

30 DICEMBRE 2020

La fatica di semplificare: procedimenti
a geometria variabile, amministrazione
difensiva, contratti pubblici ed esigenze
di collaborazione del privato
“responsabilizzato”

di Fabrizio Fracchia

Professore ordinario di Diritto amministrativo
Università Commerciale “Luigi Bocconi” di Milano

e Pasquale Pantalone

Ricercatore di Diritto amministrativo
Università degli Studi di Milano

La fatica di semplificare: procedimenti a geometria variabile, amministrazione difensiva, contratti pubblici ed esigenze di collaborazione del privato “responsabilizzato”*

di Fabrizio Fracchia

Ordinario di Diritto amministrativo
Università Commerciale “Luigi Bocconi” di Milano

e Pasquale Pantalone

Ricercatore di Diritto amministrativo
Università degli Studi di Milano

Abstract [It]: Il contributo si propone l’obiettivo di illustrare con taglio critico le principali novità normative introdotte dal c.d. “decreto Semplificazioni” (d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito con modificazioni dalla l. 11 settembre 2020, n. 120) in tema di attività amministrativa, contratti pubblici e responsabilità del personale delle amministrazioni pubbliche.

Abstract [En]: The paper aims at examining with a critical approach the main regulatory changes introduced by the so-called “Simplifications decree” (legislative decree 16 July 2020, no. 76, converted with amendments by the law 11 September 2020, no. 120) on the subject of administrative activity, public procurement and public administration personnel liability.

Sommario: 1. Premessa. 2. Norme che introducono un regime stabile o con efficacia temporanea. 3. L’ossessione per il tempo procedimentale. 4. Agire fuori tempo massimo? La disciplina relativa agli assensi e lo “spegnimento” dei poteri. I riflessi organizzativi. 5. L’amministrazione indotta a tempestivamente “scoprire le carte” (ma solo nei procedimenti a istanza di parte), tra second shot, spegnimento di focolai discrezionali e divieto di decisioni a sorpresa assunte a danno dell’istante; l’istruttoria quale “materiale procedurale esausto” al momento del second shot. 6. L’importanza del contraddittorio procedimentale, anche alla luce dell’art. 6 Cedu e dell’art. 6, l. 241/1990. 7. La riemissione di provvedimenti annullati e la cristallizzazione di quanto non censurato dal giudice amministrativo (ma solo su richiesta di parte). 8. Una riflessione di sintesi: tre “meccanismi di rimbalzo procedimentale” e l’onere di porre in essere un’unica istruttoria completa. Il problema del terzo. La semplificazione come valore trasversale. Le fasi del procedimento e la metafora della block-chain. 9. Verso uno statuto peculiare dei procedimenti a istanza di parte. 10. L’azione dell’amministrazione al cospetto dell’informatica. 11. I rapporti tra amministrazioni e il silenzio devolutivo. 12. I contratti pubblici e, in particolare, le procedure di affidamento. 13. Segue. Le ulteriori innovazioni in materia. 14. L’edilizia. 15. L’amministrazione difensiva. 16. Un’importante clausola di chiusura: verso uno scenario in cui il privato è un “sostituto-sentinella”?

1. Premessa

Il d.l. 16 luglio 2020, n. 76, recante «Misure urgenti per la semplificazione e l’innovazione digitale», convertito con modificazioni dalla l. 11 settembre 2020, n. 120, contiene numerose norme che concernono il diritto amministrativo.

* Articolo sottoposto a referaggio. Il contributo è frutto di una riflessione comune. Tuttavia, i parr. 1-9, 15 e 16 sono stati curati da Fabrizio Fracchia, mentre i parr. 10, 11, 12, 13 e 14 da Pasquale Pantalone.

Si legge nel suo preambolo che l'intervento è volto a «realizzare un'accelerazione degli investimenti e delle infrastrutture attraverso la semplificazione delle procedure in materia di contratti pubblici e di edilizia, operando senza pregiudizio per i presidi di legalità», a «introdurre misure di semplificazione procedimentale e di sostegno e diffusione dell'amministrazione digitale, nonché interventi di semplificazione in materia di responsabilità del personale delle amministrazioni, nonché di adottare misure di semplificazione in materia di attività imprenditoriale, di ambiente e di green economy, al fine di fronteggiare le ricadute economiche conseguenti all'emergenza epidemiologica da Covid-19».

All'interno di un corpo normativo molto complesso, si trovano così disposizioni che spaziano dal diritto di voto all'università, dai vigili del fuoco alla stabilità finanziaria degli enti locali, dalla rigenerazione urbana all'edilizia.

2. Norme che introducono un regime stabile o con efficacia temporanea

Taluni istituti sono di nuovo conio (ad es., v. art. 21-*decies*, l. 241/1990); in molti altri casi il legislatore è invece intervenuto con modifiche puntuali di previgenti disposizioni: basti citare le innovazioni in materia di conferenza di servizi – istituto “ritoccato” per l'ennesima volta: in generale, vale la pena osservare come la l. 241/1990 consti ora di più di cinquanta articoli – e di comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza del privato.

Alcune riforme, inoltre, sono a “regime”, altre “a tempo”.

Nel primo caso, l'emergenza si configura come la causa o l'occasione della novella; nella seconda situazione, l'emergenza “perimetra” temporalmente – e non solo giustifica – il regime introdotto, incrementando però il tasso di instabilità nel nostro ordinamento.

L'art. 13, d.l. 76/2020, conv. nella l. 120/2020, ad esempio, incide sul regime della conferenza dei servizi decisoria fino al 31 dicembre 2021.

Più nel dettaglio, ai sensi del richiamato art. 13, c. 1, «a) tutte le amministrazioni coinvolte rilasciano le determinazioni di competenza entro il termine perentorio di sessanta giorni; b) al di fuori dei casi di cui all'articolo 14-*bis*, comma 5 (quando, cioè, si deve abbandonare la modalità asincrona perché l'amministrazione ha ricevuto assensi condizionati o dissensi per superare i quali si richiedono modifiche sostanziali), l'amministrazione precedente svolge, entro trenta giorni decorrenti dalla scadenza del termine per il rilascio delle determinazioni di competenza delle singole amministrazioni, con le modalità di cui all'articolo 14-*ter*, comma 4, della legge n. 241 del 1990, una riunione telematica di tutte le amministrazioni coinvolte nella quale prende atto delle rispettive posizioni e procede senza ritardo alla stesura della determinazione motivata conclusiva della conferenza di servizi verso la quale può essere proposta opposizione dalle amministrazioni di cui all'articolo 14-*quinqies*, della legge n. 241 del 1990, ai

sensi e nei termini ivi indicati. Si considera in ogni caso acquisito l'assenso senza condizioni delle amministrazioni che non abbiano partecipato alla riunione ovvero, pur partecipandovi, non abbiano espresso la propria posizione, ovvero abbiano espresso un dissenso non motivato o riferito a questioni che non costituiscono oggetto della conferenza».

Ai sensi del comma 2, poi, «ove si renda necessario riconvocare la conferenza di servizi sul livello successivo di progettazione tutti i termini sono ridotti della metà e gli ulteriori atti di autorizzazione, di assenso e i pareri comunque denominati, eventualmente necessari in fase di esecuzione, sono rilasciati in ogni caso nel termine di sessanta giorni dalla richiesta».

Numerose disposizioni che delineano un regime “a tempo”, inoltre, sono previste nel settore dei contratti pubblici¹.

3. L'ossessione per il tempo procedimentale

Ai nostri fini, interessano in particolare le prescrizioni normative che hanno inciso stabilmente sul regime del procedimento.

Molte di queste norme rivelano una sorta di ossessione per il tema del tempo o, comunque, dimostrano la consapevolezza, acquisita dal legislatore, dei problemi che genera in Italia l'indolenza dell'amministrazione.

In taluni casi la risposta è “generalizzata” (relativa, cioè, a tutte le tipologie procedimentali); svariate disposizioni, invece, concernono soltanto alcune categorie procedurali.

Muoviamo dall'analisi dell'art. 12, c. 1, lett. a), d.l. 76/2020, che modifica l'art. 2, l. 241/1990, introducendo i commi 4-*bis* e 8-*bis*.

Il primo comma dispone che «le pubbliche amministrazioni misurano e pubblicano nel proprio sito internet istituzionale, nella sezione “Amministrazione trasparente”, i tempi effettivi di conclusione dei procedimenti amministrativi di maggiore impatto per i cittadini e per le imprese, comparandoli con i termini previsti dalla normativa vigente. Con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro per la pubblica amministrazione, previa intesa in Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, sono definiti modalità e criteri di misurazione dei tempi effettivi di conclusione dei procedimenti, nonché ulteriori modalità di pubblicazione di cui al primo periodo»².

¹ V. *infra*, parr. 12-13.

² Una disposizione in parte analoga a quella in esame è contenuta nell'art. 1, c. 9, l. 190/2012, laddove si prevede che il piano di prevenzione della corruzione, definito dalle pubbliche amministrazioni centrali e trasmesso al Dipartimento della funzione pubblica, risponda, tra le altre, alla seguente esigenza: «d) definire le modalità di monitoraggio del rispetto dei termini, previsti dalla legge o dai regolamenti, per la conclusione dei procedimenti».

La disposizione (che non precisa cosa si intenda per procedimenti di maggiore impatto e non prevede una “sanzione” specifica nel caso di mancata misurazione) realisticamente prende atto dello scarto che esiste tra i termini di conclusione dei procedimenti stabiliti dalla legge e i tempi effettivi dell’agire amministrativo.

La disciplina viene completata con una modifica dell’art. 29, c. 2-*bis*, l. 241/1990, riconducendo l’obbligo di misurare i tempi effettivi di conclusione dei procedimenti ai livelli essenziali delle prestazioni *ex* art. 117, c. 2, lett. *m*), Cost..

Un’ulteriore prescrizione di interesse è quella (art. 12, c. 2, d.l. 76/2020) che impone alle amministrazioni e agli enti pubblici statali di provvedere, entro il 31 dicembre 2020, a verificare e a rideterminare, in riduzione, i termini di durata dei procedimenti di loro competenza ai sensi dell’articolo 2, c. 3, l. 241/1990.

4. Agire fuori tempo massimo? La disciplina relativa agli assensi e lo “spegnimento” dei poteri.

I riflessi organizzativi

Molto rilevante è il nuovo comma 8-*bis* dell’art. 2, l. 241/1990, ai sensi del quale «le determinazioni relative ai provvedimenti, alle autorizzazioni, ai pareri, ai nulla osta e agli atti di assenso comunque denominati, adottate dopo la scadenza dei termini di cui agli articoli 14-*bis*, comma 2, lettera c), 17-*bis*, commi 1 e 3, 20, comma 1, ovvero successivamente all’ultima riunione di cui all’articolo 14-*ter*, comma 7, nonché i provvedimenti di divieto di prosecuzione dell’attività e di rimozione degli eventuali effetti, di cui all’articolo 19, commi 3 e 6-*bis*, primo periodo, adottati dopo la scadenza dei termini ivi previsti, sono inefficaci, fermo restando quanto previsto dall’articolo 21-*nonies*, ove ne ricorrano i presupposti e le condizioni».

I casi contemplati dalla norma concernono fattispecie in cui il termine è perentorio, ovvero situazioni nelle quali la legge attribuisce “valore” di assenso al silenzio.

Rimangono invece fuori dal perimetro applicativo della disposizione – a tacere della fattispecie di cui all’art. 21-*decies*, su cui ancora si tornerà – le ipotesi di silenzio inadempimento e i casi di silenzio-diniego (nei quali ultimi l’ordinamento riconduce all’inerzia i medesimi effetti di un provvedimento appunto di diniego).

Più nel dettaglio, il nuovo regime concerne le determinazioni relative all’oggetto della conferenza di servizi semplificata che devono essere rese dalle amministrazioni coinvolte entro il termine comunicato dall’amministrazione procedente (classificato come perentorio già dall’art. 14-*bis*, c. 2, lett. c), l. 241/1990).

Del pari inefficaci sono gli atti emanati all’esito della riunione, nell’ambito della conferenza di servizi simultanea di cui all’art. 14-*ter*, oltre il termine stabilito, poiché anche in quel caso il legislatore ha attribuito un significato all’assenza o alla partecipazione non attiva delle amministrazioni, prevedendo che sia

acquisito l'assenso senza condizioni delle amministrazioni il cui rappresentante non abbia partecipato alle riunioni ovvero, pur partecipandovi, abbia espresso un dissenso non motivato o riferito a questioni che non costituiscono oggetto della conferenza.

Vengono poi in rilievo gli atti disciplinati dall'art. 17-*bis*, commi 1 e 2, ossia gli atti di assenso, concerto o nulla-osta comunque denominati di amministrazioni pubbliche e gestori di beni o servizi pubblici da acquisire in vista dell'adozione di provvedimenti normativi e amministrativi di competenza di altre amministrazioni pubbliche e che, secondo quanto previsto dall'articolo 17-*bis*, si intendono acquisiti una volta scaduto infruttuosamente il termine per gli stessi previsto.

Assai importante (soprattutto nell'ottica del privato) è il richiamo agli atti adottati a seguito della formazione del silenzio-assenso ai sensi dell'art. 20.

La nuova disciplina mira a disinnescare il meccanismo degli atti "espressi" tardivamente emanati.

Diffusa, infatti, è la relativa prassi di dilatazione dei termini effettivi di definizione della "pratica", chiusa solo con l'atto espresso, che assicura maggiore certezza (e che, se favorevole al richiedente, questi non ha certo interesse a impugnare).

Tali atti sono ora (non solo illegittimi, ma, anche – e soprattutto dal punto di vista dell'amministrazione – per così dire) "sanzionati" con l'inefficacia.

Sotto il profilo teorico, pare di potersi ritenere che all'origine di siffatto regime – l'inefficacia è in questo caso una "conseguenza" e non già una tipologia di invalidità – vi sia il carattere perentorio dei termini che cagiona la nullità dell'atto tardivo³: una sorta di "spegnimento" del potere di provvedere.

D'altro canto, se l'atto fosse semplicemente illegittimo, esso non potrebbe essere annullato (appunto perché *ex lege* non più produttivo di effetti) e questa intima (ma evidente contraddizione) impedisce di ipotizzarne l'annullabilità. Il regime processuale applicabile a tale categoria di atti, dunque, è quello di cui all'art. 31, c.p.a..

A fronte dello spegnersi del potere di agire in via di amministrazione attiva, sopravvive invece (ma si tratta di potere diverso) la possibilità di intervenire in via di autotutela (sull'effetto prodotto da silenzio o inerzia) riconosciuta dalla norma appena menzionata.

Va peraltro sottolineato⁴ che la previsione dell'inefficacia degli atti adottati successivamente alla scadenza del termine *ex art.* 20 (per limitarsi al caso forse più importante), pur sottraendo all'amministrazione l'occasione di esprimersi tardivamente ("fuori tempo massimo"), non risolve (il problema della definitiva stabilizzazione dei rapporti, comunque minata dal potere di autotutela e) la questione dell'incertezza in

³ Alla tesi della nullità dell'atto tardivo aderisce anche M. Calabrò, *Il silenzio assenso nella disciplina del permesso di costruire. L'inefficacia della decisione tardiva nel d.l. n. 76/2020 (c.d. decreto semplificazioni). Note a margine di Cons. Stato, Sez. VI, 13 agosto 2020, n. 5034 e T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II-bis, n. 7476*, in www.giustizainsieme.it, 26 novembre 2020.

⁴ Cfr. S. Vernile, *Ragionevole durata del procedimento amministrativo e "sorte" dell'atto tardivo*, in corso di pubblicazione.

cui versano gli interessati rispetto all'intervenuta formazione del silenzio produttivo dei medesimi effetti di un provvedimento di accoglimento⁵.

Da un lato, infatti, potrebbero esservi dubbi circa la sussistenza dei requisiti necessari affinché si formi il silenzio, richiedendosi, per ottenere una certezza definitiva, una decisione giurisdizionale⁶; d'altro lato, il campo di applicazione del regime del silenzio-assenso resta non esattamente definito dall'ordinamento.

Una norma che, a proposito di tale ultimo aspetto, è finalizzata a diminuire i dubbi che spesso assalgono i privati che si rapportano con l'amministrazione è quella di cui all'art. 15, d.l. 76/2020, che (ancora una volta senza individuare una specifica "sanzione") impegna le amministrazioni a «completare la ricognizione» di cui all'art. 24, l. 114/2014, e, tra l'altro, a individuare i regimi applicabili (attività soggette a scia, autorizzazione, autorizzazione generale, SCIA e, appunto, silenzio assenso) e i procedimenti da semplificare.

In ogni caso, se l'obiettivo di scongiurare i rischi connessi agli effetti giuridici degli interventi "fuori tempo massimo" può dirsi raggiunto, sopravvive l'ulteriore grave problema dell'incertezza dell'azione amministrativa.

Questa situazione può essere eliminata solo (da una sentenza o, sul piano amministrativo) dall'atto espresso.

Giova notare che una specifica soluzione al problema è stata individuata in materia di edilizia dalla nuova versione dell'art. 20, c. 8, DPR 380/2001, il quale dispone che «fermi restando gli effetti comunque prodotti dal silenzio, lo sportello unico per l'edilizia rilascia anche in via telematica, entro quindici giorni dalla richiesta dell'interessato, un'attestazione circa il decorso dei termini del procedimento, in assenza di richieste di integrazione documentale o istruttorie inevase e di provvedimenti di diniego; altrimenti, nello stesso termine, comunica all'interessato che tali atti sono intervenuti».

Va infine rilevato che l'art. 2, comma 8-*bis*, dovrebbe avere un impatto notevole sul piano organizzativo, perché spinge le amministrazioni a gestire al meglio la "trattazione" dei procedimenti di assenso (anche

⁵ La dottrina già da tempo, invero, ha messo in luce le maggiori criticità applicative dell'istituto del silenzio-assenso: *ex multis*, cfr. A. Travi, *Silenzio-assenso ed esercizio della funzione amministrativa*, Padova, 1985, *passim*; B. Tonoletti, *Silenzio della pubblica amministrazione* (voce), in *Dig. disc. pubbl.*, 1995, XIV, 156; V. Parisio, *I silenzi della pubblica amministrazione. La rinuncia alla garanzia dell'atto scritto*, Milano, 1996, 150.

⁶ Una parte della giurisprudenza amministrativa, infatti, ritiene che la formazione del silenzio-assenso presupponga non soltanto l'inutile decorso del termine per provvedere, «ma la contestuale presenza di tutte le condizioni, i requisiti e i presupposti richiesti dalla legge, ossia degli elementi costitutivi della fattispecie di cui si deduce l'avvenuto perfezionamento, con la conseguenza che il silenzio assenso non si forma nel caso in cui la fattispecie rappresentata non sia conforme a quella normativamente prevista» (così ad esempio in materia edilizia, pur prima della riforma, Cons. Stato, sez. IV, 7 gennaio 2019, n. 113). Di recente, v. altresì Tar Abruzzo, Pescara, sez. I, 15 giugno 2020, n. 185; Tar Campania, Napoli, sez. IV, 12 maggio 2020, n. 1730; sez. VIII, 6 maggio 2020, n. 1654; Tar Perugia, sez. I, 4 maggio 2020, n. 187.

individuando le priorità e monitorando i singoli episodi procedimentali), onde evitare che si integri il silenzio con il corollario dell'inefficacia.

Qualcosa di simile dovrebbe avvenire sul piano istruttorio in forza della nuova disciplina di cui l'art. 10-*bis*, l. 241/1990, che ci si accinge ora a esaminare.

5. L'amministrazione indotta a tempestivamente “scoprire le carte” (ma solo nei procedimenti a istanza di parte), tra second shot, spegnimento di focolai discrezionali e divieto di decisioni a sorpresa assunte a danno dell'istante; l'istruttoria quale “materiale procedurale esausto” al momento del second shot

L'art. 12, c. 1, lett. e), d.l. 76/2020, incide sull'art. 10-*bis*, l. 241/1990, che oggi risulta così formulato: «Nei procedimenti ad istanza di parte il responsabile del procedimento o l'autorità competente, prima della formale adozione di un provvedimento negativo, comunica tempestivamente agli istanti i motivi che ostano all'accoglimento della domanda. Entro il termine di dieci giorni dal ricevimento della comunicazione, gli istanti hanno il diritto di presentare per iscritto le loro osservazioni, eventualmente corredate da documenti. La comunicazione di cui al primo periodo sospende i termini di conclusione dei procedimenti, che ricominciano a decorrere dieci giorni dopo la presentazione delle osservazioni o, in mancanza delle stesse, dalla scadenza del termine di cui al secondo periodo. Qualora gli istanti abbiano presentato osservazioni, del loro eventuale mancato accoglimento il responsabile del procedimento o l'autorità competente sono tenuti a dare ragione nella motivazione del provvedimento finale di diniego indicando, se ve ne sono, i soli motivi ostativi ulteriori che sono conseguenza delle osservazioni».

Va osservato che, nell'ottica dell'accelerazione dei tempi, si fa ora riferimento alla «sospensione» dei termini e non già alla loro «interruzione».

Dal punto di vista del “peso” delle osservazioni, occorre rimarcare come, in sede di eventuale adozione del provvedimento finale di diniego, il soggetto pubblico sia comunque “tenuto” (come precisa, in funzione rafforzativa, la nuova disciplina) a considerare specificamente le osservazioni.

In disparte tale aspetto (peraltro assai rilevante), il significato complessivo della disciplina è comunque quello di concedere all'amministrazione, a valle del contraddittorio innescato dalla comunicazione, uno spazio motivazionale e decisionale limitato “a danno” dell'istante.

Nell'esercizio dei propri poteri discrezionali, infatti, l'amministrazione non potrà invocare e valorizzare motivi, interessi e fatti collocati al di fuori del perimetro ricavabile dalle osservazioni presentate dal richiedente («motivi ostativi ulteriori che non sono conseguenza delle osservazioni»). Si noti che, a rigore, quanto osservato non significa che, dopo le osservazioni dei privati, non si possa in assoluto riaprire l'istruttoria: ciò pare però consentito nei soli limiti in cui occorra verificare fatti “allegati” dal privato.

In sostanza, può soprattutto parlarsi di volontà di scongiurare “decisioni a sorpresa” (suggestivo è l'accostamento all'art. 73, c.p.a.), sottratte al contraddittorio con l'istante, e dell'impossibilità di “rivitalizzare” l'istruttoria. Quanto poteva offrire all'amministrazione, essa lo ha già “generato”, sicché, per usare una metafora, si può dire che, in questo secondo passaggio, l'istruttoria compiuta si configura come materiale procedurale oramai “esausto”, che nulla di ulteriore (nei termini di motivi ostativi) può recare al decisore che la interpella: “materiale inerte”, cioè, e non più – per evocare altra metafora – “calce viva” con cui costruire la decisione.

L'effetto di questo regime (che è posto tra l'altro al riparo dall'operatività del meccanismo delineato dall'art. 21-*octies*, l. 241/1990, in forza di una modifica di tale ultima disposizione), cioè, è almeno triplice:

- offrire garanzie al privato istante (purché abbia assolto l'onere di presentare osservazioni), protetto da “colpi di mano” procedimentalmente tardivi da parte del decisore pubblico;
- vincolare conseguentemente l'amministrazione, nei procedimenti ad istanza di parte, a effettuare un'istruttoria il più possibile tempestiva e completa fino al momento in cui matura la convinzione della sussistenza di motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza medesima;
- responsabilizzare il privato richiedente e interveniente: atteso che l'amministrazione potrà esclusivamente opporre motivi ulteriori conseguenza delle osservazioni, egli dovrà stare molto accorto nella redazione delle osservazioni per evitare di offrire spunti per ulteriori motivi ostativi.

La norma si applica soltanto ai procedimenti a istanza di parte, escludendo quelli che sfociano in provvedimenti limitativi della sfera giuridica e quelli che iniziano d'ufficio, per i quali, effettivamente, non si può porre il problema di un *second shot* endoprocedimentale, posto che in essi manca il passaggio, appunto endoprocedimentale, della comunicazione dei motivi ostativi.

Nei procedimenti d'ufficio, invero, un'analoga tematica può insorgere a seguito di un “ritorno al procedimento” (non già in forza della comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza, bensì) a valle dell'annullamento giurisdizionale dell'atto da cui scaturisca (o risulti confermato) il dovere di riesercitare il potere.

La questione è qui più delicata, perché interessa anche il complesso profilo dei rapporti tra procedimento e processo.

La nuova versione dell'art. 10-*bis*, l. 241/1990, pur evidentemente animata dall'intento di evitare le “sorprese istruttorie da *second shot*” in forza dell'introduzione di un meccanismo preclusivo, sposa una prospettiva ridotta, disponendo che «in caso di annullamento in giudizio del provvedimento così adottato, nell'esercitare nuovamente il suo potere l'amministrazione non può addurre per la prima volta motivi ostativi già emergenti dall'istruttoria del provvedimento annullato».

Il campo di applicazione della disposizione, cioè, ancora una volta, in ragione della sua collocazione nell'art. 10-*bis*, risulta limitato ai provvedimenti ampliativi a istanza di parte, oltretutto soltanto a condizione che il provvedimento sia stato preceduto dal contraddittorio previsto da questa disposizione. Incidentalmente si noti che, in ragione del riferimento all'annullamento giurisdizionale, l'istituto (come pure quello di cui all'art. 21-*decies*, che sarà analizzato *infra*) esibisce senz'altro una connotazione anche processuale e ciò ne assicura la riconducibilità alla materia della giurisdizione di cui all'art. 117, Cost., anche a tacere della valorizzazione dell'art. 29, l. 241/1990, che, al comma 2-*bis*, riconduce ai livelli essenziali delle prestazioni le disposizioni concernenti «gli obblighi per la pubblica amministrazione di garantire la partecipazione dell'interessato al procedimento».

Va pure osservato che la norma si riferisce al solo annullamento in giudizio del provvedimento di diniego, escludendo dunque le pronunce rese sul ricorso avverso il silenzio inadempimento. Si potrebbe ipotizzare che ciò dipenda dal fatto che, in tali casi, il giudice non si è potuto esprimere sulla fondatezza dei motivi ostativi ovvero, nelle ipotesi di condanna al rilascio del provvedimento richiesto, ha pronunciato in modo talmente profondo da non lasciare comunque spazi per ulteriori “ripensamenti”. Questa spiegazione, in realtà, lascia sussistere qualche dubbio, atteso che il meccanismo preclusivo opera per il solo fatto dell'annullamento e indipendentemente dalle sue ragioni, onde esso dovrebbe impedire di rivitalizzare l'istruttoria anche nei casi in cui, ad esempio, l'annullamento fosse stato pronunciato a seguito dell'accoglimento del motivo con cui si deduce l'incompetenza o un vizio di forma. Si può al più aggiungere che, di norma, il silenzio inadempimento si forma a conclusione di un procedimento in cui non viene svolta alcuna istruttoria, non è emerso alcun motivo ostativo e/o non ha luogo il contraddittorio ex art. 10-*bis*: ciò in sostanza significa che, sotto il profilo qui indagato, conserva più spazi di azione l'amministrazione del tutto indolente, rispetto a quella che oppone un diniego espresso poi censurato dal giudice.

Ad ogni buon conto (e tornando all'asse centrale dell'analisi), sottratti all'effetto preclusivo introdotto dall'art. 10-*bis* sono gli atti limitativi della sfera giuridica dei privati, in ordine ai quali un analogo effetto gioverebbe certamente a colui che subisce la vicenda pregiudizievole in forza della indicazione, da parte dell'amministrazione, solo in seconda battuta di nuovi motivi a fondamento della decisione.

La norma, come detto, a condizione che si sia realizzato il contraddittorio di cui all'art. 10-*bis*, osta a plurime reiterazioni dell'esito sfavorevole con motivazioni diverse e, quindi, impedisce di negare nuovamente il bene della vita a cui il ricorrente aspira in base ad accertamenti o valutazioni che avrebbero potuto essere già compiuti nell'originario procedimento amministrativo, annullato dal giudice. Invero, parlando di motivi ostativi già emergenti dall'istruttoria del provvedimento annullato, la disposizione non sembra in assoluto escludere la possibilità che emergano motivi ostativi in forza di un'istruttoria “nuova”

(diversa da quella del provvedimento annullato) e, dunque, collegati, ad esempio, al tema delle sopravvenienze di fatto o di diritto (tali profili non sono invece contemplati nel “rimbalzo” endoprocedimentale disciplinato nella prima parte dell’articolo). Con tutta evidenza, al di fuori di questi casi, si intende comunque scongiurare la defatigante alternanza tra procedimento (si noti, tuttavia, che si fa cenno all’annullamento e non alle misure cautelari) e processo, al contempo rendendo impossibile esercitare in futuro alcuni poteri discrezionali già “disponibili”⁷.

Per quanto attiene ai restanti procedimenti (non a istanza di parte e, come detto, non presi in considerazione dall’art. 10-*bis*), l’arroganza del potere che distilla provvedimenti limitativi in più soluzioni (facendo emergere ragioni nuove e mai considerate, o già note) dovrebbe trovare un argine in forza di un’interpretazione consapevolmente coraggiosa dell’art. 1, u.c. (norma su cui si indugerà a conclusione di queste riflessioni), posto che viola certamente il canone di buona fede il soggetto pubblico che frazioni il proprio decidere in una pluralità di momenti provvedimentali connessi, spesso imponendo al privato una lunga sequenza di motivi aggiunti.

Il rilievo è importante onde comparare la nuova disciplina con quell’orientamento giurisprudenziale che, sul versante processuale (dove vige il divieto di pronunciare su poteri non ancora esercitati: art. 34, c.p.a.), senza riferirsi ai soli provvedimenti interessati dall’art. 10-*bis* (o unicamente a quelli ampliativi), già si era mostrato incline a configurare (non già un vincolo a non “interrogare” più l’originaria istruttoria per fare emergere ulteriori motivi ostativi, bensì) un onere di integrale motivazione in capo all’amministrazione.

In sostanza, si voleva che il soggetto pubblico sollevasse una volta per tutte le questioni ritenute rilevanti (anche del tutto nuove e mai prima considerate: è questa un’importante differenza rispetto all’art. 10-*bis*) nel procedimento che prende avvio a valle di una statuizione giurisdizionale che, pur riconoscendo il dovere di adottare una decisione, non sia ancora in grado di prefigurare la fondatezza della pretesa finale (ché, in tal caso, a fronte di un provvedimento di segno diverso, soccorrerebbe il giudizio di ottemperanza⁸; l’esaurimento della discrezionalità avviene, dunque, in un *second shot*, evitando il rischio che venga emanato ancora un successivo provvedimento negativo basato su ulteriori ragioni). In altri termini: il secondo diniego è (negli spazi che residuano dalla statuizione giurisdizionale) libero, mentre una terza misura negativa è comunque impedita anche al cospetto di fatti nuovi.

Con specifico riferimento a una procedura di abilitazione scientifica nazionale, il Consiglio di Stato⁹ ha fatto applicazione della disposizione di cui all’art. 31, c.p.a., ritenendo “consumata la discrezionalità” in un caso in cui l’agire dell’amministrazione è stato giudicato come reiteratamente capzioso, equivoco e

⁷ Per una recente riflessione critica in ordine alla inesauribilità del potere amministrativo, cfr. M. Trimarchi, *L’inesauribilità del potere amministrativo*, Napoli, in part. 206 ss..

⁸ V. Cons. Stato, sez. VI, 3 dicembre 2004, n. 7858.

⁹ Cons. Stato, sez. VI, 25 febbraio 2019, n. 1321.

contraddittorio. Si è statuito che resta precluso all'amministrazione che abbia violato il principio di buona fede, "fratturando" il rapporto di fiducia e di cooperazione che corre con il cittadino, di potere tornare a decidere sfavorevolmente anche in relazione ai profili non ancora esaminati nel procedimento.

Il giudice, pur a fronte di un'attività ontologicamente e originariamente discrezionale, ha dunque ritenuto di poter accertare la fondatezza della pretesa del ricorrente ai sensi dell'art. 31, c.p.a., ordinando all'amministrazione di provvedere di conseguenza.

I "focolai discrezionali", cioè, sono stati qui spenti (non già dal legislatore, bensì) dal giudice, quasi in una prospettiva sanzionatoria rispetto alla violazione dei doveri di correttezza.

6. L'importanza del contraddittorio procedimentale, anche alla luce dell'art. 6 Cedu e dell'art. 6, l. 241/1990

Per ritornare all'art. 10-*bis* e concluderne l'esame, si può annotare come emerga una fortissima valorizzazione della comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza e del contraddittorio da essa attivato, posto che:

- a) se il privato ha presentato osservazioni, queste debbono essere specificamente tenute in considerazione;
- b) le osservazioni, in combinato disposto con i motivi comunicati dall'amministrazione (*sub d*), valgono a delimitare il campo in cui si può collocare la scelta conclusiva;
- c) l'omissione della comunicazione non è "recuperabile" in forza del meccanismo di cui all'art. 21-*octies*, l. 241/1990;
- d) l'amministrazione non può opporre ulteriori motivi ostativi rispetto a quelli comunicati (salvo che essi non siano conseguenza delle osservazioni: *sub b*).

Tutto ciò ha almeno tre conseguenze.

Da un lato, spinge il procedimento a istanza di parte verso il territorio del modulo paraprocedurale ispirato al giusto procedimento, allineandolo al modello di cui all'art. 6, CEDU¹⁰ (che, pur tenendo conto degli ostacoli scaturenti dal suo campo di applicazione, potrebbe tra l'altro essere invocato per correggere il limite – concernente la tutela del terzo – cui si accennerà *infra*, par. 8).

D'altro lato, e conseguentemente, con riferimento a questa tipologia procedimentale, dovrebbe indurre a strutturare il percorso procedurale-decisorio in guisa da separare (ai sensi dell'art. 6, l. 241/1990, ma anche

¹⁰ In dottrina, v. M. Allena, *Art. 6 Cedu. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012, e, per un recentissimo cenno, v. Tar Campania, sez. III, 16 novembre 2020, n. 5262. Circa il problema del campo di applicazione della norma, cui si fa cenno subito appresso nel testo, esso nasce dai problemi interpretativi relativi alle espressioni "controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile" (che paiono ricorrere molto frequentemente, almeno là dove si sia un rilievo economico) e "accusa penale": tali questioni sono trattate da M. Allena, op. cit., 47 e ss.; 186 e ss.

della sopra citata norma della CEDU) le figure del responsabile del procedimento e dell'organo competente a emanare il provvedimento finale.

Infine, impone una lettura adeguatrice dell'art. 6 medesimo, nel senso che, in seno a siffatti procedimenti, il responsabile deve "tempestivamente" accertare d'ufficio tutti i fatti e (si conferma che) l'organo competente ad emanare il provvedimento finale non può più disporre la riapertura dell'istruttoria o "interrogarla" per fare emergere motivi ostativi.

7. La riemissione di provvedimenti annullati e la cristallizzazione di quanto non censurato dal giudice amministrativo (ma solo su richiesta di parte)

Completamente di nuovo conio è l'art. 21-*decies*, l. 241/1990.

Esso dispone che «in caso di annullamento di un provvedimento finale in virtù di una sentenza passata in giudicato, derivante da vizi inerenti ad uno o più atti emessi nel corso del procedimento di autorizzazione o di valutazione di impatto ambientale, il proponente può richiedere all'amministrazione procedente e, in caso di progetto sottoposto a valutazione di impatto ambientale, all'autorità competente ai sensi del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, l'attivazione di un procedimento semplificato, ai fini della riadozione degli atti annullati. Qualora non si rendano necessarie modifiche al progetto e fermi restando tutti gli atti e i provvedimenti delle amministrazioni interessate resi nel suddetto procedimento, l'amministrazione o l'ente che abbia adottato l'atto ritenuto viziato si esprime provvedendo alle integrazioni necessarie per superare i rilievi indicati dalla sentenza. A tal fine, entro quindici giorni dalla ricezione dell'istanza del proponente, l'amministrazione procedente trasmette l'istanza all'amministrazione o all'ente che ha emanato l'atto da rimettere, che vi provvede entro trenta giorni. Ricevuto l'atto ai sensi del presente comma, o decorso il termine per l'adozione dell'atto stesso, l'amministrazione rimette, entro i successivi trenta giorni, il provvedimento di autorizzazione o di valutazione di impatto ambientale, in attuazione, ove necessario, degli artt. 14-*quater* e 14-*quinquies* della presente legge e dell'art. 25, commi 1 e 2-*bis*, d.lgs. 152/2006».

Il campo di applicazione della disposizione è in primo luogo delimitato in ragione del riferimento alle sentenze passate in giudicato che, secondo il meccanismo dell'invalidità derivata, annullino un provvedimento finale per vizi inerenti un atto endoprocedimentale (e sempre che non si richiedano modifiche al progetto).

Pare poi doversi trattarsi di annullamento di atto finale favorevole (e non già di un diniego), come si evince dall'ultima parte della disposizione, là dove si specifica che, a conclusione del percorso procedimentale ivi delineato, l'amministrazione rimette il «provvedimento di autorizzazione o di valutazione di impatto ambientale» (dunque, appunto, favorevole per l'istante).

La disposizione, inoltre, anche se non del tutto convincente sotto il profilo del suo tenore letterale (posto che esordisce parlando genericamente di provvedimento finale e, solo in seguito, accenna a autorizzazione e valutazione), pare riferirsi a uno specifico grappolo di fattispecie, evocando forse l'art. 26, d.lgs. 152/2006, che dispone l'integrazione del provvedimento di VIA negli atti autorizzatori. A supporto della plausibilità di siffatta opzione interpretativa si può sottolineare il riferimento espresso, già menzionato, al «provvedimento di autorizzazione o di valutazione di impatto ambientale». Peraltro, non si può escludere un'applicazione estensiva della disposizione, magari valorizzando il riferimento (che pare svincolato dal settore ambientale) all'autorizzazione.

Così delimitato il campo di applicazione, vediamo il funzionamento del meccanismo procedurale.

La norma richiede una richiesta di parte, sicché, ancora una volta, la semplificazione è subordinata all'iniziativa del privato. È, cioè, il proponente (evidentemente controinteressato soccombente in giudizio), che si rivolge all'amministrazione procedente, la quale a sua volta sollecita l'amministrazione che ha emanato l'atto fulminato dal giudice affinché lo riadotti.

Collocandosi al crocevia tra semplificazione, esigenze di non aggravamento e principio di conservazione degli atti giuridici, la legge configura un meccanismo di “riattivazione” del procedimento¹¹ volto alla riemissione del provvedimento e finalizzato a evitare che il procedimento riparta *ab origine* (onde vanno fatti salvi gli effetti di tutti gli altri atti non censurati dal giudice).

Tutto ciò a condizione che l'iniziativa non muti sostanzialmente fisionomia. Vero è che l'art. 21-*decies* esige al riguardo che «non si rendano necessarie modifiche al progetto»; sembra tuttavia ragionevole ritenere che il proponente possa introdurre minime integrazioni necessarie per superare i rilievi indicati dalla sentenza (su cui, appunto, si esprimerà l'amministrazione chiamata ad riadottare l'atto endoprocedimentale, la quale più in generale dovrà fare buon uso del potere conformativo di cui spesso dispongono i soggetti pubblici coinvolti in questa tipologia di procedimenti).

L'amministrazione che ha emanato l'atto viziato (il tenore letterale della disposizione sembra escludere il caso di inerzia), alla luce dei “rilievi” indicati dalla sentenza, si esprime superando i rilievi medesimi: si apre così la strada alla riemissione dell'autorizzazione o del provvedimento di VIA.

A valle dell'annullamento, in sostanza, con una sorta di formalizzato e legificato *remand* (peraltro non originato dall'incidente cautelare; esso poi, non scongiura – anzi lo presuppone – l'annullamento del provvedimento adottato), prende avvio non già un normale procedimento, ma un percorso ridotto che coinvolge i soggetti le cui scelte sono state censurate dal giudice, fermi restando tutti gli altri atti emanati – i quali costituiscono materiale ormai reso “inerte” e immodificabile – e, dunque, impedendo alle relative

¹¹ Cfr. Tar Sicilia, Palermo, sez. I, 13 novembre 2020, n. 2366.

amministrazioni di esprimersi nuovamente (anche se, secondo i principi generali, ciò dovrebbe valere salvo che non vi siano sopravvenienze).

In conclusione sul punto, qui è la legge stessa che, ancora una volta, spegne i “focolai discrezionali” originariamente esistenti all’interno del procedimento.

L’ampiezza del procedimento semplificato dipenderà dal tenore e dal contenuto della sentenza e ciò imporrà una delicata opera di interpretazione della statuizione giurisdizionale. Spetterà poi al proponente, in seno alla consueta dialettica processuale che lo vede controinteressato, interloquire con il giudice affinché indichi in sentenza nel modo più preciso possibile i rilievi superabili (e ai magistrati interpretare in modo adeguato il ruolo loro assegnato dal legislatore).

Va notato che, nel procedimento semplificato, non si fa ancora questione di inottemperanza e che l’iniziativa è presa dal soccombente: il problema di identificare caratteri e tipologia di tutela giurisdizionale si potrebbe però porre a valle dell’adozione del provvedimento rimesso (ottemperanza o rito ordinario) o al cospetto del rifiuto dell’amministrazione precedente di attivare il procedimento semplificato.

La norma, poi, dispone che, ricevuto l’atto emendato, «o decorso il termine per l’adozione dell’atto stesso», l’amministrazione rimette, entro i successivi trenta giorni, il provvedimento di autorizzazione o di valutazione di impatto ambientale.

Nel caso di silenzio da parte dell’amministrazione competente a emanare l’atto endoprocedimentale, dunque, opera un meccanismo devolutivo: è questo un ulteriore evidente segno dell’intento di semplificazione e di accelerazione che ha animato il legislatore, anche se la norma non è inserita nel Capo IV della legge relativo alla semplificazione dell’azione amministrativa, né richiama l’art. 2 sul provvedimento in forma semplificata o è investita dal meccanismo di cui all’art. 2, c. 8 *bis*.

Il meccanismo esibisce alcune analogie con quello – pur per altri aspetti profondamente diverso, posto che, come sopra osservato, qui un annullamento comunque si produce – di cui all’art. 21-*octies*, l. 241/1990, nel senso che il ricorrente che lamenta la violazione di una norma può venire coinvolto in un percorso (in questo caso processuale-procedurale) che si conclude con la conferma degli effetti finali del provvedimento che pure egli aveva impugnato (l’art. 21-*decies*, infatti, parla espressamente di riemissione del provvedimento precedente), la cui illegittimità risulta così sterilizzata e superata (di qui l’inserimento nel Capo della legge relativo alla invalidità del provvedimento). Da questo punto di vista, la presenza di questo nuovo “sbocco” a valle del giudicato potrebbe avere un effetto deflattivo del contenzioso. In ogni caso, come anticipato, la nuova disciplina, nel segno del non aggravamento, mira a evitare inutili dispersioni di risorse temporali e procedurali.

Ancora utilizzando la chiave di lettura dell’“ansia di provvedere”, va aggiunto che non si accenna a istituti quali la comunicazione dell’avvio del procedimento o alla partecipazione (che ha avuto luogo nel

procedimento, per così dire, di primo grado; coloro che hanno partecipato, tuttavia, ben potrebbero avere interesse a manifestare il proprio punto di vista sui nuovi atti: pur nel silenzio della norma, le garanzie procedurali compatibili con la nuova disciplina debbono essere assicurate, al netto dell'applicazione dell'art. 21-*octies*), mentre vi è l'espresso riferimento a due articoli relativi alla conferenza di servizi (14-*quater* e 14-*quinquies*) e, dunque, alla possibilità che la decisione finale, determinando anche un'alterazione della competenza originaria, avvenga in questa sede e, comunque, consentendo una decisione che superi i dissensi o, nel caso (probabile) di coinvolgimento di interessi sensibili, apra la via all'opposizione di cui all'art. 14-*quinquies* (per la VIA si rinvia all'art. 25, d.lgs. 152/2006) che “traghetta” la questione verso una dimensione decisionale politica.

Tenendo conto della possibilità (sopra illustrata) che il proponente apporti alcune integrazioni al progetto iniziale per superare i rilievi, ancorché la norma concerna procedimenti ambientali, sembra dunque che il legislatore abbia deciso di non seguire la via che impone di adottare necessariamente e inderogabilmente (nuovi) provvedimenti espressi per la cura di interessi sensibili (come avviene in molti altri “luoghi” della l. 241/1990¹²).

Non può però essere taciuto¹³ che, ancora recentemente, la CGUE si è espressa nel senso che, sulle modifiche di un progetto, l'organo tecnico si deve comunque (ri)esprimere in modo espresso¹⁴.

8. Una riflessione di sintesi: tre “meccanismi di rimbalzo procedimentale” e l'onere di porre in essere un'unica istruttoria completa. Il problema del terzo. La semplificazione come valore trasversale. Le fasi del procedimento e la metafora della block-chain

Per la terza volta (pur se con riferimento a due sole tipologie procedurali), dunque, in seno alla l. 241/1990, viene prevista la “riapertura” del procedimento (dopo i due casi di cui all'art. 10-*bis*) con il chiaro intento di ridurre gli spazi di “ripensamento” da parte dell'amministrazione.

In due ipotesi, ciò è originato dall'impulso proveniente da una pronuncia del giudice amministrativo, che deve avere acquisito addirittura l'autorità di cosa giudicata nella fattispecie di cui all'art. 21-*decies*.

Tutto ciò si risolve in una pressione a favore della chiusura rapida del procedimento e, dunque, in un meccanismo a vantaggio del privato che ha presentato un'istanza all'amministrazione, evitando forme di “stillicidio” decisionale.

¹² V. art. 17-*bis*, u.c., secondo cui le disposizioni sulla semplificazione da esso poste non si applicano nei casi in cui norme del diritto dell'Unione europea richiedano l'adozione di provvedimenti espressi; v. poi art. 14-*bis*, comma 4, l. 241/1990, in tema di conferenza di servizi, nonché art. 20 comma 4, sul silenzio assenso.

¹³ Dobbiamo questa precisazione a Gabriella de Giorgi.

¹⁴ CGUE, 16 luglio 2020, C-411/19.

Non si può peraltro negare che, considerando la fisiologica collocazione dell'amministrazione al centro di rapporti multipolari, la disciplina ora introdotta potrebbe indebolire la posizione del terzo, cui motivi ostativi ulteriori (in tal guisa variamente "sterilizzati" dalle tre norme) potrebbero giovare, evitando il rilascio del provvedimento richiesto dall'istante. Il terzo "controinteressato", in particolare, in nessun modo è chiamato a interloquire nella fase aperta dalla comunicazione dei motivi ostativi di cui all'art. 10-*bis*. Il terzo nel procedimento semplificato *ex art. 21-decies* (che era, si noti, ricorrente vincitore) neppure è menzionato dalla norma. L'interpretazione correttiva che si auspica è quella che trova supporto nel richiamo all'art. 6, CEDU, sopra citato (nei limiti in cui esso sia direttamente applicabile: par. 6), in combinato disposto con l'art. 41, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (e con art. 1, comma 1, l. 241/1990), suggerendo dunque un allargamento del contraddittorio a quei soggetti che potrebbero giovare dell'emersione di (o rappresentare ulteriori) "motivi ostativi salvifici". Diversamente opinando, l'unica possibilità a disposizione di questi soggetti è quella di attivare tutte le pretese partecipative offerte dagli artt. 7 e ss., in una fase, però, in cui l'istruttoria ancora non è completata e l'orientamento dell'amministrazione non si è concretizzato.

Più in generale, per tornare alla disciplina vigente, vi è il rischio di sacrificare sull'altare della semplificazione il valore della completezza dell'istruttoria procedimentale¹⁵. Sotto il versante dell'amministrazione, infatti, si profila una sorta di onere di porre in essere un'istruttoria completa "in prima battuta".

Poiché l'istruttoria deve tendenzialmente (con le eccezioni sopra indicate) svolgersi in un'unica e tempestiva soluzione, e considerando che essa è la sede in cui spesso si "forma" il provvedimento, questa fase procedimentale diventa il luogo procedimentale più "sensibile", cruciale e delicato. Risulta dunque accentuata la posizione del responsabile dell'istruttoria che, orientando questa fase (destinata a non riaprirsi), condiziona la decisione finale, anche tenendo conto che, come già osservato, ai sensi dell'art. 6, u.c., l. 241/1990, il dirigente non può discostarsi dalle risultanze istruttorie se non indicandone le motivazioni. Il responsabile dovrà dunque fare un accorto e, soprattutto, tempestivo uso dei poteri a esso affidati dall'art. 6, c. 1, lett. b) della legge.

La novella, poi, ripropone la distinzione in fasi del procedimento, spesso bollata da parte della dottrina come visione formalistica e ormai superata.

L'alveo istruttorio, nei tre casi indicati, si configura come una sorta di involucro che non potrà più essere riaperto, nella logica della *block-chain* o, come sopra illustrato, rivitalizzato e "interrogato" dal decisore al fine di far emergere nuovi motivi ostativi rispetto a quanto già rappresentato o deciso.

¹⁵ Su tali profili, v. E. Casetta, *La difficoltà di "semplificare"*, in *Dir. amm.*, 1998, 335 ss. Cfr. altresì R. Ferrara, *Le "complicazioni" della semplificazione amministrativa: verso un'amministrazione senza qualità*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 327 ss..

Giova ribadire che evidente è l'effetto di semplificazione perseguito dal legislatore; ora si può aggiungere che le tre norme non sono collocate nel Capo della l. 241/1990 dedicato alla semplificazione procedimentale. Il rilievo dimostra che il relativo valore è ormai diventato un obiettivo trasversale che “taglia” orizzontalmente i vari istituti e che non rimane relegato in un unico “luogo” ordinamentale.

Nelle due ipotesi in cui la blindatura (totale o parziale) consegue a una decisione giurisdizionale, occorrerà anche ripensare i rapporti tra sentenza del giudice amministrativo e flusso decisionale in cui la stessa si inserisce, su cui, come anticipato, già si era inserita la giurisprudenza sopra citata (par. 5), la quale, in particolare, ha inciso sulle situazioni di crisi del rapporto fiduciario tra privato e amministrazione.

Fatti salvi i casi di sopravvenienze, cioè, la sentenza può costituire un confine finale per l'esercizio dei poteri procedurali maggiormente ispessito rispetto al passato; dovrebbe però conseguentemente allargarsi lo spettro decisorio e cognitorio del giudice, opzione difficilmente praticabile alla luce del modello, accolto dal codice, di processo di parte e in ragione del principio del dedotto/deducibile.

9. Verso uno statuto peculiare dei procedimenti a istanza di parte

Da un punto di vista più generale, si approfondisce il solco tra procedimenti a istanza di parte (si ponga mente al fatto che per essi opera in linea di principio anche il silenzio assenso e il meccanismo dell'indennizzo da mero ritardo, nonché al diverso regime dell'efficacia di cui all'art. 21-*bis*) e altri procedimenti amministrativi, nei quali, sotto il profilo sopra esaminato, non è imposto all'amministrazione di “scoprire le carte” in un'unica soluzione in sede procedimentale¹⁶.

Ancora a proposito di procedimenti a istanza di parte, giova ricordare che all'art. 18, l. 241/1990, è stato aggiunto il comma 3-*bis*, a tenore del quale nei procedimenti (appunto) «avviati su istanza di parte, che hanno ad oggetto l'erogazione di benefici economici comunque denominati, indennità, prestazioni previdenziali e assistenziali, erogazioni, contributi, sovvenzioni, finanziamenti, prestiti, agevolazioni, da parte di pubbliche amministrazioni ovvero il rilascio di autorizzazioni e nulla osta comunque denominati», le dichiarazioni sostitutive di certificazioni, le dichiarazioni sostitutive dell'atto di notorietà, le acquisizioni e gli accertamenti d'ufficio da parte dell'ente procedente, testualmente, «sostituiscono ogni tipo di documentazione comprovante tutti i requisiti soggettivi ed oggettivi richiesti dalla normativa di riferimento».

¹⁶ Per tali procedimenti, in sintesi, l'esigenza che non vengano riaperti percorsi istruttori a valle di momenti processuali o procedurali che impongono di effettuare una nuova valutazione/decisione (o pre-decisione) viene ritenuta non sufficientemente rilevante dal legislatore. Questa opportunità ulteriore potrà poi, a seconda dei casi concreti, essere a favore o a pregiudizio del destinatario del provvedimento limitativo.

Questa soluzione finisce per porre le autocertificazioni dei cittadini al centro dell'istruttoria amministrativa e, soprattutto, rischia di svuotare il meccanismo delle verifiche "sul campo" o che investano direttamente i fatti (la norma, infatti, si riferisce anche all'acquisizione d'ufficio di documenti). Insomma, questi procedimenti a istanza di parte sono sempre più simili a "riti (procedurali) speciali", in cui il punto di equilibrio tra esigenze di completa e ponderata considerazione di tutti gli interessi in gioco e urgenza di agire si sposta verso il secondo polo.

Si tratta di un'opzione non priva di costi anche in una prospettiva (pur sempre legata alla cura dell'interesse pubblico, ma ancora) diversa: per riprendere il motivo della stabilità delle decisioni, non va dimenticato che, ai sensi dell'art. 21-*nonies*, comma 3, l. 241/1990, le dichiarazioni sostitutive sono esposte a un rischio di perenne instabilità in caso di dichiarazioni mendaci o false.

10. L'azione dell'amministrazione al cospetto dell'informatica

Una modifica essenziale per l'azione delle amministrazioni è quella apportata (usando il modo indicativo) all'art. 3-*bis*, l. 241/90: «Per conseguire maggiore efficienza nella loro attività, le amministrazioni pubbliche agiscono mediante strumenti informatici e telematici, nei rapporti interni, tra le diverse amministrazioni e tra queste e i privati».

Pur con il rischio che la valenza declamatoria di una norma di tale portata generale possa prevalere sulla sua dimensione prescrittiva, non si può negare che con essa si elimini ogni alibi legato all'impossibilità giuridica di utilizzare la telematica nell'azione amministrativa.

Per ragioni di "connessione" rispetto al tema tecnologico, vanno qui menzionate anche le norme che:

- impongono di indicare (l'unità organizzativa competente e il nominativo del responsabile del procedimento, nonché) il domicilio digitale del responsabile del procedimento ai soggetti cui va comunicato l'avvio del procedimento e, a richiesta, a chiunque vi abbia interesse¹⁷;
- sempre con riferimento al contenuto della comunicazione di avvio del procedimento, obbligano a fare riferimento alla possibilità dell'accesso telematico e alla facoltà di esercitare in via telematica i diritti previsti dalla legge (solo ove il testé citato accesso non sia possibile, andrà indicato l'ufficio).

Sul versante del cittadino ricordiamo:

- la facoltà di eleggere il proprio domicilio digitale da iscrivere nell'elenco di cui all'art. 6-*quater*, d.lgs. 82/2005. Fino alla data fissata nel decreto di cui all'art. 3-*bis*, c. 3-*bis*, d.lgs. 82/2005 (a decorrere dalla quale le comunicazioni tra soggetti pubblici e coloro che non hanno provveduto a eleggere un domicilio

¹⁷ Incidentalmente, in ragione del riferimento a «chiunque vi abbia interesse», si configura un ulteriore campo interessato da una sorta di richiesta civica di informazioni "organizzative" anche in vista dell'esercizio dei poteri di cui all'art. 10, l. 241/1990, riconosciuti pure ai soggetti indicati all'art. 9 della medesima legge; invero, non viene espressamente previsto un meccanismo processuale di tutela, che dovrebbe peraltro essere costituito dal ricorso in tema di accesso.

digitale avvengono esclusivamente in forma elettronica), le amministrazioni possono predisporre le comunicazioni ai soggetti che non hanno un domicilio digitale ovvero nei casi di domicilio digitale non attivo, non funzionante o non raggiungibile, come documenti informatici sottoscritti con firma digitale o altra firma elettronica qualificata, da conservare nei propri archivi, e inviare agli stessi, per posta ordinaria o raccomandata con avviso di ricevimento, copia analogica di tali documenti sottoscritti con firma autografa ovvero un avviso con le indicazioni delle modalità con le quali i suddetti documenti sono messi a disposizione e consegnati al destinatario;

- l'Indice nazionale dei domicili digitali (INI-PEC) delle imprese e dei professionisti istituito presso il Ministero dello sviluppo economico (nel quale sono inseriti anche i domicili digitali dei professionisti iscritti in elenchi o registri detenuti dalle pubbliche amministrazioni e istituiti con legge dello Stato¹⁸) e l'Indice nazionale dei domicili digitali delle persone fisiche, dei professionisti e degli altri enti di diritto privato, non tenuti all'iscrizione in albi, elenchi o registri professionali o nel registro delle imprese (art. 6-*quater*, d.lgs. 82/2005);

- il sistema pubblico per la gestione dell'identità digitale di soggetti giuridici (SPID) e la carta di identità elettronica. Fatto salvo l'accesso tramite carta nazionale dei servizi, a decorrere dal 28 febbraio 2021 le pubbliche amministrazioni utilizzano esclusivamente le identità digitali e la carta di identità elettronica ai fini dell'identificazione dei cittadini che accedono ai propri servizi in rete (art. 64, c. 3-*bis*, d.lgs. 82/2005) anche attraverso la app "IO" (che chiunque può scaricarsi sul proprio *smartphone*);

- la Piattaforma per la notificazione digitale degli atti della pubblica amministrazione (art. 26, d.l. 76/2020), nella quale, ai fini della notificazione di atti, provvedimenti, avvisi e comunicazioni, in alternativa alle modalità previste da altre disposizioni di legge, anche in materia tributaria, le amministrazioni possono rendere disponibili telematicamente i corrispondenti documenti informatici;

- la Piattaforma Digitale Nazionale Dati (PDND), gestita dalla Presidenza del Consiglio dei ministri e finalizzata a favorire la conoscenza e l'utilizzo del patrimonio informativo detenuto, per finalità istituzionali, dai soggetti pubblici, nonché la condivisione dei dati tra i soggetti che hanno diritto ad accedervi ai fini della semplificazione degli adempimenti amministrativi dei cittadini e delle imprese (art. 34, d.l. 76/2020).

11. I rapporti tra amministrazioni e il silenzio devolutivo

Numerose disposizioni, mosse evidentemente dalla consapevolezza dell'importanza della dialettica interna alle amministrazioni ai fini del superamento dei ritardi dell'azione pubblica, incidono su istituti

¹⁸ Cfr. art. 6-*bis*, d.lgs. 82/2005.

già disciplinati nella logica del silenzio devolutivo (spesso ricondotto all'area dei silenzi orizzontali, cui afferiscono anche i casi esaminati *supra*, par. 4).

Giova intanto menzionare la modifica apportata al comma 2 dell'art. 16, l. 241/1990: secondo la nuova formulazione della norma, in caso di decorrenza del termine (20 giorni) senza che sia stato comunicato il parere, ancorché si tratti di un parere obbligatorio, o senza che l'organo adito abbia rappresentato esigenze istruttorie, l'amministrazione richiedente procede indipendentemente dall'espressione del parere¹⁹.

In sostanza, il procedimento "avanza" (*recte*: deve "avanzare", senza alcuna discrezionalità) anche in mancanza di parere obbligatorio (e non solo nelle ipotesi di inerzia in ordine al rilascio di un parere facoltativo, richiesto ai sensi degli artt. 1 e 16, comma 1, l. 241/1990)²⁰.

Nell'ipotesi in cui siano state rappresentate esigenze istruttorie, pare doversi ritenere che trovi applicazione quanto disposto dal comma 4: i termini si interrompono (per una sola volta) e il parere deve essere reso definitivamente entro quindici giorni dalla ricezione degli elementi istruttori da parte delle amministrazioni interessate. In caso di ulteriore inerzia, l'amministrazione potrà dunque procedere facendo nuovamente applicazione del principio ricavabile dal comma 2.

Il d.l. 76/2020 modifica poi il meccanismo di cui all'art. 17-*bis*, l. 241/1990 (silenzio per acquisire il consenso di altre amministrazioni, anche ove siano coinvolti interessi sensibili e pure nell'ipotesi di adozione di provvedimenti normativi).

I primi due commi esibiscono ora la seguente formulazione.

«Nei casi in cui è prevista l'acquisizione di assensi, concerti o nulla osta comunque denominati di amministrazioni pubbliche e di gestori di beni o servizi pubblici, per l'adozione di provvedimenti normativi e amministrativi di competenza di altre amministrazioni pubbliche, le amministrazioni o i gestori competenti comunicano il proprio assenso, concerto o nulla osta entro trenta giorni dal ricevimento dello schema di provvedimento, corredato della relativa documentazione, da parte dell'amministrazione procedente. Esclusi i casi di cui al comma 3 (relativo agli interessi sensibili), quando per l'adozione di provvedimenti normativi e amministrativi è prevista la proposta di una o più amministrazioni pubbliche diverse da quella competente ad adottare l'atto, la proposta stessa è trasmessa entro trenta giorni dal ricevimento della richiesta da parte di quest'ultima amministrazione. Il termine è interrotto qualora l'amministrazione o il gestore che deve rendere il proprio assenso, concerto o nulla

¹⁹ Tra i primi commenti alla novella, v. A. Mitrotti, *Gli effetti delle modifiche sulla disciplina dell'attività consultiva nella legge sul procedimento amministrativo*, in *ambientediritto.it*, 4, 2020.

²⁰ A conferma dell'assunto secondo il quale l'ordinamento tende a preferire una decisione tempestiva ancorché errata a una qualitativamente migliore: cfr. M. Occhiena, N. Posteraro, *Pareri e attività consultiva della pubblica amministrazione: dalla decisione migliore alla decisione tempestiva*, in *Dir. econ.*, 3, 2019, in part. 59 ss..

osta rappresenti esigenze istruttorie o richieste di modifica, motivate e formulate in modo puntuale nel termine stesso. In tal caso, l'assenso, il concerto o il nulla osta è reso nei successivi trenta giorni dalla ricezione degli elementi istruttori o dello schema di provvedimento; lo stesso termine si applica qualora dette esigenze istruttorie siano rappresentate dall'amministrazione proponente nei casi di cui al secondo periodo. Non sono ammesse ulteriori interruzioni di termini. Decorso il termine di cui al comma 1 senza che sia stato comunicato l'assenso, il concerto o il nulla osta, lo stesso si intende acquisito. Esclusi i casi di cui al comma 3, qualora la proposta non sia trasmessa nei termini di cui al comma 1, secondo periodo, l'amministrazione competente può comunque procedere. In tal caso, lo schema di provvedimento, corredato della relativa documentazione, è trasmesso all'amministrazione che avrebbe dovuto formulare la proposta per acquisirne l'assenso ai sensi del presente articolo. In caso di mancato accordo tra le amministrazioni statali coinvolte nei procedimenti di cui al comma 1, il Presidente del Consiglio dei ministri, previa deliberazione del Consiglio dei ministri, decide sulle modifiche da apportare allo schema di provvedimento».

È evidente la dequotazione della proposta a seguito dell'inerzia, nel senso che la stessa non è più una condizione per provvedere.

Più nel dettaglio, la proposta è intanto “sollecitata” da una richiesta dell'amministrazione precedente (talmente pervasa dall'ansia di provvedere che è incapace di ... attendere), il che fa perdere alla prima il carattere di genuino atto di inizio del procedimento.

In ogni caso, sotto la pressione della “semplificazione”, esso si trasfigura in assenso, seguendo il relativo regime (e, dunque, imponendo un'ulteriore interlocuzione con l'amministrazione precedente, che trasmette lo schema di provvedimento).

Non a caso è stata mutata anche la rubrica dell'art. 17-*bis*, che oggi così recita: «Effetti del silenzio e dell'inerzia nei rapporti tra amministrazioni pubbliche e tra amministrazioni pubbliche e gestori di beni o servizi pubblici».

12. I contratti pubblici e, in particolare, le procedure di affidamento

Un corposo numero di interventi modificativi e integrativi della disciplina vigente in materia, con efficacia prevalentemente limitata nel tempo, ha per oggetto il settore dei contratti pubblici. Il d.l. 76/2020 in commento contempla uno specifico capo, il primo del titolo I, dedicato appunto alle «Semplificazioni in materia di contratti pubblici».

L'impianto normativo derogatorio introdotto dalla novella, in particolare, è giustificato «(d)al fine di incentivare gli investimenti pubblici nel settore delle infrastrutture e dei servizi pubblici, nonchè (d)al fine

di far fronte alle ricadute economiche negative a seguito delle misure di contenimento e dell'emergenza sanitaria globale del COVID-19» (art. 1, c. 1, d.l. 76/2020).

In riferimento alle procedure di affidamento di contratti sotto-soglia²¹, avviate entro il 31 dicembre 2021, in deroga agli artt. 36, c. 2 e 157, c. 2 del d.lgs. 50/2016²², le stazioni appaltanti (che di regola non richiedono le garanzie provvisorie di cui all'art. 93, d.lgs. 50/2016²³) «procedono»²⁴:

- all'affidamento diretto, per lavori di importo inferiore a 150.000 euro e per servizi e forniture (inclusi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione) di importo inferiore a 75.000 euro²⁵;
- alla procedura negoziata, senza bando, di cui all'art. 63 del d.lgs. 50/2016, per l'affidamento di lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e di servizi e forniture (inclusi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione) di importo pari o superiore a 75.000 euro e fino alle soglie comunitarie, previa consultazione di un numero variabile di operatori economici individuati in base ad indagini di mercato o tramite elenchi (almeno cinque, per lavori di importo inferiore a 350.000 euro e per servizi e forniture fino alle soglie comunitarie; almeno dieci, per lavori di importo inferiore a un milione di euro; almeno

²¹ V. ancora art. 1, c. 1, d.l. 76/2020. Al riguardo, anche per l'individuazione delle differenze con il sistema "ordinario" delle gare sotto-soglia previsto dal d.lgs. 50/2016, v. M. Pani, C. Sanna, *Gli appalti pubblici sotto soglia nel decreto legge semplificazioni*, in www.lexitalia.it.

²² Restano però fermi i principi generali di cui agli artt. 30, c. 1, 34 e 42, d.lgs. 50/2016, il principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti, nonché l'esigenza di assicurare l'effettiva possibilità di partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese.

²³ Salvo che, in considerazione della tipologia e specificità della singola procedura, ricorrano particolari esigenze che ne giustificano la richiesta, che la stazione appaltante indica nell'avviso di indizione della gara o in altro atto equivalente. Nel caso in cui sia richiesta la garanzia provvisoria, il relativo ammontare è dimezzato (art. 1, c. 4, d.l. 76/2020).

²⁴ L'uso del presente indicativo e l'espresso riferimento all'art. 36, c. 2, cit. (ove si fa salva la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie) induce a ritenere che nel periodo temporale individuato dalla normativa emergenziale le procedure di affidamento di contratti sotto-soglia consentite siano soltanto quelle derogatorie indicate all'art. 1, c. 2, d.l. 76/2020. In questi stessi termini, v. M. Pani, C. Sanna, *Gli appalti pubblici sotto soglia nel decreto legge semplificazioni*, cit.. Questa soluzione interpretativa appare in linea non soltanto con l'inequivoco dato testuale della disposizione, ma anche con le esigenze di celerità e flessibilità procedimentale sottese all'intero impianto della normativa emergenziale che spingono le amministrazioni "a spendere" rapidamente nel settore in analisi. Anche se le opinioni sul punto non sono concordi (cfr., tra le altre, A. Giannelli, intervento al *webinar* dal titolo "Le recenti misure di semplificazione per gli appalti, l'ambiente, l'energia e l'innovazione", Università Mercatorum, 25 novembre 2020), in virtù del chiaro tenore letterale della norma, sembra pertanto da escludere un'interpretazione costituzionalmente orientata che, in ossequio ai valori della concorrenza (art. 117, c. 2, lett. e), Cost.) e del buon andamento (art. 97, Cost.), ammetta nelle gare sotto-soglia il ricorso soltanto facoltativo (e non obbligatorio) alle procedure derogatorie ivi stabilite. La tesi qui sposata certamente comporta – richiamando una metafora già utilizzata nel presente lavoro – lo "spegnimento" di un ulteriore focolaio discrezionale, precludendo all'amministrazione di ricorrere a procedure di gara diverse da quelle derogatorie; è anche vero, però, che il nostro ordinamento già conosce delle ipotesi in cui il legislatore ha "paralizzato" la capacità contrattuale delle stazioni appaltanti: si pensi, al riguardo, alla normativa sulla c.d. *spending review* (ad es., v. art. 9, d.l. 66/2014, conv. nella l. 89/2014) che, essenzialmente per esigenze – simmetriche a quelle sottese al d.l. 76/2020 – di contenimento della spesa pubblica, ha previsto in taluni casi e per determinati soggetti pubblici l'obbligatorio ricorso alle centrali di committenza e ai soggetti aggregatori per l'aggiudicazione dei contratti pubblici.

²⁵ L'eliminazione dell'inciso «anche senza previa consultazione di due o più operatori economici» (previsto per gli affidamenti diretti "a regime" sotto i 40.000 euro: cfr. art. 36, c. 2, lett. a), d.lgs. 50/2016) non impedisce di ritenere, anche e soprattutto in vista degli obiettivi di semplificazione delle procedure sotto-soglia nella fase emergenziale, che l'affidamento diretto possa essere disposto consultando anche un solo operatore economico, senza dunque la necessità di richiedere più preventivi.

quindici, per lavori fino alle soglie comunitarie), nel rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento, nonché di un criterio di rotazione degli inviti, che tenga conto anche di una diversa dislocazione territoriale delle imprese invitate²⁶.

Gli affidamenti diretti possono essere realizzati tramite determina a contrarre o atto equivalente, che contenga gli elementi descritti nell'art. 32, c. 2, d.lgs. 50/2016²⁷. Per gli affidamenti con procedura negoziata senza bando, le stazioni appaltanti, fermo restando quanto previsto dall'art. 95, c. 3, d.lgs. 50/2016²⁸, procedono, a loro scelta, all'aggiudicazione dei relativi contratti sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa o del prezzo più basso. In quest'ultimo caso, esse escludono automaticamente dalla gara le offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi dell'art. 97, c. 2, 2-*bis* e 2-*ter*, d.lgs. 50/2016, anche qualora il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque²⁹.

L'individuazione definitiva del contraente deve avvenire, per l'affidamento diretto, entro il termine di due mesi dalla data di adozione dell'atto di avvio del relativo procedimento; per la procedura negoziata senza bando di cui all'art. 1, c. 2, lett. b), cit., invece, il predetto termine è pari a quattro mesi, che diventano sei per le procedure di gara sopra-soglia di cui all'art. 2, d.l. 76/2020.

Il mancato rispetto di siffatti termini, la mancata tempestiva stipulazione del contratto e il tardivo avvio dell'esecuzione dello stesso possono essere valutati ai fini della responsabilità del responsabile unico del procedimento per danno erariale e, qualora imputabili all'operatore economico, costituiscono causa di esclusione dell'operatore dalla procedura o di risoluzione del contratto per inadempimento che viene senza indugio dichiarata dalla stazione appaltante e opera di diritto (artt. 1, c. 1 e 2, c. 1, d.l. 76/2020).

²⁶ La necessità di tener conto anche della diversa dislocazione delle imprese invitate potrebbe costituire, anche per l'incertezza del bacino territoriale cui fare riferimento, un'ingiustificata rigidità procedimentale che si pone in antitesi con le dichiarate finalità di semplificazione. La norma sembra ispirata a una recente sentenza della Corte costituzionale (27 maggio 2020, n. 98), con cui è stata dichiarata costituzionalmente illegittima per violazione dell'art. 117, c. 2, lett. e), Cost., una norma regionale che, nell'ambito delle procedure negoziate per l'affidamento di lavori sotto-soglia, prevedeva la possibilità di riservare un trattamento di favore per le micro, piccole e medie imprese radicate nel territorio regionale, con conseguente alterazione della par condicio fra gli operatori economici interessati all'appalto.

²⁷ Tale atto, cioè, deve contenere, in modo semplificato, l'oggetto dell'affidamento, l'importo, il fornitore, le ragioni della scelta del fornitore, il possesso da parte sua dei requisiti di carattere generale, nonché il possesso dei requisiti tecnico-professionali, ove richiesti.

²⁸ Si tratta delle ipotesi nelle quali è obbligatorio l'utilizzo esclusivo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

²⁹ Secondo TAR Piemonte, sez. I, 17 novembre 2020, n. 736, la regola dell'esclusione automatica delle offerte anomale nel caso di aggiudicazione con il criterio del prezzo più basso risulta coerente con gli obiettivi di semplificazione delle gare e non si pone in contrasto con il diritto dell'U.e., anche per il fatto che si colloca in un contesto emergenziale e derogatorio. La formulazione dell'art. 1, c. 3, d.l. 76/2020, peraltro, «non lascia spazio ad apprezzamenti di sorta rispetto al netto significato testuale, nel senso della doverosità dell'esclusione al ricorrere del presupposto ivi individuato, senza che residuino margini di discrezionalità in capo alla stazione appaltante» (così TAR Basilicata, sez. I, 14 novembre 2020, n. 720).

Si tratta di una previsione che disvela la chiara volontà del legislatore di imprimere una significativa accelerazione non solo alle procedure di affidamento, ma anche alla stipulazione del contratto e all'inizio della sua esecuzione. Desti tuttavia qualche perplessità il particolare regime di responsabilità connesso alla violazione dei termini – da considerare comunque non perentori – summenzionati. Da un lato, infatti, si registra un elemento di distonia del decreto in commento nella configurazione della responsabilità erariale quale strumento di pressione indiretta al corretto svolgimento di compiti pubblicitici nel medesimo contesto normativo nel quale, seppure temporaneamente, si limita lo spazio di operatività di detta responsabilità ai soli casi di dolo letto in chiave penalistica³⁰; dall'altro, appare al contempo generica e sproporzionata la “sanzione” dell'esclusione dalla gara o della risoluzione del contratto (quest'ultima si pone peraltro in tensione con l'obiettivo legislativo primario di eseguire il contratto) a carico dell'operatore economico a cui siano imputabili i ritardi.

Per le gare sopra-soglia (art. 2, d.l. 76/2020), se avviate entro il 31 dicembre 2021, le stazioni appaltanti ricorrono alla procedura aperta, a quella ristretta, o, previa motivazione sulla sussistenza dei presupposti previsti dalla legge, alla procedura competitiva con negoziazione o al dialogo competitivo, in ogni caso con l'applicazione dei termini procedurali ridotti di cui all'art. 8, c. 1, lett. c), d.l. 76/2020³¹.

L'affidamento di tali contratti può anche avvenire mediante la procedura negoziata di cui agli artt. 63 (per i settori ordinari) e 125 (per i settori speciali), d.lgs. 50/2016, «previa pubblicazione dell'avviso di indizione della gara o di altro atto equivalente, nel rispetto di un criterio di rotazione, nella misura strettamente necessaria quando, per ragioni di estrema urgenza derivanti dagli effetti negativi della crisi causata dalla pandemia da COVID-19 o dal periodo di sospensione delle attività determinato dalle misure di contenimento adottate per fronteggiare la crisi, i termini, anche abbreviati, previsti dalle procedure ordinarie non possono essere rispettati» (art. 2, c. 3, d.l. 76/2020).

La norma, così come formulata, ha uno spettro applicativo quasi sovrapponibile a quello previsto “a regime” dagli artt. 63, c. 2, lett. c) (per i settori ordinari) e 125, c. 1, lett. d) (per i settori speciali), d.lgs. 50/2016, secondo cui la procedura negoziata senza bando può essere utilizzata «nella misura strettamente necessaria quando, per ragioni di estrema urgenza derivanti da eventi imprevedibili dall'amministrazione aggiudicatrice», i termini per le procedure ordinarie non possono essere rispettati.

In contrasto con le finalità di accelerazione e semplificazione amministrativa, i più rilevanti elementi di specialità introdotti dalla normativa emergenziale consistono nell'irrigidimento degli oneri amministrativi

³⁰ Vero è che la limitazione di responsabilità ai soli casi di dolo non si applica per i danni cagionati da omissione o inerzia del soggetto agente: cfr. art. 21, d.l. 76/2020 e, più diffusamente, v. *infra* par. 15.

³¹ Si tratta delle ipotesi di riduzione dei termini procedurali per ragioni di urgenza di cui agli artt. 60, c. 3, 61, c. 6, 62 c. 5, 74, c. 2 e 3, d.lgs. 50/2016, le quali «si considerano comunque sussistenti» senza che sia necessario darne conto nella motivazione del provvedimento che dispone la riduzione dei termini medesimi.

a carico delle stazioni appaltanti stabiliti “a regime”, posto che si prevede l’obbligo di «previa pubblicazione dell’avviso di indizione della gara o di altro atto equivalente» e il rispetto del criterio di rotazione. Ulteriori elementi distintivi possono ravvisarsi nella facoltà di utilizzo della procedura in esame anche nell’ipotesi in cui i termini che non possono essere rispettati siano quelli «abbreviati» di cui all’art. 2, c. 2, cit., e nella tipizzazione legislativa dell’«evento imprevedibile» da ravvisarsi appunto «(ne)gli effetti negativi della crisi causata dalla pandemia da COVID-19 o dal periodo di sospensione delle attività determinato dalle misure di contenimento adottate per fronteggiare la crisi». In ogni caso, alla stazione appaltante, nel primo atto della procedura, è richiesta un’adeguata motivazione della sussistenza dei relativi presupposti, ivi compreso il rispetto del criterio di rotazione (non prescritto, come sopra ricordato, nella omologa norma “a regime”). Pare ragionevole ritenere che l’onere motivazionale in questione debba essere meno stringente in costanza dello stato di emergenza sanitaria dichiarato il 31 gennaio 2020 (e recentemente prorogato sino al 31 gennaio 2021³²)³³.

Nei casi di contratti affidati con procedure negoziate senza bando ai sensi dell’art. 2, c. 3, cit., e nei settori dell’edilizia scolastica, universitaria, sanitaria, giudiziaria e penitenziaria, delle infrastrutture per attività di ricerca scientifica e per la sicurezza pubblica, dei trasporti e delle infrastrutture stradali, ferroviarie, portuali, aeroportuali, lacuali e idriche, nonché per gli interventi funzionali alla realizzazione del Piano nazionale integrato per l’energia e il clima (PNIEC), e per i contratti relativi o collegati ad essi, per quanto non espressamente disciplinato dall’art. 2, d.l. 76/2020, le stazioni appaltanti operano in deroga ad ogni disposizione di legge diversa da quella penale, fatto salvo il rispetto delle disposizioni del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al d.lgs. 159/2011, nonché dei vincoli inderogabili derivanti dall’appartenenza all’Unione europea, ivi inclusi quelli derivanti dalle direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE, dei principi di cui agli artt. 30, 34 e 42 del d.lgs. 50/2016 e delle disposizioni in materia di subappalto (art. 2, c. 4, d.l. 76/2020).

La norma in esame individua taluni settori considerati strategici per il rilancio economico-sociale del Paese, per i quali le ragioni di estrema urgenza e la valutazione di stretta necessità che giustificerebbero l’utilizzo della procedura negoziata senza bando ai sensi del c. 3 della disposizione in commento non sembrerebbero viceversa richiesti per l’affidamento di contratti pubblici nell’ambito di tali settori³⁴.

³² Cfr. art. 1, d.l. 125/2020, in corso di conversione.

³³ Cfr. Comunicazione della Commissione UE, 1° aprile 2020, n. 2020/C 108 I/01, *Orientamenti della Commissione europea sull’utilizzo del quadro in materia di appalti pubblici nella situazione di emergenza connessa alla crisi della Covid-19*.

³⁴ Al medesimo risultato interpretativo si giunge nel Dossier del Servizio Studi del Senato sugli emendamenti approvati dalle Commissioni 1a e 8a all’A.S. 1883 «Conversione in legge del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, recante misure urgenti per la semplificazione e l’innovazione digitale», Vol. I, in <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/01178105.pdf>, 36.

I confini del campo di applicazione della deroga generale alla disciplina vigente in materia non appaiono del tutto chiari. Esso, infatti, è individuato “in negativo”, da un lato, attraverso l’inciso «per quanto non espressamente disciplinato dal presente articolo» (facendo salva – almeno così sembrerebbe – la facoltà per le stazioni appaltanti di ricorrere nei settori strategici in questione anche alle procedure ordinarie di cui all’art. 2, c. 2, cit.)³⁵, dall’altro, con l’indicazione espressa o implicita delle disposizioni o i principi inderogabili (leggi penali, disposizioni di cui al d.lgs. 159/2011, vincoli derivanti dalle direttive europee 2014/24/UE e 2014/25/UE³⁶, principi generali espressi dagli artt. 30, 34 e 42 del d.lgs. 50/2016, disposizioni in materia di subappalto)³⁷. Ulteriori incertezze residuano in ordine alla tipologia di contratti pubblici interessati dalla deroga in esame, atteso che si fa generico riferimento a ogni contratto «relativo o collegato» ai settori indicati al c. 4 dell’art. 2, d.l. 76/2020.

13. Segue. Le ulteriori innovazioni in materia

Talune innovazioni in materia di contratti pubblici, in vista degli obiettivi di speditezza delle gare e dell’esecuzione dei contratti, riguardano anche le verifiche antimafia e i protocolli di legalità.

Fino al 31 dicembre 2021, per le verifiche antimafia riguardanti l’affidamento e l’esecuzione dei contratti pubblici, si procede mediante il rilascio della informativa liberatoria provvisoria, immediatamente conseguente alla consultazione della Banca dati nazionale unica della documentazione antimafia e alle risultanze delle interrogazioni di tutte le ulteriori banche dati disponibili, anche quando l’accertamento è eseguito per un soggetto che risulti non censito, a condizione che non emergano nei confronti dei soggetti sottoposti alle verifiche antimafia le situazioni di cui agli artt. 67 e 84, c. 4, lett. a), b) e c), del d.lgs. 159/2011. L’informativa liberatoria provvisoria consente di stipulare, approvare o autorizzare i contratti e subcontratti pubblici, sotto condizione risolutiva, ferme restando le ulteriori verifiche ai fini del rilascio della documentazione antimafia da completarsi entro sessanta giorni (art. 3, c. 2, d.l. 76/2020).

Il Ministero dell’interno può sottoscrivere (anche con imprese di rilevanza strategica per l’economia nazionale nonché con associazioni maggiormente rappresentative a livello nazionale di categorie produttive, economiche o imprenditoriali e con le organizzazioni sindacali) protocolli, o altre intese comunque denominate, per la prevenzione e il contrasto dei fenomeni di criminalità organizzata, anche allo scopo di estendere convenzionalmente il ricorso alla documentazione antimafia di cui all’art. 84, d.lgs.

³⁵ In base allo stesso inciso risultano altresì inderogabili: l’obbligo di concludere la procedura di affidamento entro il termine massimo stabilito (art. 2, c. 1); l’obbligo di nomina e la tipologia di compiti del RUP (art. 2, c. 5); gli specifici obblighi di pubblicazione previsti dall’art. 2, c. 6.

³⁶ Non è invece espressamente richiamata la direttiva 2014/23/UE sull’aggiudicazione dei contratti di concessione, sicché sorgono dubbi sull’estensione della deroga in esame alle concessioni.

³⁷ La deroga di cui al c. 4, cit., pare comunque investire non solo la fase precedente alla stipulazione del contratto, ma anche quella della sua esecuzione sino al collaudo.

159/2011. Siffatti protocolli possono prevedere modalità per il rilascio della documentazione antimafia anche su richiesta di soggetti privati, nonché determinare le soglie di valore al di sopra delle quali è prevista l'attivazione degli obblighi previsti dai protocolli medesimi (art. 3, c. 7, d.l. 76/2020).

In tema di conclusione dei contratti pubblici, l'art. 4, d.l. 76/2020, precisa "a regime" l'obbligo di stipulazione del contratto entro i sessanta giorni successivi all'aggiudicazione (fatto salvo il diverso termine previsto nel bando o nell'invito ad offrire, ovvero l'ipotesi di differimento espressamente concordata con l'aggiudicatario, «purché comunque giustificata dall'interesse alla sollecita esecuzione del contratto») ³⁸. Viene altresì previsto uno specifico obbligo motivazionale in riferimento «all'interesse della stazione appaltante e a quello nazionale alla sollecita esecuzione del contratto» nell'ipotesi di mancata stipulazione del contratto nel termine previsto, la quale non può comunque essere adeguatamente giustificata dalla pendenza di un ricorso giurisdizionale (nel cui ambito non sia stata disposta o inibita la stipulazione del contratto).

La stessa disposizione legislativa sopra richiamata introduce una serie di modifiche al rito speciale in materia di contratti pubblici, che possono così sintetizzarsi:

- in caso di impugnazione degli atti relativi alle procedure di cui agli artt. 1 (procedure per l'affidamento di contratti sotto-soglia) e 2, c. 2 (procedure aperte, ristrette, competitive con negoziazione e dialoghi competitivi per l'affidamento di contratti sopra-soglia) del d.lgs. 76/2020, trova applicazione l'art. 125, c. 2, c.p.a. (che stabilisce tra l'altro che, in sede di pronuncia del provvedimento cautelare, si debba tener conto «delle probabili conseguenze del provvedimento stesso per tutti gli interessi che possono essere lesi, nonché del preminente interesse nazionale alla sollecita realizzazione dell'opera») ³⁹;
- in caso di impugnazione degli atti relativi alle procedure di cui all'art. 2, c. 3 (procedure per l'affidamento di contratti sopra-soglia caratterizzate da particolare urgenza e indifferibilità) del d.lgs. 50/2016, trova applicazione l'intero art. 125, c.p.a. e, dunque, anche la regola in base alla quale la sospensione o l'annullamento dell'affidamento (al di fuori dei casi previsti dagli artt. 121 e 123, c.p.a.) non comporta la caducazione del contratto già stipulato, e il risarcimento del danno eventualmente dovuto avviene solo per equivalente (art. 125, c. 3, c.p.a.);
- il giudizio in materia di contratti pubblici, «qualora le parti richiedano congiuntamente di limitare la decisione all'esame di un'unica questione, nonché in ogni altro caso compatibilmente con le esigenze di difesa di tutte le parti in relazione alla complessità della causa», è «di norma» definito in esito all'udienza

³⁸ È dubbio se l'obbligo in esame sia applicabile anche alle procedure di gara pendenti alla data di entrata in vigore del decreto.

³⁹ Per una recente applicazione di tale norma, v. CGA, ord. 16 ottobre 2020, n. 725.

cautelare ai sensi dell'art. 60, c.p.a., ove ne ricorrano i presupposti⁴⁰, e, in mancanza, viene comunque definito con sentenza in forma semplificata a una udienza fissata d'ufficio e da tenersi entro quarantacinque giorni dalla scadenza del termine per la costituzione delle parti diverse dal ricorrente. Il giudice deposita la sentenza con la quale definisce il giudizio entro quindici giorni (che diventano trenta quando la stesura della motivazione è particolarmente complessa) dall'udienza di discussione (art. 120, c. 6 e 9, c.p.a.).

Il d.l. 76/2020 stabilisce ulteriori specifiche misure nel settore in analisi:

- in riferimento ai contratti dei servizi di pulizia o di lavanderia in ambito sanitario o ospedaliero, si contempla la facoltà per le stazioni appaltanti di revoca (dell'aggiudicazione) o risoluzione (del contratto) qualora l'adeguamento alle misure di contenimento e contrasto dell'emergenza epidemiologica da COVID-19 comporti un incremento di spesa di importo superiore al 20%, rispettivamente, del prezzo indicato nel bando di gara (o nella lettera di invito) o del valore del contratto iniziale (art. 4-*bis*, d.l. 76/2020);

- fino al 31 dicembre 2021, in deroga all'art. 107 del d.lgs. 50/2016, la sospensione volontaria o coattiva dell'esecuzione di lavori diretti alla realizzazione delle opere pubbliche di importo superiore alle soglie comunitarie, anche se già iniziati, può avvenire esclusivamente per il tempo strettamente necessario al loro superamento, per le ragioni tassativamente indicate all'art. 5, c. 1, d.l. 76/2020 (cause previste dalla legislazione penale, antimafia ed europea; gravi ragioni di ordine pubblico; gravi ragioni di ordine tecnico; gravi ragioni di pubblico interesse);

- fino al 31 dicembre 2021, per i lavori diretti alla realizzazione delle opere pubbliche di importo pari o superiore alle soglie comunitarie, presso ogni stazione appaltante è obbligatoria (mentre è facoltativa per le opere sotto-soglia) la costituzione di un collegio consultivo tecnico formato da tre o cinque componenti per lo svolgimento dei compiti previsti dall'art. 5 in tema di sospensione dei lavori, nonché per risolvere rapidamente problematiche tecniche o giuridiche di ogni natura suscettibili di insorgere anche nella fase antecedente alla esecuzione del contratto. Le determinazioni del collegio consultivo tecnico, adottate entro il termine di quindici giorni decorrenti dalla data della comunicazione dei quesiti, hanno la natura

⁴⁰ La definizione del rito appalti con sentenza in forma semplificata in esito all'udienza cautelare diviene dunque la regola "ordinaria", concretizzandosi in una scelta che è integralmente rimessa al Collegio, sicché non è necessario che le parti costituite siano sentite sul punto così come invece prescrive l'art. 60, c.p.a.: cfr. TAR Lombardia, sez. II, 31 luglio 2020, n. 1487. Dall'analisi delle prime pronunce giurisprudenziali in materia si può tuttavia evincere, salvo isolate eccezioni (TAR Friuli Venezia Giulia, sez. I, 24 ottobre 2020, n. 372), come il giudice amministrativo sia tendenzialmente restio a definire il rito con una simile modalità, anche e soprattutto in considerazione della complessità delle questioni sottoposte al suo vaglio, le quali in genere «necessitano di approfondimenti maggiormente coerenti con lo svolgimento del contraddittorio nei tempi ordinari del rito appalti»: *ex multis*, cfr. Cons. St., sez. III, ord. 25 settembre 2020, nn. 5718 e 5722; ord. 28 agosto 2020, nn. 4958, 4961, 4963, 4964, 5085, 5098, 5100; TAR Toscana, sez. I, ord. 11 settembre 2020, n. 516; TAR Lombardia, Brescia, sez. I, ord. 3 settembre 2020, n. 272; TAR Calabria, sez. I, ord. 31 luglio 2020, n. 433.

del lodo contrattuale *ex art. 808-ter, c.p.c.*, salva diversa e motivata volontà espressamente manifestata in forma scritta dalle parti stesse. L'inosservanza di tali determinazioni viene valutata ai fini della responsabilità del soggetto agente per danno erariale⁴¹ e costituisce, salvo prova contraria, grave inadempimento degli obblighi contrattuali, mentre la loro osservanza «è causa di esclusione della responsabilità del soggetto agente per danno erariale, salvo il dolo» (art. 6, d.l. 76/2020)⁴².

- l'istituzione del Fondo per la prosecuzione delle opere pubbliche, al fine di garantire la regolare e tempestiva prosecuzione dei lavori diretti alla realizzazione delle opere sopra-soglia, «nei casi di maggiori fabbisogni finanziari dovuti a sopravvenute esigenze motivate nel rispetto della normativa vigente, ovvero per temporanee insufficienti disponibilità finanziarie annuali» (art. 7, d.l. 76/2020);

- in riferimento alle “grandi opere”, la revisione, l'ampliamento e la proroga della disciplina dei commissari straordinari posta dal d.l. 32/2019, conv. nella l. 55/2019 (art. 9, d.l. 76/2020);

Ancora, puntuali disposizioni “a tempo” sono previste dall'art. 8, d.l. 76/2020, in riferimento alle procedure di affidamento pendenti alla data di entrata in vigore del decreto, nonché a quelle avviate entro il 31 dicembre 2021:

- è sempre autorizzata la consegna dei lavori in via di urgenza e, nel caso di servizi e forniture, l'esecuzione del contratto in via d'urgenza⁴³;

- le stazioni appaltanti possono prevedere, a pena di esclusione dalla procedura, l'obbligo per l'operatore economico di procedere alla visita dei luoghi, nonché alla consultazione sul posto dei documenti di gara e relativi allegati ai sensi e per gli effetti dell'art. 79, c. 2, d.lgs. 50/2016, esclusivamente laddove detto adempimento sia strettamente indispensabile in ragione della tipologia, del contenuto o della complessità dell'appalto da affidare;

- in relazione alle procedure ordinarie, come già anticipato sopra (v. par. 12), si applicano le riduzioni dei termini procedurali per ragioni di urgenza di cui agli artt. 60, c. 3, 61, c. 6, 62 c. 5, 74, c. 2 e 3, d.lgs. 50/2016;

⁴¹ Anche in questo caso si assiste alla configurazione della responsabilità erariale quale strumento di pressione indiretta al corretto svolgimento di compiti pubblicistici.

⁴² In argomento, v. C. Volpe, *Il Collegio consultivo tecnico. Un istituto ancora dagli incerti confini*, in www.giustizia-amministrativa.it, il quale evidenzia come i compiti di siffatto organismo siano tali da attrarlo nell'orbita degli *advisory boards* piuttosto che configurarlo quale metodo alternativo di risoluzione delle controversie in senso proprio (v. in part. 8-9).

⁴³ TAR Campania, Salerno, sez. I, ord. 12 ottobre 2020, n. 512, ha precisato che tale regola deve essere interpretata nel senso di consentire la consegna dei lavori in via d'urgenza (e, nel caso di servizi e forniture, l'esecuzione del contratto in via d'urgenza) anche al di fuori dei casi espressamente previsti dall'art. 32, c. 8, d.lgs. 50/2016, ma non nel senso di ammettere la consegna dei lavori (o l'esecuzione del servizio o della fornitura) anche a fronte di un provvedimento cautelare che prevede la sospensione degli effetti dell'aggiudicazione, «essendo peraltro rimasta inalterata la previsione di cui all'art. 32, comma 11, del medesimo Codice».

- le procedure di affidamento possono essere avviate anche in mancanza di una specifica previsione nei documenti di programmazione di cui all'art. 21, d.lgs. 50/2016, già adottati, a condizione che si provveda a un aggiornamento in conseguenza degli effetti dell'emergenza da COVID-19;
- in relazione alle procedure per le quali sia scaduto entro il 22 febbraio 2020 il termine per la presentazione delle offerte, le stazioni appaltanti provvedono all'adozione dell'eventuale provvedimento di aggiudicazione entro il 31 dicembre 2020;
- in relazione agli accordi quadro *ex art.* 54, d.lgs. 50/2016, efficaci alla data di entrata in vigore del d.l. 76/2020, le stazioni appaltanti provvedono, entro il 31 dicembre 2020, all'aggiudicazione degli appalti basati su tali accordi quadro ovvero all'esecuzione degli accordi medesimi;
- in relazione ai lavori in corso di esecuzione alla data di entrata in vigore del d.l. 76/2020, è prevista una riduzione dei termini per l'adozione dello stato di avanzamento dei lavori, l'emissione del certificato di pagamento e per il conseguente pagamento; sono riconosciuti i maggiori costi derivanti dall'adeguamento e dall'integrazione, da parte del coordinatore della sicurezza in fase di esecuzione, del piano di sicurezza e coordinamento, in attuazione delle misure di contenimento dell'epidemia; ove il rispetto di dette misure impedisca, anche solo parzialmente, il regolare svolgimento dei lavori ovvero la regolare esecuzione dei servizi o delle forniture, esso costituisce causa di forza maggiore *ex art.* 107, c. 4, d.lgs. 50/2016, e, qualora impedisca di ultimare i lavori, i servizi o le forniture nel termine contrattualmente previsto, costituisce circostanza non imputabile all'esecutore ai sensi dell'art. 107, c. 5, cit., ai fini della proroga di detto termine, ove richiesta;
- il Commissario straordinario per l'attuazione e il coordinamento delle misure di contenimento e contrasto dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, fino alla scadenza del predetto stato di emergenza, procede, «in deroga a ogni disposizione vigente, nel rispetto della Costituzione, dei principi generali dell'ordinamento giuridico e delle norme dell'Unione europea», all'acquisizione e distribuzione delle apparecchiature e dei dispositivi di protezione individuale, nonché di ogni necessario bene strumentale, compresi gli arredi scolastici, utile a garantire l'ordinato avvio dell'anno scolastico 2020-21, nonché a contenere e contrastare l'eventuale emergenza nelle istituzioni scolastiche statali⁴⁴;
- in considerazione dell'emergenza sanitaria da COVID-19 e delle conseguenti esigenze di accelerazione dell'*iter* autorizzativo di grandi opere infrastrutturali e di architettura di rilevanza sociale, aventi impatto sull'ambiente, sulle città o sull'assetto del territorio, sino al 31 dicembre 2023, su richiesta delle

⁴⁴ TAR Lazio, Roma, sez. I-*quater*, 9 ottobre 2020, n. 10268, nell'ambito di una procedura di gara indetta dal Commissario straordinario per l'acquisto di arredo scolastico in vista dell'avvio dell'anno scolastico 2020-21, ha ritenuto che l'esiguità dei «termini essenziali di consegna» - posti dalla *lex specialis* di gara a pena di risoluzione del contratto - dei banchi e delle sedute sull'intero territorio nazionale fosse coerente con la necessità, espressa a livello legislativo, di garantire il celere avvio del nuovo anno scolastico.

amministrazioni aggiudicatrici, le regioni, ove ritengano le suddette opere di particolare interesse pubblico e rilevanza sociale, previo parere favorevole della maggioranza delle amministrazioni provinciali e comunali interessate, possono autorizzare la deroga alla procedura di dibattito pubblico di cui all'art. 22, c. 2, d.lgs. 50/2016, consentendo alle medesime amministrazioni aggiudicatrici di procedere direttamente agli studi di prefattibilità tecnico-economica, nonché alle successive fasi progettuali, nel rispetto delle disposizioni del d.lgs. 50/2016.

Come è stato osservato⁴⁵, gli obiettivi di semplificazione amministrativa, specie in un settore tecnicamente complesso e dove affiorano molteplici interessi pubblici (talora financo confliggenti) come quello dei contratti pubblici, sono difficilmente realizzabili se il legislatore non supera definitivamente la logica del “taglia e cuci” legislativo attraverso sofisticate – quanto spesso inutili e dannose – opere di stratificazione normativa.

L'esperienza passata, infatti, ha più volte dimostrato come le modifiche e le integrazioni puntuali di disposizioni vigenti, e il cervellotico meccanismo di coordinamento (tra norme vigenti, abrogate, transitorie, di rango e fonte differenti, talune – come la maggior parte di quelle introdotte dal decreto in commento – con efficacia limitata nel tempo) che ne deriva, non faccia altro che aggiungere sacche di complessità più che conseguire gli ambiti obiettivi di semplificazione, nonché rendere difficilmente “digeribili” dalle stazioni appaltanti le novità normative⁴⁶.

Sebbene siano condivisibili le esigenze di speditezza delle gare e dell'esecuzione dei contratti sottese alle innovazioni più rilevanti apportate dal d.l. 76/2020, a nostro avviso e facendo proprio l'auspicio di una parte della dottrina⁴⁷, sarebbe tuttavia necessario un drastico mutamento di prospettiva che affronti “di petto” il problema dell'eccesso di regolazione che caratterizza in modo particolare il settore in analisi mediante l'abrogazione della disciplina nazionale (fatti salvi il mantenimento di talune disposizioni espressione di principi generali vincolanti e la previsione di una snella disciplina per le acquisizioni in economia) e, per i contratti pubblici di importo superiore a un certo valore economico, l'esclusiva

⁴⁵ M. Occhiena, *Il coraggio di semplificare*, editoriale n. 2/2020, in *Dir. econ.*. Id, *Gli appalti e la semplificazione impossibile*, in *Dir. econ.*, 2013, 521 ss.. Da ultimo, cfr. F. Cintioli, intervento al *webinar* dal titolo “Dialoghi di Diritto dell'economia. 60 minuti con Fabio Cintioli e Marco Mazzamuto, discutendo di contratti pubblici e concessioni”, Università L. Bocconi, 9 dicembre 2020.

⁴⁶ Non sembra essere un caso che, con circolare ministeriale del 18 novembre 2020, il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti abbia sentito l'esigenza di illustrare i contenuti del d.l. 76/2020 anche e soprattutto con riferimento al tema dei contratti pubblici, chiedendo in conclusione alle stazioni appaltanti di applicare la nuova normativa «in tutte le sue potenzialità», come se l'applicazione di una legge della Repubblica fosse una facoltà e non un obbligo in capo ai consociati.

⁴⁷ Ancora, v. M. Occhiena, *Il coraggio di semplificare*, cit. In senso non dissimile, almeno guardando a una delle proposte formulate dall'A. in un'opera di recente pubblicazione, v. anche F. Cintioli, *Per qualche gara in più*, Soveria Mannelli, 2020, 190-191.

applicazione, anche attraverso un rinvio mobile e con i necessari adattamenti, delle direttive europee di settore⁴⁸.

14. L'edilizia

Svariati sono gli interventi nel settore dell'edilizia, compendati soprattutto nell'art. 10 del d.l. 76/2020. Come avvenuto per il settore dei contratti pubblici, anche la materia dell'edilizia è stata oggetto di modifiche e integrazioni puntuali specialmente della disciplina vigente contenuta nel d.p.r. 380/2001.

Tra le molteplici novità possono essere segnalate quelle in materia di limiti di distanza tra fabbricati (art. 2-*bis*), di interventi di ristrutturazione edilizia e di nuova costruzione (art. 3), di documentazione amministrativa e stato legittimo degli immobili (art. 9-*bis*), di permesso di costruire in deroga agli strumenti urbanistici (art. 14), di utilizzazione temporanea di edifici e aree per usi diversi da quelli previsti dal vigente strumento urbanistico (art. 23-*quater*), di "tolleranze costruttive" (art. 34-*bis*), di demolizione di opere abusive (art. 41), di autorizzazioni per l'inizio dei lavori in zone sismiche (art. 94).

Alla stessa stregua del settore dei contratti pubblici, anche l'edilizia è caratterizzata da un impianto normativo stratificato e di difficile comprensione, il che rende il rapporto tra privati e poteri pubblici costantemente insofferente e foriero di un contenzioso molto frequente.

Seguendo la medesima logica della modifica o integrazione puntuale di disposizioni vigenti, il legislatore non risolve l'annosa incertezza che sovente caratterizza la tipologia di interventi sottoposti a regime amministrativo e quelli considerati "liberi", che costituisce poi il vero "nodo" della disciplina in esame. Anche in questo caso, l'opzione di politica legislativa di semplificazione che sarebbe preferibile dovrebbe fondarsi su un generale e radicale ripensamento della disciplina vigente in vista di una progressiva riduzione dei titoli edilizi da conseguire in via preventiva e di un contestuale rafforzamento dei controlli *ex post*, nonché di un allargamento (o, quanto meno, di una univoca definizione) dell'area di edilizia libera⁴⁹.

15. L'amministrazione difensiva

Molto noto è il fenomeno della c.d. burocrazia difensiva (o paura della firma): in sostanza, il timore della responsabilità (soprattutto erariale, penale o disciplinare) può fungere da freno nell'azione del dipendente o funzionario.

⁴⁸ Direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014. Cfr. d.d.l. n. S.1804, assegnato alla 8^a Commissione permanente (Lavori pubblici, comunicazioni) del Senato.

⁴⁹ Sono condivisibili al riguardo le osservazioni di M. Occhiena, *Il coraggio di semplificare*, cit..

Appunto in tema di illecito erariale, il decreto modifica l'art. 1, comma 1, l. 14 gennaio 1994, n. 20, aggiungendo il seguente periodo: “La prova del dolo richiede la dimostrazione della volontà dell'evento dannoso”.

L'innovazione (ma si può anche discutere se non si tratti piuttosto di chiarimento interpretativo) ha lo scopo di equiparare il dolo contabile al dolo (riferito all'evento dannoso) in chiave penalistica. Va al riguardo rammentato che una parte della giurisprudenza contabile ha spesso invece ritenuto che il dolo contabile fosse da accostare a quello in chiave civilistica, considerando raggiunta la prova dell'elemento psicologico in forza della dimostrazione della volontà del singolo atto compiuto in violazione delle regole giuridiche che presiedono l'esercizio della funzione.

La disposizione dovrebbe “tranquillizzare” i dipendenti nell'assunzione delle decisioni, soprattutto nei casi (ora aumentati, ad esempio, nel settore dei contratti pubblici) in cui sussiste la discrezionalità. D'altro canto, a fronte di situazioni complesse, il dipendente che decide andrebbe premiato (o incentivato ad agire) e non già disincentivato.

Si potrebbe obiettare che relativamente pochi sono i casi di attivazione di pretese risarcitorie nei confronti dei dipendenti pubblici da parte delle Procure erariali per condotte dolose. A tacere del fatto che (anche in ragione della nozione di dolo contabile sopra evidenziata) ciò è vero solo fino a un certo punto, non si può peraltro dimenticare che l'imputazione o la condanna a titolo di dolo comporta importanti conseguenze in ordine, ad esempio, alla copertura assicurativa della responsabilità erariale (esclusa, appunto, per il caso di dolo) e all'accessibilità al rito abbreviato di cui all'art. 130, CGC (che peraltro, non modificato, ancora evidentemente presuppone la distinzione tra dolo riferito alla condotta e arricchimento doloso).

Si discute se la modifica introdotta in punto di elemento soggettivo sia applicabile ai soli fatti commessi dalla data di entrata in vigore del decreto.

In senso contrario pare potersi opinare che, là dove ha voluto questa limitazione circa l'inizio della vigenza del regime, la legge l'ha espressamente stabilito (v. comma 2, che sarà analizzato *infra*).

Per altro verso, posto che la prova (richiamata dalla disposizione) va fornita e raggiunta nel giudizio, la norma sembra esibire una connotazione processuale e non solo sostanziale, come tale destinata a essere applicata in ogni processo.

Non sono peraltro escluse letture giurisprudenziali differenti, quali quella già offerta da Corte conti, sez. I App., 2 settembre 2020, n. 234 in uno dei primi arresti (invero relativo anche al comma 2) successivi all'entrata in vigore della disciplina. Secondo la Corte, «(v)ige, inevitabilmente, in materia il notorio principio del *tempus regit actum*, in base al quale è il diritto processuale in vigore al momento della causa che regola l'*actio* con riferimento a soggetto ed oggetto della fattispecie in esame. Ciò significa che l'atto

processuale resta soggetto alla disciplina vigente al momento del suo compimento per quanto si verifichi una modifica, *medio tempore*, nelle more del giudizio... Pertanto, deve ritenersi che la novella invocata non si applica ai rapporti sorti antecedentemente alla modifica della norma in questione perché di carattere sostanziale, a differenza dei rapporti processuali che, al contrario, ben possono essere sempre regolati dalla normativa vigente al momento di pubblicazione della norma, indipendentemente dall'epoca di commissione del fatto. In sostanza, le norme di carattere processuale sono di immediata applicazione e, quindi, si applicano anche ai rapporti in corso e non esauriti, mentre per le norme di carattere sostanziale, come quella in esame, vige il principio di cui all'art. 11, comma 1, disp. prel. c.c.».

È stato correttamente notato⁵⁰ che la nozione di dolo sposata dal decreto nella chiara prospettiva di contrazione della responsabilità onde attivarla nei casi davvero significativi di illecito (v. anche *infra*, comma 2) non appare totalmente in linea con l'utilizzo dell'illecito erariale in funzione, per così dire, di pressione indiretta al corretto svolgimento dei poteri pubblici, configurandola, cioè, quale possibile conseguenza della violazione di specifiche prestazioni procedurali⁵¹.

Veniamo ora alla seconda fattispecie disciplinata dall'art. 21. Il comma 2 dispone che, “limitatamente ai fatti commessi dalla data di entrata in vigore del presente decreto e fino al 31 dicembre 2021, la responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica per l'azione di responsabilità di cui all'art. 1, l. 14 gennaio 1994, n. 20, è limitata ai casi in cui la produzione del danno conseguente alla condotta del soggetto agente è da lui dolosamente voluta. La limitazione di responsabilità prevista dal primo periodo non si applica per i danni cagionati da omissione o inerzia del soggetto agente”.

Siamo dunque al cospetto di una norma a tempo, che mira a incentivare i funzionari ad agire, posto che lascia sussistere l'illecito gravemente colposo solo nelle ipotesi di inerzia o omissione. Nell'ipotesi di condotta attiva, invece, il dipendente risponde unicamente se ha commesso l'illecito con dolo (sicché i restanti danni rimangono a carico della collettività). Va osservato⁵² che, in ragione della formulazione della norma (che si riferisce alla produzione del danno e all'azione di responsabilità di cui all'art. 1, l. 20/1994), affiora la difficoltà di operarne un coordinamento con le disposizioni che disciplinano le fattispecie tipizzate di responsabilità sanzionatoria pura (per le quali, peraltro, si richiede dolo o colpa grave⁵³).

⁵⁰ L. Carbone, *Riflessioni a prima lettura dopo il c.d. “decreto semplificazioni”*, in *Federalismi*, n. 30/2020.

⁵¹ Ciò accade anche in seno allo stesso d.l. 76/2020: v., ad es., artt. 1 e 2 e *supra* par. 12, in ordine al mancato rispetto dei termini, alla mancata tempestiva stipulazione del contratto e al tardivo avvio dell'esecuzione dei contratti in periodo emergenziale.

⁵² V. sul punto ancora L. Carbone, *Riflessioni a prima lettura dopo il c.d. “decreto semplificazioni”*, cit.

⁵³ Cfr. Corte conti, Sez. riun., 27 dicembre 2007, n. 12, QM.

Pur se esorbita dai limiti di un'analisi condotta dal punto di vista del diritto amministrativo, giova infine menzionare la modifica apportata all'art. 323, primo comma, del codice penale. Le parole «di norme di legge o di regolamento» sono state sostituite dalle seguenti: «di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità». Non sono dunque penalmente rilevanti le violazioni di fonti secondarie (che, come noto, costituiscono un materiale regolatorio qualitativamente e quantitativamente assai importante) e si espungono dall'area dell'illecito i comportamenti non vincolati.

Ancora una volta, evidente è la scelta di togliere “freni” all'assunzione di decisioni discrezionali che potrebbero essere *ex post* considerate devianti in sede giurisdizionale.

16. Un'importante clausola di chiusura: verso uno scenario in cui il privato è un “sostituto-sentinella”?

Merita infine una specifica sottolineatura il comma 2-*bis*, inserito nell'art. 1, l. 241/1990. «I rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede»⁵⁴.

Anche in passato, l'applicazione di quei principi all'amministrazione (che prima di essere ente pubblico, è soggetto dell'ordinamento come tutti gli altri) poteva ricavarsi agevolmente dalle disposizioni dell'ordinamento generale (financo di rango costituzionale), tanto è vero che la giurisprudenza, soprattutto in tema di illecito, ne ha fatto costante impiego⁵⁵.

Un'importante applicazione del principio, poi, è quello del soccorso istruttorio. Il principio, infatti, tutela anche e soprattutto la buona fede e l'affidamento del privato attraverso, appunto, la collaborazione dell'Amministrazione al compiuto svolgimento dell'istruttoria nel corso del procedimento⁵⁶. L'unico limite al suo funzionamento è costituito dalla presenza di dichiarazioni false o reticenti (che valgono infatti a fratturare il rapporto di fiducia)⁵⁷.

Si pensi altresì alla rilevanza del principio di collaborazione nella tematica degli accordi tra privati o tra amministrazioni, in ordine ai quali l'art. 15 richiama il concetto, appunto, di “collaborazione”.

La “collaborazione”, nutrita di buona fede, con i privati, per altro verso, dovrebbe essere naturalmente “praticata” in seno a quei procedimenti molto complessi (soprattutto in materia ambientale) che

⁵⁴ Sul principio di buona fede nei rapporti di diritto pubblico, cfr. *ex multis* F. Merusi, L'affidamento del cittadino, Milano, 1970, *passim*; F. Manganaro, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995.

⁵⁵ Cfr. Cons. Stato, ad. plen. 4 maggio 2018, n. 5 e Cass., sez. un., ord. 28 aprile 2020, n. 8236.

⁵⁶ V. Cons. Stato, sez. VI, 10 settembre 2009, n. 5451; 20 maggio 2009, n. 3097; 7 gennaio 2008, n. 1. In dottrina, v. E. Frediani, *Il dovere di soccorso procedimentale*, Napoli, 2016.

⁵⁷ *Ex multis*, v. Cons. Stato, sez. III, 26 febbraio 2016, n. 796; Sez. VI, 5 maggio 2016, n. 1766, Tar Calabria, sez. I, 11 gennaio 2017, n. 35 che valorizza il criterio di buona fede in senso oggettivo.

implicano una sorta di continua interlocuzione per definire il tenore del provvedimento finale e, soprattutto, i contenuti del suo corredo conformativo.

Un'ulteriore applicazione del principio, per venire alla l. 241/1990 come novellata dal d.l. 76/2020, è rinvenibile in ordine alla già indagata questione della completezza dell'istruttoria e allo spegnimento dei focolai discrezionali.

Anche la giurisprudenza citata *supra sub 5* si colloca in uno scenario che esige un rapporto improntato ai principi di buona fede tra amministrazione e cittadini.

Pure i meccanismi di inefficacia del provvedimento tardivo espresso (in particolare in relazione al silenzio assenso) e gli istituti di silenzio devolutivo potrebbero essere letti come formalizzazione positiva di un dovere (non tanto e non solo di collaborare, bensì) di non “sabotare” il percorso delineato dalla legge finalizzato a una conclusione tempestiva del procedimento.

Ad ogni buon conto, non si può negare l'utilità anche pratica (e culturale) della novella. I giuristi hanno oggi a disposizione un parametro normativo chiaro e specifico da evocare per rafforzare le proprie argomentazioni e per supportare i propri sforzi di ricostruzione sistematica. In ragione del tenore letterale del comma 2-*bis*, lo stesso sembra tra l'altro suscettibile di essere applicato in tutte le ipotesi di relazioni (anche non procedimentali in senso proprio e, comunque, non solo nei procedimenti a istanza di parte) tra pubblico e privato.

Il riferimento al “rapporto” pare confermare che i contatti tra privati e soggetti pubblici (i quali non sono di norma soggetti che improvvisamente entrano in contatto in occasione di un provvedimento, senza alcun “vissuto” precedente) generano doveri di protezione; probabilmente, la norma avrà quale principale risultato pratico quello di fornire nuova linfa alle tesi della responsabilità precontrattuale dell'amministrazione⁵⁸.

La disposizione, invero (appunto anche per i testé citati suoi risvolti risarcitori), come già osservato (par. 5) dovrebbe arginare la tendenza di alcune amministrazioni a frazionare, anche e soprattutto al di fuori dei procedimenti a istanza di parte, la propria azione in una moltitudine di connessi provvedimenti limitativi della sfera giuridica del privato.

Più in generale, poiché il “rapporto” si consolida e si solidifica soprattutto a valle di una statuizione giurisdizionale, essa potrebbe fornire una guida normativa per governare il riesercizio dell'attività amministrativa a seguito delle sentenze (e per sindacarla ora nell'alveo dell'ottemperanza, ora, appunto, anche al di fuori di questo rimedio).

Invero, non va sottaciuta l'importanza di un corollario che può agevolmente ricavarsi dalla norma.

⁵⁸ Si v., infatti, Cons. Stato, Sez. II, 20 novembre 2010, n. 7237.

Nella misura in cui si accentui la prospettiva di una dimensione paritaria o quasi paritaria dei “rapporti” tra cittadino e amministrazione⁵⁹, intanto, non deve sfuggire come la stessa comporti anche la responsabilizzazione del privato (che, come l’amministrazione cui si confronta in seno a un rapporto, deve “collaborare” in “buona fede”).

Si pensi alle conseguenze che ciò potrebbe comportare in ordine a una sorta di “abuso di procedimento”, figura dai contorni ancora tutti da definire e a che cosa ciò oggi comporti in tema di art. 10-*bis*, l. 241/1990 o di autodichiarazioni, istituto che “scarica” sul privato (che assume responsabilità penali) compiti istruttori dell’amministrazione.

In ogni caso, gode di meccanismo di semplificazione più marcata – ed è esposto a quelli che si configurano come “benefici” procedurali – chi si “attiva” diligentemente (ma non tutti hanno le necessarie energie, competenze e risorse per farlo), presentando istanze⁶⁰ o partecipando attivamente e proficuamente al farsi della funzione. Già in passato, non mancavano indizi in tal senso: il meccanismo di sostituzione in caso di inerzia di cui art. 2 che richiede un’istanza di parte, in particolare, costituisce un esempio di incidenza dell’iniziativa del privato sulle dimensioni e sui caratteri del procedimento.

Insomma, ci si muove in una prospettiva in cui il cittadino si configura sempre più non solo come un “sostituto nell’istruttoria procedimentale” *ex* art. 18, ma anche come una “sentinella” che deve essere vigile, scaltra e pronta nel dialogo con il potere; il dato è particolarmente vistoso, tenendo conto che questa “responsabilizzazione” avviene contestualmente all’adozione di scelte che, invece, come osservato, intendono delimitare la responsabilità del decisore.

Nei casi in cui siano invece mancate diligenza e correttezza in capo al soggetto pubblico, è comunque la giurisprudenza che, al solito, si incarica di saturare la discrezionalità, sottraendo dunque spazi decisionali alle amministrazioni.

Restando al quadro legislativo, evidente è la diversità di regime amministrativo (e di cumulo di benefici) che viene a configurarsi in capo ai cittadini responsabili (e quindi premiati: essi, però, debbono anche essere molto accorti per non scoprire carte che riaprono spazi decisionali a favore dell’amministrazione, come accade in seno al meccanismo di cui all’art. 10-*bis*) rispetto agli altri amministrati.

Siffatta diversità sarebbe stata evitata seguendo una diversa linea di riforma, basata non già sulla semplificazione “in cooperazione” con il privato (le cui iniziative, cioè, consentono di accentuare i margini della semplificazione medesima che l’amministrazione deve assicurare), bensì sulla liberalizzazione completa e netta di settori di attività private.

⁵⁹ Sul punto, v., in part., F. Benvenuti, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Scritti giuridici*, II, *Articoli e altri scritti (1948/1959)*, Milano, 2006, 1117 ss.; Id., *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Scritti giuridici*, IV, *Articoli e altri scritti (1970/1983)*, Milano, 2006, 3223 ss..

⁶⁰ Si v. anche la disciplina di cui all’art. 21-*decies*, l. 241/1990.



Si potrebbe infine sostenere, per tornare circolarmente all'art. 1, comma 2- *bis*, che la scelta di inserire una specifica norma su collaborazione e buona fede nel *corpus* della legge sul procedimento (senza tacere o limitarsi a rinviare alla disciplina di diritto comune) confermi ciò che molti studiosi (certo, non tutti) sostengono: i rapporti di diritto pubblico non sono completamente riconducibili al diritto comune, perché implicano sempre un più complesso confronto (e una mediazione) con un “contesto” normativo e culturale caratterizzato dalla presenza di interessi pubblici.

Insomma i principi di collaborazione e di buona fede cui sono “improntati” (termine assai significativo, ipotizzandone un uso consapevole e pensando alla diversa formulazione degli artt. 1175, 1337 e 1375, cod. civ.) i rapporti privato-pubblico sono appunto canoni che debbono dialogare – ed essere contemperati – con altri principi, con un'intensità certamente sconosciuta nel caso dei rapporti genuinamente privatistici.