1</sup> alle misure urgenti per la semplificazione e per l’incentivazione degli investimenti pubblici e privati nella difficile congiuntura economica determinata (da ultimo *anche*) dall’emergenza pandemica.

Nell’auspicare che il decreto-legge n. 76 del 2020 possa davvero conseguire un obiettivo così ambizioso e generalmente condiviso (anche se talora indecifrabile nei suoi contenuti concreti), ci si limita qui ad osservare che si tratta comunque di un testo-*monstre* che si compone di oltre 470 commi (il che appare di per sé difficilmente conciliabile con l’annunciato obiettivo di semplificazione, se solo si consideri che la sinteticità e la chiarezza dei testi normativi rappresentano da sempre due fra i principali veicoli della semplificazione dell’azione amministrativa nel suo complesso).

Dei sessantacinque articoli che inizialmente componevano il decreto in esame (cui ne sono stati aggiunti altri quarantacinque in sede di conversione, per un totale finale di centocinque), i primi nove riguardano le auspiccate semplificazioni in materia di contratti

---

Il presente articolo riprende ed amplia le considerazioni già svolte nell’ambito di un articolo in corso di pubblicazione sulla Rivista *Urbanistica e appalti*, fasc. 6/2020.

<sup>1</sup> Ci si limita qui ad osservare che, fra il 2012 e il 2020, ben quattordici interventi normativi primari (in particolare: otto leggi ordinarie e sei decreti-legge, compreso quello qui in esame) hanno enunciato nella *rubrica legis* l’obiettivo - sempre dichiarato anche se non sempre realizzato - della semplificazione amministrativa, sino a trasformare talora tale richiamo in una sorta di doverosa - ma sostanzialmente vuota - clausola di stile.

pubblici (e a questo primo gruppo di articoli, in sede di conversione, sono stati aggiunti altri quattro).

E' estremamente difficile rinvenire una linea di indirizzo univoca nell'ambito delle disposizioni in esame: talvolta si tratta di disposizioni che vanno a modificare a regime il testo del 'Codice dei contratti' del 2016, tal'altra si tratta invece di previsioni di carattere temporaneo e derogatorio (destinate a restare al di fuori del testo codicistico). Numerosi e differenziati sono inoltre i regimi temporali e i periodi transitori (tale aspetto sarà esaminato nel paragrafo seguente).

In alcuni casi (come nel caso del collegio consultivo tecnico di cui all'articolo 6) il Legislatore decide di sostituire *in toto* discipline primarie di cui non era stato ancora possibile saggiare in concreto l'effettiva funzionalità, mentre in altri casi si opta per la proroga di efficacia di alcune disposizioni *ad tempus* del 'Decreto sblocca-cantieri' del 2019, in tal modo palesando una sorta di temporanea rinuncia da parte del Legislatore alla scelta se portare a regime la disciplina di alcuni istituti oggetto di sperimentazione (considerando la stessa conclusa in senso positivo), ovvero se considerare chiusa negativamente tale fase sperimentale, con conseguente abbandono dell'intento di modificare a regime la disciplina di settore.

E' quindi assai difficile districarsi nel complesso ordito normativo delineato dal 'Decreto semplificazioni': a fronte di disposizioni che presentano un carattere certamente fondante nell'economia del testo (si pensi ai primi due articoli, dedicati – rispettivamente - agli affidamenti sotto-soglia e a quelli sopra-soglia) ve ne sono numerosi altri che presentano un carattere episodico e disorganico, mentre in alcuni casi ancora (si pensi alla disciplina degli affidamenti sotto-soglia), il Legislatore introduce *sia* modifiche a regime (quali l'estensione dell'applicazione della c.d. 'clausola sociale')<sup>2</sup>, *sia* discipline destinate ad operare secondo un orizzonte temporale delimitato.

Se, in definitiva, l'intento perseguito dal Legislatore del 2020 era quello di semplificare la disciplina normativa in materia di contratti pubblici e, per tale via, fornire un impulso decisivo per lo sviluppo di questo cruciale settore dell'economia pubblica (con evidente finalità anticiclica e di sviluppo complessivo del settore), occorre rilevare sin da subito che almeno il primo di tali obiettivi risulta non conseguito in quanto il complessivo quadro normativo che emerge all'esito della conversione in legge del 'Decreto semplificazioni' comporta un rilevante incremento – in termini numerici - dei testi normativi di riferimento e l'accentuata frammentazione dei regimi giuridici, sia in senso contenutistico, sia in senso cronologico.

A questa considerazione di fondo se ne aggiunge necessariamente un'altra, che riguarda il ruolo stesso del 'Codice' nell'ambito della complessiva disciplina in materia di appalti pubblici e concessioni che emerge all'indomani del 'Decreto semplificazioni'.

La legge delega n. 11 del 2016 aveva riposto nell'emanando 'Codice' aspettative certamente ambiziose e aveva previsto che esso recasse una complessiva opera di «ricognizione e riordino del quadro normativo vigente nelle materie degli appalti pubblici e dei contratti di concessione, al fine di conseguire una (...) razionalizzazione del complesso delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative vigenti e un più elevato livello di certezza del diritto e di semplificazione dei procedimenti (...)»<sup>3</sup>.

Si trattava di obiettivi ambiziosi ma, tutto sommato, pienamente in linea con l'idea diffusa di codificazione che, nella logica del razionalismo giuridico, si è affermata in Europa

---

<sup>2</sup> In tal senso l'articolo 8, comma 5, lettera *0a-bis*).

<sup>3</sup> Si tratta del criterio di delega di cui all'articolo 1, comma 1, lettera *d*) della l. 11 del 2016.

sin dal XVIII secolo. Ci si limita qui a richiamare il pensiero di Natalino Irti, secondo cui la *ratio* stessa di qualunque attività di codificazione giuridica consiste, in ultima analisi, nell'esigenza di «mettere ordine nelle cose, cogliere fili sottili di raccordo, raggruppare le leggi con criteri di stabilità e unità»<sup>4</sup> e di farlo in un orizzonte temporale tendenzialmente indefinito.

Si è avuto altrove modo di osservare<sup>5</sup> che, nel settore degli appalti e delle concessioni, gli obiettivi tipici di qualunque intervento di codificazione devono essere necessariamente modulati in ragione del carattere temporalmente *non indefinito* della disciplina di riferimento. Ed infatti, in tale settore, l'orizzonte temporale di qualunque disciplina coincide con quello (tendenzialmente, decennale) della normativa UE di riferimento, ragione per cui anche il migliore dei 'Codici' possibili – e quello vigente di certo non lo è – non può aspirare a una *vita operativa utile* superiore a circa dieci anni.

Ma, se le cose stanno così (e se è vero – come è vero – che il 'Decreto semplificazioni' introduce nell'ordinamento un complesso sub-sistema di carattere derogatorio e temporalmente proiettato fino alla fine del 2021), l'effetto è che il 'Codice dei contratti pubblici' del 2016 giungerà ad oltre la metà del proprio ciclo operativo senza aver consegnato agli operatori un sistema di norme stabile e ben delimitato, ma – al contrario – delineando un sistema normativo ancora frammentato, privo di effettivi principi ispiratori, e di una chiara distinzione di ambiti fra le regole e le eccezioni. Si tratta inoltre di un sistema ancora largamente incompiuto nei suoi stessi elementi costitutivi, se solo si pensi che il Legislatore (già con il 'Decreto sblocca-cantieri' del 2019) ha sancito nei fatti la conclusione dell'esperimento normativo basato sul carattere centrale delle 'Linee guida' dell'ANAC ma che, a distanza di oltre un anno da tale scelta, non vi è ancora alcuna certezza circa il momento in cui il nuovo Regolamento unico potrà essere adottato ed entrare in vigore.

E va qui sottolineato che le criticità appena richiamate non riguardano – se non in minima parte – la qualità normativa *in se* del nuovo 'Codice' (sulla quale, pure, molto si è scritto). Al contrario, tali criticità derivano in modo diretto da scelte di politica legislativa – per così dire – 'esogene' rispetto al testo del 'Codice', il cui effetto è quello di privare il Decreto n. 50 del 2016 di un'effettiva centralità nell'ambito della disciplina di settore e di eroderne di fatto gli spazi operativi attraverso un importante complesso di limitazioni e deroghe di carattere sia oggettuale che temporale.

Si tratta di una tendenza che era già emersa in modo evidente con il 'Decreto sblocca-cantieri' del 2019 ma che risulta vieppiù rafforzata all'indomani del 'Decreto semplificazioni' del 2020: per effetto degli interventi dell'ultimo biennio, infatti, l'operatore del settore degli appalti pubblici e delle concessioni non può più avvicinarsi al testo del 'Codice' con la ragionevole aspettativa di trovare in esso le risposte di suo interesse, ma deve – al contrario – andare a ricostruire l'effettivo quadro normativo attraverso un complesso *iter* di ricomposizione del *patchwork* normativo nel cui ambito il testo del 'Codice' rappresenta *uno soltanto* degli elementi di riferimento (e non sempre il più importante).

Si pensi – solo a mo' di esempio – alla vicenda dell'appalto integrato di cui all'articolo 59 del 'Codice'. Al di là di qualunque giudizio di valore circa le scelte del Legislatore, la scelta di fondo del 'Codice' del 2016 era chiaramente nel senso di limitare notevolmente (se

---

<sup>4</sup> N. IRTI, *Legislazione e codificazione*, in: *Enc. Scienze sociali Treccani*, 1966 (*ad vocem*).

<sup>5</sup> C. CONTESSA, *Codice dei contratti pubblici: è il caso di riscriverlo ora?*, in: [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it) (2019).

non di vietare *tout-court*) il ricorso agli appalti misti di progettazione ed esecuzione. Il decreto correttivo del 2017 ha poi in parte attenuato il rigore di tale principio.

In seguito, i decreti del 2019 e del 2020 (pur senza abrogare in modo espresso il divieto, che resta espressamente sancito nel testo dell'articolo 59) ne hanno in qualche modo 'congelato' la portata, re-introducendo in modo sostanzialmente generalizzato (e almeno fino al dicembre del 2021) la possibilità per le amministrazioni di fare ricorso all'appalto integrato.

L'effetto è che l'operatore il quale si interroghi oggi circa la possibilità o meno di dare corso a un appalto integrato e che cerchi comprensibilmente nel 'Codice' la risposta al suo dubbio, rinviene in quest'ultimo una risposta non corretta e non esaustiva, essendo rimessa alla sua cura e competenza la ricerca nell'ordinamento di altre disposizioni (si badi: non richiamate dal 'Codice') che fissano le eccezioni al principio codicistico e la relativa portata oggettiva e temporale.

Va inoltre aggiunto che, mentre il 'Decreto sblocca-cantieri' del 2019 si muoveva nella logica (tutto sommato, comprensibile) di introdurre nell'Ordinamento alcune disposizioni temporanee e derogatorie, di saggiarne la funzionalità e – in caso di esito favorevole – di far transitare tali disposizioni 'a regime' nel testo del Decreto n. 50, al contrario il 'Decreto semplificazioni' del 2020 sembra abbandonare tale impostazione, per sostituirla puramente e semplicemente con quella fondata su una pletora di deroghe *ad tempus*, ispirate alla pura logica emergenziale.

In tale scenario il testo del 'Codice' cessa, quindi, di rappresentare la *bussola* di riferimento per gli operatori del settore ma diviene nei fatti una sorta di 'anello debole' di una serie di sub-sistemi derogatori e provvisori nel tempo, il cui effetto combinato è quello di fare del 'Codice' il testo cedevole per eccellenza e, quindi di privare di utilità la stessa attività di codificazione.

In definitiva (e, ancora una volta, a prescindere da qualunque giudizio di valore circa la qualità delle disposizioni introdotte nel corso del 2020), è del tutto lecito domandarsi se, allo stato attuale di evoluzione dell'Ordinamento, il settore degli appalti pubblici e delle concessioni rinvenga ancora nel 'Codice' la parte più organica ed essenziale della disciplina e se, in definitiva, in tale settore possa davvero dirsi esistente una codificazione in senso proprio.

## 2. Una pletora di regimi temporali

Uno degli elementi che rende particolarmente frastagliato il quadro normativo delineato dal 'Decreto semplificazioni' del 2020 è rappresentato dal carattere estremamente diversificato nel tempo dei regimi giuridici che esso introduce.

Si tratta di un ulteriore elemento di complessità che rende ancora più difficoltoso per l'interprete districarsi fra le disposizioni di riferimento e individuare di volta in volta quella effettivamente applicabile in relazione a una determinata fattispecie<sup>6</sup>.

Il Decreto n. 76, in particolare, introduce ben sette regimi normativi differenziati per quanto riguarda l'efficacia temporale delle disposizioni introdotte.

Più nello specifico, il decreto in questione contempla:

---

<sup>6</sup> Sul punto: I. MADEO, P. MELANDRO, *Dal decreto negli appalti calendario a sei velocità*, in: *Il Sole-24Ore* 23 settembre 2020.

- i) disposizioni che trovano applicazione per le procedure il cui atto inditivo sia stato adottato in una data compresa fra quella di entrata in vigore del decreto e il 31 dicembre 2021 (come ad esempio quelle in materia di affidamenti sotto-soglia di cui all'articolo 1);
- ii) disposizioni che trovano applicazione sia per le procedure di gara già indette alla data di entrata in vigore del decreto, sia per quelle indette successivamente – e fino al 31 dicembre 2020 – (come ad esempio quelle in tema di riduzione dei termini procedurali di cui all'articolo 8, comma 1);
- iii) disposizioni che trovano applicazione per le procedure in relazione alle quali il termine di presentazione delle offerte sia scaduto alla data del 22 febbraio 2020 (ci si riferisce, in particolare, all'obbligo di aggiudicare tali procedure entro il 31 dicembre 2020, secondo quanto previsto dall'articolo 8, comma 2);
- iv) disposizioni che trovano applicazione per gli appalti di lavori che fossero già in corso alla data di entrata in vigore del decreto (come ad esempio la previsione in tema di anticipata adozione dello stato di avanzamento dei lavori ai sensi dell'articolo 8, comma 4);
- v) disposizioni che trovano applicazione per le procedure avviate in una data compresa fra quella di entrata in vigore del decreto e il 31 dicembre 2023 (come la deroga alle previsioni in tema di *débat public* di cui all'articolo 8, comma 6-*bis*);
- vi) disposizioni che prorogano nel tempo la sospensione di taluni istituti codicistici che era stata già disposta dal 'Decreto sblocca-cantieri' del 2019 (come ad esempio quella in tema di sospensione del divieto di appalto integrato di cui all'articolo 8, comma 7);
- vii) disposizioni che modificano a regime il testo del 'Codice dei contratti pubblici' del 2016 (come quelle in tema di regolarità fiscale e contributiva dei concorrenti di cui all'articolo 8, comma 5, lettera b))

Il quadro normativo che ne emerge (e a prescindere da qualunque valutazione circa il merito delle singole previsioni) risulta quindi particolarmente complicato non solo dal punto di vista contenutistico, ma anche dal punto di vista dell'esatta individuazione del regime temporale di riferimento.

### **3. Gli interventi in tema di affidamenti sotto-soglia fra regole ed eccezioni (art. 1)**

L'articolo 1 del 'Decreto semplificazioni' è dedicato alle *'procedure per l'incentivazione degli investimenti pubblici durante il periodo emergenziale in relazione all'aggiudicazione dei contratti pubblici'*.

Per ragioni di semplicità espositiva, nell'esaminare la disposizione in esame (così come le successive) ci si baserà sul testo rinveniente delle modifiche apportate in sede di conversione da parte del Parlamento, non prendendo invece in considerazione – salvo che ciò risulti necessario ai fini espositivi – l'originario testo del decreto-legge.

Una prima considerazione di ordine generale riguarda l'impostazione di fondo del 'Codice' del 2016 per ciò che riguarda la disciplina degli affidamenti sotto-soglia. Al riguardo è nota la profonda diversità di impostazione che, in materia di affidamenti per importi inferiori alle soglie UE, caratterizza il Decreto n. 50 del 2016 rispetto al previgente 'Codice de Lise'. In particolare, mentre il Legislatore del 2006 aveva optato per una sostanziale assimilazione – ai fini disciplinari – fra i due ambiti (e ciò, all'evidente fine di

incrementare il rigore applicativo e i controlli anche negli appalti di minori dimensioni), ben diversa è stata la scelta operata con il Codice del 2016 il quale – fin dalla sua iniziale stesura – ha introdotto una disciplina notevolmente differenziata fra i due ambiti<sup>7</sup>.

Nei primi anni di vigenza del nuovo ‘Codice’ era tuttavia emersa una discrasia piuttosto evidente fra

- (da un lato) le previsioni normative primarie in tema di affidamenti sotto-soglia, che risultavano effettivamente ispirate ad obiettivi di accentuata semplificazione (si pensi alla concisa previsione della possibilità di procedere con affidamenti diretti per importi fino a 40mila euro – articolo 36, comma 2, lettera a)) e
- (dall’altro), la disciplina introdotta dall’ANAC con le Linee guida n. 4, le quali comportavano invece una accentuata ri-procedimentalizzazione per affidamenti che, al contrario, il Legislatore aveva inteso fortemente semplificare (basti pensare all’articolata disciplina procedurale delineata dalle Linee guida in questione anche per gli affidamenti di importo inferiore a 40mila euro).

Il ‘Decreto sblocca-cantieri’ del 2019 è intervenuto sulla materia in esame prendendo le mosse da un dichiarato obiettivo di semplificazione ma – come sovente accade – ha finito invece per rendere più complesso e articolato il quadro di riferimento (basti pensare che, se prima del Decreto n. 32 le possibili tipologie di affidamenti sotto-soglia erano soltanto quattro, al contrario, all’indomani dell’intervento del 2019 tali tipologie erano divenute cinque).

Il ‘Decreto semplificazioni’ del 2020 prosegue, quindi, sulla strada dell’accentuata diversificazione (e con l’evidente intento di snellire ulteriormente gli affidamenti sotto-soglia), ma lo fa ancora una volta attraverso interventi non organici e ispirati talvolta da logiche difficili da ricondurre a un fattore comune.

Va innanzitutto osservato che il Decreto n. 76 del 2020 ha inciso in due modi sulla disciplina degli affidamenti di cui all’articolo 36 del ‘Codice’:

- attraverso modifiche a regime della relativa disciplina (in tal senso l’articolo 8, comma 5, lettera *0a-bis*), che ha generalizzato per l’intero ambito degli affidamenti sotto-soglia l’obbligo di inserire la clausola sociale nei bandi, negli avvisi e negli inviti – in precedenza vi era soltanto una facoltà in tal senso -);
- attraverso una speciale disciplina derogatoria (quella di cui all’articolo 1, appunto) destinata ad operare per le procedure di affidamento in cui la determina a contratte o l’altro atto di avvio siano adottati in una data compresa fra quella di entrata in vigore del Decreto n. 76 e il 31 dicembre 2021.

La disciplina in questione, per espressa previsione di legge, mira «*[ad] incentivare gli investimenti pubblici nel settore delle infrastrutture e dei servizi pubblici, nonché [a] far fronte alle ricadute economiche negative a seguito delle misure di contenimento e dell'emergenza sanitaria globale del COVID-19*». L’indicazione delle finalità sottese all’intervento normativo (in via generale escluso dai manuali di legistica) accomuna la disciplina del ‘Decreto semplificazioni’ per ciò che riguarda il sotto-soglia e il sopra-soglia (ed infatti la formula utilizzata è in entrambi i casi equivalente).

---

<sup>7</sup> Va qui ricordato, del resto, che la legge delega n. 11 del 2016 aveva fissato uno specifico criterio direttivo (articolo 1, comma 1, lettera g)), volto all’introduzione di «*una disciplina applicabile ai contratti pubblici di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria e di una disciplina per l'esecuzione di lavori, servizi e forniture in economia ispirate a criteri di massima semplificazione e rapidità dei procedimenti, salvaguardando i principi di trasparenza e imparzialità della gara*».

E' interessante osservare che la disposizione in esame antepone – al fine di giustificare l'intervento derogatorio in materia di affidamenti pubblici – gli effetti negativi causati dalle misure di contrasto alla pandemia a quelli sortiti dalla pandemia in quanto tale.

L'evidente finalità del comma 1 è quella di accelerare in massimo grado la tempistica delle procedure di affidamento. Viene a tal fine previsto che (salve le ipotesi di sospensione degli atti di gara disposta dal Giudice amministrativo) l'aggiudicazione o l'individuazione definitiva del contraente deve avvenire entro il termine di due mesi dall'avvio della procedura ovvero – per i soli affidamenti di valore superiore a 150mila euro – entro quello di quattro mesi.

Risulta invece ispirata ad evidenti finalità di monito la previsione secondo cui il mancato rispetto dei richiamati termini – ovvero la mancata tempestiva stipula del contratto e/o il tardivo avvio della sua esecuzione – possono essere valutati ai fini della responsabilità del RUP per danno erariale ai sensi della legge n. 20 del 1994 «*e, qualora imputabili all'operatore economico, costituiscono causa di esclusione dell'operatore dalla procedura o di risoluzione del contratto per inadempimento, che viene senza indugio dichiarata dalla stazione appaltante e opera di diritto*».

La previsione suscita perplessità per almeno tre ragioni: *i*) in primo luogo in quanto l'eventuale condotta dolosa o gravemente colposa del RUP che abbia cagionato un nocimento all'amministrazione costituirebbe *comunque* fonte di responsabilità per danno erariale (*i.e.*: anche a prescindere dall'introduzione nell'Ordinamento di una disposizione quale quella qui in esame, la quale finisce per ingenerare possibili confusioni fra gli interpreti); *ii*) in secondo luogo perché la stessa disposizione non fornisce un parametro temporale certo al quale ancorare il giudizio di 'non tempestività' della stipula (il che sarebbe stato quanto mai importante in considerazione delle gravi conseguenze connesse al ritardo nella stipula); *iii*) in terzo luogo perché, se la finalità cui mira il legislatore è quella di accelerare le procedure di gara e l'esecuzione dei contratti, non appare del tutto coerente prevedere che – in caso di ritardi – il contratto (sia pur tardivamente, firmato) venga senz'altro risolto, in tal modo assoggettando la stazione appaltante a tutti gli ulteriori costi – anche amministrativi – connessi all'individuazione di un nuovo contraente. La soluzione al problema individuata dal Legislatore, in tal caso, rischia di tradursi essa stessa in un problema.

Sempre restando sul tema della responsabilità per danno erariale del RUP il quale abbia (con condotta gravemente colposa) cagionato un ritardo nell'aggiudicazione del contratto o nell'avvio della sua esecuzione, occorre osservare che la disposizione in esame appare complessivamente coerente con la recente modifica della disciplina in tema di responsabilità per danno erariale di cui all'articolo 23 del medesimo 'Decreto semplificazioni'<sup>8</sup>.

Ed infatti

- se (per un verso) è vero che l'articolo 23, cit. ha - in qualche misura – *sterilizzato* l'operatività dell'istituto stesso della responsabilità per danno erariale (limitandola, nel corso di un periodo transitorio che cesserà al 31 dicembre 2021, alle sole ipotesi di comportamento doloso del funzionario pubblico);
- è altresì vero che tale sterilizzazione ha riguardato le sole ipotesi di responsabilità derivanti da condotte commissive, lasciando invece inalterato il meccanismo di

---

<sup>8</sup> Sulle modifiche apportate dal 'Decreto semplificazioni' alla disciplina in tema di danno erariale, v. M.A. SANDULLI, *Le principali novità del decreto semplificazioni in materia di Contratti pubblici*, in: [www.lamministrativista.it](http://www.lamministrativista.it) (luglio 2020).

responsabilità amministrativa connesso alle condotte caratterizzate da inerzia, come quelle di cui all'articolo 1 del 'Decreto semplificazioni', appunto.

Il comma 2 dell'articolo 1 individua le tipologie di procedure che sono utilizzabili per gli affidamenti sotto-soglia nel corso del richiamato periodo emergenziale transitorio.

In questo caso il Decreto n. 76 ha in effetti ridotto notevolmente il numero di possibili tipologie di affidamento, riducendole da cinque (per come stabilito dal Decreto 'sbloccacantieri' del 2019) a due. E' stata inoltre eliminata la controversa figura della *procedura negoziata semplificata* (impropriamente denominata '*affidamento diretto*') che la normativa del 2019 aveva riservato agli appalti di lavori di importo fino a 150mila euro e a quelli di servizi e forniture di importo compreso fino alle soglie di rilevanza UE.

Il Decreto semplificazioni stabilisce ora che le procedure utilizzabili sono:

- a) l'affidamento diretto 'puro', per lavori fino a 150mila euro e per servizi e forniture fino a 75mila euro<sup>9</sup>;
- b) la procedura negoziata senza la previa pubblicazione di un bando di cui all'articolo 36 (previa consultazione di almeno cinque operatori economici ed applicando un criterio di rotazione degli inviti), utilizzabile per l'affidamento di appalti di lavori di importo compreso fra 150mila e 350mila euro, nonché per l'affidamento di servizi e forniture di importo compreso fra 75mila euro e le soglie di rilevanza UE. Per quanto riguarda gli appalti di lavori, la medesima procedura può essere utilizzata per affidamenti fino a un milione di euro (ma in tal caso andranno consultati almeno dieci operatori), ovvero per quelli di importo compreso fra un milione di euro e la soglia di rilevanza UE di 5,35 milioni di euro (in tal caso andranno consultati almeno quindici operatori).

La nuova previsione suscita almeno tre riflessioni.

In primo luogo ci si domanda se, nella vigenza dell'articolo qui in esame, le stazioni appaltanti potranno comunque ricorrere alle procedure ordinarie (es.: gara aperta, procedura negoziata con bando) ai fini dell'affidamento di appalti sotto-soglia.

Il dato testuale sembrerebbe avvalorare la soluzione negativa, in considerazione del fatto che il comma 2 sembra ammettere soltanto le due tipologie di affidamento dinanzi descritte. Dal punto di vista sistematico, tuttavia, appare preferibile la soluzione secondo cui la normativa emergenziale del 2020 mette a disposizione delle amministrazioni alcune tipologie di affidamenti le quali, pur risultando derogatorie rispetto alle forme ordinarie, non si sostituiscono integralmente ad esse e non impediscono alle stazioni appaltanti di fare ricorso a queste ultime, al ricorrere delle condizioni di legge e quando le stesse risultino più confacenti alle esigenze delle stesse stazioni appaltanti.

In secondo luogo viene abbandonata – per ora soltanto *ad tempus* – l'impostazione che aveva caratterizzato fino a tempi molto recenti normativa nazionale in tema di appalti e concessioni: quella, cioè, di prevedere al livello nazionale l'integrale applicazione della disciplina eurocomune in tema di appalti di lavori sopra-soglia già per gli affidamenti di importo superiore a un milione di euro (l'impostazione in parola, come è noto, era ispirata dall'intento di garantire per tali affidamenti un livello particolarmente elevato di garanzie procedurali e di controlli). Sotto tale aspetto – e a prescindere da qualunque giudizio di valore sulla scelta normativa da ultimo effettuata – si osserva che l'opzione legislativa seguita dal Legislatore del 2020 attenua in qualche misura l'approccio di massimo rigore che aveva caratterizzato fino a tempi recenti l'impianto codicistico nel suo complesso.

---

<sup>9</sup> La medesima procedura è altresì utilizzabile per l'affidamento di servizi di ingegneria ed architettura, nonché per l'attività di progettazione.

In terzo luogo rappresenta certamente un ‘fuor d’opera’ difficilmente comprensibile la previsione finale del comma 2, secondo cui le stazioni appaltanti devono dare notizia dell’avvio (e non solo degli esiti) delle procedure negoziate senza bando ivi disciplinate *«tramite pubblicazione di un avviso nei rispettivi siti internet istituzionali»*. Sembra, infatti, che tale previsione risulti distonica rispetto all’intento di avvalersi *in toto* del potenziale in termini di semplificazione connesso all’utilizzo delle procedure negoziate senza bando: il Legislatore sembra in tal modo aver delineato una figura del tutto innovativa e in parte ibrida (quella della procedura negoziata *senza bando ... ma allo stesso tempo con bando*).

Dall’esame del comma 2 emerge inoltre una evidente tensione dialettica fra gli obiettivi/valori della legalità, della concorrenza e dell’efficienza, con l’evidente difficoltà di rinvenire un punto di equilibrio bilanciato il quale consenta di valorizzare il terzo di essi – l’efficienza - senza incidere in modo eccessivamente preclusivo sui primi due (si veda al riguardo la relazione presentata dal Presidente dell’ANAC in sede di audizione presso le Camere in occasione dei lavori di conversione del Decreto-legge n. 76)<sup>10</sup>.

Il comma 3 dell’articolo 1 è una disposizione dal contenuto composito ma di indubbio interesse: essa stabilisce che gli affidamenti diretti di cui al precedente comma 2, lettera a) possono essere realizzati attraverso una determina a contrarre che contenga gli elementi – invero numerosi – di cui all’articolo 32, comma 2 del ‘Codice’ (ivi compresa l’indicazione dell’oggetto dell’affidamento, dell’importo, del nominativo del contraente, delle ragioni della scelta, nonché del possesso – da parte sua – nei necessari requisiti di ordine soggettivo e oggettivo). Il principale valore aggiunto della previsione in questione consiste probabilmente nell’aver confermato che anche gli affidamenti diretti di cui al decreto semplificazioni richiedono una motivazione puntuale circa le ragioni della scelta.

Il medesimo comma 3 – confermando una scelta invero già operata dal Decreto sblocca-cantieri del 2019 – garantisce la piena equiparazione del criterio del prezzo più basso a quello dell’offerta economicamente più vantaggiosa, in tal modo apparentemente esentando la stazione appaltante dal rendere una motivazione puntuale in ordine al criterio di volta in volta prescelto.

Una scelta così netta suscita perplessità in relazione alle ipotesi in cui l’affidamento abbia ad oggetto lavori di rilevante importo (importo che, dopo la novella del 2020, può arrivare fino a circa cinque milioni di euro, ossia poco al di sotto della soglia di rilevanza UE): in tali casi appare poco opportuno aver consentito in modo indistinto l’utilizzo di un criterio di aggiudicazione – quello del prezzo più basso, appunto – il quale non consente di valorizzare le componenti qualitative dell’offerta.

Ci si domanda, inoltre, quali siano i rapporti fra la previsione in esame e l’articolo 95, comma 3 del ‘Codice’ (il quale – come è noto – indica le ipotesi in cui è comunque obbligatorio ricorrere al criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, restando preclusa l’opzione per il prezzo più basso).

Una parte degli osservatori (ivi compresa la stessa ANAC)<sup>11</sup> ritiene che il Decreto semplificazioni consenta ora di derogare – per il ‘sotto-soglia’ – anche alle ipotesi di riserva legale per il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa. Altri osservatori invece (e in modo più persuasivo) ritengono che la previsione di cui all’articolo 95, comma 3 rechi

---

<sup>10</sup> Il testo in questione, presentato in occasione dell’audizione presso le Commissioni riunite VIII – Lavori pubblici, comunicazioni - e I – Affari costituzionali – del Senato è reperibile al sito dell’Autorità ([www.anticorruzione.it](http://www.anticorruzione.it)).

<sup>11</sup> In tal senso la richiamata Relazione al Parlamento, pag. 4.

un principio di valenza generale (ispirato alla tutela di valori di carattere sovraordinato) e che risulti, quindi, insuscettibile di deroghe.

Il comma 3 dell'articolo 1 stabilisce infine che, nel caso di appalti sotto-soglia per i quali si applichi il criterio del prezzo più basso, le stazioni appaltanti procedono all'esclusione automatica delle offerte anomale ai sensi dell'articolo 97. Si tratta, invero, di una previsione in larga parte già contenuta nell'articolo 97, comma 8 del 'Codice': l'unica apparente differenza consiste nel fatto che, in base al 'Codice', l'esclusione automatica non può operare in caso di un numero di offerte ammesse inferiore a dieci, mentre in base al Decreto semplificazioni tale numero minimo viene ridotto a cinque.

Ci si limita qui a ricordare che, già dal maggio del 2008, la Corte di giustizia<sup>12</sup> ha avuto modo di dichiarare l'illegittimità *de iure communitario* delle ipotesi di esclusione automatica delle offerte anomale. Tale pronuncia, però, reca un vincolo per il Legislatore nazionale soltanto per ciò che riguarda gli appalti sopra-soglia e per quelli sotto-soglia aventi rilievo transfrontaliero. Al contrario, essa non può recare alcun vincolo per quanto riguarda gli appalti sotto-soglia privi di un tale rilievo.

Sotto tale aspetto non può non rilevarsi la lacuna che contraddistingue *in parte qua* il 'Decreto semplificazioni', il quale consente la richiamata esclusione automatica, senza limitarla però (come invece avrebbe dovuto e come è stato fatto nell'ambito del vigente articolo 97, comma 8) alle sole ipotesi di appalti sotto-soglia privi di rilievo transfrontaliero.

Sempre restando alle previsioni di cui all'articolo 1 del Decreto semplificazioni, mette qui conto richiamare:

- il comma 4, in base al quale per gli affidamenti di cui all'articolo qui in commento non sono richieste le garanzie provvisorie di cui all'articolo 93 del 'Codice' (salvo che ricorrano particolari esigenze che ne giustifichino la richiesta e che devono essere puntualmente indicate nell'atto che dà avvio alla procedura). Nel caso in cui la garanzia provvisoria sia comunque richiesta, l'importo è dimezzato rispetto a quanto richiesto in via ordinaria ai sensi del richiamato articolo 93;
- il comma 5-*bis* (introdotto in sede di conversione), il quale modifica l'articolo 36 del 'Codice' e stabilisce che, nel caso degli affidamenti diretti per importi fino a 40mila euro (articolo 36, comma 1, lettera a)), la pubblicazione dell'avviso sui risultati della procedura di affidamento non è obbligatoria. La particolarità è che tale disposizione (la quale modifica a regime il testo del 'Codice') risulta inspiegabilmente collocata fra le disposizioni *ad tempus* dell'articolo 1 del Decreto n. 76. Inoltre, tale disposizione risulta di fatto distonica rispetto al comma 2 dello stesso articolo 1 il quale – contrariamente a quanto previsto dal comma 5-*bis* – impone per le gare indette nel biennio 2020-2021 la pubblicazione dell'avviso sui risultati.

Va infine segnalato il comma 5-*bis* (anch'esso introdotto in sede di conversione) il quale, al dichiarato fine di incentivare e semplificare l'accesso delle micro, piccole e medie imprese alla liquidità necessaria per superare gli effetti dell'emergenza sanitaria, stabilisce che le disposizioni derogatorie di cui all'articolo in commento trovino applicazione anche nel caso delle procedure per l'affidamento della gestione di fondi pubblici europei ai sensi dell'articolo 112 del Testo unico bancario del 1993. Ciò sarà possibile solo se gli affidamenti in questione siano comunque di importo inferiore a quelli indicati nell'articolo 35 del 'Codice' (è da ritenere che il valore di soglia qui applicabile sia quello degli appalti di servizi).

---

<sup>12</sup> In tal senso la sentenza della Quarta Sezione della Corte di giustizia dell'UE nei procedimenti riuniti C-147/06 e C-148/06 (*Secap*).

Si tratta di una disposizione evidentemente estranea all'ambito disciplinato dal 'Codice dei contratti' del 2006 e il cui inserimento nel testo della legge di conversione deriva evidentemente da dinamiche interne agli Organi parlamentari, ma senza un'attinenza diretta all'oggetto e agli scopi perseguiti dall'articolo nel cui ambito tale disposizione è stata inserita.

#### **4. ... e quelli in tema di affidamenti sopra-soglia (“in deroga ad ogni disposizione di legge”?)**

L'articolo 2 del Decreto semplificazioni reca disposizioni *ad tempus* e derogatorie in tema di *‘procedure per l’incentivazione degli investimenti pubblici in relazione all’aggiudicazione dei contratti pubblici sopra soglia’*.

Anche in questo caso (così come per le disposizioni in tema di affidamenti sotto-soglia di cui all'articolo 1) il Legislatore del 2020 si è mosso in due direzioni:

- per un verso ha introdotto alcune modifiche a regime con oggetto limitato agli affidamenti sopra-soglia ovvero a valenza – per così dire – ‘orizzontale’ (si pensi alle modifiche apportate dall'articolo 8, comma 5 in tema di qualificazione delle SS.AA. e di centrali di committenza – art. 38 -, di affidamento dei servizi di architettura e ingegneria – art. 46 – di raggruppamenti temporanei e consorzi – art. 48 -, di requisiti di ordine generale in relazione al pagamento di imposte e tasse – articolo 80 – e di adeguatezza della copertura assicurativa – art. 83 -);
- per altro verso ha introdotto – al pari di quanto fatto dall'articolo 1 per gli affidamenti sotto-soglia – alcune previsioni di carattere derogatorio e limitate agli affidamenti il cui atto inditativo della procedura intervenga fra il luglio del 2020 e il dicembre del 2021.

Nel presente paragrafo ci si soffermerà su tale seconda tipologia di affidamenti.

Dal punto di vista generale si osserva che, mentre per gli affidamenti sotto-soglia (in specie se privi di rilievo transfrontaliero) non esistono particolari limiti all'introduzione di deroghe alle previsioni codicistiche – quand'anche di derivazione eurounitaria –, al contrario, nell'ambito del sopra-soglia, i margini a tal fine riconosciuti al Legislatore e alle stesse stazioni appaltanti risultano oggettivamente più limitati.

Fatta tale premessa di ordine generale, si può ora passare a un esame puntuale delle previsioni di cui all'articolo 2.

Per quanto riguarda le previsioni volte ad accelerare l'aggiudicazione e la stipula dei contratti (anche prevedendo specifiche conseguenze pregiudizievoli a carico del RUP o dell'impresa aggiudicataria) ci si limita qui a rinviare a quanto già osservato nel precedente paragrafo, poiché – sotto tale aspetto – le previsioni di cui ai primi due articoli del Decreto semplificazioni risultano sostanzialmente sovrapponibili.

Risulta invero difficilmente comprensibile la previsione di cui al comma 2 il quale elenca le tipologie di procedure di cui possono avvalersi le stazioni appaltanti (in aggiunta alla particolare procedura negoziata senza bando di cui al successivo comma 3) nel corso del periodo emergenziale che – ai fini del Decreto n. 76 del 2020 – terminerà al 31 dicembre 2021.

La previsione suscita perplessità in quanto le procedure a tal fine elencate (procedura aperta, procedura ristretta, procedura competitiva con negoziazione e dialogo competitivo)

coincidono di fatto – e con la sola eccezione dei partenariati per l’innovazione di cui all’articolo 65 del ‘Codice’ - con le procedure ordinariamente utilizzabili da qualunque amministrazione e in qualunque circostanza. Ne consegue che risulta davvero difficilmente comprensibile tale elencazione la quale – lungi dal presentare un effettivo valore aggiunto in termini normativi - rischia piuttosto di ingenerare incertezze fra gli operatori su quale sia stato *in parte qua* l’effettivo intento derogatorio perseguito dal Legislatore.

Non va dimenticato del resto 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<sup>13</sup>, ciò non consente ai legislatori nazionali di escludere *in toto* il ricorso a determinate tipologie di affidamenti. Ciò, in quanto la necessaria flessibilità che deve essere assicurata alle stazioni appaltanti nelle situazioni di emergenza comporta un incremento e non certo una riduzione delle opzioni concretamente utilizzabili.

Allo stesso modo suscita perplessità (sia pure di ordine diverso e per diverse ragioni) la previsione di cui al comma 3 la quale introduce – per il richiamato periodo transitorio da luglio 2020 a dicembre 2021 – una particolare declinazione della procedura negoziata senza bando di cui all’articolo 63. Viene in particolare previsto che la procedura in esame 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*», non sia possibile garantire il rispetto dei termini – pur se abbreviati – previsti dalle procedure ordinarie.

Le perplessità che emergono dalla lettura della disposizione sono almeno quattro.

In primo luogo non è chiaro l’effettivo valore aggiunto della disposizione per la parte in cui ammette il ricorso alla procedura di cui all’articolo 63 del ‘Codice’ nel caso di situazioni di somma urgenza causate dall’emergenza pandemica. Al riguardo ci si limita ad osservare che, al verificarsi di una situazione di somma urgenza (per come prevista dall’articolo 32, par. 2, lett. c) della Direttiva appalti 2014/24/UE)<sup>14</sup>, il ricorso alla procedura negoziata senza bando sarebbe comunque ammesso, anche in assenza di una disposizione quale quella qui in commento (la cui portata risulterebbe, quindi, sostanzialmente pleonastica). Al contrario, se l’intento del Legislatore era nel senso di ammettere tale procedura per situazioni *ulteriori e diverse* rispetto a quelle previste dal diritto eurounitario, allora la previsione del Decreto semplificazioni risulterebbe di per sé illegittima per violazione della pertinente normativa UE (la quale, è bene ricordarlo, trova applicazione senza limitazioni di sorta anche nel quadro della pandemia in atto, contemplando già istituti e strumenti utilizzabili per le ipotesi di urgenza qualificata degli affidamenti).

In secondo luogo la disposizione in esame (laddove richiama l’articolo 63 del ‘Codice’, ma al contempo impone la «*previa pubblicazione dell’avviso di indizione della gara o di altro atto equivalente*») finisce paradossalmente per complicare l’attività delle stazioni appaltanti in quanto introduce uno specifico obbligo di previa pubblicazione

---

<sup>13</sup> In tal senso gli Orientamenti della *Commissione europea sull’utilizzo del quadro in materia di appalti pubblici nella situazione di emergenza connessa alla crisi della Covid-19* (in GUUE C-108/1 dell’1 aprile 2020).

<sup>14</sup> Si tratta della disposizione che, al livello UE, ammette la procedura negoziata senza bando per ipotesi di ‘estrema urgenza’ non preventivate, né preventivabili dall’amministrazione. Tale disposizione è stata recepita nell’ordinamento nazionale con l’articolo 63, comma 2, lettera c) del ‘Codice dei contratti’ del 2016.

proprio laddove il *proprium* della procedura di cui all'articolo 63 consiste nell'espressa deroga a tale obbligo. Anche in questo caso, quindi (come già osservato in relazione all'articolo 1, comma 2 del medesimo Decreto semplificazioni), il Legislatore – mosso dall'evidente preoccupazione di un possibile *eccesso di semplificazione* – finisce per delineare ancora una volta la particolare – ed evidentemente contraddittoria – figura della *procedura negoziata senza bando, ma allo stesso tempo con bando*.

In definitiva, l'intento di semplificazione si traduce in un intervento che incrementa l'attività amministrativa richiesta alle stazioni appaltanti.

In terzo luogo la disposizione in esame estende anche agli affidamenti sopra-soglia la portata applicativa del *criterio di rotazione* il quale – come è noto – era stato limitato sino a tempi recenti al solo ambito degli affidamenti sotto-soglia<sup>15</sup>. Al riguardo (e per evidenti ragioni di sintesi) ci si limita ad osservare: *i*) che detto principio è affatto sconosciuto al diritto UE (e non a caso non viene mai menzionato nell'ambito del '*pacchetto appalti / concessioni del 2014*') ed è tutt'altro che pacifica la sua compatibilità con tale Ordinamento<sup>16</sup>; *ii*) che il principio in questione – laddove postula la preclusione alla partecipazione da parte dell'affidatario uscente – finisce per pregiudicare un operatore cui non può essere mosso altro rilievo, se non quello di aver vinto una gara di appalto e di avere eseguito regolarmente la commessa (in tal modo garantendo la migliore prestazione al prezzo più adeguato); *iii*) che tale principio (cui è evidentemente sotteso un accentuato *favor* per le MPMI) si pone in evidente distonia con i principi eurounitari della massima apertura concorrenziale e della *par condicio*; *iv*) che lo stesso, pur risultando comprensibile nell'ambito degli affidamenti sotto-soglia (mirando a favorire l'accesso agli appalti da parte delle imprese di minori dimensioni), risulta invece meno giustificato nell'ambito degli affidamenti sopra soglia, nel cui ambito è del tutto fisiologico che la commessa venga affidata agli operatori i quali, muniti di competenza tecnica e dimensioni adeguate, siano in grado di formulare l'offerta migliore al prezzo più vantaggioso. Non va dimenticato, del resto, che lo stesso diritto UE della concorrenza non impedisce in radice l'affermarsi di posizioni dominanti sui diversi mercati, ma vieta soltanto che tali posizioni vengano acquisite in modo illecito o che, una volta acquisite, vengano mantenute attraverso pratiche abusive. Si tratta, come è evidente, di un complesso di valori e principi che non sembrano armonizzabili con il radicale divieto di partecipazione a carico dell'affidatario uscente.

In quarto luogo suscita perplessità la previsione (introdotta dal Parlamento in sede di conversione) secondo cui la particolare procedura negoziata di cui all'articolo 2, comma 3 può essere utilizzata per affidamenti sopra-soglia «*anche in caso di singoli operatori economici con sede operativa in aree di preesistente crisi industriale complessa [che] con riferimento a dette aree ed anteriormente alla dichiarazione dello stato di emergenza sanitaria da COVID-19 del 31 gennaio 2020, abbiano stipulato con le pubbliche*

---

<sup>15</sup> Si osserva al riguardo che la più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato applica in modo particolarmente ampio il principio di rotazione negli affidamenti sotto-soglia, riconoscendo allo stesso una valenza generalizzata (si vedano al riguardo le sentenze della Quinta Sezione n. 4252/2020 e della Sesta Sezione numm. 4727 e 2639/2020).

<sup>16</sup> Basti pensare che l'articolo 41 della '*Direttiva appalti*' n. 2014/24/UE non consente l'automatica esclusione del concorrente neppure nell'ipotesi in cui questi abbia partecipato alla preparazione della procedura di appalto. In tali casi, infatti, la disposizione stabilisce che la stazione appaltante debba approntare misure idonee a far sì che il pregresso apporto fornito dal concorrente non sia idoneo a falsare la concorrenza nell'ambito della procedura. Viene altresì previsto che «*il candidato o l'offerente interessato è escluso dalla procedura unicamente nel caso in cui non vi siano altri mezzi per garantire il rispetto dell'obbligo di osservare il principio della parità di trattamento*».

*amministrazioni competenti un accordo di programma ai sensi dell'articolo 252-bis [del 'Codice dell'ambiente' del 2006]». Tale disposizione – oltretutto di non agevole lettura – finisce evidentemente per estendere la figura straordinaria della procedura negoziata di cui all'articolo 63 non solo ad ipotesi non connesse all'emergenza pandemica ma, per di più, a situazioni in cui non è neppure dimostrata l'esistenza di una situazione di 'estrema urgenza', conformemente alla normativa UE (è evidente al riguardo che l'esistenza di una crisi industriale non determina *ipso facto* una situazione emergenziale ai fini della deroga alla normativa sugli affidamenti delle pubbliche commesse).*

Certamente una delle disposizioni più significative dell'intero Decreto semplificazioni è rappresentata dal comma 4 dell'articolo 2. Tale disposizione consente alle stazioni appaltanti (nelle medesime ipotesi di cui al comma 3, nonché in altri settori rilevanti ai fini della compiuta infrastrutturazione del Paese)<sup>17</sup> di affidare i contratti di lavori, servizi e forniture, nonché quelli 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 2014/25/UE, dei principi di cui agli articoli 30, 34 e 42 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 e delle disposizioni in materia di subappalto*»<sup>18</sup>.

Nelle intenzioni del Governo la disposizione in questione mira evidentemente a porsi quale ideale 'chiave di volta' dell'intero decreto (almeno per quanto riguarda le disposizioni in materia di appalti), mirando al *massimo livello possibile di semplificazione* e di deroga alle regole che in via ordinaria disciplinano il settore.

Si ritiene tuttavia che, nonostante il carattere piuttosto enfatico della disposizione, ben limitati siano in concreto gli effettivi margini che essa metterà a disposizione delle amministrazioni al fine di derogare alle disposizioni codicistiche.

Basti considerare al riguardo che l'articolo 30 del 'Codice' (il quale è incluso fra le disposizioni non suscettibili di deroga) enuncia un novero di principi talmente ampio da coprire pressoché per intero l'ordito del 'Codice' del 2016 rendendolo, quindi, a propria volta non derogabile (basti richiamare i principi di *economicità, efficacia, tempestività e correttezza*, nonché quelli di *libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità e pubblicità*, tutti espressamente richiamati dall'articolo 30). Ma anche a voler ritenere che taluna delle disposizioni del 'Codice' non sia riconducibile ad uno almeno di tali principi – e che resti, quindi, derogabile ai sensi del 'Decreto semplificazioni' -, si tratterebbe verosimilmente di disposizioni di estremo dettaglio o sostanzialmente marginali, con la conseguenza che l'eventuale deroga non arrecherebbe comunque significative semplificazioni agli operatori.

Si osserva inoltre che la disposizione qui in esame individua come non superabili – e del tutto correttamente – i vincoli inderogabili derivanti dell'Ordinamento UE (ivi compresi quelli di cui alle 'Direttive appalti / concessioni' del 2014). Ora, se solo si consideri che la

---

<sup>17</sup> L'articolo 2, comma 4 trova in particolare applicazione «*nei settori dell'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 2017-2021e 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*».

<sup>18</sup>- Sul punto: I. MADEO, P. MELANDRO, *Per gli appalti legati all'emergenza arriva una maxi-deroga*, in: *Il Sole-24Ore* 23 settembre 2020.

stragrande maggioranza delle previsioni del ‘Codice’ deriva – direttamente o indirettamente – dal testo delle richiamate direttive, ne consegue che, anche sotto tale aspetto, saranno estremamente limitati gli spazi di manovra che concretamente residueranno in favore delle amministrazioni.

Vero è che in molti casi le previsioni delle Direttive UE sono a recepimento facoltativo (non potendosi per definizione considerare inderogabili), ma è anche vero che il più delle volte – e per una sorta di ‘vincolo incrociato’ – tali previsioni rispondono comunque a principi che sono espressamente richiamati dall’articolo 30 del ‘Codice’, in tal modo ponendo alle amministrazioni (se non un vincolo di fonte UE, almeno) un vincolo di matrice interna. Anche in tal caso, quindi, tali previsioni risulterebbero in concreto non derogabili nonostante l’enfatica enunciazione della disposizione qui in commento.

Basti pensare, a titolo di esempio, all’istituto del soccorso istruttorio il quale (pur essendo a recepimento solo facoltativo ai sensi dell’articolo 56, paragrafo 3 della ‘Direttiva appalti’ del 2014), nell’Ordinamento interno è certamente riconducibile al principio di correttezza dell’azione amministrativa, in quanto tale espressamente richiamato dall’articolo 30 del ‘Codice’ (e risultando quindi inderogabile dalle stazioni appaltanti nonostante la previsione del ‘Decreto semplificazioni’).

Ma l’aspetto di maggiore criticità connesso alla previsione di cui all’articolo 2, comma 4 del Decreto n. 76/2020 consiste (come correttamente osservato dall’ANAC)<sup>19</sup> nella sostanziale incertezza che il legislatore fa ricadere sulle amministrazioni pubbliche in ordine alla concreta individuazione delle disposizioni del ‘Codice’ che (in quanto non rinvenienti dalle Direttive UE e non aventi al contempo valenza di principio) potranno essere in concreto derivate dalle amministrazioni.

Pertanto esistono allo stato almeno due ragioni che inducono a ritenere che la previsione in esame (in astratto, ampiamente derogatoria rispetto all’ordinamento vigente) non sortirà effetti pratici di effettivo rilievo.

In primo luogo va rilevato che – per le ragioni appena evidenziate – tale disposizione finirà verosimilmente per avere un oggetto estremamente 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*”).

In secondo luogo lo stato di obiettiva incertezza che il Decreto n. 76 determina circa l’individuazione dei confini reciproci fra le regole e le eccezioni (e il fatto che la conseguente – e complessa – attività di identificazione e qualificazione viene rimessa pressoché *in toto* alle amministrazioni) ingenererà con ogni probabilità un atteggiamento estremamente prudente da parte delle amministrazioni. E’ verosimile infatti che queste ultime – nel dubbio di operare deroghe illegittime e non consentite, foriere di svariati profili di responsabilità – si asterranno dall’utilizzare le possibilità (in via teorica pressoché incondizionate) offerte dal Decreto semplificazioni.

---

<sup>19</sup> La Relazione presentata dal Presidente dell’ANAC in occasione dell’audizione presso le Commissioni riunite VIII e I del Senato osserva infatti che “*la previsione di disapplicazione di ogni disposizione di legge, con esclusione, tra l’altro, dei vincoli inderogabili derivanti dalle direttive europee in materia di contratti pubblici impone all’interprete un’attività non agevole volta ad individuare le norme applicabili al caso concreto*”.

## 5. Raggruppamenti temporanei, verifiche antimafia e protocolli di legalità (artt. 2-bis e 3)

Di assai dubbia utilità è la previsione di cui all'articolo 2-bis del 'Decreto semplificazioni' (per come introdotto dal Parlamento in sede di conversione). L'articolo in questione stabilisce che alle procedure di affidamento di cui agli articoli 1 (per importi inferiori alle soglie di rilevanza UE) e 2 (per importi superiori a tali soglie) gli operatori economici possono partecipare anche in forma di raggruppamento temporaneo ai sensi dell'articolo 3, comma 1, lettera *u*) del nuovo 'Codice dei contratti'.

La disposizione non solo risulta pleonastica (in quanto, anche in sua assenza, nessuno potrebbe dubitare circa la possibilità di partecipare alle richiamate procedure in forma di raggruppamento), ma rischia altresì di ingenerare equivoci in quanto non richiama in modo altrettanto espresso altre forme e tipologie di partecipazione (come i consorzi o il GEIE), in tal modo ingenerando il dubbio che, in quanto non richiamate, tali forme e tipologie possano non essere ammesse alle procedure di cui al 'Decreto semplificazioni'.

Certamente di maggiore interesse è il successivo articolo 3 ('rubricato '*Verifiche antimafia e protocolli di legalità*') il quale introduce misure di semplificazione – valevoli fino al 31 dicembre 2021 – per le verifiche antimafia relative all'affidamento ed esecuzione di contratti pubblici (le disposizioni in questione hanno valenza generale e non sono limitate ai soli affidamenti connessi all'emergenza sanitaria).

L'intero articolo risulta ispirato dall'evidente tentativo di individuare un difficile punto di equilibrio fra (da un lato) l'esigenza di semplificare le procedure relative alla documentazione antimafia e (dall'altro) quella di garantire comunque un efficace contrasto ai più gravi reati associativi (nella tipica logica della 'tutela anticipatoria' che caratterizza il *diritto della prevenzione*).

Viene in primo luogo stabilito che, fino al 31 dicembre 2021 (e indipendentemente dal fatto che il singolo affidamento risponda alle esigenze determinate dall'emergenza sanitaria), si ritiene sempre sussistente il *caso di urgenza* di cui all'articolo 92, comma 3 del '*Codice delle leggi antimafia*', n. 159 del 2011: in tali casi è quindi consentita la stipula del contratto anche prima del rilascio dell'informativa liberatoria (*scil*: sotto condizione risolutiva per il caso in cui venga in seguito adottata un'informativa di contenuto interdittivo). La disposizione, peraltro, presenta una valenza non limitata al solo settore dei contratti pubblici, trovando applicazione anche a fronte di istanze aventi comunque ad oggetto *erogazioni, contributi, sovvenzioni, finanziamenti, prestiti, agevolazioni e pagamenti* da parte di pubbliche amministrazioni.

Viene altresì previsto che, nell'ambito del medesimo turno temporale (*i.e.*: fino al dicembre del 2021), per le verifiche antimafia riguardanti l'affidamento e l'esecuzione dei contratti pubblici si procede attraverso il rilascio dell'informativa liberatoria provvisoria che consegue alla consultazione della Banca dati unica nazionale della documentazione antimafia, «*nonché tramite l'immediata acquisizione degli esiti delle interrogazioni di tutte le ulteriori banche dati disponibili*» (articolo 3, commi 2 e 3). La disposizione risulta di indubbio interesse sistematico, anche se non è agevolmente comprensibile il generico richiamo "[*alle*] *ulteriori banche dati disponibili*" (un richiamo certamente utile ma che avrebbe dovuto essere più dettagliato, data l'importanza dei valori in gioco).

In tal caso, come è intuitivo, il rilascio dell'informativa provvisoria consente la stipula e l'approvazione dei contratti di appalto ma – ancora una volta - sotto condizione risolutiva

connessa all'esito degli ulteriori controlli (dai quali potrebbe emergere, in ipotesi, la compromissione malavitosa dell'impresa).

Viene comunque previsto che la revoca, il recesso o la risoluzione non possano essere adottati *«nel caso in cui l'opera sia in corso di ultimazione ovvero, in caso di fornitura di beni e servizi ritenuta essenziale per il perseguimento dell'interesse pubblico, qualora il soggetto che la fornisce non sia sostituibile in tempi rapidi»* (in tal senso il rinvio che il Decreto semplificazioni opera all'articolo 94, commi 3 e 4 del 'Codice delle leggi antimafia' del 2011). In tali casi sarà comunque possibile adottare misure atte a limitare l'autonomia gestionale dell'impresa, come il provvedimento che dispone la straordinaria e temporanea gestione ai sensi dell'articolo 32, comma 10 del decreto-legge n. 90 del 2014.

Conformemente alla previsione di cui all'articolo 94, comma 2 del 'Codice' del 2011 viene previsto che, in caso di revoca, recesso o risoluzione, l'impresa contraente abbia comunque titolo ad ottenere il controvalore delle opere già eseguite e il rimborso delle spese sostenute, *«nei limiti delle utilità conseguite»*. In via di principio, quindi, la disposizione sembra comunque ammettere che taluni pagamenti possano essere effettuati in favore di un'impresa colpita da informativa interdittiva.

Va però ricordato al riguardo che, secondo l'insegnamento dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, l'adozione di un'informativa interdittiva determina nei confronti dell'impresa che ne è colpita una particolare forma di parziale incapacità *ex lege*, la quale impedisce alla stessa di intrattenere rapporti giuridici di contenuto economico-patrimoniale con la P.A. e persino di ricevere erogazioni economiche, quand'anche di carattere risarcitorio<sup>20</sup>. E' controverso in giurisprudenza se l'*utiliter coeptum* che, in tali casi, può comunque essere riconosciuto all'impresa possa includere anche il corrispettivo delle lavorazioni già eseguite nell'ambito di un contratto di appalto, ovvero se operi anche sotto tale aspetto la preclusione delineata dall'Adunanza plenaria.

Il Decreto semplificazioni (articolo 3, comma 5) prevede inoltre l'emanazione di un decreto ministeriale volto ad individuare *«ulteriori misure di semplificazione relativamente alla competenza delle Prefetture in materia di rilascio della documentazione antimafia ed ai connessi adempimenti»*.

L'articolo 3 del Decreto semplificazioni, inoltre, introduce una modifica 'a regime' al 'Codice delle leggi antimafia' del 2011 volta a rafforzare lo strumento dei *protocolli di legalità* (o *patti di integrità*)<sup>21</sup>.

Viene a tal fine previsto (nuovo articolo 83-bis del 'Codice') che il Ministero dell'interno possa sottoscrivere tale tipologia di protocolli al fine di approntare adeguate misure di contrasto ai fenomeni malavitosi, *«anche allo scopo di estendere convenzionalmente il ricorso alla documentazione antimafia di cui all'articolo 84»*. Al fine di garantire la massima diffusione ed efficacia dei protocolli in questione viene inoltre previsto che gli stessi possano essere sottoscritti anche con imprese di rilevanza strategica per l'economia nazionale, nonché con le associazioni maggiormente rappresentative delle categorie produttive, economiche e imprenditoriali, ovvero con le organizzazioni sindacali.

Viene inoltre specificato che le stazioni appaltanti prevedono (*rectius: devono prevedere*) negli avvisi, bandi di gara o lettere di invito che il mancato rispetto dei protocolli

---

<sup>20</sup> In tal senso: Cons. Stato, Ad. Plen. 6 aprile 2018, n. 3, in: Giur. It., 2019, 1, 157, con nota di S. MAZZAMUTO.

<sup>21</sup> Sul punto: C. CRAVERO, *Cause di esclusione negli appalti pubblici - Protocolli di legalità o patti di integrità: la compatibilità con il diritto UE della sanzione di esclusione automatica dell'operatore economico inadempiente*, in: Giur. It., fasc. 6/2016, p. 1459, segg.

di legalità costituisce causa di esclusione dalla gara o di risoluzione del contratto, laddove stipulato.

La disposizione (che prende le mosse dalla consapevolezza dell'interesse solitamente manifestato dalle organizzazioni criminali verso gli interventi adottati nelle fasi di emergenza economica o sociale) prevede inoltre la possibilità di estendere l'applicazione dei protocolli anche nei rapporti fra soggetti privati (per i quali essi non troverebbero applicazione in via ordinaria).

Il nuovo articolo 83-*bis* del 'Codice' del 2011 estende altresì l'ambito di applicazione degli elenchi di fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori di cui all'articolo 1, commi 52 e seguenti della c.d. 'Legge anticorruzione' o 'legge Severino' n. 190 del 2012 (si tratta del noto strumento delle 'white lists prefettizie')<sup>22</sup>.

Viene in particolare stabilito che l'iscrizione di un operatore nelle liste in questione (nonché l'iscrizione nell'anagrafe antimafia degli esecutori di cui all'articolo 30 del Decreto-legge n. 189 del 2016) sia equiparata *in toto* al rilascio di un'informazione antimafia liberatoria. Va ricordato al riguardo che, attualmente, l'equipollenza in questione è prevista unicamente in relazione all'inclusione nelle *white lists* e limitatamente allo svolgimento delle attività per cui essa è prevista (laddove, al contrario, la disposizione in esame sortirà l'effetto di riconoscere valenza generale a tale iscrizione).

Entrambe le previsioni di cui al nuovo articolo 83-*bis* mirano ad obiettivi certamente condivisibili anche se la formulazione della disposizione è idonea ad ingenerare dubbi e possibili incertezze. In particolare, la scelta di compendiarle in un unico articolo (dedicato al tema dei protocolli di legalità) anche disposizioni 'a regime' relative alle cc.dd. 'white lists' rende incerto l'effettivo ambito di applicazione di tale secondo gruppo di previsioni. Ci si domanda, infatti: *i*) se tali ultime disposizioni siano destinate a trovare applicazione solo nel caso di liste predisposte nell'ambito dei protocolli di legalità (come sembrerebbe sulla base della collocazione della norma) ovvero *ii*) se le stesse – come sembra preferibile – siano destinate ad avere un'applicazione generale, indipendentemente dalla tassonomia normativa.

## **6. Conclusione dei contratti pubblici, ricorsi giurisdizionali e ulteriori misure in materia di appalti pubblici: un *mix* eterogeneo di disposizioni (artt. 4 e 4-*bis*)**

L'articolo 4 del Decreto semplificazioni reca un insieme piuttosto eterogeneo di disposizioni (talune di contenuto *procedimentale* – volte ad accelerare la stipula del contratto a seguito dell'aggiudicazione – e talune di carattere *processuale* – volte a modificare il c.d. 'rito appalti' regolato dal Codice del processo amministrativo del 2010).

Il comma 1, in particolare, apporta due modifiche a regime al testo dell'articolo 32 del 'Codice dei contratti pubblici' del 2016 circa il termine (pari a sessanta giorni) entro il quale deve avvenire la stipulazione del contratto a seguito dell'acquisto di efficacia aggiudicazione:

- la prima modifica rafforza l'obbligo del rispetto di tale termine (verosimilmente, al fine di conferire carattere perentorio al richiamato termine, solitamente ritenuto in giurisprudenza come meramente ordinatorio)<sup>23</sup> e chiarisce che un'eventuale deroga a

<sup>22</sup> Sul punto, v. D. MINELLI, *White list e interdittive antimafia*, in *questa Rivista*, fasc. 5/2019, p. 677, segg.

<sup>23</sup> Sul punto – *ex multis* -: Cons. Stato, III, 28 maggio 2015, n. 2671.

tale principio è ammessa solo in caso eccezionali, previo accordo fra le parti e a condizione che risulti giustificata dall'interesse alla sollecita esecuzione del contratto;

- la seconda modifica è volta a responsabilizzare le stazioni appaltanti (e, per esse, i RUP) al rispetto del richiamato termine per la stipula, il cui mancato rispetto deve essere espressamente giustificato e motivato con specifico riferimento all'interesse della stazione appaltante e a quello nazionale alla sollecita esecuzione del contratto. La circostanza viene comunque valutata ai fini dell'eventuale responsabilità per danno erariale nei confronti del RUP.

Al fine di contrastare il diffuso – quanto erroneo - costume che induce a sospendere nei fatti l'attività amministrativa a seguito della proposizione di un ricorso giurisdizionale (e prima ancora che il Giudice amministrativo abbia adottato un eventuale provvedimento di sospensione o addirittura in caso di mancanza di una domanda in tal senso), viene stabilito in modo chiaro che non costituisce giustificazione adeguata per la mancata stipulazione del contratto nel termine previsto la pendenza di un ricorso giurisdizionale nel cui ambito non sia stata inibita la stipulazione dello stesso (e fatto salvo, naturalmente, l'effetto sospensivo automatico – pari a venti giorni – già previsto dall'articolo 32, comma 11 del 'Codice').

La disposizione in esame fa comunque salva la possibilità – oltretutto, pacifica anche in assenza di un'espressa previsione in tal senso – che le stazioni appaltanti stipulino contratti di assicurazione per la responsabilità civile derivante dalla conclusione del contratto ovvero dalla prosecuzione o sospensione della sua esecuzione.

Di indubbio interesse sono poi le ulteriori previsioni dell'articolo 4 del Decreto semplificazioni che intervengono sulla materia dei ricorsi giurisdizionali (e che la legge di conversione ha recepito pressoché per intero)<sup>24</sup>. In particolare:

- i commi 2 e 3 si occupano del contenzioso relativo alle procedure di affidamento speciali e *ad tempus* previste dagli articoli 1 e 2 (rispettivamente, per gli affidamenti sotto-soglia e sopra-soglia), mentre
- il comma 4 arreca alcune modifiche a regime al Codice del processo amministrativo del 2010, con particolare riguardo alle previsioni del c.d. 'rito appalti' di cui all'articolo 120.

I commi 2 e 3, come è evidente, hanno un'efficacia limitata alle procedure indette entro il 31 luglio 2021 (e in tal caso l'operatività della previsione processuale segue la tempistica della disciplina sostanziale cui essa accede – il che avviene piuttosto raramente -), mentre le modifiche al Codice di rito di cui al comma 4 operano senza limiti di tempo e – ad onor del vero – non palesano ragioni di evidente connessione con l'oggetto stesso del Decreto semplificazioni.

In base al comma 2, qualora vengano impugnati gli atti delle procedure di affidamento di cui all'articolo 1 del Decreto semplificazioni (in tema di contratti sotto-soglia), nonché delle procedure di affidamento di cui all'articolo 2, comma 2 (in tema di contratti sopra-soglia diversi da quelli per i quali opera la speciale procedura negoziata ex articolo 63, ovvero da quelli per i quali si agisce "*in deroga ad ogni disposizione di legge*") trova applicazione la previsione di cui all'articolo 125, comma 2 del Codice del processo amministrativo. In tali ipotesi, quindi, il Giudice amministrativo, prima di concedere la

---

<sup>24</sup> L'unica modifica apportata al testo dell'articolo 4 in sede di conversione ha riguardato il comma 4, lettera a), relativa alla possibilità di definizione immediata del giudizio in materia di appalti all'esito della camera di consiglio fissata per la discussione sull'istanza cautelare.

tutela cautelare, deve valutare le probabili conseguenze del provvedimento richiesto in relazione ai diversi interessi in gioco, nonché «*del preminente interesse nazionale alla sollecita realizzazione dell'opera*», valutando altresì in modo adeguato l'interesse del soggetto aggiudicatore alla celere prosecuzione delle opere.

La previsione da ultimo introdotta mira evidentemente all'obiettivo di garantire la prosecuzione delle lavorazioni nonostante la proposizione di ricorsi in sede giurisdizionale e mira altresì a ridurre gli effetti connessi all'eventuale concessione da parte del Giudice amministrativo di una tutela cautelare<sup>25</sup>.

Alla vigilia dell'approvazione del Decreto semplificazioni si era addirittura suggerito da parte di taluni di introdurre - per il contenzioso in materia di appalti insorto nel corso del periodo emergenziale - un generalizzato divieto di concessione dell'inibitoria cautelare. Si era tuttavia obiettato al riguardo che una siffatta limitazione alle forme di reazione processuale si sarebbe posta in contrasto con il generale precetto di cui all'articolo 113, II, Cost. (secondo cui, come è noto, la tutela giurisdizionale avverso gli atti della P.A. - della quale i rimedi cautelari rappresentano una parte essenziale - non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti).

In sede di approvazione finale del Decreto semplificazioni, quindi, la consapevolezza del carattere fondato di tali obiezioni ha indotto il Governo ad 'aggiustare il tiro' e ad introdurre una disposizione che, in materia di tutela cautelare, mutua in sostanza le disposizioni processuali già previste dall'articolo 125, comma 2 in relazione al contenzioso relativo alle cc.dd. 'grandi opere' di cui alla '*legge obiettivo*' del 2001.

La conseguenza è nel senso che la nuova disposizione non differenzia pressoché in nulla la risposta che - in termini cautelari - può essere fornita nel caso del contenzioso insorto in tema di appalti nel corso del periodo emergenziale. Si osserva infatti che già il '*Codice dei contratti*' del 2016 ha introdotto nel corpo dell'articolo 120 del Cod. proc. amm. (*i.e.*: nell'ambito della disposizione che disciplina in generale l'intero ambito del '*rito appalti*') un comma 8-ter il quale impone in ogni caso al Giudice amministrativo al quale sia stata rivolta una domanda cautelare, di tenere adeguatamente conto «*delle esigenze imperative connesse a un interesse generale all'esecuzione del contratto*».

L'articolo 4, comma 3 del Decreto si occupa invece del contenzioso relativo alle sole ipotesi di cui all'articolo 2, comma 3 (ci si riferisce, come osservato in precedenza, alle speciali procedure negoziate ai sensi dell'articolo 63 del '*Codice dei contratti*' che possono essere attivate per gli appalti sopra-soglia entro il dicembre del 2021).

Una prima osservazione riguarda l'ambito di applicazione della previsione in esame, la quale risulta espressamente limitata alle richiamate procedure negoziate di cui all'articolo 2, comma 3, ma non fa alcuna menzione alle ipotesi ulteriormente derogatorie di cui all'articolo 2, comma 4 (alle ipotesi, cioè, in cui è addirittura consentito all'amministrazione operare «*in deroga ad ogni disposizione di legge diversa da quella penale*»). Si tratta di una lacuna difficilmente spiegabile, se solo si consideri: *i*) che le ipotesi di cui al comma 4 solo

---

<sup>25</sup> Sul punto, si vedano le notazioni critiche svolte da M.A. SANDULLI, *Le principali novità del decreto semplificazioni in materia di Contratti pubblici*, in: [www.lamministrativista.it](http://www.lamministrativista.it) (luglio 2020). Secondo l'A., in particolare, «*una tutela "celere" (sempre più celere, in un rito già accelerato all'interno di un processo, quello amministrativo, già particolarmente veloce) non sempre sta a significare la garanzia di una tutela "piena ed effettiva" soprattutto quando, come è stato evidenziato in diverse occasioni, le lentezze e le lungaggini che "paralizzano" gli appalti pubblici non risiederebbero né nella garanzia della concorrenza, né tanto meno nella garanzia del giudice amministrativo, bensì risiederebbero a monte, soprattutto nelle fasi di programmazione e progettazione e non anche (o almeno non solo) in quella di scelta del contraente né in quella giurisdizionale, meramente eventuale*».

in parte coincidono con quelle di cui al comma 3 (ne restano fuori, ad esempio, gli affidamenti in ambito infrastrutturale); *ii*) che il Legislatore del 2020 ha evidentemente concentrato un maggiore interesse su tale secondo gruppo di ipotesi, ritenuto ancora più centrale ai fini del superamento della crisi economica e sociale in atto.

Ad ogni modo, nelle ipotesi richiamate dall'articolo 4, comma 3 il Legislatore del 2020 ha previsto l'integrale applicazione della previsione che l'articolo 125 del Cod. proc. amm. aveva inizialmente riservato al settore delle cc.dd. 'infrastrutture strategiche' di cui alla '*legge obiettivo*'. Ne consegue che per tale seconda tipologia di affidamenti risulta applicabile non solo l'articolo 125, comma 2 (relativo ai già esaminati limiti alla tutela cautelare) ma anche il successivo comma 3 (in base al quale l'annullamento dell'affidamento non comporta in via ordinaria<sup>26</sup> la caducazione del contratto *medio tempore* stipulato e il risarcimento del danno eventualmente dovuto avviene solo per equivalente, con esclusione della tutela in forma specifica attraverso il subentro nell'esecuzione).

La previsione in esame ha suscitato da subito un vivace dibattito.

Una parte degli osservatori ha accolto con favore l'estensione dell'ambito della preclusione della tutela demolitoria (annullatoria dell'atto e caducatoria del contratto) osservando che tale previsione risulti idonea ad imprimere al cruciale settore degli appalti una decisa accelerazione (e non impedendo comunque in radice la tutela giurisdizionale). Questa parte degli osservatori ha oltretutto richiamato il recente pronunciamento della Corte costituzionale n. 160 del 2019 secondo cui il sistema costituzionale in tema di tutela del cittadino avverso gli atti dell'amministrazione non impone in via indefettibile una tutela di tipo demolitorio<sup>27</sup>.

Altra parte degli interpreti ha criticato – anche aspramente – tale estensione lamentando in particolare: *i*) una indubbia compressione degli strumenti costituzionali di tutela avverso gli atti illegittimi dell'amministrazione; *ii*) la sostanziale irragionevolezza di una disposizione che non consente la sostituzione dell'aggiudicatario neppure a fronte di gravi violazioni della normativa di settore che potrebbero condurre a una cattiva gestione del contratto; *iii*) la perplessità di un'opzione normativa che avvantaggia l'impresa illegittimamente aggiudicataria facendo ricadere i costi di tale illegittimità interamente a carico dell'amministrazione (chiamata a pagare il corrispettivo di gara e poi a rifondere il *quantum* risarcitorio in favore del concorrente ingiustamente pretermesso).

Il comma 4 dell'articolo 4, come si è detto, reca due modifiche a regime in tema di 'rito appalti' di cui all'articolo 120 del Codice del processo amministrativo: la prima relativa alla possibilità di definire il ricorso con sentenza immediata, all'esito della camera di consiglio fissata per la delibazione cautelare; la seconda relativa all'abbreviazione del termine per la pubblicazione della sentenza che definisce il giudizio.

Per quanto riguarda la prima di tali modifiche, essa incide sul testo del comma 6 dell'articolo 120 del codice di rito e mira - almeno nelle apparenti intenzioni del legislatore - ad incrementare le ipotesi in cui è possibile che il giudizio in materia di appalti (n.b.: non solo quello insorto nella fase emergenziale) sia definito all'esito della camera di consiglio fissata per la decisione sull'istanza cautelare.

---

<sup>26</sup> In tali ipotesi la caducazione del contratto viene comunque prevista a fronte delle più gravi violazioni della normativa in tema di appalti ai sensi dell'articolo 121 del Cod. proc. amm.

<sup>27</sup> In: *Foro It.*, 2019, 12, I, 3843, nonché in: *Riv. Dir. Proc.*, 2019, 2, 810 con nota di M.A. SANDULLI.

Dal punto di vista generale non può che osservarsi che la disposizione in esame si pone sul solco delle numerose *norme-bandiera* che negli ultimi anni hanno mirato ad accelerare ulteriormente il rito appalti di cui all'articolo 120 cod. proc. amm., all'apparente fine di fornire segnali mediatici di accelerazione e senza avvedersi del fatto che, nella sostanza, il rito in questione già rappresenta già uno fra i più celeri nell'ambito del panorama processuale nazionale.

Non sembra che il Legislatore abbia fatto adeguatamente tesoro delle non sempre felici esperienze che, negli ultimi anni, hanno caratterizzato le sperimentazioni volte ad ulteriormente snellire e semplificare il già celere contenzioso in materia di appalti (emblematico al riguardo è il - condivisibile - *revirement* che il legislatore del 2019 ha operato in relazione al c.d. 'rito super-accelerato' introdotto dal 'Codice dei contratti' del 2016)<sup>28</sup>.

Questa volta il Legislatore (piuttosto che abbreviare ulteriormente i - già ridottissimi - termini per la definizione del contenzioso in questione) mira a generalizzare nei fatti la definizione immediata del giudizio, secondo uno schema operativo che, in via ordinaria, l'articolo 60 del Cod. proc. amm. riserva ai soli casi in cui sia del tutto *manifesta* la fondatezza o l'infondatezza del ricorso.

Tale generalizzazione sostanziale viene affidata alla generica formula "*di norma*" e viene accompagnata da due indicazioni. La prima (tutto sommato chiara) si riferisce al caso in cui «*le parti richiedano congiuntamente di limitare la decisione all'esame di un'unica questione*». In tal caso, si ritiene, il ricorrente che abbia formulato più motivi di impugnativa dovrebbe, nella camera di consiglio fissata per la deliberazione cautelare, rinunciare espressamente agli ulteriori motivi e chiedere congiuntamente con le altre parti - insieme con il passaggio in decisione - che la stessa resti concentrata su un'unica questione in rito, in fatto o in diritto.

Naturalmente, pur nel silenzio della disposizione, deve ritenersi che l'indicazione congiunta delle parti non sia comunque vincolante per il Giudice laddove - ad esempio - emergano esigenze istruttorie determinanti ai fini del decidere, ovvero questioni pregiudiziali o preliminari rilevabili d'ufficio.

Di più difficile comprensione è la seconda ipotesi di decisione immediata (la disposizione fa riferimento «*[ad] ogni altro caso compatibilmente con le esigenze di difesa di tutte le parti in relazione alla complessità della causa [e] anche in deroga al comma 1, primo periodo dell'articolo 74*»).

La disposizione non risulta del tutto chiara anche perché la deroga ivi contemplata dovrebbe essere riferita all'articolo 60 del Cod. proc. amm. (relativo, appunto, alle ipotesi di definizione immediata del giudizio in esito all'udienza cautelare) e non all'articolo 74 (il quale disciplina invece il diverso caso in cui la decisione in forma semplificata sia resa all'esito dell'ordinaria udienza di discussione di merito).

La deroga in questione, quindi (a causa anche di un richiamo normativo probabilmente non esatto), sembra riferirsi a una disposizione non pertinente, in tal modo rendendo non chiara l'effettiva portata della disposizione.

Ora, anche a voler ritenere che la deroga sia riferita (come sembra più corretto) alla previsione di cui all'articolo 60, non può certamente ritenersi derogabile il principio secondo il quale la decisione in parola deve comunque intervenire nel rispetto del contraddittorio e dei diritti difensivi delle parti.

---

<sup>28</sup> Sul punto, in senso critico: M.A. SANDULLI, *Nuovi limiti alla tutela giurisdizionale in materia di contratti pubblici*, in: [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it) (2016).

A questo punto, quindi, sembra che la *voluntas legis* sia nel senso di *suggerire* la definizione immediata anche nelle ipotesi in cui la soluzione non appaia *manifesta*. Ma il fatto che tale opzione operi “*di norma*” (e non in via cogente e generale) lascia evidentemente libero il Giudice di stabilire di volta in volta se sussistano oppure no le condizioni per rendere una decisione in forma immediata e semplificata.

Il che è esattamente ciò che accadeva prima del ‘Decreto semplificazioni’, la cui portata innovativa, sotto tale profilo, appare quanto meno dubbia.

La seconda integrazione che l’articolo 4 (al comma 4, lettera b)) apporta al testo del ‘Codice’ riguarda il termine per il deposito della sentenza che definisce il ‘rito appalti’ ai sensi dell’articolo 120, comma 9 del Cod. proc. amm..

Fino al luglio 2020 la disposizione in parola stabiliva che il termine (comunque non perentorio) per il deposito della decisione fosse pari a trenta giorni dall’udienza di discussione (mentre il termine generale per il deposito, negli altri riti, è pari a quarantacinque giorni)<sup>29</sup>.

La disposizione in esame:

- per un verso riduce ulteriormente il termine del deposito, portandolo a soli quindici giorni;
- per altro verso stabilisce che «*quando la stesura della motivazione è particolarmente complessa, il giudice pubblica il dispositivo nel termine di cui al primo periodo, indicando anche le domande eventualmente accolte e le misure per darvi attuazione, e comunque deposita la sentenza entro trenta giorni dall’udienza*».

La prima di tali previsioni appare (ancora una volta) ispirata dall’intento di annunciare agli operatori del settore degli appalti una decisa contrazione di tempi che, invero, sono già estremamente contenuti. Essa sembra non tenere adeguatamente conto: *i*) dell’elevatissimo tasso di complessità che il più delle volte caratterizza il contenzioso in esame (con il connesso rischio che l’ulteriore contrazione dei tempi finisca solo per incrementare il – già fisiologico – rischio di errore); *ii*) del fatto che l’intenso carico di lavoro delle sezioni giurisdizionali specializzate nel contenzioso dei contratti pubblici comporta che, nel richiamato termine di quindici giorni, i Giudici relatori saranno chiamati a redigere (non una, bensì) talvolta numerosissime decisioni prese in decisione lo stesso giorno, con ulteriore incremento del rischio di errore (e ciò, a fronte di un recupero di tempi tutto sommato non rilevantissimo).

## **7. Le novità in materia di sospensione: cosa cambia nella fase esecutiva (art. 5) –**

Continuando la presente, sintetica panoramica circa le novità introdotte dal ‘Decreto semplificazioni’, può prescindere da un esame puntuale sulle previsioni dell’articolo 4-*bis* (introdotto dal Parlamento in sede di conversione) il quale introduce talune prescrizioni – di carattere microsettoriale - in tema di affidamenti dei servizi di pulizia e di lavanderia in ambito sanitario e ospedaliero.

Certamente di maggiore interesse sistematico sono invece le previsioni che l’articolo 5 introduce in tema di sospensione dell’esecuzione delle opere pubbliche di importo superiore alle soglie di rilevanza UE.

---

<sup>29</sup> Legge n. 186 del 1982, articolo 55.

Si tratta di disposizioni che trovano applicazione soltanto fino al 31 dicembre 2021 (in tal senso il comma 1). Si osserva sin da subito che tale termine *ad quem* non è riferito (come ad esempio quelli degli articoli 1 e 2) al momento di indizione della procedura, ma presenta una valenza apparentemente *assoluta*.

Ne consegue che, nell'ambito della medesima procedura, le speciali previsioni in tema di sospensione troveranno applicazione soltanto fino alla fine del 2021, mentre – una volta decorso tale periodo – troveranno nuovamente piena applicazione per la medesima procedura le regole generali di cui all'articolo 107 del 'Codice dei contratti'.

L'evidente *ratio* ispiratrice dell'intero articolo è quella di limitare al massimo le ipotesi di sospensione e di evitare in tal modo episodi di dilatazione della tempistica di realizzazione degli appalti di opere. A fronte di problematiche non altrimenti risolvibili, il Legislatore del 2020 mostra addirittura di preferire la via della risoluzione del contratto (con conseguente individuazione di un nuovo soggetto esecutore) rispetto a quella della sospensione, ritenuta evidentemente – e non a torto – una sorta di *rimedio peggiore del male*, almeno in un gran numero di ipotesi.

La seconda linea ispiratrice dell'articolo in esame consiste nella concentrazione dei compiti in tema di sospensione dei contratti nella sola figura del RUP (la quale ne esce quindi ulteriormente responsabilizzata), con conseguente elisione - almeno per il richiamato periodo transitorio - della dicotomia fra i compiti del responsabile unico e quella del direttore dei lavori che caratterizza invece l'impianto di fondo dell'articolo 107 del 'Codice'. In tutti i casi disciplinati dall'articolo in commento, infatti, la sospensione è disposta direttamente dal RUP.

Il comma 1 dell'articolo in esame individua un *numerus clausus* di ipotesi di sospensione legittima (evidentemente insuscettibili di interpretazione estensiva), compendiate in quattro voci: *a*) cause previste da disposizioni di legge penale, dal codice delle leggi antimafia, nonché da vincoli inderogabili previsti dall'Ordinamento UE; *b*) gravi ragioni di ordine pubblico o di salute pubblica, ivi incluse le misure necessarie per contrastare l'emergenza pandemica in atto; *c*) gravi ragioni di ordine tecnico idonee ad incidere sulla realizzazione a regola d'arte dell'opera e in relazione alle quali non vi è accordo fra le parti; *d*) gravi ragioni di pubblico interesse.

Pur comprendendosi le ragioni sottese all'intervento normativo in commento, non è del tutto chiaro se lo stesso risulterà davvero idoneo a ridurre in concreto l'ambito della possibile sospensione rispetto a quanto già previsto a legislazione vigente. Si osserva infatti che la stragrande maggioranza delle ipotesi richiamate dall'articolo in esame sembra riconducibile alla generale formula dell'articolo 107, il quale richiama *circostanze speciali che impediscono in via temporanea che i lavori procedano utilmente a regola d'arte*, nonché altrettanto generali *ragioni di necessità o di pubblico interesse*.

Nelle ipotesi dinanzi richiamate sub *a*), laddove emerga l'impossibilità di proseguire l'esecuzione con il medesimo esecutore (ovvero con altra impresa del raggruppamento in possesso dei necessari requisiti), la stazione appaltante – previa acquisizione del parere del collegio consultivo tecnico - dovrà dichiarare senz'altro la risoluzione del contratto e consentire la prosecuzione delle lavorazioni secondo quattro possibili modalità alternative *(i)* esecuzione in via diretta delle lavorazioni; *ii)* scorrimento della graduatoria con stipula di un nuovo contratto; *iii)* indizione di una nuova procedura; *iv)* proposta all'autorità governativa per la nomina di un commissario straordinario ai sensi dell'articolo 4 del 'Decreto sblocca-cantieri' del 2019). In casi del tutto residuali sarà possibile proseguire il rapporto contrattuale con l'aggiudicatario originale, ma in questo caso sarà necessaria una

motivazione rafforzata la quale dia conto dei *gravi motivi tecnici ed economici* che militano in favore di tale opzione.

Le medesime opzioni sono altresì applicabili nel caso di ingiustificati ritardi nell'avvio o nell'esecuzione delle lavorazioni che ammontino complessivamente a un numero di giorni pari a un decimo di quelli inizialmente previsti ovvero a un mese per ogni anno previsto o stabilito per la realizzazione dell'opera.

L'articolo qui in esame si chiude con le previsioni – invero piuttosto peculiari – del comma 6 il quale si articola a propria volta in due disposizioni molto diverse fra loro e il cui accorpamento nell'ambito di un unico comma risulta francamente di difficile comprensione.

Ai sensi del primo periodo del comma 6, fatta salva l'esistenza di uno dei casi di sospensione di cui al comma 1, *«le parti non possono invocare l'inadempimento della controparte o di altri soggetti per sospendere l'esecuzione dei lavori di realizzazione dell'opera ovvero le prestazioni connesse alla tempestiva realizzazione dell'opera»*.

Va premesso al riguardo che, sebbene la disposizione faccia generico riferimento *alle parti* del rapporto contrattuale, il suo tenore è evidentemente riferito ai soli contraenti privati (gli unici ai quali sia imputabile l'esecuzione dei lavori e la realizzazione delle opere).

Si osserva poi che la disposizione in esame (pur se ispirata dal condivisibile intento di limitare al massimo la sospensione delle opere pubbliche) sembra arrecare una deroga difficilmente giustificabile al generale principio civilistico *inadimplenti non est adimplendum* (enunciato per tutti i contratti a prestazioni corrispettive dall'articolo 1460, cod. civ.).

Appare in effetti difficilmente giustificabile, anche a fronte di gravi inadempimenti da parte dell'amministrazione (inadempimenti che – ad esempio – abbiano sottratto del tutto la provvista finanziaria dell'esecutore), la scelta di riversare interamente a carico dell'impresa gli oneri connessi alla – pur comprensibile – esigenza di non interrompere le lavorazioni.

Piuttosto che introdurre nell'Ordinamento una disposizione – quale quella in esame – che tanto fortemente e in modo unilaterale altera l'equilibrio sinallagmatico del contratto, sarebbe stato forse preferibile ricollegare la (comunque possibile) eccezione di inadempimento al generale canone della ragionevolezza del rifiuto di adempiere espressamente richiamato al capoverso dell'articolo 1460, cit.

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

Con una formulazione ricalcata nella sostanza sulla falsariga dell'articolo 125 del Codice del processo amministrativo (relativo alle cc.dd. 'infrastrutture strategiche' della c.d. *legge obiettivo* del 2001) viene previsto che *«in sede giudiziale, sia in fase cautelare che di merito, il giudice tiene conto delle probabili conseguenze del provvedimento stesso per tutti gli interessi che possono essere lesi, nonché del preminente interesse nazionale o locale alla sollecita realizzazione dell'opera, e, ai fini dell'accoglimento della domanda cautelare, il giudice valuta anche la irreparabilità del pregiudizio per l'operatore economico, il cui interesse va comunque comparato con quello del soggetto pubblico alla celere realizzazione dell'opera»*.

La disposizione – di cui è evidente la *ratio* ispiratrice – sembra quindi riferirsi all'intervento del Giudice amministrativo e all'adozione da parte sua di provvedimenti cautelari ai sensi dell'articolo 55 del Cod. proc. amm.. Essa, tuttavia, sembra non tener conto nella sua formulazione che l'ambito oggettivo dell'articolo 5 è interamente riferibile

alle vicende connesse all'esecuzione del contratto (*i.e.*: a un ambito interamente devoluto alla giurisdizione del Giudice ordinario).

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

Se, in particolare, la disposizione in esame è da riferire alla fase pubblicistica dell'aggiudicazione (e quindi alla giurisdizione del G.A.), essa risulta collocata in modo non corretto dal punto di vista tassonomico, atteso che la giusta *sedes* sarebbe stata piuttosto quella dell'articolo 4. Ma in tal caso non si comprenderebbe neppure la ragione per cui il Legislatore abbia di fatto riprodotto nell'ambito dell'articolo 5 una disposizione il cui contenuto sostanziale – almeno per gli affidamenti di maggiore rilevanza – risulta già trasfuso nell'articolo 4, commi 2 e 3.

Se, invece, la disposizione in esame è da riferire – come sembra – alla fase privatistica dell'esecuzione, allora essa risulta di difficile comprensione in quanto ben difficilmente il Giudice ordinario può adottare, in relazione al contenzioso insorto nella fase di esecuzione, provvedimenti che abbiano per oggetto o per effetto quello di disporre in via interinale la sospensione delle lavorazioni.

Si tratta dunque di una disposizione probabilmente condivisibile nelle sue finalità di fondo, ma dalla portata concreta non chiara e che – quindi – probabilmente non troverà rilevanti applicazioni pratiche nel periodo in cui essa resterà in vigore.

## **8. Rinasce ancora una volta il Collegio consultivo tecnico: che sia la volta buona?**

L'articolo 6 del decreto reca una nuova disciplina del Collegio consultivo tecnico valevole fino al 31 dicembre 2021.

Dall'esame del testo emerge che la nuova disciplina (la quale si sostituisce interamente a quella introdotta appena un anno prima dal 'Decreto sblocca-cantieri') miri a un deciso rafforzamento dell'istituto, che diviene obbligatorio per gli appalti di lavori di importo pari o superiore alle soglie di rilevanza UE e facoltativo per gli altri appalti di opere.

Non può non notarsi al riguardo che l'atteggiamento tenuto sul punto dal legislatore negli ultimi anni si è rivelato quanto meno ondivago.

Ed infatti:

- la legge delega n. 11 del 2016 (articolo 1, comma 1, lett. *aaa*) aveva di fatto impedito l'introduzione nell'ordinamento di nuove forme di ADR, fissando il vincolo della mera «razionalizzazione dei metodi di risoluzione delle controversie alternativi al rimedio giurisdizionale»;
- ciononostante, in sede di esercizio della delega, il Governo aveva inserito nell'ambito del 'Codice' del 2016 l'articolo 207 il quale aveva introdotto l'innovativa figura del Collegio consultivo tecnico (CCT). Nell'originaria formulazione del 'Codice' il CCT non era configurato come forma di risoluzione stragiudiziale delle controversie (ADR) in senso proprio. Ed infatti, il nuovo istituto non era finalizzato a risolvere una controversia in atto (secondo lo schema tipico delle *Alternative Dispute Resolutions*), bensì ad impedire – per così dire: *in via anticipata e preventiva* – che una qualunque controversia insorgesse fra le parti<sup>30</sup>;

---

<sup>30</sup> Sul punto sia consentito rinviare a C. CONTESSA, *Commento all'articolo 207*, in: C. Contessa, D. Crocco (a cura di), *Codice degli appalti e delle concessioni commentato articolo per articolo*, Roma, 2016, p. 686, segg.

- di lì a un anno, però, lo stesso Governo aveva radicalmente mutato orientamento e, in occasione del ‘Decreto correttivo’ n. 56 del 2017, aveva disposto la soppressione dell’articolo 207 (e dunque dell’istituto in esame). Ciò aveva suscitato la perplessità di alcuni osservatori i quali avevano notato che, in tal modo, si fosse deciso di espungere dall’Ordinamento un istituto certamente caratterizzato da profili di interesse (il CCT, appunto) senza averne prima saggiato per un periodo adeguato la bontà sostanziale e gli eventuali svantaggi;
- a distanza di due anni il Governo ha nuovamente operato un *revirement* sul tema e, con il Decreto-legge n. 32 del 2019, ha re-introdotta la figura del Collegio consultivo tecnico, ma solo fino alla data di entrata in vigore del nuovo ‘Regolamento unico’ previsto dallo stesso ‘Decreto sblocca-cantieri’ (in tal senso l’articolo 1, comma 11 del Decreto n. 32, cit.). Nel testo del 2019 la costituzione del CCT non era obbligatoria ma restava rimessa alle scelte delle stazioni appaltanti, con decisione da assumere di norma prima dell’avvio di esecuzione<sup>31</sup>. Le decisioni del CCT non avrebbero mai potuto avere efficacia vincolante per le parti e l’eventuale accordo fra le parti sulla soluzione suggerita dal Collegio non avrebbe assunto natura transattiva (ivi, comma 13);
- trascorso appena un anno dal ‘Decreto sblocca-cantieri’ il Governo è tornato ancora una volta sul tema e, pur senza ripristinare l’articolo 207 del ‘Codice’ (che resta comunque soppresso), ha introdotto una analitica disciplina *ad tempus* del Collegio consultivo tecnico, abrogando contestualmente i commi da 11 a 14 del Decreto n. 32<sup>32</sup>.

L’articolo qui in esame stabilisce in primo luogo che, fino al 31 dicembre 2021, per gli appalti di lavori ‘sopra-soglia’ *«è obbligatoria, presso ogni stazione appaltante, la costituzione di un collegio consultivo tecnico, prima dell’avvio dell’esecuzione, o comunque non oltre dieci giorni da tale data, con i comiti previsti dall’articolo 5 e con funzioni di assistenza per la rapida risoluzione delle controversie o delle dispute tecniche di ogni natura suscettibili di insorgere nel corso dell’esecuzione del contratto stesso»*.

La costituzione del CCT è altresì obbligatoria per i contratti in corso di esecuzione al luglio del 2020 (e in tal caso il ‘Decreto semplificazioni’ ha stabilito che alla nomina dei suoi membri si proceda entro trenta giorni dalla sua entrata in vigore).

Al riguardo vanno formulate due osservazioni:

- dal tenore della disposizione sembra che il CCT debba essere nominato per ogni procedura indetta entro il dicembre del 2021 e che, una volta istituito, il Collegio possa continuare ad operare fino al termine delle lavorazioni. Il comma 6 stabilisce comunque che, nelle ipotesi in cui ne è obbligatoria la costituzione, il CCT può essere sciolto dal 31 dicembre 2021 *«in qualsiasi momento, su accordo tra le parti»*;
- non è del tutto chiaro se occorra nominare un CCT per ogni singolo appalto sopra-soglia oppure uno *per ogni stazione appaltante*, incaricato di operare anche per più appalti (come sembrerebbe possibile in base alla formulazione letterale del testo). Pure

---

<sup>31</sup> Ai sensi dell’articolo 1, comma 11 del ‘Decreto sblocca-cantieri’, in particolare, *«fino alla data di entrata in vigore del regolamento di cui all’articolo 216, comma 27-octies, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, al fine di prevenire controversie relative all’esecuzione del contratto le parti possono convenire che prima dell’avvio dell’esecuzione, o comunque non oltre novanta giorni da tale data, sia costituito un collegio consultivo tecnico con funzioni di assistenza per la rapida risoluzione delle controversie di ogni natura suscettibili di insorgere nel corso dell’esecuzione del contratto stesso»*.

<sup>32</sup> Sul punto, v. C. VOLPE, *Il Collegio consultivo tecnico: un istituto ancora dagli incerti confini*, in: [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it) (2020).

a fronte di un testo non chiarissimo, sembra comunque preferibile la prima delle richiamate opzioni interpretative.

Per quanto riguarda la composizione del Collegio, è previsto che esso sia ordinariamente composto di tre membri (uno dei quali con funzioni di presidente). Il numero può essere elevato sino a cinque «*in caso di motivata complessità dell'opera e di eterogeneità delle professionalità richieste*».

I membri del Collegio devono essere dotati di esperienza e qualificazione professionale adeguata alla tipologia dell'opera, tra ingegneri, architetti, giuristi ed economisti con comprovata esperienza nel settore degli appalti delle concessioni e degli investimenti pubblici, anche in relazione allo specifico oggetto del contratto e alla specifica conoscenza di metodi e strumenti elettronici quali quelli di modellazione per l'edilizia e le infrastrutture (BIM), maturata per effetto del conseguimento di un dottorato di ricerca, oppure che siano in grado di dimostrare un'esperienza pratica e professionale di almeno dieci anni nel settore di riferimento.

Non è del tutto chiaro il generico riferimento che la disposizione opera alla categoria dei *giuristi*. In mancanza di indicazioni in senso contrario (e attesa anche la non piena assimilabilità del Collegio consultivo tecnico a un arbitrato – rituale o irrituale -), si ritiene che per il CCT non operi il divieto di assunzione di arbitrati posto dalla 'legge anticorruzione' n. 190 del 2012 a carico dei Magistrati di ogni ordine, nonché degli Avvocati e Procuratori dello Stato.

Le prime interpretazioni della disposizione si stanno in effetti muovendo in modo univoco in tale direzione.

La disposizione non indica con chiarezza le modalità di selezione dei membri del Collegio, i rapporti con il regime di autorizzazione per i dipendenti pubblici e la possibilità che la stazione appaltante indichi come membro del CCT un proprio dipendente. Tali aspetti dovranno essere quindi definiti o da successive disposizioni normative, ovvero da atti di carattere generale assunti dalle singole amministrazioni (nonché, per le Magistrature, dai rispettivi Organi di autogoverno).

Il comma 2 stabilisce che i componenti del collegio possano essere scelti dalle parti di comune accordo. In alternativa le parti possono concordare che ciascuna di esse nomini uno o due componenti e che il terzo o il quinto componente, con funzioni di presidente, sia scelto dai componenti di nomina di parte. Nel caso in cui le parti non trovino un accordo sulla nomina del presidente entro il termine indicato al comma 1, questo è designato entro i successivi cinque giorni dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti per le opere di interesse nazionale, dalle regioni, dalle province autonome di Trento e Bolzano o dalle città metropolitane per le opere di rispettivo interesse (comma 2, cit.).

Il collegio consultivo tecnico si intende costituito al momento della designazione del terzo o del quinto componente. All'atto della costituzione deve essere fornita al collegio consultivo copia dell'intera documentazione inerente al contratto.

L'articolo in commento introduce numerosi elementi volti a rafforzare la cogenza delle decisioni del Collegio e – nei casi in cui ciò non sia possibile – a rendere preferibile e opportuna l'adesione a quanto da esso indicato.

Viene in particolare stabilito (comma 3) che l'inosservanza delle determinazioni del collegio consultivo tecnico sia valutata ai fini della responsabilità del soggetto agente per danno erariale e che costituisca, salvo prova contraria, grave inadempimento degli obblighi contrattuali. Per contro, l'osservanza delle determinazioni del collegio consultivo tecnico è causa di esclusione della responsabilità del soggetto agente per danno erariale, salvo il dolo.

Ai sensi del comma 3 le determinazioni del collegio consultivo tecnico hanno la medesima natura del lodo contrattuale previsto dall'articolo 808-ter del codice di procedura civile (in tema di *arbitrato irrituale*), fatta salva diversa e motivata volontà espressamente manifestata in forma scritta dalle parti stesse<sup>33</sup>.

Ai sensi del medesimo comma le determinazioni del collegio consultivo tecnico sono adottate con atto sottoscritto dalla maggioranza dei componenti, entro il termine di quindici giorni decorrenti dalla data della comunicazione dei quesiti, recante succinta motivazione, che può essere integrata nei successivi quindici giorni, sottoscritta dalla maggioranza dei componenti. In caso di particolari esigenze istruttorie le determinazioni possono essere adottate entro venti giorni dalla comunicazione dei quesiti. Viene altresì stabilito che le decisioni siano assunte a maggioranza.

Per quanto riguarda gli appalti di opere diversi da quelli di cui al comma 1 (e, in particolare, per gli appalti sotto-soglia) le parti possono comunque decidere di nominare un collegio consultivo tecnico attribuendo allo stesso in tutto o in parte i compiti previsti dall'articolo in esame.

Al di là delle ipotesi in cui la costituzione del Collegio è obbligatoria (con compiti relativi alla fase dell'esecuzione) il RUP può anche procedere alla nomina di un CCT, formato da tre membri, «*per risolvere problematiche tecniche o giuridiche di ogni natura suscettibili di insorgere anche nella fase antecedente alla esecuzione del contratto, ivi comprese le determinazioni delle caratteristiche delle opere e le altre clausole e condizioni del bando o dell'invito, nonché la verifica del possesso dei requisiti di partecipazione, e dei criteri di selezione e di aggiudicazione*» (comma 5). La disposizione – dalla formulazione non chiarissima – sembra far riferimento ai casi in cui le richiamate problematiche insorgano nella fase dell'aggiudicazione.

Vi è però ragione di dubitare che tale previsione possa avere effettive traduzioni pratiche in quanto le problematiche cui essa fa riferimento sono le medesime che possono costituire oggetto di contenziosi in via giurisdizionale amministrativa e, come è noto, tali controversie – aventi ad oggetto rapporti di diritto pubblico, in quanto tali indisponibili – non costituiscono oggetto possibile di forme di transazione o di arbitrato. Si può al più ritenere che, in tali ipotesi, l'intervento del Collegio possa essere funzionale all'esercizio dell'autotutela da parte della stazione appaltante.

Resta tuttavia il dato per cui la stringente tempistica del contenzioso dinanzi al Giudice amministrativo e la dimidiazione dei termini che lo caratterizza difficilmente potranno risultare compatibili con l'intervento del Collegio consultivo tecnico di cui al richiamato comma 5. E' evidente al riguardo che – specie a fronte delle questioni di maggiore rilievo economico – le parti non rischieranno di intraprendere la via (incerta) della soluzione condivisa in seno al CCT e non correranno l'ulteriore rischio di lasciar decorrere infruttuosamente i brevi termini decadenziali per l'impugnativa dinanzi al G.A.

L'articolo in esame stabilisce, inoltre, che il Collegio consultivo tecnico sia sciolto al termine dell'esecuzione del contratto ovvero – nelle ipotesi in cui la sua costituzione sia solo facoltativa – in una data anteriore, su accordo fra le parti.

Come già in precedenza anticipato viene previsto che, anche nelle ipotesi in cui la costituzione del CCT è obbligatoria, lo stesso possa comunque essere sciolto sin dalla data-limite del 31 dicembre 2021 in qualsiasi momento e su accordo fra le parti (comma 6). Ciò comporta che, oltre tale data, ciascuna delle parti del contratto sarà arbitra del se fornire il

---

<sup>33</sup> Sul punto, v. C. VOLPE, *Il Collegio consultivo tecnico*, cit., par. 6.

proprio consenso ovvero negarlo, in tal modo costringendo l'altra a perpetuare l'operatività del CCT anche dopo il dicembre del 2021.

Il comma 7 disciplina il tema dei compensi da riconoscere ai membri del Collegio: essi sono posti a carico delle parti, sono commisurati al valore dell'opera (nonché al numero, alla qualità e alla tempestività delle determinazioni assunte dal Collegio) e vengono computati all'interno del quadro economico dell'opera, sotto la voce '*spese impreviste*'. Al fine di garantire la tempestività nell'espressione dei pareri di competenza del CCT, viene stabilita una decurtazione 'lineare' dei compensi (in una misura variabile da un decimo a un terzo) a fronte di ciascun ritardo. La liquidazione dei singoli compensi avviene in occasione dell'adozione di ciascuna determinazione e viene operata applicando le tariffe di cui all'articolo 9 del Decreto-legge n. 1 del 2012 (il rinvio è evidentemente operato ai decreti ministeriali per la liquidazione dei compensi ai professionisti da parte di un organo giurisdizionale ai sensi del comma 2 dell'articolo 9, cit.)<sup>34</sup>.

Infine, il comma 8 reca disposizioni puntuali volte ad assicurare che un singolo esperto non possa assumere un numero eccessivo di incarichi e che non cagioni ritardi nell'espletamento della sua attività. Le disposizioni in questione rispondono a una duplice *ratio*: per un verso quella di evitare forme di polarizzazione degli incarichi in capo a un numero limitato di professionisti (che possono riverberarsi sulla qualità e tempestività dell'impegno) e, per altro verso, quella di assicurare il valore della tempestività delle determinazioni del Collegio (vero e proprio punto di forza della figura), anche attraverso un meccanismo sostanzialmente sanzionatorio a carico di coloro che abbiano cagionato i ritardi nell'assunzione delle determinazioni.

## **9. Le altre disposizioni urgenti in materia di contratti pubblici: quando l'emergenza giustifica l'emergenza e il sistema non entra mai a regime.**

Gli articoli 8 e 8-bis chiudono il Titolo I, Capo I del Decreto semplificazioni, dedicato alle *semplificazioni in materia di contratti pubblici*.

L'articolo 8, in particolare, rappresenta una sorta di 'contenitore' di disposizioni di carattere del tutto eterogeneo fra loro nelle finalità, nell'oggetto e nel regime temporale. Si potrebbe affermare che l'unico tratto comune che caratterizza le disposizioni infine confluite nell'articolo in esame sia rappresentato dal fatto che le stesse – per le ragioni più diverse - non avrebbero potuto essere utilmente ricondotte ad alcuno dei macro-ambiti disciplinati dagli articoli precedenti.

In definitiva, l'articolo in esame rappresenta una sorta di *miscellanea* di carattere residuale nell'ambito del decreto.

I primi quattro commi dell'articolo in esame recano disposizioni caratterizzate da regimi temporali del tutto diversi fra loro (il che rende ancora più frastagliato e complesso il quadro normativo delineato dal 'Decreto semplificazioni').

Le disposizioni in questione si applicano alle procedure indette successivamente alla data di entrata in vigore del 'Decreto semplificazioni'

---

<sup>34</sup> Come è noto, in attuazione di quanto disposto dal comma 1 dell'articolo 9 del D.L. 1 del 2012 (e con riferimento alle professioni vigilate dal Ministero della giustizia) è stato adottato il D.M. 20 luglio 2012, n. 140.

In particolare:

- il comma 1 reca disposizioni applicabili in relazione alle procedure pendenti (e disciplinate dal nuovo ‘Codice’) i cui atti inditivi siano stati già pubblicati alla data di entrata in vigore del Decreto e comunque fino alla data del 31 dicembre 2021. Per tali procedure: *a*) è sempre ammessa la consegna in via di urgenza dei lavori, anche nelle more della verifica dei requisiti di ordine soggettivo e oggettivo (e, naturalmente, sotto condizione risolutiva in caso di riscontrata carenza di tali requisiti); *b*) viene limitato l’obbligo per i partecipanti alle procedure di gara di procedere alla previa visita dei luoghi; *c*) in relazione alle procedure ordinarie si applicano le riduzioni dei termini procedimentali per ragioni di urgenza previste dagli articoli 60, comma 3, 61, comma 6, 62, comma 5 e 74 commi 2 e 3; *d*) le procedure di affidamento possono essere avviate anche in carenza di una specifica previsione nei documenti di programmazione (articolo 21 del ‘Codice dei contratti), ma in tal caso occorre provvedere tempestivamente a un aggiornamento di tali documenti<sup>35</sup>;
- il comma 2, al fine di accelerare le procedure in atto, stabilisce che le gare per le quali sia scaduto al 22 febbraio 2020 il termine per la presentazione delle offerte devono essere concluse con un provvedimento di aggiudicazione entro il 31 dicembre 2020 (vengono comunque fatti salvi gli effetti della sospensione generalizzata dei termini procedimentali di cui all’articolo 103 del c.d. ‘Decreto Cura-Italia’, n. 18 del 2020);
- il comma 4 stabilisce che, nel caso di accordi-quadro (di cui all’articolo 54 del ‘Codice dei contratti’) efficaci alla data di entrata in vigore del decreto, gli affidamenti ‘a valle’ dall’accordo-quadro devono intervenire entro il 31 dicembre 2020. Anche in questo caso vengono fatti salvi gli effetti della sospensione generalizzata dei termini procedimentali di cui al richiamato articolo 103);
- il comma 5 reca invece disposizioni che trovano applicazione per tutti i lavori in corso di esecuzione alla data di entrata in vigore del decreto. Vengono, in particolare previste: *a*) misure atte ad accelerare l’adozione degli stati di avanzamento dei lavori da parte del direttore dei lavori; *b*) misure volte a modificare il piano di sicurezza e coordinamento (PSC), in modo da tener conto dei maggiori oneri derivanti dalla necessità di conformarsi alle misure di contenimento imposte dalla normativa emergenziale<sup>36</sup>; *c*) disposizioni atte a valutare quali cause di forza maggiore le misure rese necessarie dalla disciplina emergenziale, in tal modo giustificando – ove necessario - la sospensione dell’esecuzione (articolo 107, comma 4 del ‘Codice’ del 2016), ovvero il ritardo nel completamento delle lavorazioni oltre il termine contrattualmente previsto<sup>37</sup>.

Con il Decreto semplificazioni, inoltre, il Governo e il Parlamento non hanno vinto la tentazione di apportare alcune modifiche ‘a regime’ al testo del ‘Codice’ del 2016 (nel complesso, circa venti).

Qui di seguito verranno richiamate sinteticamente alcune fra le principali modifiche apportate con il Decreto del 2020:

---

<sup>35</sup> Ai sensi dell’articolo 8, comma 1, lettera d) del Decreto semplificazioni, tale aggiornamento sarebbe dovuto avvenire entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore del decreto.

<sup>36</sup> L’articolo 8, comma 4, lettera b) stabilisce che agli oneri derivanti dal riconoscimento di tali maggiori costi si faccia fronte «a valere sulle somme a disposizione della stazione appaltante indicate nei quadri economici dell’intervento e, ove necessario, utilizzando anche le economie derivanti dai ribassi d’asta».

<sup>37</sup> Una disposizione per qualche verso analoga era già contenuta nel Decreto-legge n. 6 del 2020, articolo 3, comma 6-bis (per come inserito dall’articolo 5, comma 1, lettera a) del decreto-legge n. 19 del 2020).

- i) è stato integrato l'articolo 30, comma 8 (in tema di principi generali pe l'aggiudicazione e l'esecuzione dei contratti) ed è stato previsto che i principi generali della legge n. 241 del 1990 trovino applicazione (non solo per la fase pubblicitica dell'aggiudicazione della gara, ma) anche a fronte delle forme di coinvolgimento degli enti del Terzo settore ai sensi del Titolo VII del 'Codice del terzo settore' del 2017<sup>38</sup>;
- ii) è stato integrato l'articolo 36, comma 1 (in tema di affidamenti sotto-soglia) ed è stato previsto che, per tali affidamenti, l'inserimento nei bandi, negli avvisi e negli inviti della c.d. 'clausola sociale' non sia più facoltativo, bensì obbligatorio;
- iii) è stato modificato in più punti l'articolo 38 (in tema di qualificazione delle stazioni appaltanti e centrali di committenza). Viene previsto, fra l'altro, che le centrali di committenza e i soggetti aggregatori siano qualificati almeno negli ambiti capacità di programmazione, di progettazione e di affidamento. Viene inoltre previsto che la disponibilità da parte delle stazioni appaltanti di piattaforme per la gestione telematica delle gare non rappresenti più un requisito premiante, ma si configuri come requisito di base;
- iv) è stato modificato l'articolo 46, comma 1 (in tema di individuazione degli operatori economici per l'affidamento dei servizi di architettura e ingegneria) ed è stato chiarito che i geologi possano partecipare alle procedure di affidamento anche in forma associata o attraverso società fra professionisti;
- v) è stato modificato l'articolo 48 (in tema di raggruppamenti temporanei e consorzi ordinari di operatori economici) ed è stato chiarito che, nel caso in cui venga indicato quale esecutore di un appalto un consorzio fra cooperative o un consorzio stabile, lo stesso sia tenuto ad indicare, in sede di offerta, i consorziati per i quali concorre;
- vi) è stato modificato l'articolo 59 (in tema di appalto integrato) ed è stato previsto che limitazioni a tale tipologia di appalto non trovino applicazione nelle ipotesi di coinvolgimento degli enti del Terzo Settore (ETS) ai contratti pubblici ai sensi del Titolo VII del 'Codice del Terzo Settore' del 2017. Un espresso riferimento alle peculiarità degli ETS viene altresì inserito nell'ambito dell'articolo 140, relativo ai servizi sociali e ad altri servizi specifici dei settori speciali;
- vii) è stato modificato l'articolo 80 (relativo all'individuazione dei requisiti di ordine generale) attraverso un'importante integrazione relativa alla regolarità fiscale e contributiva delle imprese. In particolare viene ora superato il pregresso principio secondo cui, in mancanza di un accertamento di carattere *definitivo*, non era possibile escludere il concorrente dalla gara (il che comportava, fino a tempi recenti, che la proposizione di un qualunque ricorso giurisdizionale – anche se del tutto infondato – impedisse qualunque autonoma valutazione sul punto da parte della stazione appaltante). Il 'Decreto semplificazioni' modifica al riguardo il comma 4 dell'articolo 80 e stabilisce che «*un operatore economico può essere escluso dalla partecipazione a una procedura d'appalto se la stazione appaltante è a conoscenza e può adeguatamente dimostrare che lo stesso non ha ottemperato agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali non definitivamente accertati qualora tale mancato pagamento costituisca una grave violazione ai sensi rispettivamente del secondo o del quarto periodo*». Va osservato al riguardo che la Commissione europea, con la lettera di costituzione in mora 2018/2273 del 24 gennaio 2019, aveva contestato il contrasto fra la richiamata preclusione – prevista dalla

---

<sup>38</sup> Sul punto: C. CONTESSA, D. SIMEOLI, I. VOLPE, *Codice del terzo settore commentato e annotato*, Piacenza, 2019, p. 347 e segg.

normativa nazionale – e l’articolo 57, par. 2 della ‘Direttiva appalti’ n. 2014/24/UE (la quale consente sempre alle amministrazioni di valutare in modo autonomo i pertinenti motivi di esclusione, senza preclusioni di sorta)<sup>39</sup>. Al fine di superare la procedura di infrazione, con l’articolo 1 del ‘Decreto sblocca-cantieri’ del 2019 era stata già introdotta una disposizione del tutto analoga a quella da ultimo inserita dal ‘Decreto semplificazioni – all’evidente fine di superare la richiamata procedura di infrazione – ma la disposizione era stata in seguito espunta dall’articolato in sede di conversione in legge del decreto, in tal modo lasciando residuare tutti i dubbi di legittimità sollevati dall’Esecutivo UE;

- viii) è stato modificato l’articolo 83 (in tema di ‘*Criteri di selezione e soccorso istruttorio*’) attraverso l’inserimento di un nuovo comma 5-*bis*. Ai sensi della nuova disposizione il requisito del possesso di un adeguato livello di copertura assicurativa contro i rischi professionali «*viene valutat[o] sulla base della polizza assicurativa contro i rischi professionali posseduta dall'operatore economico e in corso di validità*». Viene altresì stabilito che in relazione alle polizze assicurative di importo inferiore al valore dell’appalto, «*le stazioni appaltanti possono richiedere che l’offerta sia corredata, a pena di esclusione, dall’impegno da parte dell’impresa assicuratrice ad adeguare il valore della polizza assicurativa a quello dell’appalto, in caso di aggiudicazione*». Si tratta certamente una disposizione volta a favorire la partecipazione alle gare da parte delle imprese di minori dimensioni, senza rinunciare a un adeguato livello di copertura;
- ix) è stato modificato l’articolo 151 (in tema di sponsorizzazioni e forme speciali di partenariato) introducendo un’espressa disposizione di salvaguardia delle previsioni in tema di uso individuale dei beni culturali ai sensi dell’articolo 106, comma 2-*bis* del ‘Codice dei beni culturali e del paesaggio’ del 2004;
- x) è stato modificato l’articolo 180 (in tema di partenariato pubblico-privato - PPP) ed è stato previsto che, nel caso di contratti di rendimento energetico o di prestazione energetica (EPC), i ricavi di gestione dell’operatore economico possano essere determinati e pagati in funzione del livello di miglioramento dell’efficienza energetica o di altri criteri di prestazione energetica stabiliti contrattualmente, purché quantificabili in relazione ai consumi;
- xi) è stato infine modificato l’articolo 183 (in tema di Finanza di progetto). L’intervento riguarda il caso di proposte partenariali relative alla realizzazione in concessione di lavori pubblici o di lavori di pubblica utilità e stabilisce che il relativo progetto di fattibilità sia inserito nell’ambito degli strumenti di programmazione dell’ente.

Il comma 6-*bis*, dal canto suo introduce una disposizione derogatoria e *ad tempus* relativa alle procedure che, per il loro potenziale impatto sull’ambiente, sulle città e sull’assetto sul territorio, dovrebbero essere sottoposte alla procedura di dibattito pubblico

---

<sup>39</sup> Con la richiamata lettera di messa in mora, in particolare, la Commissione europea ha osservato che “*l’articolo 80, comma 4, del decreto legislativo 50/2016 non è conforme [all’articolo 57, paragrafo 2] della direttiva 2014/24/UE in quanto non consente di escludere un operatore economico che ha violato gli obblighi relativi al pagamento di imposte o contributi previdenziali qualora tale violazione – pur non essendo stata stabilita da una decisione giudiziaria o amministrativa avente effetto definitivo – possa essere comunque adeguatamente dimostrata dall’amministrazione aggiudicatrice o dall’ente aggiudicatore. Pertanto la Commissione conclude che l’articolo 80, comma 4, del decreto legislativo 50/2016 viola l’articolo 38, paragrafo 5, secondo comma, della direttiva 2014/23/UE e l’articolo 57, paragrafo 2, secondo comma, della direttiva 2014/24/UE*”.

di cui all'articolo 22 del 'Codice dei contratti' del 2016. Viene previsto che, fino al 31 dicembre 2023 e al fine di accelerare l'*iter* autorizzativo concernente tali procedure, le regioni (ove ritengano le suddette opere di particolare interesse pubblico e rilevanza sociale), previo parere favorevole della maggioranza delle amministrazioni provinciali e comunali interessate, possono autorizzare la deroga alla procedura di dibattito pubblico di cui all'articolo 22, comma 2.

La disposizione in questione suscita alcune perplessità in quanto palesa una sostanziale coincidenza fra i presupposti che caratterizzano *la regola* e quelli che giustificano *l'eccezione* (in entrambi i casi viene richiamato il particolare interesse pubblico dell'opera e la sua rilevanza sociale, il che non aiuta a rendere di agevole applicazione la disposizione).

Il successivo comma 7 proroga di un anno l'efficacia di alcune disposizioni del 'Decreto sblocca-cantieri', n. 32 del 2019.

Si tratta, in particolare:

- i) dell'articolo 1, comma 1 (il quale aveva a propria volta sospeso per un anno l'efficacia di alcuni articoli del 'Codice', in tema di obbligo per i comuni non capoluogo di avvalersi delle forme di aggregazione negli acquisti, di appalto integrato e di obbligatorio ricorso all'albo dei Commissari tenuto presso l'ANAC - peraltro, mai divenuto operativo -);
- ii) dell'articolo 1, comma 2 (il quale obbliga il Governo a trasmettere al Parlamento una relazione in ordine alla sospensione delle disposizioni richiamate *sub i*), al fine di stabilire se mantenere o meno a regime la sospensione - *rectius*: se abrogare in modo espresso le disposizioni sospese -);
- iii) dell'articolo 1, comma 3 (il quale consente di applicare anche nei settori ordinari la c.d. 'inversione procedimentale' fra la verifica relativa all'idoneità degli offerenti e l'esame delle offerte presentate, già operante per i cc.dd. 'settori speciali');

Anche in tal caso il Legislatore del 2020 sembra aver *deciso di non decidere* in quanto già il 'Decreto sblocca-cantieri' del 2019 aveva ommesso di adottare una decisione netta in ordine alle richiamate disposizioni (introducendo nei fatti una deroga sperimentale ed evidentemente finalizzata alla successiva espunzione delle richiamate disposizioni dall'Ordinamento); a sua volta il 'Decreto semplificazioni' evita ancora una volta di assumere una decisione finale sul punto, prorogando nel tempo una scelta di sostanziale *non liquet*.

Vi è poi, nell'ambito del comma 7, una disposizione che spicca per la sua peculiarità: si tratta della lettera d) la quale (incidendo sulle ipotesi in cui è obbligatorio acquisire il parere del Consiglio superiore dei LL.PP. sui progetti definitivi di opere pubbliche) sostituisce la disposizione derogatoria già introdotta dal Decreto-legge n. 32 del 2019 – valevole fino al 31 dicembre 2020 - con una nuova e diversa disposizione – anch'essa derogatoria, ma valevole fino al 31 dicembre 2021 -<sup>40</sup>. In tal modo una deroga *ad tempus* viene sostituita con un'ulteriore e diversa deroga *ad tempus*.

---

<sup>40</sup> La nuova disposizione introdotta dal 'Decreto semplificazioni' stabilisce che «*in deroga all'articolo 215, comma 3, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, fino al 31 dicembre 2021, il Consiglio superiore dei lavori pubblici esprime il parere obbligatorio di cui al comma 3 del medesimo articolo 215 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 euro. Per i lavori pubblici di importo inferiore a 100 milioni di euro e fino a 50 milioni di euro, le competenze del Consiglio superiore sono esercitate dai comitati tecnici amministrativi presso i Provveditorati interregionali*

Concludendo la sintetica disamina dell’(assai eterogeneo) contenuto dell’articolo 8 del ‘Decreto semplificazioni’ – e soffermandosi sulle disposizioni che appaiono di maggiore interesse - si segnalano:

- il comma 8 (il quale stabilisce che il Commissario straordinario per l’attuazione e il coordinamento delle misure di contenimento e contrasto dell’emergenza epidemiologica da COVID-19 di cui all’articolo 122 del decreto-legge n. 18 del 2020 fino alla scadenza del predetto stato di emergenza, procede, nell’ambito dei poteri conferiti e con le modalità previste dalla suddetta disposizione, all’acquisizione e distribuzione delle apparecchiature e dei dispositivi di protezione individuale, nonché di ogni necessario bene strumentale, compresi gli arredi scolastici, utile a garantire l’ordinato avvio dell’anno scolastico 2020-2021, nonché a contenere e contrastare l’eventuale emergenza nelle istituzioni scolastiche statali);
- il comma 10-*bis* (il quale prevede l’emanazione di un decreto ministeriale volto ad individuare le modalità secondo cui al Documento unico di regolarità contributiva deve essere aggiunto quello relativo alla congruità dell’incidenza della manodopera relativa allo specifico intervento. Si tratta del c.d. ‘*DURC di congruità*’, invero già previsto dall’articolo 105, comma 18 del ‘Codice dei contratti’ del 2016. Mettendo in comparazione la disposizione qui in esame con quella dell’articolo 105, comma 18, cit. – e considerata anche la previsione di cui al precedente comma 10 – si ritiene che la previsione di cui al comma 10-*bis* trovi applicazione soltanto per le procedure di gara indette nella vigenza del ‘Decreto semplificazioni’);
- il comma 11 (il quale, modificando l’articolo 4 del Decreto legislativo n. 208 del 2011 – sugli appalti nel settore della Difesa – prevede l’emanazione di un nuovo regolamento statale governativo, verosimilmente sostitutivo del d.P.R. 49 del 2013. La nuova disposizione introduce una sorta di *cambio di prospettiva* rispetto all’impostazione originaria del decreto n. 208 in quanto: *i*) mentre il previgente articolo 4, comma 1 stabiliva che la disciplina regolamentare in tema di appalti nel settore della Difesa fosse limitata «*agli istituti che richiedono una disciplina speciale rispetto a quella contenuta nei regolamenti di esecuzione di cui agli articoli 5 e 196 del codice*»; *ii*) al contrario, la nuova disposizione prevede che l’emanando regolamento rechi la richiamata disciplina attuativa «*anche in relazione alle disposizioni del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, applicabili al presente decreto*».

## 10. Conclusioni

Nonostante l’enfatica *rubrica legis* che lo caratterizza, il Decreto-legge n. 76 del 2020 non recherà certamente nel settore degli appalti un maggiore grado di semplificazione. Al contrario, il sistema che emerge all’esito della novella normativa del 2020 risulta più complesso e articolato di quello sino ad oggi vigente, si frammenta in numerosi regimi temporalmente differenziati e mina alla radice la stessa unitarietà del sistema, che dovrebbe rinvenire nel Codice di settore il proprio punto centrale di riferimento.

---

*per le opere pubbliche. Per i lavori pubblici di importo inferiore a 50 milioni di euro si prescinde dall’acquisizione del parere di cui all’articolo 215, comma 3, del citato decreto legislativo n. 50 del 2016».*

D'altra parte il decreto in questione contiene un gran numero di disposizioni di estremo interesse - e talvolta decisamente innovative - che rivelano una ricerca incessante di maggiore funzionalità del sistema.

Se, per un verso, non può che accogliersi con favore il tentativo – talvolta disordinato ma evidentemente ispirato da finalità condivisibili – di agevolare il ruolo di vero e proprio *volano dell'economia* da sempre rivestito dal settore degli appalti, per altro verso non può che notarsi che il 'Decreto semplificazioni' conferma l'impostazione frammentaria che aveva già caratterizzato il c.d. 'Decreto sblocca-cantieri' del 2019 e ne amplifica ulteriormente gli effetti centrifughi per il sistema.

All'esito della novella normativa del 2020, infatti, non solo il sistema di regolazione subprimaria resta ancora privo del fondamentale apporto del (molto atteso ma mai emanato) Regolamento unico, ma anche la disciplina primaria della materia risulta ormai caratterizzata dall'evidente perdita di centralità del Codice di settore e dall'emergere di un numero crescente di disposizioni derogatorie e *ad tempus* (le quali, evidentemente, incrementano a dismisura la frammentarietà del sistema nel suo complesso).

Dopo un triennio (2016-2019) durante il quale la disciplina di settore aveva conosciuto di fatto un solo intervento davvero rilevante di modifica<sup>41</sup> - rimanendo per il resto sostanzialmente invariato – il Decreto n. 76 del 2020 introduce nel settore un nuovo e caleidoscopico ventaglio di novità. A breve, inoltre, il settore sarà interessato da un ulteriore (quanto largamente atteso) *shock* di sistema connesso all'emanazione del nuovo Regolamento unico.

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

In caso contrario, il rischio – fin troppo concreto – è che si pervenga al termine di tale parabola (e al varo ormai imminente del nuovo 'pacchetto normativo' UE) senza che il sistema nazionale in materia di appalti e concessioni sia stato in grado di assicurare alle amministrazioni e alle imprese adeguati livelli di equilibrio e di certezza delle regole.

**Claudio Contessa**  
Presidente sezione Consiglio di Stato

Pubblicato il 20 dicembre 2020

---

<sup>41</sup> Ci si riferisce al c.d. 'Decreto correttivo' n. 56 del 2017.