

# La semplificazione amministrativa in materia di appalti pubblici

LUCA R. PERFETTI  
Avvocato presso BonelliErede

## 1. LA SEMPLIFICAZIONE AMMINISTRATIVA

All'apparenza, il termine semplificazione sembra alludere ad un risultato positivo, benvenuto, gradevole. Complicare, sembra essere il suo opposto. Tuttavia, non è affatto detto che questa semplice opposizione contribuisca a spiegare la semplificazione amministrativa in modo adeguato.

Non sembra casuale che la letteratura di diritto amministrativo si sia distinta – al netto dei non pochissimi contributi meramente ricognitivi del dato normativo – tra chi ha indicato i pericoli che vi si accompagnano<sup>1</sup>, chi – invece – ha posto in luce la difficoltà di realizzare un'autentica semplificazione<sup>2</sup> ovvero le complicazioni che da questa derivano<sup>3</sup>. Si tratta di un dibattito che si è sviluppato soprat-

---

1 Per l'inquadramento generale del tema F. Manganaro, *Principio di legalità e semplificazione dell'attività amministrativa*, Esi, Napoli, 2000.

2 E. Casetta, *La difficoltà di semplificare*, in *Diritto amministrativo*, 3-4, 1998, p. 335, ove l'indicazione della tensione tra legalità ed efficienza nella disciplina del procedimento.

3 R. Ferrara, *Le complicazioni della semplificazione amministrativa: verso un'amministrazione senza qualità*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2, 1999, p. 323 e successivamente Id., *Procedimento amministrativo, semplificazione e realizzazione del risultato: dalla libertà dall'amministrazione alla libertà dell'amministrazione?*, in *Diritto e società*, 1, 2000, p. 101; cfr., anche M. Ainis, *La semplificazione complicante*, in *Federalismi.it*, 18, 2014, p. 2.

tutto ad esito degli interventi di sistema sul procedimento amministrativo in generale<sup>4</sup>, per scemare poi – salvo importanti eccezioni<sup>5</sup> –, fino quasi a scomparire, se non relativamente a legislazioni di settore<sup>6</sup>.

Ora, con il *Piano nazionale di ripresa e resilienza* (o, più brevemente, Pnrr), il problema sembra di nuovo porsi con energia e, per quel che qui interessa, certamente si leggono norme orientate a questo scopo nella disciplina degli appalti pubblici<sup>7</sup>.

---

4 Come si è osservato, il dibattito si è sviluppato nel decennio tra la fine del Novecento e l'inizio del nuovo millennio, prendendo sostanzialmente avvio da S. Cassese, *La semplificazione amministrativa e l'orologio di Taylor*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 3, 1998, p. 699. Non si dovrà prescindere da F. Merusi, *La semplificazione: problema legislativo o amministrativo*, in *Nuove Autonomie*, 3-4, 2008, p. 335 (nella condivisibile prospettiva della funzionalizzazione della semplificazione al soddisfacimento dei diritti delle persone); P. Lazzara, *Procedimento e semplificazione. Il riparto dei compiti istruttori tra principio inquisitorio ed autoresponsabilità privata*, Philos, Roma, 2005 (e, successivamente, Id., *Principio di semplificazione e situazioni giuridico-soggettive*, in *Diritto amministrativo*, 4, 2012, p. 679, e poi, Id., *I procedimenti amministrativi ad istanza di parte*, Jovene, Napoli, 2008; G. Vesperini, G. Sciuillo, M.P. Chiti, B. Mattarella, L. Vandelli, *Che fine ha fatto la semplificazione amministrativa?*, Giuffrè, Milano, 2006; M.P. Chiti, *Semplificazione delle regole e semplificazione dei procedimenti: alleati o avversari?*, in *Foro amministrativo CdS*, 3, 2006, p. 1057; S. Battini, *Le politiche di semplificazione nell'esperienza italiana*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 4, 2004, p. 450; F. Fracchia, *Vizi formali, semplificazione procedimentale, silenzio-assenso e irregolarità*, in *Diritto dell'economia*, 3-4, 2002, p. 429; B. Cavallo (a cura di), *Il procedimento amministrativo tra semplificazione partecipata e pubblica trasparenza*, Giappichelli, Torino, 2001; V. Cerulli Irelli, F. Luciani, *La semplificazione dell'azione amministrativa*, in *Diritto amministrativo*, 1, 2000, p. 617; L. Vandelli, G. Gardini (a cura di), *La semplificazione amministrativa*, Quaderni della Spisa, Rimini, 1999; A. Sandulli, *La semplificazione*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 3, 1999, p. 757; G. Cugurra, *La semplificazione del procedimento amministrativo nell'art. 17 della legge 15 maggio 1997*, n. 127, in *Diritto amministrativo*, 3-4, 1998, p. 479; L. Torchia, *Tendenze recenti della semplificazione amministrativa*, in *Diritto amministrativo*, 3, 1998, p. 385; M. Clarich, *Modelli di semplificazione nell'esperienza comparata*, in *Diritto amministrativo*, 3, 1998, p. 679.

5 Per un bilancio in chiaro-scuro sia delle semplificazioni che delle riforme amministrative degli anni Novanta, R. Ursi, *Le stagioni dell'efficienza. I paradigmi giuridici della buona amministrazione*, Maggioli, Rimini, 2016. Si debbono necessariamente avere presenti A. Colavecchio, *L'obbligo di provvedere tempestivamente*, Giappichelli, Torino, 2013 e D. Vese, *Sull'efficienza amministrativa in senso giuridico*, Cedam, Padova, 2018.

6 Si veda in tal senso, sicuramente, V. Di Capua, *L'autorizzazione integrata ambientale. Verso una tutela sistemica dell'ambiente*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020; più limitatamente, ma più vicini all'oggetto specifico di queste pagine, di recente, G. Cataldo, *Le novità del D.l. Semplificazioni 2020 in materia energetica nel segno della continuità dell'accentramento delle competenze (e dei suoi nodi irrisolti)*, in *Osservatorio costituzionale*, 1, 2021, p. 188; G. Colombini, *I decreti semplificazione e rilancio alla luce dei principi generali di contabilità pubblica ovvero dei falsari di parole*, in *Federalismi.it*, 8, 2021, p. 21; F. Cusano, *La complicata semplificazione della contrattualistica pubblica: "poveri fiori, gemme de prati, pur ieri nati, oggi morenti"*, in *Federalismi.it*, 13, 2021, p. 63.

7 Per un'analisi di sicuro interesse, recentemente, G. Serra, *Il difficile bilanciamento tra tutela della concorrenza e semplificazione delle procedure ad evidenza pubblica*, in *Diritto dell'economia*, 1, 2021, p. 201; su questo profilo, comunque, M. D'Alberti, *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, in *Diritto amministrativo*, 2, 2008, p. 297.

Quel che sembra doversi notare, sia pure per cenni estremamente sintetici, è che le semplificazioni – in senso stretto – contengono un rischio autoritario. Infatti, delle due l'una: o le semplificazioni intervengono eliminando complicazioni inutili – ed, allora, sono certamente dovute in relazione alla regola costituzionale di buon andamento (o a quelle europee relative alla buona amministrazione), oppure eliminano sequenze procedurali o competenze preordinate all'apprensione ed alla cura di interessi ritenuti rilevanti.

Ne deriva che, in termini generali, se quel che s'è detto è vero, le semplificazioni sono fatalmente o doverose o dannose; ed in questo secondo caso, consegnando al potere dell'autorità fattispecie in ordine alle quali la considerazione dei fatti o degli interessi viene compressa in relazione ad un pubblico interesse – ad esempio, quello alla celerità della decisione – oltre che dannose sono potenzialmente autoritarie.

Quanto specificamente alle semplificazioni proposte dalle norme in materia di appalti che han fatto séguito alla pandemia – o che si collegano al PNRR –, esse appartengono alla categoria delle accelerazioni, che di frequente si accompagnano a plessi normativi derogatori.

In altri termini non si tratta di semplificazioni solo o doverose o dannose – perché trovano la misura dell'una o dell'altra appartenenza nella relazione con gli interessi protetti dalla norma procedimentale e sostanziale –, ma di scelte legislative che derogano al quadro generale della disciplina ordinaria, introducendo disposizioni che vi derogano (anche) allo scopo di conseguire una più spedita conclusione dei procedimenti amministrativi o delle attività materiali che ad essi conseguono.

Il parametro alla luce del quale stabilire se la semplificazione sia doverosa o dannosa, quindi, viene interamente alterato – con la conseguenza che la valutazione rispetto alla misura di semplificazione ne viene molto profondamente influenzata. E' chiaro, infatti, che nel caso di discipline acceleratorie con contenuto parzialmente derogatorio, si è innanzi ad una scelta del legislatore relativa al rilievo del tempo (del procedimento amministrativo o del conseguimento del risultato materiale che consegue alla decisione amministrativa), che può assumere valore determinante rispetto al giudizio sulla misura introdotta. In altri termini, se la singola misura di semplificazione amministrativa – sia essa a contenuto procedimentale ovvero organizzativo – potrà apparire dannosa – perché, ad esempio, comprime la partecipazione procedimentale ovvero l'apporto di amministrazioni preordinate alla tutela di beni della vita di rilievo pubblico – in uno scenario “a regime”, diversa potrà essere la valutazione ove la semplificazione sia temporanea, preordinata all'esecuzione di piani o programmi di rilievo pubblico (come il PNRR) per i quali il tempo assume un rilievo decisivo dal punto di vista di altri interessi, altrettanto prioritari ed altrettanto pubblici.

Questo profilo non smette di essere vero in astratto a fronte dell'osservazione circa il fatto che discipline emergenziali, derogatorie, urgenti, sostanzialmente

appannaggio dell'esecutivo, siano divenute la modalità ordinaria di azione pubblica<sup>8</sup> – per quanto quest'osservazione conservi, comunque, un rilievo quanto alla ragionevolezza della normativa primaria; infatti, la compressione di procedimenti o alterazione di organizzazioni preposti alla protezione di beni giuridici, pretese o interessi, per quanto in via temporanea o emergenziale, potrà pregiudicarli interamente o irreparabilmente, sicché la natura emergenziale o temporanea della deroga non consente di eliminare il rilievo della questione di ragionevolezza della normativa che, introducendo la deroga, agisce potenzialmente in modo definitivo su quei beni, pretese o interessi; infatti, è chiaro che, solo per esemplificare, a poco importerà che la modalità ordinaria di decisione richieda la partecipazione degli interessati quando con procedure derogatorie si sia mutato per sempre l'oggetto di quell'interesse, così come se un'organizzazione pubblica sia istituita per la protezione, regolazione o sviluppo di un dato bene di interesse pubblico – ad esempio, un porto – a poco servirà quando quell'infrastruttura sia stata radicalmente mutata attraverso interventi previsti da norme derogatorie e temporanee).

Per il vero non si tratta di problemi nuovi nel sistema dei contratti pubblici – e, soprattutto, nel settore della localizzazione, progettazione ed esecuzione delle opere pubbliche. Piuttosto, proprio questa polarizzazione della normativa tra disciplina “a regime” – con l'insieme delle competenze e procedure che sono proprie di enti diversi in relazione ad interessi anch'essi distinti – ed acceleratoria – perché riferita ad opere definite strategiche, ad eventi internazionali o ad emergenze ambientali o territoriali<sup>9</sup> costituisce un tema di portata generale, giacché questi due plessi normativi sono orientati in modo significativamente diverso proprio in relazione all'obiettivo che la normativa si propone, con rilievo immediato, per le ragioni che si cercheranno di enunciare.

È, quindi, evidente che il problema delle norme di semplificazione a scopo acceleratorio non corrispondono necessariamente al binomio doveroso o dannoso.

### 3. SEMPLIFICAZIONE E FUNZIONE DELLA DISCIPLINA – OVVERO, COSA SI POSSA SEMPLIFICARE

Proprio questa complessità, impone di individuare un criterio diverso alla luce del quale esaminarle e valutarle.

La ragione mi sembra ovvia: la semplificazione dovrebbe essere preordinata – sulla base delle norme di cui all'art. 97 Cost. – ad eliminare complessità inessenziali, senza rimuovere articolazioni (procedimentali ovvero organizzative) che, invece, non hanno questo carattere.

---

<sup>8</sup> Per maggiori considerazioni sia consentito il rinvio al mio *Il governo dell'arbitrio*, Rubettino, Soveria Mannelli, 2021 ed alla letteratura ivi richiamata.

<sup>9</sup> Mi intendo riferire a discipline che possono presumersi note e che, solo per comodità, si possono leggere richiamate puntualmente nel mio, *Legge-provvedimento, emergenza e giurisdizione*, in *Diritto e processo amministrativo*, 3, 2019, p. 1021.

A mio modo di vedere, l'unico criterio affidabile per misurare ciò che è essenziale o meno nell'articolazione – organizzativa o procedurale – del potere è quello dello scopo pubblico che un dato insieme di norme intende proteggere o perseguire; è più che ovvio che questi obiettivi potranno anche essere più di uno, sicché serve un criterio per graduare codesti profili dell'interesse pubblico. In altri termini, solo una volta che sia chiaro quale sia l'interesse pubblico che la normativa intende perseguire – ovvero quale sia la graduazione dei vari interessi protetti – si potrà procedere a determinare i contenuti della semplificazione.

Questo criterio non sembra modificarsi nelle ipotesi nelle quali la semplificazione sia preordinata all'accelerazione, giacché il risparmio di tempo per il conseguimento del risultato materiale finale non sarà che uno dei profili di interesse pubblico rilevanti – restando semmai da chiarire quale sia la sua graduazione rispetto ai restanti, nell'opera di gerarchizzazione degli interessi che è necessaria per comprendere cosa sia essenziale e cosa semplificabile (ovvero suscettibile di essere compresso, reso eventuale o propriamente pretermesso).

In altri termini, così come la semplificazione, l'accelerazione – cui la semplificazione è strumentale – dovrà essere congegnata in modo tale da assicurare che non siano rimossi i presidi di interessi immancabili (che, comunque, sono funzionali ad un'effettiva accelerazione). Solo per esemplificare a fini di maggiore chiarezza, è agevole comprendere come la pretermissione di alcuni interessi a scopo acceleratorio – come, ad esempio, la tutela della legalità, dell'ambiente, della concorrenza – condurranno al mancato conseguimento dell'obiettivo di accelerazione – perché si finirà per generare opposizione o contenzioso giurisdizionale, come prova l'esperienza delle grandi opere o della gestione dei grandi eventi.

Nel caso degli appalti pubblici, la questione non è di poco momento. Infatti, se la disciplina degli appalti pubblici è stata intensamente studiata in ogni suo profilo, anche di dettaglio, ciò che colpisce è la sostanziale assenza – salvo un meritorio lavoro molto recente<sup>10</sup> – di riflessioni sul punto nella nostra letteratura e l'estrema limitatezza anche nel panorama internazionale<sup>11</sup>, nella quale si nota che «*so little legal literature has been written as yet regarding the theory of public tender*»<sup>12</sup>.

Tuttavia, non mi pare si possa affrontare il tema della semplificazione (o accelerazione) nella disciplina degli appalti pubblici senza questo chiarimento preliminare.

---

<sup>10</sup> Ci si riferisce a E. Caruso, *La funzione sociale dei contratti pubblici*, Napoli, Jovene, 2020.

<sup>11</sup> S. Arrowsmith, *Understanding the purpose of the EU's procurement directives: the limited role of the EU regime and some proposals for reform*, in Konkurrensverket (a cura di), *The Cost of Different Goals of Public Procurement*, Västra Aros AB, Västerås, 2012, p. 44.

<sup>12</sup> O. Dekel, *The legal theory of competitive bidding for Government contracts*, in *Public Contract Law Journal*, 37, 2008, p. 237, la citazione è a p. 238. In questa prospettiva sono utili anche J. J. Snider Smith, *Competition and Transparency: what works for public procurement Reform*, in *Public Contract Law Journal*, 38, 2008, p. 85; R. P. McAfee, J. McMillan, *Bidding for Contracts: A Principal-Agent Analysis*, in *The RAND Journal of Economics*, 17, 1986, p. 326; S. Schooner, *Desiderata: Objectives for a system of government contract law*, in *Public Procurement Law Review*, 11, 2002, p. 104.

#### 4. L'INTERESSE PUBBLICO DELL'AMMINISTRAZIONE CHE CONTRATTA

Occorre premettere per chiarezza che, in questa sede, l'esercizio di individuazione del contenuto del pubblico interesse e di gerarchizzazione delle sue diverse dimensioni rilevanti, verrà condotto esclusivamente sulla base del diritto positivo, come pura attività interpretativa di tipo dogmatico. Naturalmente, sono disponibili altri approcci – teorico, economico, etc. – e, tuttavia, dal punto di vista metodologico, ci si atterrà allo stretto compito del giurista positivo.

L'interpretazione dovrà necessariamente confrontarsi con i principi della materia, con l'attenzione al fatto che si tratta – fin dalla loro enunciazione nei “considerando” delle direttive europee rilevanti – di norme tra loro potenzialmente in contrasto<sup>13</sup>.

La questione, quindi, non si può limitare ad individuare i profili di pubblico interesse rilevanti – e tra questi, quelli immancabili, non suscettibili di semplificazione a scopo di accelerazione – ma anche di individuare un criterio di graduazione o bilanciamento (ulteriore rispetto alla regola generale della ragionevolezza). Senza una gerarchizzazione dei profili di interesse pubblico – e, quindi, degli elementi di orientamento interpretativo nella programmazione e localizzazione degli interventi, nella progettazione, nelle procedure selettive, nella formazione del contratto, nella sua esecuzione e variazione in sede esecutiva – si resterà nell'incertezza sugli scopi e, quindi, senza criteri orientativi adeguati a misurare il livello di semplificazione ed accelerazione sostenibile.

Si tratta di riflessioni necessarie ad evitare due possibili esiti ideologici: per un lato, maggiormente utilizzato dalla giurisprudenza, a fronte del contrasto tra i principi, anche ove proporzionalità e ragionevolezza siano utilizzate correttamente, residuerà un notevole margine di opinabilità circa le regole, che determinerà fisiologicamente soluzioni (soprattutto giurisprudenziali) incontrollabili; per l'altro, maggiormente utilizzato dalla dottrina, si potranno far prevalere singoli profili della disciplina, come è avvenuto negli ultimi anni a favore delle dell'anticorruzione<sup>14</sup>, a fronte di una precedente eccessiva enfasi circa il primato alla protezione della concorrenza di mercato<sup>15</sup>.

---

13 Per utilissime considerazioni circa la ridotta significatività delle regole europee per gerarchizzare le funzioni della procedura selettiva, resta importante considerare S. Arrowsmith, *Understanding the purpose of the EU's procurement directives: the limited role of the EU regime and some proposals for reform*, cit.

14 Per l'enfasi dell'anticorruzione si può vedere, G. M. Racca, C. R. Yuknis (eds.), *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts. Balancing Corruption Concerns in Public Procurement Internationally*, Bruxelles, Bruylant, 2014.

15 Eco di quest'impostazione si legge in una delle principali opere critiche – e non, appunto, esegetiche – sui contratti pubblici, quale A. Massera, *Lo Stato che contratta e che si accorda. Vicende della negoziazione con le P.P.AA. tra concorrenza per il mercato e collaborazione con il potere*, Pisa University Press, Pisa, 2011, particolarmente da p. 11 a p. 55. Ancor più chiaramente, A. Sanchez-Graells, *Competitive Neutrality in Public Procurement and Competition Policy: An Ongoing Challenge Analised in View of the Proposed New Directive (January 24, 2012)*, in *5th International Public Procurement Conference*, August 2012, disponibile in <https://ssrn.com/abstract=1991302>.

Guardando alle norme applicabili, emergono una serie di diversi profili di pubblico interesse nella disciplina degli appalti pubblici.

In primo luogo, quello dell'*integrità*, che si declina lungo i profili della (i) prevenzione della corruzione, (ii) assicurazione di parità di trattamento evitando favoritismi, (iii) nonché dell'immagine dell'autorità amministrativa come soggetto imparziale e corretto, (iv) esclusione, per operatori economici scorretti o che presentano compromissioni con vicende penali, violazioni della disciplina fiscale, previdenziale, di sicurezza sul lavoro, di protezione dell'ambiente e simili dall'accesso alla sottoscrizione di contratti o concessioni, (v) nonché che l'interesse personale dei funzionari possa inquinare quello pubblico nelle scelte. Si tratta di un elemento che presenta un serio fondamento (a) istituzionale – a garanzia della correttezza dell'amministrazione pubblica; (b) economico – essendo noto che la corruzione determina costi di transazione aggiuntivi; (c) sociale – perché si avrebbe un'alterazione del confronto concorrenziale tra le imprese ed effetti sui loro lavoratori<sup>16</sup>. Si tratta certamente di un interesse diretto dell'amministrazione, giacché vale a presidiare profili che attengono alla stessa organizzazione pubblica che ricorre al diritto privato e, tuttavia, non è specifico dell'attività di diritto privato, essendo destinato a valere anche per l'attività di diritto pubblico.

Il secondo profilo è quello dell'*efficienza economica*. Anche in questo caso è agevole ravvedere il profilo di pubblico interesse: l'amministrazione pubblica spende denaro ricevuto dai contribuenti, esso stesso pubblico e destinato a funzioni pubbliche. Nel diritto positivo, il suo fondamento, esso non è meno significativo del primo. Non solo troverà giustificazione (a) nella necessità che il denaro prelevato dai cittadini venga speso in modo efficiente, (b) nella sostenibilità del bilancio pubblico, (c) nella corretta organizzazione della Pubblica Amministrazione nella prospettiva costituzionale del buon andamento. Anche in questo caso il fondamento istituzionale, economico e sociale sono evidenti e, tuttavia, anche per questo profilo, si tratta di elementi del pubblico interesse destinati a valere per ogni attività degli enti pubblici, non specifico di quella contrattuale.

Il terzo profilo di interesse pubblico che occorre considerare è relativo alla garanzia della *trasparenza ed imparzialità* dell'amministrazione pubblica. Si tratta di un profilo intrinseco all'esercizio della funzione pubblica, sicché è comunque immancabile. Il suo fondamento è iscritto nell'intima struttura dell'azione delle amministrazioni pubbliche – sia essa provvedimentale o negoziale – sicché esso è collegato alle funzioni già menzionate e strutturale per l'amministrazione<sup>17</sup>, ma non è specifico del ricorso a strumenti di diritto privato.

Quarto profilo di pubblico interesse astrattamente ipotizzabile è quello della protezione della *concorrenza* nel (o per il) mercato ed al corretto funzionamento

---

<sup>16</sup> Su questi temi S. Rose-Ackerman, B. J. Palifka, *Corruption and Government: Causes, Consequences, and Reform*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999.

<sup>17</sup> Per ulteriori e più diffuse considerazioni circa la distinzione tra integrità e eguaglianza, O. DEKEL, *The legal theory of competitive bidding for Government contracts*, cit., da p. 254.

del mercato. L'interesse pubblico è quello a (i) garantire la piena concorrenzialità del mercato rilevante, (ii) attraverso questo la crescita economica complessiva e in particolare delle imprese efficienti – con esclusione dal mercato di quelle che tali non sono ovvero (iii) che non operano nel rispetto dell'integrità – con il risultato complessivo (iv) di assicurare all'amministrazione – mediamente – l'offerta economicamente più efficiente e (v) scelta in modo non discriminatorio e, quindi, con imparzialità. Si tratta di interessi che sono per lo più indirettamente propri dell'ente pubblico – giacché la loro affermazione si risolve a suo vantaggio, pur essendo diretta a garantire interessi che, in via immediata, appartengono al mercato e non all'autorità pubblica, sicché solo con difficoltà lo si potrebbe ritenere dominante rispetto agli altri<sup>18</sup>.

Quinto nucleo di interesse pubblico che guida l'attività contrattuale è quello dell'*interesse realizzativo*. Personalmente, trovo stupefacente che questo profilo venga quasi interamente ignorato dalla dottrina e dalla giurisprudenza, essendo ben presente nella legislazione. E' necessario considerare che l'amministrazione ricorre a strumenti di diritto privato nel perseguimento dell'obiettivo – di interesse pubblico – di conseguire un risultato materiale finale (la realizzazione di un'infrastruttura, l'erogazione di un servizio, etc.). Si tratta, quindi, di un profilo che dovrebbe essere considerato gerarchicamente dominante sui restanti quattro di cui s'è detto. Inoltre, è proprio solo di quelle attività – per lo più svolte attraverso il ricorso al diritto privato – nelle quali l'amministrazione pubblica intende raggiungere direttamente un risultato materiale finale, come nell'attività di realizzazione o prestazione di beni o servizi. E', quindi, specifico di queste attività, ed anche per questo si colloca in posizione gerarchicamente prioritaria rispetto ai restanti.

V'è, poi, un sesto profilo di pubblico interesse che, tuttavia, è strettamente collegato con l'interesse realizzativo, dato dalla *compatibilità* dell'appalto rispetto ad altri interessi pubblici – diversi da quello che induce a realizzare opere o acquisire forniture o servizi – che l'ordinamento autonomamente protegge. Si tratta, solo per fornire alcune indicazioni, della protezione dell'ambiente, del paesaggio, dei beni storico artistici, delle competenze degli enti territoriali, e via enumerando.

Tutti questi profili di pubblico interesse trovano espressa protezione nelle norme di legge. Se si osservano le disposizioni dettate in materia di appalti pubblici dal codice di cui al d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50 non sfuggirà come l'intero Titolo II della Parte prima sia posto a tutela della concorrenza di mercato, così come non si potrà non notare la necessità (in tal senso, l'art. 5) che siano sempre rispettati i principi di economicità, efficacia, imparzialità (ma anche, puntualmente, in tal senso l'art. 42), parità di trattamento, trasparenza (ribadito agli articoli 29 e 53), proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica, che tutti

---

18 Nel senso, invece, del primato di *Competition, Transparency e Integrity*, S. SCHOONER, *Desiderata: Objectives for a system of government contract law*, cit. – specie nelle conclusioni a p. 110.

identificano evidenti profili del pubblico interesse; allo stesso modo non si fatica a cogliere il profilo della protezione dell'interesse fiscale dell'ente pubblico nelle disposizioni del Titolo III che prevedono la programmazione e la copertura finanziaria dei contratti. L'impropria limitazione delle norme in materia di progettazione prevalentemente all'ambito delle opere pubbliche non consente di apprezzare adeguatamente come essa debba prioritariamente indirizzarsi al «soddisfacimento dei fabbisogni della collettività» (in tal senso, l'art. 23), sicché la necessità di scegliere le soluzioni che presentino «il miglior rapporto tra costi e benefici per la collettività, in relazione alle specifiche esigenze da soddisfare e prestazioni da fornire» (ivi).

Una non meno articolata enunciazione di dimensioni del pubblico interesse si legge all'art. 30, sicché «L'affidamento e l'esecuzione di appalti di opere, lavori, servizi, forniture e concessioni ai sensi del presente codice garantisce la qualità delle prestazioni e si svolge nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza. Nell'affidamento degli appalti e delle concessioni, le stazioni appaltanti rispettano, altresì, i principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché di pubblicità»; la disposizione è particolarmente importante perché contiene un (sia pure estremamente parziale) criterio di gerarchizzazione, ove dispone che «il principio di economicità può essere subordinato, nei limiti in cui è espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice, ai criteri, previsti nel bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute, dell'ambiente, del patrimonio culturale e alla promozione dello sviluppo sostenibile, anche dal punto di vista energetico». Si tratta di un'affermazione legislativa (a mia conoscenza mai valorizzata dalla giurisprudenza) in ragione della quale l'interesse diretto della stazione appaltante in qualità di committente è recessivo rispetto a quello della persona e delle comunità destinatarie finali della prestazione pubblica risultato dell'esecuzione del contratto (ad esse, infatti, non possono che essere riferite le esigenze sociali, la tutela della salute, dell'ambiente – ma si veda anche la sua declinazione in materia di prodotti alimentari all'art. 144 –, del patrimonio culturale – sicché anche le disposizioni di cui agli artt. 1455 e seguenti –, lo sviluppo sostenibile). In ragione della stessa disposizione appena richiamata è protetto anche il diritto al lavoro come interesse pubblico. L'interesse realizzativo è evidente anche nella valutazione delle giustificazioni in caso di offerte anomale giacché si tratta di un «giudizio tecnico sulla congruità, serietà, sostenibilità e realizzabilità dell'offerta» (per quanto, invece, la giurisprudenza continui a fornirne una inspiegabile lettura quale discrezionalità amministrativa insindacabile).

Anche le disposizioni di carattere processuale danno particolare rilievo a quello che si è provato a definire “interesse realizzativo”. In tal senso si può rammentare l'art. 120, del Codice del processo amministrativo (c.p.a.) che prevede che nella decisione cautelare il giudice debba tener conto dell'eventualità della dichiarazione di inefficacia del contratto e «delle esigenze imperative connesse a un interesse generale all'esecuzione del contratto», così come l'art. 121 dello stesso Codice che garantisce la permanenza dell'efficacia del contratto nonostante il ricorrere delle ipotesi di inefficacia ex art. 121, co. 1, c.p.a., «qualora venga accer-

tato che il rispetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale imponga che i suoi effetti siano mantenuti», tra le quali rientrano espressamente quelle che rendono inevitabile che l'unico soggetto in grado di completare l'esecuzione sia l'originario aggiudicatario, nonché le limitazioni contenute nel successivo art. 125 c.p.a. quanto alle infrastrutture strategiche.

Non si può non prendere in considerazione l'art. 32 del codice dei contratti pubblici, laddove si prevede che «la mancata stipulazione del contratto nel termine previsto deve essere motivata con specifico riferimento all'interesse della stazione appaltante e a quello nazionale alla sollecita esecuzione del contratto», mostrandosi quindi consapevolezza delle due distinte direzioni dell'interesse pubblico, che si distendono per un lato a vantaggio del committente pubblico in quanto soggetto e per l'altro, di nuovo, verso persone e comunità che attendono di godere del risultato finale dell'esecuzione del contratto. Nella direzione della tutela diretta dei profili di interesse pubblico che attengono alla stazione appaltante come committente, si trovano elementi di sicuro rilievo all'art. 80 in materia di cause di esclusione – e non di meno, vi si trova conferma della protezione della concorrenza di mercato, così come all'art. 83 in tema di soccorso istruttorio, all'art. 89 relativo all'avvalimento, all'art. 92 quanto alla riduzione del numero degli offerenti, 95 in materia di criteri di aggiudicazione, 105 in ordine al subappalto. Varie norme, poi, proteggono espressamente il profilo tipicamente fiscale del pubblico interesse, sicché basterà riferirsi a quelle in materia di garanzie o di sospensione dei lavori «per ragioni di necessità o di pubblico interesse, tra cui l'interruzione di finanziamenti per esigenze sopravvenute di finanza pubblica» (art. 107).

Sulla base di questi elementi, mi pare quindi possibile sostenere che

- (A) la disciplina in materia di appalti pubblici contiene la protezione espressa di profili di pubblico interesse che debbono essere assicurati *in ogni caso*, perché propri della natura del committente pubblico – o privato cui si estendono gli obblighi previsti per quello pubblico – ovvero di quella dell'oggetto dell'appalto o concessione; in altri termini, poiché appalto o concessione contengono profili strutturali di pubblico interesse, deve essere assicurato, in ogni caso, il rispetto di profili di pubblico interesse che sono consustanziali alla funzione pubblica. In questa categoria rientrano, quindi, i profili che si sono sopra indicati come di integrità, efficienza, trasparenza, imparzialità.
- (B) v'è una seconda categoria di profili di pubblico interesse che, invece, opera in modo assai differente, vale a dire come limite all'azione amministrativa in materia di appalti e concessioni. Si tratta di due ipotesi fondamentali, vale a dire quella di interessi pubblici protetti da altre discipline e che sono strutturalmente opposti alla realizzazione di opere o servizi – come la protezione dell'ambiente, del patrimonio storico-artistico, etc. – ovvero, per quanto interessi pubblici, diversi o anche opposti a quello del committente pubblico, come – prevalentemente – quello della tutela della concorrenza.
- (C) ne consegue che l'interesse proprio del committente pubblico – in tutto l'arco che va dalla programmazione, progettazione, selezione del contraente,

contrattualizzazione, esecuzione ed eventuale variazione dell'oggetto o delle condizioni del contratto – è quello realizzativo o, per esprimersi con i termini della legge del «soddisfacimento dei fabbisogni della collettività»<sup>19</sup>.

Si può, quindi, concludere che l'interesse pubblico dell'amministrazione che tratta è quello (i) del «soddisfacimento dei fabbisogni della collettività», (ii) che dovrà essere realizzato in modo compatibile, secondo quanto previsto dalla legge, con altri interessi pubblici diversi o opposti a quello del committente pubblico, (iii) con l'immane assicurazione di alcune regole proprie dell'attività di diritto pubblico (integrità, efficienza, trasparenza, imparzialità).

## 5. SEMPLIFICAZIONE ED ACCELERAZIONE NELLE NORME COLLEGATE AL PNRR

Sulla base di quanto fin qui s'è raggiunto, occorre – quindi – valutare le disposizioni introdotte in funzione di semplificazione o accelerazione degli appalti pubblici nell'ambito del PNRR. Ci si intende riferire, principalmente, al PNRR stesso, per come approvato sia dalla decisione del 13 luglio 2021 del Consiglio dell'Unione europea, assunta, su proposta della Commissione (COM(2021) 344, nonché dell'Allegato, che definisce, per ogni investimento e riforma, obiettivi e traguardi, al cui conseguimento è subordinata l'assegnazione delle risorse su base semestrale, sia dalle risoluzioni n. 6/00189 della Camera e n. 6/00188 del Senato; ai decreti legge 27 gennaio 2021, n. 4, 6 maggio 2021, n. 59, 31 maggio 2021, n. 77, 10 settembre 2021, n. 121, 6 novembre 2021, n. 152; della legge comunitaria 2019/20, la l. 23 dicembre 2021, n. 238, che hanno inciso sulla disciplina in materia di appalti pubblici.

Per condurre quest'analisi alla luce dei criteri che si sono posti, potrà essere utile distinguere gli interventi di accelerazione e semplificazione tra quelli solo annunciati – che corrispondono, nella sostanza, a mancate semplificazioni ritenute necessarie –, quelli opportunamente realizzati ed, infine, quelli che presentano le maggiori criticità.

### 5.1. LE PROFONDE MANCANZE; PROMESSE E RINVII

L'elemento più dissonante rispetto ad obiettivi di corretta semplificazione, è dato proprio dalle riforme rinviate<sup>20</sup>. Sembra ragionevolmente chiaro che per

---

<sup>19</sup> Il che rende ancora più sorprendente la quasi completa trascuratezza di questo profilo da parte della giurisprudenza.

<sup>20</sup> Per averne un quadro chiaro ed ufficiale, si deve leggere la *Relazione sullo stato di attuazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, presentata al Parlamento il 23 dicembre 2021, come richiesto dall'articolo 2, co. 2, lettera e), del decreto-legge 31 maggio 2021, n.77, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 luglio 2021, n.108, particolarmente i paragrafi 3.1. da pagina 24 a 28; 3.4.; 4.1.; 4.4.

semplificare i sistemi di decisione pubblica sia necessario capire quale sia il loro fine primario, ordinare quelli secondari ed eliminare ciò che è superfluo rispetto all'accertamento della realtà materiale, alla considerazione e dialettica degli interessi ed alla decisione finale del problema amministrativo. E' proprio l'assenza del sistema – o di sue parti, o il mancato coordinamento delle novelle normative “con il sistema” (se esiste) o “a sistema” (se assente) – che determina l'impossibilità di semplificare correttamente.

5.1.1. In questo senso, è particolarmente significativa la mancata riforma del Codice dei contratti pubblici, programmata nell'ambito del PNRR ma, a stare alla Relazione al Parlamento del 23 dicembre 2021, prevista solo per il 2023<sup>21</sup>. È la stessa Relazione ad ammettere che, pur essendo essenziale ed immancabile por mano ad una riforma complessiva per raggiungere l'obiettivo di semplificare «il sistema degli appalti pubblici»<sup>22</sup>, ammette che le riforme hanno solo «identificati processi e strumenti» che solo in seguito «saranno sistematizzati, per consentire alle stazioni appaltanti e alle centrali di committenza di prepararsi in anticipo rispetto all'entrata in vigore della riforma», in un «quadro in via di definizione» nel quale è ancora in corso la valutazione circa la «messa a regime delle semplificazioni introdotte in via di urgenza nel corso di quest'anno» rispetto a temi tutt'altro che minori<sup>23</sup>.

In altri termini, la dinamica delle norme che viene rappresentata è assai consueta: riforme puntuali dettate dalla logica dell'emergenza, promessa di un quadro sistematico unitario di là da venire, nel quale gli istituti emergenziali potranno o meno divenire ordinari – con la conseguente radicale violazione dell'uguaglianza (giacché situazioni uguali potranno essere trattate in modo diverso a breve distanza di tempo). La semplificazione in via d'emergenza rischia di essere semplice amputazione di competenze, organi e procedure, senza disporre di un quadro all'interno del quale poter valutare se la misura introdotta sia corretta, coerente, effettiva.

5.1.2. Non meno significativa è il mancato intervento complessivo relativo al «rafforzamento della capacità amministrativa per il miglioramento delle prestazioni delle amministrazioni pubbliche»; per quanto sia dichiarato come di «importanza strategica», un simile intervento complessivo viene rinviato – nella sostanza – al dicembre 2026<sup>24</sup>.

---

21 Testualmente, pur ammettendo che «Il conseguimento di entrambi i traguardi è condizione necessaria per l'attuazione di una organica riforma della disciplina degli appalti pubblici, prevista dai traguardi del prossimo anno (M1C1-70)», la sua entrata in vigore è prevista solo per il 2023; cfr. Relazione, cit., 42.

22 Cfr. Relazione, cit., 41.

23 Cfr. Relazione, cit., 42, ove si esemplifica nel senso che ciò sarebbe da riferire, tra l'altro, ai «principi e criteri direttivi relativi alla semplificazione della disciplina applicabile ai contratti sotto-soglia; all'inserimento nei bandi di gara di criteri orientati a promuovere le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità; alla riduzione e certezza dei tempi relativi alle procedure di gara; alla stipula dei contratti e all'esecuzione degli appalti; alla razionalizzazione della disciplina che riguarda i meccanismi sanzionatori e premiali per incentivare la tempestiva esecuzione dei contratti».

24 Cfr. Relazione, cit., 29 ove si osserva che «È necessario intraprendere azioni per eliminare la

Vista l'ampiezza dell'intervento emergenziale – che incide su procedure di localizzazione, autorizzazioni ambientali o relative a beni culturali, funzionamento della conferenza dei servizi, etc. – e considerata la larga consapevolezza della debolezza dell'organizzazione amministrativa – impoverita nella dirigenza, reduce da decenni di contrazione delle risorse e degli organici, di *spoils system* – non si fatica a comprendere come l'insieme delle due riforme mancate (dell'organizzazione amministrativa e del Codice dei contratti) abbia un rilievo centrale per la valutazione delle misure di semplificazione, che limitate all'intervento emergenziale, senza un quadro organico, sono difficili da valutare e tutte potenzialmente poco efficaci, sottratte ad un quadro di sistema, con il rischio di tradursi in semplici amputazioni di competenze, considerazione di interessi (pubblici) rilevanti, possibile contenzioso.

5.1.3. Ancora più significativa è la mancata disciplina dell'esecuzione delle commesse pubbliche.

Anzitutto, dal perdurare della mancanza di disciplina puntuale dell'esecuzione, non può che trarsi la sensazione di un'imprecisa comprensione della priorità dell'interesse realizzativo come principale interesse pubblico in materia di contratti pubblici; per quanto vi siano molti elementi nella legislazione primaria in base ai quali questa priorità può essere individuata ed argomentata, sicché la sua centralità deriva dalla normativa primaria, la mancata riforma della disciplina dell'esecuzione è il segno, nel PNRR, di un'ossessione dell'avvio delle opere pubbliche, con una quasi assente attenzione alla loro ultimazione. Come tipico delle normative emergenziali – con i loro vari nomi propagandistici – si vogliono sbloccare cantieri, accelerare la cantierizzazione di opere progettate, progettare opere programmate. La loro ultimazione – destinata a compiersi in un tempo troppo lungo per lo scopo propagandistico o per l'esigenza emergenziale – resta sullo sfondo, sfocata.

In secondo luogo, le perduranti incertezze relative alla disciplina dell'esecuzione incontrano una serie di snodi problematici che, con buona probabilità, non si ritiene di voler affrontare e risolvere. L'esecuzione, anzitutto, pone sul tavolo l'interferenza di poteri pubblicistici in una vicenda che dovrebbe essere puramente contrattuale; tuttavia, la giurisprudenza è andata via, via estendendo la qualificazione come potere pubblicistico di semplici diritti contrattuali del com-

---

*frammentarietà, modellizzare e fluidificare i processi, stimolare la partecipazione, la cooperazione, la trasparenza e l'inclusività. Il quadro delle iniziative di sostegno alle amministrazioni è parte di una strategia di rafforzamento complessiva, in sinergia e complementarità con le altre azioni di capacità amministrativa previste nell'ambito delle politiche di sviluppo, incluse quelle di coesione. Mentre le azioni di rafforzamento della capacità amministrativa incluse nella Missione 1 del Piano e le attività di supporto tecnico-operativo strettamente finalizzate all'attuazione degli specifici progetti finanziati sono ammissibili nell'ambito del PNRR, non lo sono le azioni di assistenza tecnica, tra cui quelle di preparazione, monitoraggio, controllo, audit e valutazione. Tali azioni potranno essere quindi finanziate solo con risorse nazionali. A tale scopo, i programmi operativi complementari finanziati con risorse nazionali aggiuntive sono stati prorogati al 31 dicembre 2026 e potranno essere utilizzati anche per il supporto tecnico e operativo all'attuazione del PNRR».*

mittente (o, ancor più, del concedente), rendendo complessa e non di rado contraddittoria la disciplina dell'esecuzione. Poiché nella fase dell'esecuzione divengono evidenti carenze profonde dell'amministrazione committente, il rimedio della giurisprudenza è principalmente quello di ricondurre i diritti contrattuali a poteri pubblicistici, interponendo la clausola dell'interesse pubblico, assegnando contenuti di volta in volta cangianti, pubblicizzando ciò che pubblicistico non è, conducendo articolati percorsi di alterazione della fisionomia degli istituti per giungere, non di rado, alle stesse conclusioni cui si sarebbe pervenuti con la semplice applicazione del codice civile, incapace di rinunciare ai margini di discrezionalità interpretativa che un interesse pubblico *bonne a tout fair* permette<sup>25</sup>.

Inoltre, è proprio nella fase dell'esecuzione che emerge la fragilità della stazione appaltante rispetto alla programmazione e progettazione delle opere; in questo senso, a poco vale ridurre i tempi dell'istruttoria, delle conferenze dei servizi, semplificare la formazione del consenso delle amministrazioni coinvolte, comprimere fasi procedurali pur di far concludere i processi di localizzazione ed avvio delle opere se la progettazione è inadeguata e la realizzazione dell'opera è destinata ad arenarsi ai suoi primi passi per ragione di interferenze non previste, errata valutazione dei costi, varianti, nuovi prezzi, vicende che conducono a sottoproduzione ed anomalo andamento.

Una disciplina adeguata delle commesse pubbliche dovrebbe trovare la sua centralità esattamente nel conseguimento del risultato finale.

5.1.4. Anche l'insieme delle altre riforme promesse e rinviate assume un ruolo non secondario perché la semplificazione si compia in modo adeguate ed efficace.

Evidente il rilievo delle misure di professionalizzazione delle stazioni appaltanti<sup>26</sup>, anch'esse improvvidamente rinviate; la scarsa professionalizzazione delle stazioni appaltanti, il formalismo procedurale spesso piegato all'esorcismo delle responsabilità, l'ossessivo dettaglio dei criteri di valutazione della capacità tecnica – spesso tale da rendere la gara una pura competizione sul prezzo, stante il dettaglio nei punteggi e la formalità dei requisiti –, l'opacità delle valutazioni relative all'anomalia dell'offerta (coperto dalla giurisprudenza che vi getta l'ombrello della valutazione discrezionale circa l'interesse pubblico), sono tutti capitoli che si accompagnano a stazioni appaltanti parcellizzate, incapaci di congegnare le regole di gara in modo funzionale al conseguimento del risultato finale ed ossessionate dalle responsabilità e dal formalismo. Rinviare la loro concentrazione e professio-

---

25 Per maggiori considerazioni su questi temi sia consentito il rinvio a L. R. PERFETTI, *Cerbero e la focaccia al miele. Ovvero dei pericoli del processo amministrativo e delle sue mancate evoluzioni*, in *Il Processo*, 2020, p. 429.

26 Né potranno essere ritenute sufficienti le misure introdotte dagli artt. 10 ed 11 del D.L. 31 maggio 2021, n. 77, relative al possibile convenzionamento di stazioni appaltanti per «*avvalersi del supporto tecnico-operativo di società in house qualificate*», supporto che potrà riguardare la «*definizione, attuazione, monitoraggio e valutazione degli interventi e comprende azioni di rafforzamento della capacità amministrativa, anche attraverso la messa a disposizione di esperti particolarmente qualificati*», ovvero alla messa «*a disposizione delle pubbliche amministrazioni specifici contratti, accordi quadro e servizi di supporto tecnico*» da parte di Consip S.p.A.

nalizzazione significa, di nuovo, concentrarsi solo sull'avvio delle opere, oscurando tutti i problemi che si frappongono tra indizione delle gare e realizzazione finale. Allo stesso modo, il rinvio degli interventi di monitoraggio e creazione delle banche dati, sono espressione della stessa sensibilità. Da ultimo, anche la mancata disciplina degli sotto-soglia costituisce un serio pregiudizio all'efficiente semplificazione, giacché uno degli elementi di maggiore rilievo in materia di contratti pubblici è dato esattamente dalla sostanziale omogeneità delle procedure, pur a fronte di contratti di sostanza (economica o tecnica) molto difforme.

## 5.2. LE SEMPLIFICAZIONI INEFFICIENTI; LOGICHE DELL'EMERGENZA E DELL'ACCELERAZIONE DELLE PROCEDURE ED EFFICIENTE REALIZZAZIONE DEGLI APPALTI PUBBLICI

Una serie di interventi di (cosiddetta) semplificazione introdotti in via d'emergenza, poi, mostrano elementi critici notevolissimi. Si tratta di semplificazioni che, ad avviso di chi scrive, si presentano come semplicemente sbagliate.

Tuttavia, non si tratta di novità nella dinamica degli appalti pubblici, continuamente oscillante tra accelerazione emergenziale e formalizzazione in via ordinaria. La nostra legislazione, infatti, ha seguito modelli – nel recente passato – interamente concentrati sul momento formale dell'assicurazione della legalità, dell'anti-corruzione, della tutela della concorrenza – in breve, della regolamentazione estrema – per dar corso ad interventi occasionali, emergenziali o per categoria di contratti, interamente dominati dalla volontà di assicurare risultati travolgendo la disciplina ordinaria. In questa costante oscillazione tra la costruzione di muri di formalismo e loro demolizione occasionale o per settori, la materia non ha mai trovato né un equilibrio, né – tanto meno – soluzioni serie ai problemi di fondo. Interi segmenti di disciplina – basterebbe pensare alla revisione prezzi – sono stati interessati da discipline semplicemente opposte le une alle altre, di tempo in tempo, in una dinamica destinata a valorizzare ora l'una (nell'esempio, la certezza ed il contenimento dei prezzi), ora l'altra (la sostenibilità economica della commessa, con adattamento all'andamento reale dei prezzi) delle esigenze in contrasto, senza alcuna ricerca né di un una regola equilibrata, né della comprensione degli elementi problematici di fondo (sempre nel nostro esempio, la superficialità della progettazione) necessaria alla soluzione del problema. In questa tradizione, le semplificazioni introdotte nell'epoca della pandemia e collegate al PNRR, mostrano le stesse caratteristiche.

Si tratta di deroghe, eccezioni, contraddizioni del regime ordinario, senza alcuna ricerca di equilibrio, senza la comprensione dei problemi e la creazione di sistemi sostenibili nel tempo.

5.2.1. Rientra in quest'ambito la previsione che traiamo espressamente dal testo del PNRR trasmesso all'Unione europea, ove si esprime la necessità di «una profonda semplificazione delle norme in materia di procedimenti in materia ambientale e, in particolare, delle disposizioni concernenti la valutazione di impatto ambientale (VIA). Le

norme vigenti prevedono procedure di durata troppo lunga e ostacolano la realizzazione di infrastrutture e di altri interventi sul territorio. Questa disfunzione spesso si somma alla complicazione normativa e procedurale in materia di contratti di appalto pubblico. La VIA e le valutazioni ambientali sono indispensabili sia per la realizzazione delle opere pubbliche, che per gli investimenti privati, a partire dagli impianti per le energie rinnovabili».

L'esigenza, di per sé, appare perfettamente condivisibile e sembra colpire la disfunzione dei procedimenti di v.i.a. che si determina per ragione della totale trascuratezza dei termini procedurali già previsti dalla normativa, ovvero se diretta a svolgere una critica rispetto all'esenzione dal silenzio assenso (art. 20, co. 4, l. 7 agosto 1990, n. 241) dei procedimenti relativi ad atti o procedimenti «riguardanti il patrimonio culturale e paesaggistico, l'ambiente, la tutela dal rischio idrogeologico, la difesa nazionale, la pubblica sicurezza, l'immigrazione, l'asilo e la cittadinanza, la salute e la pubblica incolumità, preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, dei beni culturali, o alla tutela della salute dei cittadini» ovvero alla protrazione dei termini di formazione della decisione della conferenza dei servizi a fronte della presenza di alcune di queste amministrazioni (14 bis, co. 2; 14 ter, co. 2; 14 quinquies; l. 7 agosto 1990, n. 241).

Invece di intervenire sulla legislazione ordinaria per creare efficienza, la normativa del PNRR sceglie la consueta via della deroga, dell'eccezione per «le opere previste dal PNRR», sicché siano sottoposte «ad una speciale VIA statale che assicuri una velocizzazione dei tempi di conclusione del procedimento, demandando a un'apposita Commissione lo svolgimento delle valutazioni in questione attraverso modalità accelerate, come già previsto per il Piano Nazionale Integrato per l'Energia e il Clima (PNIEC 2030)».

Le deroghe riguardano primariamente il procedimento. Infatti, in deroga al procedimento di VIA è alterazione di uno strumento di concentrazione, diretto al raggiungimento di un provvedimento conclusivo obbligatorio, vincolante, che sostituisce e coordina tutte le autorizzazioni, concessioni, licenze, intese e null'osta in materia ambientale, retto al principio di integrazione, diretto al conseguimento dello sviluppo sostenibile. Invece, l'art. 19 del d.l. 31 maggio 2021, n. 77, sceglie la via della deroga, dell'irrigidimento («esclusa ogni ulteriore interlocuzione o proposta di modifica»), della contrazione dei termini, con dimezzamento di quelli di consultazione del pubblico e l'introduzione del silenzio-assenso, l'esclusione del preavviso di rigetto (artt. 21, 25 e 26, d.l. 31 maggio 2021, n. 77).

Le deroghe riguardano, però, anche l'organizzazione. Il d.l. 31 maggio 2021, n. 77, infatti, introduce una procedura speciale per le opere di competenza statale previste dal PNRR; viene introdotta la «Commissione Tecnica PNRR-PNIEC», alle dipendenze del Ministero della transizione ecologica. Nell'iter di valutazione della Commissione si impone di dar precedenza ai progetti di valore superiore ai 5 milioni di euro, con attesa di nuova occupazione per più di 15 unità di personale e scadenza non superiore a 12 mesi. Spettano alla competenza della Commissione opere, impianti e infrastrutture necessari alla realizzazione dei progetti strategici per la transizione energetica inclusi nel PNRR, infrastrutture funzionali al superamento della dipendenza da fonti fossili per la produzione di energia elettrica e

per impianti di produzione di energia da fonte rinnovabile, nonché per la produzione, il trasporto e lo stoccaggio dell'idrogeno, ovvero le altre opere funzionali alla decarbonizzazione. A tutti questi interventi viene attribuita *ex lege* la pubblica utilità e sono, sempre *ex lege*, dichiarate indifferibili ed urgenti.

Anche in questo caso, una disciplina derogatoria, eccezionale, un'alterazione delle competenze, l'introduzione di organizzazioni derogatorie ed eccezionali per speciali oggetti, la discriminazione tra procedimenti della stessa natura.

Meno invasive – me dello stesso segno – sono le semplificazioni introdotte alla valutazione ambientale strategica (VAS). Si tratta di un processo disegnato dalla legge nella sua modalità ordinaria in fasi (la verifica di assoggettabilità; l'elaborazione del rapporto ambientale; lo svolgimento di consultazioni; la valutazione del piano o del programma ed il rapporto sulle consultazioni; l'espressione del parere motivato; l'informazione sulla decisione ed il monitoraggio); si tratta di un sistema di pianificazione degli interventi, improntato alla più ampia partecipazione degli interessati – in modo da comporre e prevenire i conflitti, prevenendo gli effetti *n.i.m.b.y.* (“*not in my backyard*”) che spesso si verificano su progetti complessi con impatto ambientale, anche attraverso l'elaborazione di ragionevoli alternative alla proposta.

Le misure di semplificazione introdotte sono tutte dirette (art. 28, d.l. 31 maggio 2021, n. 77) a comprimere la partecipazione – non tanto in ragione della digitalizzazione del procedimento, compresa la partecipazione, ma soprattutto attraverso l'esclusione della possibilità di impartire prescrizioni nella fase di verifica di assoggettabilità, la limitazione della pubblicazione dell'avviso pubblico al solo sito internet dell'autorità competente e dell'autorità procedente e la compressione a 60 giorni del termine entro il quale far pervenire osservazioni ed, escludendo le pubblicazioni relative ai risultati del monitoraggio se non sul sito dell'autorità procedente.

5.2.2. Singolare, dal punto di vista di un'effettiva semplificazione e conseguimento del risultato finale del contratto con salvaguardia degli interessi essenziali protetti dalle norme, è la disciplina introdotta in tema di sospensione dei lavori.

L'art. 5 del d.l. 16 luglio 2020, n. 76, infatti, per l'esecuzione dei lavori pubblici di importo superiore alle soglie comunitarie, ha limitato, in deroga all'art. 107 del codice dei contratti pubblici, la competenza a disporre la sospensione in capo solo al responsabile unico del procedimento e solo per cause previste dalla normativa penale, antimafia o riconducibili a vincoli inderogabili derivanti dal diritto europeo ovvero per gravi ragioni di ordine tecnico che incidono sulla realizzazione dei lavori a regola d'arte e rispetto al superamento delle quali non vi sia accordo tra le parti – e si tratta di ipotesi più che ordinarie<sup>27</sup> – senza supe-

---

27 È più che noto che l'art. 107 preveda che il direttore lavori disponga la sospensione «in tutti i casi in cui ricorrano circostanze speciali che impediscono in via temporanea che i lavori procedano utilmente a regola d'arte, e che non siano prevedibili al momento della stipulazione del contratto» ovvero dal RUP «per ragioni di necessità o di pubblico interesse, tra cui l'interruzione di finanziamenti per esigenze sopravvenute di finanza pubblica, disposta con atto motivato delle amministrazioni competenti»

rare affatto ed anzi enfatizzando le ipotesi di sospensione per «*gravi ragioni di ordine pubblico, salute pubblica o dei soggetti coinvolti nella realizzazione delle opere, ivi incluse le misure adottate per contrastare l'emergenza sanitaria globale da COVID-19*» (lett. b) ovvero «*gravi ragioni di pubblico interesse*» (lett. d), vale a dire descrivendo una fattispecie assai meno determinata rispetto a quanto previsto dal regime che viene derogato, senza alcun ancoraggio ad elementi concreti, omettendo il richiamo all'obbligo di motivazione (che pure non potrà mancare), vale a dire creando un'ipotesi di tale larghezza da essere il contrario esatto dell'efficacia, della certezza del rapporto esecutivo, dell'orientamento al fine proprio del contratto.

5.2.3. Il tema della localizzazione delle opere pubbliche, alla variazione conseguente degli strumenti urbanistici e sostituzione di varie fasi del complesso procedimento espropriativo, non è affatto nuovo<sup>28</sup>. Allo stesso modo per nulla nuovi sono gli elementi di tensione – ed il conseguente contenzioso – che derivano da decisioni centralistiche e scarsamente partecipate.

Le norme che qui si considerano acquiscono ulteriormente il problema. Per l'art. 44, d.l. 31 maggio 2021, n. 77, infatti, già il solo progetto di fattibilità tecnica ed economica – la cui funzione, a conferma della priorità dell'interesse realizzativo, è tuttavia solo quella di individuare «*tra più soluzioni, quella che presenta il miglior rapporto tra costi e benefici per la collettività, in relazione alle specifiche esigenze da soddisfare e prestazioni da fornire*» (art. 23, co. 5, Codice dei contratti) – consente alla conferenza dei servizi, in sede semplificata, di esprimersi con valore di variante urbanistica. E' bene notare come la stessa norma, «*al fine di accelerare la realizzazione degli interventi*», limiti la competenza del Consiglio superiore dei lavori pubblici (in deroga all'art. 215, co. 3, Codice dei contratti) e preveda che l'istruttoria sia – «*al fine di ridurre i tempi di espressione del parere*» per le ipotesi in cui residua – condotta dal Ministero delle infrastrutture, che formula «*una proposta di parere al Consiglio superiore dei lavori pubblici, che si pronuncia nei successivi trenta giorni*» e «*decorso tale termine, il parere si intende reso in senso favorevole*». In un contesto già così semplificato ed accelerato, sulla base del solo progetto di fattibilità tecnica ed economica, si prevede che la determinazione conclusiva della conferenza «*tiene luogo dei pareri, nulla osta e autorizzazioni necessari ai fini*

---

mentre, quanto alla sospensione parziale, si preveda che qualora «*insorgano, per cause imprevedibili o di forza maggiore, circostanze che impediscano parzialmente il regolare svolgimento dei lavori, l'esecutore è tenuto a perseguire le parti di lavoro eseguibili, mentre si provvede alla sospensione parziale dei lavori non eseguibili*» essendo, tuttavia, previsto, con ristoro per l'esecutore, che possano darsi ipotesi di «*sospensioni totali o parziali dei lavori disposte dalla stazione appaltante per cause diverse*» da quelle appena rammentate.

<sup>28</sup> Per una discussione più ampia sia consentito rinviare ad L. R. Perfetti, *L'amministrazione per accordi nell'esecuzione dei lavori pubblici*, in *Diritto amministrativo*, 1997, pp. 587 ss.; si legga, comunque, il lavoro di poco precedente di S. Civitarese Matteucci, *Semplificazione ed autocordinamento nei procedimenti di localizzazione delle opere statali*, in *Le Regioni*, 1, 1995, pp. 99 ss.; successivamente, sicuramente, R. De Nictolis, *La funzione di pianificazione urbanistica e la localizzazione e realizzazione di opere pubbliche*, in *Il Consiglio di Stato*, 11, 2004, pp. 2263 ss. e G. Sciuillo, *Concentrazione istituzionale e localizzazione delle grandi opere*. Commento a C. Cost. 16 luglio 2004, n. 233, in *Giornale di diritto amministrativo*, 10, 2004, p. 1088.

della localizzazione dell'opera, della conformità urbanistica e paesaggistica dell'intervento, della risoluzione delle interferenze e delle relative opere mitigatrici e compensative» e perfeziona «l'intesa tra Stato e regione o provincia autonoma, in ordine alla localizzazione dell'opera, ha effetto di variante degli strumenti urbanistici vigenti e comprende il provvedimento di VIA e i titoli abilitativi rilasciati per la realizzazione e l'esercizio del progetto, recandone l'indicazione esplicita», con conseguente «assoggettamento dell'area a vincolo preordinato all'esproprio», per il quale «le comunicazioni agli interessati» sono destinate a sostituire la fase partecipativa di cui all'art. 11 del d.P.R. 2001/327. Varrà poi la pena di rammentare come, in deroga alle norme vigenti in tema di dibattito pubblico, l'art. 46, d.l. 31 maggio 2021, n. 77, prevede che il tempo da destinarsi a questa fase procedimentale sia ridotto quasi ad un terzo (di fatto, vanificandone l'utilità).

Non si fatica a vedere come, allo scopo di avviare la realizzazione delle opere interessate dalla disposizione in parola, l'autonomia regionale e locale viene del tutto compressa, l'istruttoria (sede nella quale emergono strutturalmente interessi e beni protetti di rilievo pubblico e privato) subisce la medesima sorte, la sussistenza di interferenze realizzative viene cancellata sulla carta (pur potendo permanere in alcuni casi nella realtà dei fatti), la protezione costituzionale della proprietà privata compressa quasi interamente nella sua dimensione di partecipazione al procedimento. Nella sostanza, l'insieme delle autonomie, pubbliche e private, di cui è costituita la Repubblica e qualunque bene o interesse protetto dalle norme, nonché – nei limiti del possibile – la stessa realtà dei fatti vengono travolti dalle esigenze della localizzazione e realizzazione di opere pubbliche statali, potendo, semmai, essere semplicemente monetizzate. Non è difficile vedere come non ci si trovi innanzi a misure di semplificazione di ciò che appaia inutilmente complesso o inefficace, quanto piuttosto alla misura di un comando che non tollera impedimento, neppure dal fatto, con discutibile compatibilità con il quadro dei diritti e dei poteri che si legge in Costituzione.

5.2.4. Che le procedure di selezione del contraente nel nostro ordinamento appaiano eccessivamente rigide è considerazione diffusa tra gli operatori del mercato. Il risultato è il costante tentativo della semplificazione, quando non dell'aggiramento, della rigidità eccessiva e, a fronte dell'emergere di episodi di corruzione, il loro ulteriore irrigidimento.

Manca, anche in questo caso, un disegno equilibrato, che accompagni scelta e responsabilità. Questo obiettivo è lungi dall'esser raggiunto dalla legislazione della quale si va discorrendo. Anche le norme (il riferimento è all'art. 48, d.l. 31 maggio 2021, n. 77) dedicate al ricorso alla trattativa privata sono lungi dall'introdurre margini di flessibilità che adeguino la procedura di scelta all'oggetto del contratto ed all'obiettivo finale dell'amministrazione; anche in questo caso, piuttosto, ad emergere è la deroga ed il suo accompagnarsi alla contrazione della tutela giurisdizionale. Le norme introdotte, infatti, consentono il ricorso alla trattativa privata nella misura strettamente necessaria agli obiettivi di realizzazione del PNRR. L'ipotesi generale è quella più che consueta («le stazioni appaltanti possono»

ricorrervi «nella misura strettamente necessaria, quando, per ragioni di estrema urgenza derivanti da circostanze imprevedibili, non imputabili alla stazione appaltante») ma viene declinata solo per l'ipotesi in cui l'applicazione dei termini, anche abbreviati, previsti dalle procedure ordinarie possa «compromettere la realizzazione degli obiettivi o il rispetto dei tempi di attuazione di cui al PNRR nonché al PNC e ai programmi cofinanziati dai fondi strutturali dell'Unione Europea».

In altri termini, si è innanzi al consueto utilizzo della deroga in ragione di obiettivi particolari – che siano eventi internazionali, sportivi, “grandi opere”, etc. – senza ricomposizione del sistema, senza semplificazione effettiva, senza equilibrio ed orientamento al risultato. Naturalmente, la deroga alle procedure si accompagna all'irresponsabilità – vale a dire, l'opposto dell'obiettivo razionale di disporre di un sistema sufficientemente flessibile, nel quale alla scelta corrisponde la responsabilità – declinata nella consueta forma della contrazione della tutela giurisdizionale<sup>29</sup>.

5.2.5. L'accelerazione e non la semplificazione spiega il contenuto della disposizione di cui all'art. 8, co. 1, lett. a) del d.l. 16 luglio 2020, n. 76 laddove preveda che, nel caso di opere pubbliche, sia «sempre autorizzata la consegna dei lavori in via di urgenza» e, per gli appalti di servizi e forniture, anche «l'esecuzione del contratto in via d'urgenza» nel corso della procedura di verifica dei requisiti di cui all'art. 80 del codice dei contratti e di quelli previsti per la partecipazione alla procedura. Con l'evidente risultato che, nel caso di esito negativo della verifica, si avrà l'esecuzione – in tutto o in parte – dell'appalto da parte di un appaltatore privo dei requisiti e ciò al solo scopo di avvio il più rapido possibile dell'esecuzione – e, quindi, per pure ragioni di politica economica immediata, trascurandosi i costi che deriveranno, più innanzi, per ragione del risarcimento del danno.

5.2.6. La modifica della disciplina del subappalto è solo apparentemente una misura di ragionevole semplificazione. Infatti, come molto noto, la Corte di Giustizia, con la sentenza 26 settembre 2019, n. C-63/18 aveva affermato che la normativa italiana, nella parte che limita al 30% la parte dell'appalto che l'offerente è autorizzato a subappaltare a terzi, è in contrasto con la direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici (afferma, peraltro, già contenuta nella sentenza 14 luglio 2016, n. C-406/14, piuttosto chiara sull'illegittimità del limite dato da un criterio quantitativo astratto, a prescindere dalla possibilità di verificare le capacità di eventuali subappaltatori e senza menzione alcuna del carattere essenziale delle prestazioni)<sup>30</sup>.

---

29 Sicché la norma prosegue disponendo che *In caso di impugnazione degli atti relativi alle procedure di affidamento di cui al comma 1, relative ai lavori di cui al comma 7, primo periodo, si applica l'articolo 125 del codice del processo amministrativo di cui al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104.*

30 La sentenza è chiara nell'affermare che «la normativa nazionale di cui al procedimento principale vieta in modo generale e astratto il ricorso al subappalto che superi una percentuale fissa dell'appalto pubblico in parola, cosicché tale divieto si applica indipendentemente dal settore economico interessato dall'appalto di cui trattasi, dalla natura dei lavori o dall'identità dei subappaltatori. Inoltre, un siffatto divieto generale non lascia alcuno spazio a una valutazione caso per caso da parte dell'ente aggiudica-

Il legislatore nazionale, con il d.l. 31 maggio 2021, n. 77, all'art. 51, non ha trovato nulla di meglio che violare apertamente il diritto europeo, fissando di nuovo una soglia quantitativa astratta (il 50%).

La disposizione contiene una previsione corretta, sicché le stazioni appaltanti, con adeguata motivazione nella determina a contrarre, dovranno indicare nei documenti di gara le prestazioni o le lavorazioni oggetto del contratto di appalto da eseguire a cura dell'aggiudicatario in ragione delle specifiche caratteristiche dell'appalto; trattandosi di una scelta motivata, da compiere caso per caso in relazione alla natura o della complessità delle prestazioni o delle lavorazioni da effettuare, si potrà valutare la necessità di rafforzare il controllo delle attività di cantiere e più in generale dei luoghi di lavoro e di garantire una più intensa tutela delle condizioni di lavoro e della salute e sicurezza dei lavoratori ovvero di prevenire il rischio di infiltrazioni criminali, a meno che i subappaltatori siano iscritti nell'elenco dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori di cui al comma 52 dell'art. 1, l. 6 novembre 2012, n. 190, ovvero nell'anagrafe antimafia degli esecutori istituita dall'art. 30, d.l. 17 ottobre 2016, n. 189. Quanto all'introduzione, invece, di una soglia astratta e fissa di possibile ricorso al subappalto è evidente la violazione del diritto europeo e la sudditanza del legislatore all'ANAC. È noto a tutti, infatti, che l'Autorità Nazionale Anticorruzione, commentando la giurisprudenza della Corte di Giustizia che per prima pose il tema della compatibilità dell'ordinamento italiano in tema di subappalto con il diritto dell'Unione, ebbe modo di segnalare che «*se da un lato il Giudice europeo ha censurato il limite al subappalto previsto dal diritto interno, dall'altro non sembra aver stabilito la possibilità per gli offerenti di ricorrervi in via illimitata*»<sup>31</sup>. Oltre al tradizionale anti-contrattualismo italiano ed alla conseguente avvertita necessità di alterare la fisionomia del contratto per interpolare elementi pubblicistici (o propriamente autoritari), l'indicazione di ANAC ovviamente prova troppo. Infatti, per fissare un limite al subappalto (anche di misura inferiore all'entità astratta e salomonica introdotta dal legislatore nazionale) sarà sufficiente fornire adeguate ragioni. Ma è proprio in questo snodo del problema che la logica dell'anticorruzione come filosofia di fondo della normativa in materia di contratti pubblici si rivela con chiarezza: è ovvio che si presume che la stazione appaltante sia corrotta o corruttibile, che i controlli non siano condotti o comunque non funzionino, sicché adeguare il subappalto alle caratteristiche dell'appalto – vale a dire esercitare autonomia e subire le conseguenti responsabilità – comprende rischi che il legislatore non intende correre, a prezzo di rendere il subappalto del tutto inefficiente (giacché

---

*tores» sicché «ne consegue che, nell'ambito di una normativa nazionale come quella di cui trattasi nel procedimento principale, per tutti gli appalti, una parte rilevante dei lavori, delle forniture o dei servizi interessati dev'essere realizzata dall'offerente stesso, sotto pena di vedersi automaticamente escluso dalla procedura di aggiudicazione dell'appalto, anche nel caso in cui l'ente aggiudicatore sia in grado di verificare le identità dei subappaltatori interessati e ove ritenga, in seguito a verifica, che siffatto divieto non sia necessario al fine di contrastare la criminalità organizzata nell'ambito dell'appalto in questione».*

31 ANAC, atto di segnalazione 13 novembre 2019, n. 8.

vi saranno ipotesi nelle quali il 50% sarà una soglia esageratamente alta ed altre nelle quali, invece, non v'è alcuna ragione per limitarlo).

Efficienza, logica realizzativa e semplificazione cedono rispetto alla somma di inefficienze che non si ritiene di colmare: non si è in grado di assicurare che le stazioni appaltanti non siano corrotte, nemmeno si ritiene di por mano a controlli e verifiche ulteriori, sicché si accetta l'inefficienza in ogni caso (salvo quello fortunato nel quale la soglia razionale del subappalto sia proprio il 50%) per limitare il rischio della corruzione.

5.2.7. L'art. 26, D.L. 17 maggio 2022, n. 50, per lato suo, sembra imboccare una direzione sensata – nella logica dell'efficienza e della semplificazione – nella tormentata disciplina della revisione prezzi.

Si tratta di una disciplina nella quale il nostro legislatore ha sempre oscillato tra due poli opposti, senza sostare in un punto di equilibrio sensato: si vieta ogni possibile revisione del prezzo in corso d'appalto (invocando contenimento e certezza della spesa, e lasciando sullo sfondo la radicale sfiducia per la capacità della stazione appaltante di curare i suoi interessi nella fase esecutiva dell'appalto), sicché si consegue l'aumento del prezzo delle offerte (che deve contenere il rischio della variazione dei prezzi) ed il blocco nell'esecuzione di opere (per eccessiva onerosità), ponendovi mano con norme che consentono di nuovo la revisione prezzi, magari in via emergenziale o derogatoria. Anche le norme di cui si discorre sembrano avere le stesse caratteristiche.

Per lato suo, il Codice dei contratti - all'art. 106, co. 1, lett. a), ammette la revisione solo se i documenti di gara la prevedano, con clausole chiare, precise e inequivocabili; laddove nulla sia detto, ci si sforzerà di richiamarsi all'art. 1664, co. 1, codice civile ma naturalmente le rigidità contrattuali hanno condotto – come prevedibile – a normative emergenziali (l'art. 1 *septies*, d.l. 25 maggio 2021, n. 73) con efficacia retroattiva, con estensioni temporali (art. 1, co. 398 e 399, l. 30 dicembre 2021, n. 234; art. 25, d.l. 1 marzo 2022, n. 17) e ovvio rinvio a decreti attuativi. L'art. 29 del D.L. 27 gennaio 2022, n. 4, ha introdotto, fino al 31 dicembre 2023, l'obbligatorietà della clausola revisionale per le nuove gare, riferita alle variazioni di prezzo dei singoli materiali da costruzione superiori al 5% rispetto al prezzo, rilevato nell'anno di presentazione dell'offerta, limitando la compensazione all'80% dell'eccedenza; anche in questo caso, la variazione dei prezzi dipende da decreti ministeriali da adottarsi con cadenza semestrale sulla base delle rilevazioni Istat. La variazione prezzi, tuttavia, con una significativa (ed opportuna) novità rispetto al passato, viene collegata all'accertamento dell'esecuzione dei lavori nel rispetto dei termini di cui al cronoprogramma. Naturalmente, il meccanismo della revisione ad effetto ritardato rispetto all'accertamento ed all'adozione dei decreti ministeriali distanzia significativamente il momento della spesa da quello della compensazione, con possibili effetti sulla stabilità della capacità dell'appaltatore di eseguire la commessa, sicché – sempre in una logica emergenziale, ed anche in considerazione degli eventi bellici – il legislatore è nuovamente intervenuto con l'art. 26, d.l. 17 maggio 2022, n. 50, di nuovo in deroga al quadro

normativo e contrattuale vigente, estendendo il meccanismo revisionale ai contratti aggiudicati sulla base di offerte con termine finale di presentazione entro il 31 dicembre 2022, eliminando il tetto dell'80% del riconoscimento e ponendo a riferimento i prezzari regionali (superando così i ritardi che sarebbero conseguiti a fronte della necessaria previsione di decreti ministeriali).

Ancora una volta, quindi, misure che – lungi dall'essere di semplificazione – sono rette solo da criteri emergenziali e derogatori, sempre assente una disciplina di sistema, tendenzialmente stabile.

### 5.3. LE SEMPLIFICAZIONI EFFETTIVE

Lo sguardo critico non deve nascondere all'osservatore gli interventi coerenti con l'obiettivo della semplificazione, per come fin qui si è provato a definirla.

5.3.1. *Anzitutto*, merita di essere sottolineata la novità introdotta con l'art. 62 del d.l. 31 maggio 2021, n. 77, che interviene sull'art. 20, l. 7 agosto 1990, n. 241, introducendo un comma 2 bis) a mente del quale «*nei casi in cui il silenzio dell'amministrazione equivale a provvedimento di accoglimento*» il privato ha diritto ad ottenere dall'amministrazione (che vi «*è tenuta*») ad ottenere un'attestazione del decorso dei termini del procedimento e, per conseguenza, «*dell'intervenuto accoglimento della domanda*» - per il caso dell'inerzia dell'ente protratta per dieci giorni, l'attestazione sarà sostituita da un'autocertificazione. Sembra trattarsi di una modifica di poco rilievo e, tuttavia, nella prassi, non è affatto così. La novità normativa è diretta a risolvere un problema pratico molto rilevante, giacché per il caso di atti di assenso (tipicamente autorizzazioni) che si formano per il decorso inutile del termine fissato dall'art. 20, l. 7 agosto 1990, n. 241 non è infrequente che procedimenti collegati, ovvero negozi tra privati o con l'amministrazione, si arrestino per via della richiesta di un provvedimento espresso del tutto inutile – essendosi l'effetto giuridico già determinato per ragione del dispositivo di legge a fronte del semplice decorso del tempo<sup>32</sup>.

5.3.2. Allo stesso modo, la sospensione (attualmente fino al 30 giugno 2023) del divieto di appalto integrato deve essere salutata come misura saggia di semplificazione; come noto, l'appalto integrato è quello strumento per il quale l'appaltatore dovrà provvedere non solo all'esecuzione dell'appalto ma anche alla sua

---

32 La disposizione contiene una generica previsione per la quale restano «*fermi gli effetti comunque intervenuti del silenzio assenso*»; l'enunciato normativo, come tutti quelli di scarso contenuto dispositivo, potrebbe provocare ambiguità o interpretazioni stravaganti – tanto più in relazione ad un istituto sofferto come quello del silenzio-assenso. Il significato ragionevole di quell'inciso è da intendere nel senso che l'effetto giuridico si determina ad esito dello spirare del termine, sicché l'attestazione non ha alcun contenuto novativo o integrativo – gli effetti della formazione dell'assenso per ragione dell'inerzia dell'ente, quindi, debbono restare «*fermi*». Resteranno egualmente «*fermi*» altri effetti – come la responsabilità del funzionario laddove l'inerzia rilievi ad altri fini. Il dato letterale, così come quello sistematico, non lascia spazio per letture dell'inciso dirette a depotenziare il dispositivo di legge.

progettazione, con le necessarie approvazioni del committente e delle altre autorità pubbliche competenti. La l. 28 gennaio 2016, n. 11, legge delega per il codice dei contratti attualmente in vigore, conteneva una radicale opposizione a questa formula – il cui scopo, invece, è sia quello di superare l’incapacità dell’amministrazione di programmare e progettare le opere pubbliche in tempi adeguati e, comunque, coerenti con i finanziamenti (anche europei) che ne consentono la realizzazione; sia quello di limitare la manovra dell’appaltatore circa le riserve, giacché la gran parte di esse sono (ordinariamente) direttamente o indirettamente conseguenti a vizi o inesattezze progettuali, compresi i problemi interferenziali. Al momento, il divieto di cui all’art. 59 del Codice dei contratti pubblici, è sospeso fino al 30 giugno 2023 in ragione di quanto previsto dall’art. 52, co. I, d.l. 31 maggio 2021, n. 77, mentre, l’art. 48, co V, dello stesso testo normativo ha previsto che per gli interventi finanziati dal PNRR, dal PNC, o dai programmi cofinanziati dai fondi strutturali dell’Unione europea, l’affidamento di progettazione ed esecuzione possa intervenire anche solo sulla base del progetto di fattibilità tecnica ed economica – e, quanto a quest’ultima misura, è evidente il carattere emergenziale e derogatorio, con i difetti che ne conseguono.

5.3.3. Il Codice dei contratti in vigore è largamente dominato dalla filosofia dell’anticorruzione; uno dei profili di rigidità che quest’ispirazione di fondo ha determinato è quello dell’omogeneità delle procedure di selezione del contraente. In altri termini, la struttura della gara contrattuale pubblica dovrebbe essere adatta alla prestazione oggetto del contratto e non sempre identica ed estremamente proceduralizzata. La tecnica normativa con la quale s’è imposto sempre lo stesso modello di gara, con costi e tempi del tutto inappropriati in alcuni casi, è stata quella di comprimere le soglie al di sotto delle quali codeste procedure potevano non essere realizzate – e ciò a livelli enormemente più bassi rispetto a quanto non fosse previsto dalle normative europee che il Codice dei contratti ha recepito. In altri termini, mentre le soglie di rilevanza europee per come fissate dalle direttive sono sensibilmente più elevate, in modo da assicurare flessibilità e speditezza agli acquisti di valore più ridotto, quelle previste dal Codice dei contratti sono di importo così basso da risultare sempre inutile – ovvero, del che v’è ampia prova nella prassi, da indurre le stazioni appaltanti a spezzettare l’appalto in più commesse sotto soglia per riuscire ad acquistare le prestazioni di cui abbisognavano in tempi ragionevoli ed adeguati al bisogno.

Il d.l. 31 maggio 2021, n. 77, all’art. 1 ha elevato le soglie e modellato le procedure attraverso il ricorso all’affidamento diretto (per lavori di importo inferiore a 150.000 euro e per servizi e forniture) ed alla procedura negoziata senza bando (per l’affidamento di servizi e forniture di importo pari o superiore a 139.000 euro ovvero di lavori per importi tra 150.000 euro e 1.000.000 di euro, ovvero con consultazione del doppio degli operatori economici per lavori di importo pari o superiore a 1.000.000 di euro). Anche in questo caso non si tratta di una riforma stabile, ma solo di norme temporanee ed emergenziali – al momento destinate alla scadenza al 30 giugno 2023.

5.3.4. Dal punto di vista organizzativo, invece, risulta certamente derogatoria – giacché si costituisce un’alterazione dei modelli organizzativi piuttosto significativa – ma indiscutibilmente opportuna e nella linea sia della semplificazione che della logica realizzativa, istituendo, agli artt. 2 e 4 del d.l. 31 maggio 2021, n. 77, presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, una Cabina di regia (con «poteri di indirizzo, impulso e coordinamento generale sull’attuazione degli interventi del PNRR») ed una Segreteria tecnica (con il compito di supportare la Cabina di regia, di elaborare «rapporti informativi alla Cabina di regia sulla base dell’analisi e degli esiti del monitoraggio sull’attuazione del PNRR», di segnalare azioni per il superamento di criticità, di acquisire i dati sull’attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza a livello di ciascun progetto, di segnalare le ipotesi di esercizio dei poteri sostitutivi, istruire i procedimenti relativi all’adozione di decisioni finalizzate al superamento del dissenso in sede di conferenza dei servizi). Il sistema organizzativo è completato (art. 5) dall’unità per la razionalizzazione e il miglioramento della regolazione, dall’ufficio per la semplificazione, (art. 3) dal Tavolo permanente per il partenariato economico, sociale e territoriale, (art. 29) dalla Soprintendenza speciale per il PNRR istituita, come ufficio «straordinario», presso il Ministero della cultura, fino al 31 dicembre 2026, (art. 45) dal Comitato speciale, presso il Consiglio superiore dei lavori pubblici.

È pur vero che si tratta di alterazioni organizzative di natura temporanea e derogatoria e, tuttavia, oltre l’innegabile profilo di semplificazione, sembra trattarsi di utili sperimentazioni organizzative suscettibili di divenire nel tempo modello per l’organizzazione ordinaria.

5.3.5. Per parte sua, il d.l. 16 luglio 2020, n. 76, all’art. 6, ha previsto l’istituzione del Collegio Consultivo Tecnico, introducendo nella fase di esecuzione degli appalti pubblici uno strumento già molto noto alla disciplina degli appalti internazionali e che in essi aveva dato buona prova; il sistema è completato dal d.m. 17 gennaio 2022 del Ministero delle Infrastrutture e della Mobilità Sostenibili, di approvazione delle linee guida finalizzate all’omogenea applicazione, da parte delle stazioni appaltanti, delle funzioni del Collegio Consultivo Tecnico. Si tratta di uno strumento destinato ad incidere significativamente sulla fase di esecuzione delle opere pubbliche, contribuendo a superare un sistema nel quale, a fronte dell’accumularsi delle riserve dell’appaltatore e del permanere delle loro cause generative, l’equilibrio delle commesse pubbliche continua ad essere precario per entrambe le parti del rapporto fino a sue rivisitazioni generali ovvero all’esplosione di contenziosi. Il CCT, invece, consente una «rapida risoluzione delle controversie o delle dispute tecniche di ogni natura suscettibili di insorgere nel corso dell’esecuzione», con valore di lodo contrattuale e mandando esente dalla responsabilità erariale (salvo il dolo) la stazione appaltante.

- Ainis M., *La semplificazione complicante*, in *Federalismi.it*, 18, 2014, pp. 1-9.
- S. Arrowsmith, *Understanding the purpose of the EU's procurement directives: the limited role of the EU regime and some proposals for reform*, in *The Cost of Different Goals of Public Procurement*, a cura di Konkurrensverket, Västra Aros AB, Västerås, 2012.
- Battini S., *Le politiche di semplificazione nell'esperienza italiana*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 4, 2004, pp. 450-454.
- Caruso E., *La funzione sociale dei contratti pubblici*, Napoli, Jovene, 2020.
- Casetta E., *La difficoltà di semplificare*, in *Diritto amministrativo*, 3-4, 1998, pp. 335-361.
- Cassese S., *La semplificazione amministrativa e l'orologio di Taylor*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 3, 1998, pp. 699-703.
- Cataldo G., *Le novità del D.l. Semplificazioni 2020 in materia energetica nel segno della continuità dell'accentramento delle competenze (e dei suoi nodi irrisolti)*, in *Osservatorio costituzionale*, 1, 2021, pp. 188-214.
- Cavallo B., (a cura di), *Il procedimento amministrativo tra semplificazione partecipata e pubblica trasparenza*, Giappichelli, Torino, 2001.
- Cerulli Irelli V., Luciani F., *La semplificazione dell'azione amministrativa*, in *Diritto amministrativo*, 1, 2000, pp. 617 ss.
- Chiti M.P., *Semplificazione delle regole e semplificazione dei procedimenti: alleati o avversari?*, in *Foro amministrativo CdS*, 3, 2006, pp. 1057-1072.
- Civitarese Matteucci S., *Semplificazione ed autoordinamento nei procedimenti di localizzazione delle opere statali*, in *Le Regioni*, 1, 1995, pp. 99 ss.
- Clarich M., *Modelli di semplificazione nell'esperienza comparata*, in *Diritto amministrativo*, 3, 1998, p. 679-697.
- Colavecchio A., *L'obbligo di provvedere tempestivamente*, Giappichelli, Torino, 2013.
- Colombini G., *I decreti semplificazione e rilancio alla luce dei principi generali di contabilità pubblica ovvero dei falsari di parole*, in *Federalismi.it*, 8, 2021, pp. 21-34.
- Cugurra G., *La semplificazione del procedimento amministrativo nell'art. 17 della legge 15 maggio 1997, n. 127*, in *Diritto amministrativo*, 3-4, 1998, pp. 479 ss.
- Cusano F., *La complicata semplificazione della contrattualistica pubblica: "poveri fiori, gemme de prati, pur ieri nati, oggi morenti"*, in *Federalismi.it*, 13, 2021, pp. 63-139.
- D'Alberti M., *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, in *Diritto amministrativo*, 2, 2008, pp. 297 ss.
- Dekel O., *The legal theory of competitive bidding for Government contracts*, in *Public Contract Law Journal*, 37, 2008, pp. 237-268.
- De Nictolis R., *La funzione di pianificazione urbanistica e la localizzazione e realizzazione di opere pubbliche*, in *Il Consiglio di Stato*, 11, 2004, pp. 2263 ss.

- Di Capua V., *L'autorizzazione integrata ambientale. Verso una tutela sistemica dell'ambiente*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020.
- Ferrara R., *Le complicazioni della semplificazione amministrativa: verso un'amministrazione senza qualità*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2, 1999, pp. 323-380.
- Ferrara R., *Procedimento amministrativo, semplificazione e realizzazione del risultato: dalla libertà dall'amministrazione alla libertà dell'amministrazione?*, in *Diritto e società*, 1, 2000, pp. 101-119.
- Fracchia F., *Vizi formali, semplificazione procedimentale, silenzio-assenso e irregolarità*, in *Diritto dell'economia*, 3-4, 2002, pp. 429-456.
- Lazzara P., *Procedimento e semplificazione. Il riparto dei compiti istruttori tra principio inquisitorio ed autoresponsabilità privata*, Philos, Roma, 2005.
- Lazzara P., *Principio di semplificazione e situazioni giuridico-soggettive*, in *Diritto amministrativo*, 4, 2012, pp. 679-701.
- Lazzara P., *I procedimenti amministrativi ad istanza di parte*, Jovene, Napoli, 2008.
- Manganaro F., *Principio di legalità e semplificazione dell'attività amministrativa*, Esi, Napoli, 2000.
- Massera A., *Lo Stato che contratta e che si accorda. Vicende della negoziazione con le P.P.AA. tra concorrenza per il mercato e collaborazione con il potere*, Pisa University Press, Pisa, 2011.
- McAfee R.P., McMillan J., *Bidding for Contracts: A Principal-Agent Analysis*, in *The RAND Journal of Economics*, 17, 1986, pp. 326-338.
- Merusi F., *La semplificazione: problema legislativo o amministrativo*, in *Nuove Autonomie*, 3-4, 2008, pp. 335-341.
- Perfetti L.R., *L'amministrazione per accordi nell'esecuzione dei lavori pubblici*, in *Diritto amministrativo*, 1997, pp. 587 ss.
- Perfetti L.R., *Legge-provvedimento, emergenza e giurisdizione*, in *Diritto e processo amministrativo*, 3, 2019, pp. 1021-1040.
- Perfetti L.R., *Cerbera e la focaccia al miele. Ovvero dei pericoli del processo amministrativo e delle sue mancate evoluzioni*, in *Il Processo*, 2020, pp. 429 ss.
- Perfetti L.R., *Il governo dell'arbitrio*, Rubettino, Soveria Mannelli, 2021.
- Racca G.M., Yuknis C.R. (eds.), *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts. Balancing Corruption Concerns in Public Procurement Internationally*, Bruylant, Bruxelles, 2014.
- Rose-Ackerman S., Palifka B.J., *Corruption and Government: Causes, Consequences, and Reform*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999.
- Sanchez-Graells A., *Competitive Neutrality in Public Procurement and Competition Policy: An Ongoing Challenge Analysed in View of the Proposed New Directive (January 24, 2012)*, in *5th International Public Procurement Conference*, August 2012, disponibile in <https://ssrn.com/abstract=1991302>.

Sandulli A., *La semplificazione*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 3, 1999, p. 757-780.

Schooner S., *Desiderata: Objectives for a system of government contract law*, in *Public Procurement Law Review*, 11, 2002, pp. 104 ss.

Sciullo G., *Concentrazione istituzionale e localizzazione delle grandi opere. Commento a C. Cost. 16 luglio 2004, n. 233*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 10, 2004, pp. 1087-1093.

Snider Smith J.J., *Competition and Transparency: what works for public procurement Reform*, in *Public Contract Law Journal*, 38, 2008, pp. 85-129.

G. Serra, *Il difficile bilanciamento tra tutela della concorrenza e semplificazione delle procedure ad evidenza pubblica*, in *Diritto dell'economia*, 1, 2021, pp. 201-232.

Torchia L., *Tendenze recenti della semplificazione amministrativa*, in *Diritto amministrativo*, 3, 1998, pp. 385 ss.

Ursi R., *Le stagioni dell'efficienza. I paradigmi giuridici della buona amministrazione*, Maggioli, Rimini, 2016.

Vandelli L., Gardini G. (a cura di), *La semplificazione amministrativa*, Quaderni della Spisa, Rimini, 1999.

Vese D., *Sull'efficienza amministrativa in senso giuridico*, Cedam, Padova, 2018.

Vesperini G., Sciullo G., Chiti M.P., Mattarella B., Vandelli L., *Che fine ha fatto la semplificazione amministrativa?*, Giuffrè, Milano, 2006.