

Il sistema italiano del Codice dei contratti al tempo del PNRR. Quali scenari futuri?*

SOMMARIO - **1.** Il Decreto ‘*Governance PNRR*’ nel quadro della strategia nazionale di ripresa: uno sguardo di insieme. - **2.** Il Decreto n. 77/2021 nel solco degli interventi del biennio 2019-2021. Uno sguardo di insieme. - **3.** Le misure di rafforzamento della capacità delle stazioni appaltanti (articoli 10 e 11). - **4.** Le disposizioni speciali su opere di rilevante complessità o rilevante impatto: un ritorno alla logica della ‘Legge Obiettivo’? - **5.** Le previsioni del ‘Decreto semplificazioni’ in materia di contratti pubblici: uno sguardo d’insieme. - **6.** L’uso alternativo degli appalti e i criteri di premialità (articoli 47-47-*quater*). - **7.** Le semplificazioni in materia di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici PNRR e PNIEC (articoli 48 e 50). - **8.** Le modifiche alla disciplina del subappalto (articolo 49). - **9.** Le modifiche (e le proroghe) alle previsioni del D.L. 32 del 2019 e del D.L. 76 del 2020. - **10.** Le semplificazioni in tema di acquisto di beni e servizi informatici (art. 53). - **11.** Gli interventi finalizzati ad accelerare le procedure per la ricostruzione post-terremoto nella regione Abruzzo. - **12.** Le (limitate) modifiche alla legge n. 241 del 1990 in tema di potere sostitutivo e di silenzio-assenso. - **13.** Alcune (provvisorie) conclusioni: l’Amministrazione pubblica ai tempi del PNRR fra ricerca di funzionalità e il ricorso a moduli straordinari.

1. Il Decreto ‘*Governance PNRR*’ nel quadro della strategia nazionale di ripresa: uno sguardo di insieme.

Il Decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77, convertito con modificazioni dalla legge 29 luglio 2021, n. 108 (c.d. ‘*Decreto governance-PNRR*’)¹ rappresenta di certo uno dei più rilevanti e complessi testi normativi sinora approvati dal Governo Draghi.

Il testo in esame mira ad introdurre una serie di misure (alcune di carattere organizzativo ed amministrativo, altre incidenti direttamente sulle *policies* di settore) volte a consentire alle amministrazioni pubbliche (e quindi al Paese) una più adeguata gestione delle numerose e impegnative misure previste dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza – PNRR².

In particolare, nella prima parte del Decreto n. 77 vengono introdotte misure finalizzate a definire la *governance* del PNRR, ossia l’assetto istituzionale e il complesso di organismi cui sarà demandata l’effettiva implementazione delle misure previste dal Piano (si pensi alla nuova Cabina di regia di cui all’articolo 2 e alla Segreteria tecnica istituita presso la Presidenza del Consiglio dei ministri ai sensi dell’articolo 4).

(*) Il presente contributo riprende e sviluppa le considerazioni svolte nell’articolo dal titolo: *La nuova governance del PNRR e gli interventi in tema di contratti pubblici*, pubblicato sulla Rivista *Urbanistica e appalti*, fasc. 6/2021, p. 751, segg. La Rivista ha autorizzato la pubblicazione del presente contributo sul sito Internet della G.A.

¹ Il decreto in questione è rubricato ‘*Governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure*’.

² Il Piano in questione è stato predisposto sulla base del regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 febbraio 2021, che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza. Un primo schema di Piano era stato presentato dal Governo Conte II al Parlamento il 15 gennaio 2021, ma a seguito dell’insediamento del Governo Draghi (febbraio 2021), un nuovo testo del PNRR è stato presentato il 25 aprile. All’esito di un serrato esame svolto in cooperazione con le autorità italiane, la Commissione europea ha pubblicato il successivo 22 giugno la proposta di decisione di esecuzione del Consiglio con un corposo allegato che rappresenta in sostanza il contenuto stesso del Piano. Il PNRR italiano è stato infine approvato in via definitiva dal Consiglio Ecofin del 13 luglio 2021.

Nella seconda parte del Decreto, invece, vengono introdotte disposizioni di accelerazione e snellimento delle procedure e di rafforzamento della capacità amministrativa delle tecnostrutture. Si tratta di specifiche previsioni di carattere – per così dire – ‘abilitante’ che istituiscono un quadro giuridico adatto alla migliore realizzazione del Piano, anche a prescindere dai limitati ambiti della sua *governance*³

Nella medesima parte del Decreto in esame vengono inoltre introdotte alcune disposizioni di carattere settoriale che attuano in modo diretto alcune delle riforme previste dal Piano (si pensi alla profonda revisione della disciplina in tema di VIA, che era stata espressamente prevista come misura obbligatoria di semplificazione amministrativa dalla Missione 1 – Componente 1 del Piano)⁴.

Il presente contributo si soffermerà sulle principali previsioni che il Decreto n. 77 ha dedicato al tema della contrattualistica pubblica. Anche in questo caso, le previsioni del Decreto in esame mirano ad attuare in modo diretto alcune previsioni e prescrizioni che il Piano nazionale ha dedicato al tema dei contratti delle amministrazioni pubbliche, prevedendo l’adozione da parte dell’Italia di specifiche riforme amministrative di settore.

In particolare, nell’ambito della Missione 1 – Componente 1 è inclusa la riforma 1.10 (rubricata ‘*Riforma delle norme in materia di appalti pubblici e concessioni*’) che prevede – in un periodo compreso fra il 2021 e il 2023 - l’introduzione di numerose misure volte a rendere più snello e funzionale il settore dei contratti pubblici.

Il PNRR prevede che la realizzazione della riforma in questione avvenga in due fasi:

- nel corso di una prima fase, da completare nel corso del 2021, occorrerà introdurre alcune innovazioni urgenti volte a snellire e semplificare la disciplina di settore;
- nel corso di una seconda fase, da completare entro il giugno del 2023, occorrerà apportare più incisive e organiche modifiche al ‘Codice dei contratti’, per la cui individuazione si rimanda alla lettura del testo del Piano.

Il Decreto-legge n. 77 interviene evidentemente in attuazione della prima di tali previsioni.

Se, tuttavia, si pongono a confronto le previsioni del PNRR e quelle del Decreto in esame, emerge una sorta di duplice disallineamento fra gli obiettivi e i risultati.

Ed infatti:

- in alcuni casi, non è dato rinvenire nel testo del Decreto le previsioni che il PNRR indica(va) come da realizzare nel corso del 2021 (si pensi all’obiettivo di piena digitalizzazione delle procedure svolte dalle centrali di committenza);
- in altri casi, invece, il Decreto n. 77 anticipa alcune riforme per le quali il Piano fissava una *deadline* al giugno del 2023 (si pensi alla riforma dell’istituto del subappalto di cui all’articolo 105 del ‘Codice’ del 2016).

Tale disallineamento può essere tuttavia compreso (e in gran parte giustificato) se solo si consideri che le linee di fondo del Decreto n. 77 sono state fissate nel mese di maggio del 2021 (*i.e.*: di fatto al momento della sua adozione), quando il testo del PNRR – e le relative prescrizioni in tema di investimenti e riforme – non erano stati ancora fissati in modo definitivo (il testo del Piano è stato infatti approvato in via definitiva dal Consiglio Ecofin solo nel mese di luglio del 2021).

³ Dal punto di vista quantitativo, la seconda parte del Decreto n. 77 ne rappresenta certamente la porzione più rilevante, articolandosi in ben cinquantuno articoli (dal 17 al 67).

⁴ La riforma in tema di valutazione di impatto ambientale occupa l’intera parte II – Titolo I del Decreto n. 77 (articoli da 17 a 32-*quater*).

In modo estremamente sintetico si può quindi osservare che il Decreto n. 77 mira(va) ad attuare le previsioni del Piano (*rectius*: a delineare le condizioni di sistema per la sua attuazione), ma era inevitabilmente destinato a non riuscirvi pienamente per l'evidente ragione che esso è stato approvato prima ancora che gli obiettivi da realizzare fossero fissati in modo definitivo in sede europea.

2. Il Decreto n. 77/2021 nel solco degli interventi del biennio 2019-2021. Uno sguardo di insieme

Il Decreto-legge *Governance*-PNRR non esaurisce il suo contenuto nell'attuazione delle previsioni del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (e quindi, non risponde unicamente ad impulsi di matrice eurounitaria). Al contrario - e in particolare per quanto riguarda la disciplina dei contratti pubblici di appalto - il testo in esame risponde anche ad esigenze proprie della legislazione interna e si pone sul solco dei più recenti orientamenti di politica normativa propri dell'esperienza nazionale.

In particolare, l'intervento normativo in questione riproduce uno schema operativo (che era stato già proprio del c.d. '*Decreto sblocca-cantieri*' n. 32 del 2019 e del c.d. '*Decreto semplificazioni*', n. 76 del 2020) volto ad introdurre nell'ordinamento un gran numero di disposizioni in gran parte di carattere settoriale, extracodicistico e *ad tempus*.

Si è già avuto altrove modo di osservare⁵ che il perpetuarsi di tale tecnica normativa (che ormai caratterizza l'ordinamento interno di settore già dal 2019) determina una sostanziale marginalizzazione del ruolo stesso del 'Codice dei contratti', determinando l'introduzione di un rilevante numero di disposizioni settoriali che, nel loro complesso, rendono assai difficile per l'interprete una compiuta riconduzione a sistema.

A prescindere da qualunque giudizio di valore circa le singole linee di intervento (che, al contrario, in molti casi risultano condivisibili e opportune), l'effetto che ne risulta è quello di una accentuata frammentazione del sistema normativo in materia di appalti e concessioni (peraltro paradossalmente determinato dal susseguirsi di interventi normativi i quali mirerebbero, al contrario, ad introdurre nel sistema rilevanti elementi di semplificazione).

Nelle pagine che seguono ci si soffermerà dunque su alcune delle principali previsioni che, nella sua seconda parte, il Decreto-legge n. 77 del 2021 dedica alla materia dei contratti pubblici e delle concessioni.

Ci si soffermerà, in particolare:

- sugli articoli 10 ed 11 (che introducono specifiche misure volte ad accelerare la realizzazione degli investimenti pubblici e a rafforzare la capacità amministrativa delle stazioni appaltanti);
- sull'articolo 44 (che reca semplificazioni procedurali in materia di opere pubbliche di particolare complessità o di rilevante impatto);

⁵ C. CONTESSA, *Le novità del 'Decreto semplificazioni', ovvero: nel settore dei contratti pubblici esiste ancora un 'Codice'?*, in *Urbanistica e appalti*, fasc. 6/2020, p. 757, segg.

- sugli articoli da 47 a 54 (che introducono numerose innovazioni in materia di contratti pubblici intervenendo talvolta sul testo del ‘Codice’ e altre volte al di fuori delle sue previsioni).

Ci si soffermerà, infine, sulle previsioni di cui agli articoli 61 e 62 (rispettivamente dedicati alla regolazione del potere sostitutivo e del silenzio-assenso nell’ambito della disciplina generale del procedimento amministrativo).

In tal caso, pur non trattandosi – evidentemente – di innovazioni destinate ad operare nel solo settore della contrattualistica pubblica, è comunque evidente che la relativa disciplina troverà inevitabilmente in tale settore uno dei suoi principali ambiti di elezione.

3. Le misure di rafforzamento della capacità delle stazioni appaltanti (articoli 10 e 11)

Gli articoli 10 e 11 del Decreto n. 77 del 2021 dettano specifiche disposizioni in tema di rafforzamento della capacità amministrativa delle stazioni appaltanti, con previsioni che non restano limitate alle sole misure attuative del PNRR ma che – almeno nelle intenzioni del legislatore – mirano al rafforzamento *a regime* della capacità delle stazioni appaltanti a conseguire più ambiziosi obiettivi in tema di acquisizione di infrastrutture, beni e servizi.

Gli articoli in questione sono collocati nell’ambito della Parte I – Titolo I del decreto in esame (*i.e.*: nell’ambito del Titolo rubricato ‘*Sistema di coordinamento, gestione, attuazione, monitoraggio e controllo del PNRR*’).

Dal punto di vista generale può osservarsi che

- mentre le disposizioni iniziali del Titolo I (come quelle in tema di *Cabina di regia* – articolo 2 -, *Segreteria tecnica* – articolo 4 – e *coordinamento della fase attuativa* – articolo 8 -) definiscono essenzialmente il rafforzamento operativo delle singole amministrazioni coinvolte nell’attuazione del PNRR, se del caso attraverso specifiche forme di coordinamento operativo
- al contrario, le disposizioni di cui agli articoli 10 e 11 mirano al diverso obiettivo di consentire alle stazioni appaltanti di avvalersi della capacità tecnico-operativa di organismi distinti rispetto ad esse.

In definitiva, gli obiettivi cui mirano le diverse disposizioni che compongono il Titolo I sono certamente comuni, mentre gli strumenti operativi che caratterizzano le due disposizioni in commento si distinguono in quanto mirano a consentire forme di sostanziale *esternalizzazione* dell’attività operativa delle amministrazioni coinvolte nell’attuazione del Piano.

Più in particolare, l’articolo 10 (rubricato ‘*Misure per accelerare la realizzazione degli investimenti pubblici*’) consente alle amministrazioni coinvolte nella realizzazione delle missioni e dei programmi del PNRR di avvalersi del supporto tecnico-operativo di società *in house* qualificate ai sensi dell’articolo 38 del nuovo ‘Codice dei contratti’⁶.

⁶ La disposizione suscita interesse (e qualche perplessità) in quanto consente gli affidamenti in questione solo in favore di società *in house* qualificate ai sensi dell’articolo 38 del ‘Codice’. Ma il punto è che il sistema di qualificazione delineato da tale disposizione risulta ancora oggi in buona parte inattuato, in assenza del d.P.C.M. che avrebbe dovuto dettagliare e rendere operativo il sistema di qualificazione delle SS.AA. nel suo complesso.

Dal punto di vista temporale l'articolo in esame concerne la realizzazione dei piani di investimento riferibili al PNRR per il periodo 2021-2026, nonché di quelli riferibili ai cicli di programmazione nazionale e dell'UE per i periodi 2014-2020 e 2021-2027.

Il comma 2 specifica che l'attività di supporto in questione comprende anche le fasi di definizione, attuazione, monitoraggio e valutazione degli interventi e comprende azioni di rafforzamento della capacità amministrativa, anche attraverso la messa a disposizione da parte delle società *in house* di esperti particolarmente qualificati.

Viene altresì previsto (comma 4) che le Regioni, le Province autonome e gli Enti locali, per il tramite delle amministrazioni centrali dello Stato possano avvalersi del supporto tecnico-operativo delle società *in house* di cui al comma 1 per la promozione e la realizzazione di progetti di sviluppo territoriale finanziati da fondi europei e nazionali (la previsione non risulta quindi limitata ai soli interventi attuativi del PNRR ma presenta un campo di applicazione evidentemente più ampio)

La disposizione in esame, non chiarissima nella sua formulazione, deve essere verosimilmente intesa nel senso che gli Enti territoriali diversi dallo Stato possano avvalersi – in deroga ai principi generali in tema di controllo analogo – dell'*expertise* tecnica delle società *in house* poste sotto il controllo statale, stipulando con queste ultime apposite convenzioni a carattere oneroso (in tal senso il successivo comma 4), sia pur limitatamente alla realizzazione di interventi di particolare rilevanza quali quelli attuativi del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza.

Se questa è la giusta chiave di lettura attraverso la quale interpretare le previsioni di cui ai commi 3 e 4, ne emerge conseguentemente la corretta lettura anche del comma 1. Tale disposizione, infatti, non sembra limitarsi a consentire che le amministrazioni possano avvalersi delle proprie società *in house* per trarne adeguato supporto tecnico-operativo (tale possibilità, invero, risulta già ammessa a legislazione vigente e non richiede una specifica disposizione abilitante).

Lo stesso comma 1, quindi, sembra da intendere nel senso di consentire alle pubbliche amministrazioni di avvalersi della capacità tecnica di *qualunque* società *in house* (i.e.: anche di organismi sui quali l'amministrazione non eserciti un controllo analogo). Viene in tal modo introdotta una deroga piuttosto rilevante al principio (sancito sin dalla sentenza *Teckal* del 1999) secondo cui la possibilità per le amministrazioni di procedere affidamenti diretti in favore di società *in house* si giustifica soltanto in ragione del sostanziale rapporto di immedesimazione che caratterizza la relazione di delegazione interorganica⁷.

Una lettura alternativa della disposizione in esame (volta a limitare l'applicazione ai soli rapporti fra amministrazione conferente ed organismo *in house*) ne paleserebbe la sostanziale inutilità, atteso che non occorrerebbe certo una specifica disposizione per consentire a una qualunque amministrazione di avvalersi di propri organismi *in house* al fine di attivare con essi specifiche convenzioni aventi ad oggetto l'espletamento di attività di supporti tecnico-operativo finalizzate alla realizzazione di piani e programmi (anche) di matrice eurounitaria.

Ora, dal punto di vista sistematico deve rilevarsi che tale previsione comporti – come si è già accennato – una deroga rispetto ai tradizionali canoni intorno ai quali è stata enucleata e si è sviluppata la figura stessa dell'*in house providing*. Ed infatti, sin dalla sua originaria affermazione ad opera della giurisprudenza della Corte di giustizia, la sostanziale

⁷ Sul punto sia consentito rinviare al mio contributo dal titolo *Profili attuali di disciplina dell'in house providing: le novità del 'Decreto correttivo'*, in: C. CONTESSA, *Studi e lezioni di diritto amministrativo*, Piacenza, 2019, p. 351, segg.

deroga agli obblighi di evidenza pubblica che caratterizza il fenomeno in esame si giustifica unicamente in ragione dello speciale rapporto che caratterizza l'amministrazione e l'organismo in regime di delegazione interorganica. In tal modo viene, in definitiva, ammesso un affidamento senza gara in favore di organismi nei cui confronti non sussiste una relazione *in house* con l'ente conferente.

D'altra parte deve rilevarsi che non sono isolati i casi in cui il legislatore nazionale ha, già nel recente passato, ammesso tali forme di affidamenti diretti in deroga al principio della delegazione interorganica⁸.

Da un punto di vista più generale, può comunque affermarsi che la disposizione in commento sembra palesare una certa fiducia nei confronti dell'istituto dell'*in house providing* (anche ai fini della realizzazione degli importanti obiettivi di realizzazione del PNRR). Emerge in tal modo una sostanziale soluzione di continuità rispetto agli orientamenti di politica legislativa che, negli ultimi quindici anni circa, hanno caratterizzato la normativa nazionale, evidentemente ispirata da un marcato sfavore rispetto all'istituto in questione.

Un'ulteriore riprova dell'attenuazione dei vincoli normativi posti all'*in house providing* è fornita dal comma 3 dell'articolo 10 il quale semplifica il contenuto della motivazione di convenienza che deve essere fornita dall'amministrazione la quale intenda avvalersi del supporto tecnico-operativo di una società *in house*. E' noto al riguardo che, ai sensi dell'articolo 192, comma 2 del Codice dei contratti, l'amministrazione che intenda assegnare un affidamento senza gara in favore di un organismo *in house* non possa procedere in modo svincolato, ma debba fornire una motivazione rafforzata in ordine alla maggior convenienza di tale tipo di affidamento rispetto al ricorso al mercato.

E' altresì noto che, nel corso del 2019, il Consiglio di Stato aveva sollevato dinanzi alla Corte di giustizia un rinvio pregiudiziale dubitando che tale (restrittiva) previsione normativa fosse conforme con il principio di libera organizzazione che caratterizza la materia delle pubbliche gare⁹. Tuttavia, nel febbraio del 2020 la Corte di Lussemburgo aveva superato tale dubbio riconfermando la compatibilità eurounitaria dell'articolo 192, co. 2 del D.lgs. 50 del 2016 (CGUE, ord. 6 febbraio 2020, in causa C-89/19, *Rieco*)¹⁰.

Ebbene, il *Decreto governance-PNRR* del 2021 introduce un'indubbia semplificazione in favore delle amministrazioni che intendano procedere a tale forma di affidamenti e stabilisce che, nei casi disciplinati dall'articolo 10, la valutazione della congruità economica dell'offerta ha riguardo esclusivamente all'oggetto e al valore della prestazione. Viene altresì previsto che la motivazione del provvedimento di affidamento debba limitarsi a dare conto dei vantaggi, rispetto al ricorso al mercato, derivanti dal *risparmio di tempo e di risorse economiche*, mediante comparazione degli *standard* di riferimento della società Consip s.p.a. e delle centrali di committenza regionali.

E' presto per dire se la previsione in esame rappresenti l'indice di un effettivo *revirement* da parte del Legislatore nazionale circa il marcato atteggiamento di sfavore che, fino a tempi recenti, aveva interessato la figura dell'*in house providing*. E' comunque

⁸ A mo' di esempio può essere qui richiamato l'articolo 55, comma 1, lettera a) del decreto-legge n. 76 del 2020 che ha consentito agli enti parco di avvalersi – e senza procedure ad evidenza pubblica - dei servizi della società Sogesid (la quale è sottoposta al controllo analogo congiunto del Ministero della transizione ecologica e del Ministero delle Infrastrutture e della Mobilità Sostenibili), nonostante l'assenza di un qualunque rapporto di delegazione interorganica fra gli enti parco e la società in questione.

⁹ Cons. Stato, V, ord. 8 gennaio 2019, n. 138.

¹⁰ Sul punto sia consentito richiamare C. CONTESSA, *La Corte di giustizia legittima i limiti nazionali agli affidamenti in house*, in *Urbanistica e appalti*, fasc. 3/2020, p. 353, segg.

innegabile che tale previsione rappresenti un elemento normativo in evidente controtendenza rispetto agli orientamenti di politica normativa che hanno caratterizzato la disciplina nazionale almeno a partire dal 2008¹¹.

Di indubbio interesse, ai fini della compiuta disamina della nuova disciplina, risultano altresì:

- il comma 5 (il quale demanda a un decreto del Ministero dell'economia e delle finanze la definizione dei contenuti minimi delle convenzioni – onerose – che le amministrazioni statali potranno stipulare con le società *in house* ai sensi dell'articolo 10);
- il comma 6-*bis* (il quale stabilisce che l'esercizio 2020 non viene computato ai fini dell'individuazione del triennio rilevante ai fini dell'articolo 14 del T.U. sulle società a partecipazione pubblica circa il divieto di sottoscrizioni o aumenti di capitale e di obblighi di ripiano delle perdite delle società che – nel corso del periodo precedente – abbiano maturato rilevanti perdite di esercizio). La previsione in esame si giustifica, evidentemente, in ragione degli effetti della crisi epidemiologica da Covid-19 i quali hanno inciso negativamente sui quadri economico-finanziari di buona parte delle società a partecipazione pubblica.

L'articolo 11 del decreto-legge n. 77 mira (sin dalla *rubrica legis*) al rafforzamento della capacità amministrativa delle stazioni appaltanti attraverso il diretto coinvolgimento della società Consip s.p.a. (società interamente partecipata dal Ministero dell'economia e delle finanze alla quale il Legislatore ha riconosciuto le funzioni di centrale di acquisti delle pubbliche amministrazioni nazionali, non solo al livello centrale).

Le finalità dell'articolo in esame non riguardano esclusivamente la realizzazione degli interventi e dei programmi del PNRR, estendendosi anche alla realizzazione dei programmi cofinanziati dall'UE per il periodo 2021/2027.

In tale ambito viene previsto che la Consip s.p.a. metta a disposizione delle amministrazioni pubbliche specifici contratti, accordi-quadro e servizi di supporto tecnico. Viene altresì previsto che, per le medesime finalità, la Consip s.p.a. realizzi uno specifico programma di informazione, formazione e tutoraggio nella gestione delle procedure di acquisto e di progettualità per l'evoluzione del Sistema Nazionale di *e-Procurement* e il rafforzamento della capacità amministrativa e tecnica (comma 1).

Le misure di rafforzamento di cui all'articolo in commento trovano, poi, una specifica declinazione per quanto riguarda l'acquisizione di beni e servizi informatici e di connettività da parte della Sogei s.p.a. (comma 2)¹². Tale previsione mira, fra l'altro, a rafforzare la capacità amministrativa in relazione alle attività di consolidamento e razionalizzazione dei

¹¹ Ci si riferisce, in particolare, all'articolo 23-*bis* del decreto-legge n. 112 del 2008 il quale introdusse una rilevante riforma dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, introducendo al contempo notevoli limiti all'istituto dell'affidamento *in house*.

¹² Ai sensi di tale disposizione, «*le disposizioni del presente articolo trovano applicazione anche per le acquisizioni di beni e servizi informatici e di connettività effettuati dalla Sogei S.p.A., per la realizzazione e implementazione dei servizi delle pubbliche amministrazioni affidatarie in ottemperanza a specifiche disposizioni normative o regolamentari, nonché per la realizzazione delle attività di cui all'articolo 33-septies del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, le cui procedure di affidamento sono poste in essere dalla Consip S.p.A. ai sensi dell'articolo 4, comma 3-ter, del decreto-legge 6 luglio 2012, n. 95, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 2012, n. 135*».

siti e delle infrastrutture digitali del Paese di cui all'articolo 33-*septies* del D.L. 179 del 2012¹³.

La disposizione, di non agevole lettura, è probabilmente da intendere nel senso che anche la Sogei s.p.a. possa attivare (nell'ambito delle competenze alla stessa devolute) specifici contratti, accordi quadro e servizi di supporto tecnico analoghi a quelli che – sia pure in diverso ambito - la Consip può attivare ai sensi del comma 1.

4. Le disposizioni speciali su opere di rilevante complessità o rilevante impatto: un ritorno alla logica della 'Legge Obiettivo'?

La Parte II – Titolo III del *Decreto Governance-PNRR* è rubricata “*Procedura speciale per alcuni progetti PNRR*” e si compone soltanto di tre articoli (artt. 44-46).

Di particolare interesse ai fini della presente disamina è l'articolo 44 (recante “*Semplificazioni procedurali in materia di opere pubbliche di particolare complessità o di rilevante impatto*”) il quale introduce una sintetica ma rilevante disciplina speciale per la progettazione, l'affidamento e l'esecuzione di un numero chiuso di interventi infrastrutturali (si tratta, in particolare, di dieci opere infrastrutturali di particolare rilevanza e complessità, elencati in apposito allegato al decreto – Allegato IV – e destinati ad essere interamente finanziati dal PNRR o dal Fondo complementare di cui al decreto-legge n. 59 del 2021)¹⁴.

In via di prima approssimazione può affermarsi che il Legislatore del 2021 ha puntato alla semplificazione ed accelerazione delle procedure connesse alla realizzazione di tali interventi infrastrutturali agendo su quattro fronti: quello della progettazione, quello dell'acquisizione del parere del Consiglio Superiore dei LL.PP., quello dell'acquisizione dei diversi atti di assenso ai fini dell'approvazione e quello della verifica dei progetti.

Sempre in via preliminare si osserva che l'articolo in esame sembra ispirato da un approccio piuttosto innovativo rispetto a quello che aveva caratterizzato fino ad anni piuttosto recenti analoghe iniziative normative.

Ed infatti:

- mentre fino a tempi recenti il Legislatore, quando mirava ad accelerare le procedure di realizzazione di interventi infrastrutturali di particolare rilievo, concentrava la propria attenzione in modo pressoché esclusivo sulle fasi dell'aggiudicazione e del contenzioso dinanzi al Giudice amministrativo (giungendo spesso a comprimere le relative tempistiche ai limiti della ragionevolezza)
- al contrario la disposizione in esame mira (in modo più temperato – e probabilmente più realistico -) ad accelerare *in primis* le fasi preliminari del ciclo di vita del progetto, con particolare riguardo alle fasi di predisposizione, approvazione e verifica dei progetti (si tratta di fasi che, nel loro complesso, richiedono tempistiche ben maggiori

¹³ Il decreto-legge in questione reca *Ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese*.

¹⁴ In particolare, l'allegato IV al Decreto-legge n. 77 del 2021 elenca i seguenti interventi: 1) Realizzazione asse ferroviario Palermo-Catania-Messina; 2) Potenziamento linea ferroviaria Verona - Brennero (opere di adduzione); 3) Realizzazione della linea ferroviaria Salerno-Reggio Calabria; 4) Realizzazione della linea ferroviaria Battipaglia-Potenza-Taranto; 5) Realizzazione della linea ferroviaria Roma-Pescara; 6) Potenziamento della linea ferroviaria Orte-Falconara; 7) Realizzazione delle opere di derivazione della Diga di Campolattaro (Campania); 8) Messa in sicurezza e ammodernamento del sistema idrico del Peschiera (Lazio); 9) Interventi di potenziamento delle infrastrutture del Porto di Trieste (progetto *Adriagateway*); 10) Realizzazione della Diga foranea di Genova.

rispetto a quelle proprie dell'evidenza pubblica in senso proprio, ma che con minore frequenza risaltano all'attenzione degli operatori - e delle cronache -, svolgendosi con l'esclusivo coinvolgimento di amministrazioni pubbliche).

Per quanto riguarda la fase di approvazione del progetto preliminare (*rectius*: del progetto di fattibilità tecnica ed economica, secondo la nuova terminologia codicistica) ai sensi dell'articolo 27 del 'Codice dei contratti' del 2016, l'articolo in esame disciplina in particolare la previa espressione del parere da parte del Consiglio Superiore dei LL.PP.

Come si avrà modo di rilevare nel prosieguo, mentre l'articolo 215 del 'Codice' stabilisce che il parere del Consiglio Superiore debba essere obbligatoriamente reso su *progetti definitivi* di opere di rilevante valore economico, al contrario il Decreto n. 77 stabilisce che tale parere debba essere espresso (anche per i rilevanti progetti di cui all'articolo 44) sul *progetto di fattibilità tecnica ed economica* di cui all'articolo 23, commi 5 e 6 del 'Codice'.

In definitiva, per quanto riguarda le dieci opere pubbliche di rilevante complessità ed impatto di cui all'articolo 44, la scelta del Legislatore del 2021 non è stata nel senso di eliminare specifiche fasi procedurali (come quella del parere del CSLP o dell'approvazione del progetto), bensì nel senso di semplificare tali fasi e di accelerarne lo svolgimento.

Più in particolare, per ciò che attiene l'espressione del parere sul progetto di fattibilità tecnica ed economica da parte del Consiglio Superiore dei LL.PP., l'articolo 44, co. 1 del Decreto n. 77 stabilisce che, prima ancora dell'approvazione del medesimo progetto ai sensi dell'articolo 27 del 'Codice', lo stesso sia trasmesso al Comitato speciale del Consiglio al fine di un esame preliminare volto a rilevare eventuali carenze progettuali.

Se all'esito di tale *screening* preliminare emergono aspetti di criticità (anche per ciò che riguarda gli aspetti ambientali, paesaggistici e culturali), il Comitato speciale lo segnala all'amministrazione entro un breve termine (pari quindici giorni), indicando contestualmente le eventuali integrazioni o modifiche necessarie per consentire l'espressione di un parere favorevole¹⁵.

Tale forma di *remand* è evidentemente espressione di una sorta di *vigilanza collaborativa* fra le diverse amministrazioni coinvolte e mira ad evitare che progetti di qualità non adeguata possano comunque proseguire il proprio *iter*, pur essendo inevitabilmente destinati ad arrestarsi in una fase successiva, ma con evidente – ed ingiustificato – aggravio di attività amministrativa.

La disposizione mira al contempo a responsabilizzare l'amministrazione (nel caso in esame, il Consiglio Superiore dei LL.PP.) non limitando l'esame dei progetti alla mera espressione di un parere (in ipotesi, negativo), ma onerandola del compito di indicare in modo puntuale le modifiche progettuali che, ove accolte, consentiranno l'espressione di un parere positivo (secondo uno schema operativo per alcuni aspetti simile a quello della conferenza di servizi preliminare di cui all'articolo 14, comma 3 della l. 241 del 1990).

¹⁵ La disposizione in esame stabilisce altresì i termini massimi che sono assegnati – rispettivamente – all'amministrazione e al Comitato speciale nell'ambito della particolare fase di *screening* qui in esame. In particolare: *i*) il Comitato speciale ha ordinariamente a disposizione un termine di quarantacinque giorni per l'espressione del parere; *ii*) nel caso in cui il Comitato speciale abbia reso un parere interlocutorio con *remand*, l'amministrazione procedente ha a disposizione quindici giorni per rivedere il progetto secondo le indicazioni del C.S.LL.PP.; *iii*) una volta ritrasmissione il progetto modificato, il Comitato speciale ha a disposizione un termine ulteriore di quindici giorni per l'espressione del parere finale.

Il comma 1-*bis* dell'articolo 44 (introdotto in sede parlamentare nel corso dell'*iter* di conversione del Decreto-legge) fissa una specifica disciplina transitoria per i progetti di cui all'allegato IV per i quali, alla data di entrata in vigore del decreto n. 77, sia stato già richiesto o acquisito il parere del Consiglio Superiore dei LL.PP. in via ordinaria ai sensi dell'articolo 215 del 'Codice'.

Nell'ambito di tale particolare regime transitorio vengono comunque fatte salve le previsioni di cui ai commi 5 e 6 dell'articolo 44 (le disposizioni in parola – come fra breve si dirà - riguardano il caso in cui sul progetto la conferenza di servizi abbia deliberato a maggioranza ovvero si sia reso necessario attivare le procedure per il superamento del dissenso di cui all'articolo 14-quinquies della l. 241 del 1990).

Il Decreto *PNRR-Governance* disciplina in modo piuttosto dettagliato l'approvazione in sede di conferenza di servizi del progetto di fattibilità tecnica ed economica con disposizioni che riprendono, sotto molti aspetti, le previsioni di cui alla legge obiettivo n. 443 del 2001 (in tal senso, i commi 4, 5 e 6).

Viene previsto, in particolare, che:

- prima ancora dell'espressione del parere da parte del Consiglio Superiore dei LL.PP. la stazione appaltante convoca la conferenza di servizi incaricata dell'approvazione del progetto di fattibilità ai sensi dell'articolo 27, comma 3 del 'Codice'¹⁶;
- la conferenza di servizi (che si svolge in forma semplificata ai sensi dell'articolo 14-*bis* della l. 241 del 1990) acquisisce in via istruttoria gli esiti del dibattito pubblico (laddove quest'ultimo abbia avuto luogo) nonché – se del caso - della valutazione di impatto ambientale e della verifica preventiva dell'interesse archeologico. Ciò significa che tali fasi e atti di assenso non intervengono all'interno della conferenza di servizi, ma vengono acquisiti – per così dire – *ab externo*, per poi essere valutati in sede di conferenza¹⁷;
- in sede di conferenza di servizi (e ciò rappresenta di certo il dato più significativo) vengono acquisiti tutti i pareri, i nulla-osta e le autorizzazioni necessari alla realizzazione del progetto preliminare, anche ai fini della localizzazione e della verifica di conformità urbanistica e paesaggistica;

¹⁶ Viene, in particolare, previsto (comma 4) che la conferenza di servizi sia convocata dalla stazione appaltante una volta trascorsi quindici giorni dalla trasmissione del progetto di fattibilità tecnica ed economica al C.S.LL.PP. (laddove, come si è già osservato, il comma 1 dell'articolo 44 stabilisce che il Comitato speciale del consiglio abbia a disposizione il più lungo termine di quarantacinque giorni per l'esame del progetto, sempre che non si renda necessario operare un *remand* per rimediare a specifiche lacune progettuali). E' quindi ben possibile che il parere del Consiglio Superiore intervenga dopo che la conferenza di servizi abbia iniziato l'esame del progetto. Il vantaggio di tale scelta è evidentemente nel senso di imprimere una decisa accelerazione all'*iter* di approvazione dei progetti. Per contro il rischio (evidentemente, *calcolato* dagli estensori della disposizione ma ritenuto accettabile nell'economia complessiva del modulo procedimentale) è quello di determinare una sorta di regressione procedimentale nel caso in cui il parere del C.S.LL.PP. comporti modifiche a un progetto per il quale l'esame da parte della conferenza abbia raggiunto un livello già avanzato.

¹⁷ Per quanto riguarda, in particolare, l'endoprocedimento di valutazione di impatto ambientale, si osserva che allo stesso (ai sensi della normativa UE di riferimento) deve essere riconosciuta una piena autonomia, quand'anche le relative valutazioni siano destinate a confluire in più ampie determinazioni di carattere amministrativo. Risulterebbero, quindi, di dubbia compatibilità con il diritto UE (in particolare, con la Direttiva 2011/92/UE) eventuali previsioni che demandassero alla conferenza di servizi il compito di sostituire le determinazioni proprie della valutazione di impatto ambientale, in tal modo comprimendo il richiamato principio di autonomia.

- la determinazione conclusiva della conferenza ha effetto di variante agli strumenti urbanistici e comporta l'assoggettamento dell'area al vincolo preordinato all'esproprio ai sensi del T.U. Espropri n. 327 del 2001 (anche in questo caso vi è un'evidente similitudine con quanto già previsto per le cc.dd. 'grandi opere' della Legge Obiettivo del 2001 – v. l'articolo 3 del Decreto legislativo n. 190 del 2002 -).

Il Legislatore del 2021 ha inoltre previsto particolari cautele per l'ipotesi in cui la conferenza di servizi non approvi il progetto con l'unanimità delle amministrazioni intervenute, ma lo faccia soltanto a maggioranza ovvero con il dissenso di alcuna di tali amministrazioni.

Per tali ipotesi il comma 6 dell'articolo 44 ha delineato una particolare forma di vaglio preventivo da parte del Comitato speciale del Consiglio Superiore dei LL.PP., demandando allo stesso il compito di individuare una soluzione condivisa prima di procedere alle ordinarie forme di risoluzione del dissenso dinanzi alla Presidenza del Consiglio dei ministri ai sensi dell'articolo 14-*quinquies* della l. 241 del 1990.

Viene in particolare previsto (comma 6) che, nel caso in cui sul progetto non sia raggiunta l'unanimità dei consensi: *i*) il Comitato speciale esamini le posizioni espresse in seno alla conferenza di servizi e adotti a propria volta una determinazione motivata con la quale tenta di superare (anche alla luce del principio di leale collaborazione) i dissensi emersi in seno alla conferenza; *ii*) in presenza di dissensi qualificati ai sensi dell'articolo 14-*quinquies*, il Comitato speciale trasmette alla Segreteria tecnica della Presidenza del Consiglio dei Ministri (articolo 4 del Decreto-legge n. 77) una relazione motivata con la quale si dà atto della situazione e si propongono specifiche soluzioni; *iii*) la Segreteria tecnica investe della questione il Consiglio dei ministri il quale potrà adottare una nuova determinazione conclusiva, sostitutiva di quella adottata dalla conferenza di servizi e dotata della medesima efficacia (anche ai fini urbanistici e in tema di espropriazioni).

Nell'economia complessiva dell'articolo in esame, quindi, al Comitato Speciale del Consiglio Superiore viene demandato un ruolo del tutto peculiare – e comunque molto incisivo – nell'ambito dei procedimenti finalizzati all'approvazione delle (dieci) grandi opere in esame.

In particolare, al Comitato speciale vengono demandati: *i*) *sia* un vaglio preventivo sul progetto di fattibilità (secondo un modello piuttosto tradizionale, che riprende lo schema di cui agli articoli 27 e 215 del 'Codice dei contratti'); *ii*) *sia* un vaglio successivo per il caso in cui sul progetto non sia raggiunta l'unanimità dei consensi (e nel corso di tale fase – eventuale – al Comitato speciale spetta una sorta di funzione di arbitraggio fra le amministrazioni coinvolte al fine di evitare – fin dove possibile – che la questione approdi dinanzi alla Presidenza del Consiglio dei Ministri)¹⁸.

Il Decreto-legge n. 77 del 2021 introduce anche innovazioni di un certo rilievo in tema di verifica e di approvazione del progetto definitivo e di quello esecutivo.

¹⁸ Si osserva, per completezza, che il comma 5 dell'articolo 44 prevede il coinvolgimento del Comitato speciale anche per il caso in cui la conferenza di servizi abbia deliberato all'unanimità sul progetto. Per tali ipotesi viene previsto che, una volta ricevuta la determinazione motivata di conclusione della conferenza, il Comitato speciale – nei successivi quindici giorni – comunichi alla stazione appaltante le eventuali integrazioni e modifiche al progetto rese necessarie per conformarsi alle prescrizioni e ai pareri espressi in seno alla conferenza. Si osserva al riguardo che tale previsione sembra determinare una sorta di sovrapposizione fra le ordinarie competenze spettanti all'amministrazione procedente in sede di adozione della determinazione motivata di conclusione della conferenza e le innovative competenze spettanti al Comitato speciale.

Viene in particolare previsto che la verifica della progettazione sia sempre svolta dalla stazione appaltante (tenendo conto degli elementi emersi nel corso della procedura di cui all'articolo in esame).

Si introduce in tal modo una deroga espressa all'articolo 26 del 'Codice' (in base al quale la verifica dei progetti per gli interventi di più rilevante importo viene sottratta alle stazioni appaltanti per essere demandata a specifici organismi di controllo accreditati ovvero a professionisti e società ammessi a partecipare alle gare per servizi di architettura e ingegneria).

La disposizione in esame mira evidentemente ad accelerare le procedure di verifica palesando, al contempo, una maggiore fiducia nei confronti della capacità tecnico-operativa delle stazioni appaltanti (non va dimenticato, del resto, che il ruolo di stazione appaltante, per i dieci grandi interventi di cui all'articolo 44, dovrebbe essere svolto da grandi amministrazioni centrali, certamente in possesso di adeguate competenze tecniche anche in tema di verifica dei progetti).

Subito dopo il completamento della procedura di verifica del progetto la stazione appaltante può procedere direttamente all'approvazione del progetto definitivo o di quello esecutivo ai sensi dell'articolo 27 del 'Codice' (in tal senso il comma 7 dell'articolo 44).

Il Decreto *Governance-PNRR* fissa specifiche disposizioni anche al fine di accelerare le procedure di gara (anche se è evidente che l'accelerazione di tale fase non assuma un rilievo centrale nell'economia complessiva dell'intervento normativo del 2021, contrariamente a quanto era avvenuto – ad esempio – nel caso della Legge Obiettivo del 2001).

Viene previsto, in particolare che, a seguito della determinazione del Comitato speciale del Consiglio Superiore dei LL.PP. avente ad oggetto il progetto di fattibilità (ovvero, a seguito della pubblicazione della decisione del Consiglio dei Ministri per le ipotesi di cui al comma 6), la stazione appaltante proceda all'indizione della gara per l'aggiudicazione dei lavori entro i successivi novanta giorni dandone contestualmente notizia alla Cabina di regia istituita presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri. Coerentemente all'evidente *ratio* che ispira l'intervento normativo nel suo complesso, al fine di accelerare l'avvio delle procedure di gara viene prevista l'attivazione di uno specifico rimedio sostitutivo nel caso in cui l'amministrazione non si attivi tempestivamente.

Concludendo questa breve disamina sul contenuto dell'articolo 44 si osserva che lo stesso (pur se ispirato da finalità indubbiamente condivisibili come quelle volte alla realizzazione di alcuni interventi di particolare rilevanza) finisce per riprendere molti degli schemi operativi e delle stesse regole di funzionamento che avevano caratterizzato l'impostazione di fondo della legge Obiettivo del 2001 e dei relativi decreti attuativi (si tratta, oltretutto, di schemi e regole di cui la legge delega n. 11 del 2016 aveva previsto in modo piuttosto stentoreo il superamento).

Anche in questo caso, infatti, viene prevista l'individuazione di un certo numero di interventi di rilevante interesse nazionale, che abbisognano di regole speciali per il pronto avvio. Anche nel caso in esame, poi, vengono introdotte regole derogatorie ed acceleratorie per quanto riguarda l'approvazione dei progetti e il riparto delle competenze amministrative nel corso dell'intero ciclo di vita del progetto.

Diversamente dal precedente normativo del 2001-2002, invece, non vengono introdotte specifiche disposizioni di accelerazione processuale (diversamente da quanto lo

stesso Decreto n. 77, all'articolo 48, dispone per quanto riguarda le procedure di affidamento degli interventi del PNRR e del Piano complementare nazionale).

Non viene in discussione, naturalmente, il grande rilievo economico che i (dieci) interventi in questione rivestono e il grande contributo che la loro pronta realizzazione può fornire alla ripresa economica del Paese. Si osserva, tuttavia, che la scelta di riservare agli interventi in questione regole operative di carattere speciale e derogatorio sembra re-introdurre nell'Ordinamento ipotesi di procedure 'a due velocità', secondo uno schema operativo di cui, come si è detto, il Legislatore della delega del 2016 aveva espressamente sancito il superamento. Inoltre, la scelta di introdurre tali regole derogatorie in ambito extracodicistico contribuisce ad accentuare il processo (già in atto da almeno due anni) di graduale marginalizzazione del 'Codice' di settore nell'ambito del sistema di regolazione dei contratti pubblici.

Un'osservazione finale relativa agli affidamenti di cui alla Parte II – Titolo III riguarda i profili processuali. E' noto al riguardo che quando il legislatore introduce disposizioni derogatorie e speciali volte ad accelerare il ciclo di realizzazione di interventi di particolare rilevanza, accompagna di solito le relative previsioni con disposizioni processuali di carattere acceleratorio (si pensi – restando all'antecedente storico rappresentato dalla 'legge obiettivo' del 2001 – alle previsioni processuali acceleratorie di cui all'articolo 14 del D.lgs. 190 del 2002)¹⁹.

Nel caso in esame, al contrario, la disciplina relativa alle semplificazioni procedurali previste per i (dieci) interventi in questione non viene accompagnata da alcuna previsione processuale specifica. Deve comunque ritenersi che, nel caso di impugnativa degli atti relativi a tali procedure, trovino applicazione le previsioni di cui all'articolo 125 del cod. proc. amm. (rubricato *Ulteriori disposizioni processuali per le controversie relative a infrastrutture strategiche*), in quanto applicabili a tutte le controversie aventi ad oggetto interventi pubblici finanziati in tutto o in parte dal PNRR, dal Fondo complementare ovvero cofinanziati dai fondi strutturali dell'UE (in tal senso, l'articolo 48, comma 4 del Decreto-legge in esame).

5. Le previsioni del 'Decreto semplificazioni' in materia di contratti pubblici: uno sguardo d'insieme

Il Titolo IV del decreto-legge n. 77 del 2021 (articoli da 47 a 54) è interamente dedicato alla materia dei contratti pubblici.

Nell'originaria formulazione del decreto il Titolo in questione si componeva di otto ponderosi articoli ma, nel corso dell'*iter* parlamentare, esso è stato ulteriormente arricchito di tre ulteriori articoli (47-*bis*, 47-*ter* e 47-*quater*, rispettivamente dedicati alla composizione degli organismi pubblici istituiti dal decreto, agli affidamenti dei concessionari e a misure urgenti in materia di tutela della concorrenza nei contratti finanziati con le risorse del PNRR e del Piano nazionale complementare).

¹⁹ Come è noto, le disposizioni processuali di cui all'articolo 14 del D.lgs. 190 del 2002 hanno rappresentato l'antecedente storico al quale si è ispirato il Legislatore del Codice del processo amministrativo del 2010 per la stesura dell'articolo 125 (rubricato *Ulteriori disposizioni processuali per le controversie relative a infrastrutture strategiche*).

Il titolo in esame non presenta una struttura unitaria ma incide sulla materia dei contratti pubblici secondo diverse modalità di approccio e con diversi strumenti di intervento: in alcuni casi si introducono – in linea di continuità con gli orientamenti legislativi degli ultimi due anni circa – disposizioni *ad tempus* e derogatorie rispetto a quelle del ‘Codice dei contratti’ (si veda, ad esempio, l’articolo 48); in altri casi si introducono invece modifiche dirette al testo del ‘Codice’ (come nel caso del subappalto - si veda sul punto l’articolo 49, il quale presenta oltretutto un particolarissimo regime intertemporale -); in altri casi ancora si interviene – essenzialmente attraverso proroghe di regimi temporali – sulle previsioni già di per sé derogatorie e *ad tempus* di cui al ‘Decreto sblocca-cantieri’ del 2019 e di cui al ‘Decreto semplificazioni’ del 2020 (si vedano gli articoli 51 e 52).

L’effetto che ne deriva, in disparte ogni giudizio di valore sul merito delle singole opzioni normative, è quello dell’ulteriore marginalizzazione del ‘Codice’ nell’ambito della disciplina sulla contrattualistica pubblica e il suo affiancamento (ormai di fatto strutturale) con una sorta di *corpus* normativo separato, stratificatosi nel corso del biennio 2019-2021 e di per sé idoneo a regolare la maggior parte degli istituti giuridici relativi alla materia in esame.

6. L’uso alternativo degli appalti e i criteri di premialità (articoli 47-47-quater)

Il Titolo IV del Decreto-legge *Governance-PNRR* si apre con un articolo il quale, piuttosto che mirare a tradizionali finalità proconcorrenziali (ovvero al conseguimento di finalità procicliche – come la maggior parte del diritto dell’emergenza pandemica -), tende piuttosto a conseguire non meno rilevanti obiettivi di carattere lavoristico e sociale, secondo la logica tipica del c.d. ‘uso alternativo degli appalti’²⁰.

In particolare l’articolo 47, posto in apertura del Titolo in esame, persegue dichiaratamente le finalità relative alle pari opportunità, generazionali, di genere e di inclusione lavorativa delle persone disabili sia in relazione alla realizzazione del PNRR che del Piano Nazionale Complementare (PNC).

L’attuazione delle misure in questione viene affidata a tre tipologie di interventi.

In primo luogo vi sono previsioni di carattere vincolante per gli operatori economici, come quelle che impongono la redazione e la produzione della *Relazione di genere sulla situazione del personale maschile e femminile*, richiamata al comma 2. Analogamente vincolante è la previsione per cui è requisito necessario dell’offerta l’essere in regola – al momento della sua presentazione - con la disciplina in tema di diritto al lavoro dei disabili (legge n. 68 del 1999) e l’assunzione dell’obbligo di reclutare, in caso di aggiudicazione, almeno il 30 per cento di lavoratori giovani e di sesso femminile (comma 4).

In secondo luogo vi sono previsioni di carattere premiale che stabiliscono il riconoscimento di punteggi aggiuntivi ai fini valutativi a fronte delle offerte degli operatori i

²⁰ In tal senso il Considerando 37 della Direttiva appalti n. 2014/24/CE, nonché l’articolo 18, paragrafo 1 della medesima Direttiva, secondo cui «gli Stati membri adottano misure adeguate per garantire che gli operatori economici, nell’esecuzione di appalti pubblici, rispettino gli obblighi applicabili in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dal diritto dell’Unione, dal diritto nazionale, da contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro». Sul punto sia consentito richiamare C. CONTESSA, D. CROCCO, *Appalti e concessioni – Le nuove direttive europee*, Roma, 2015, p. 27.

quali siano in grado di conseguire particolari fini di utilità sociale (come quelli relativi alla valorizzazione dell'imprenditoria giovanile, all'inclusione lavorativa delle persone disabili, alla parità di genere, all'assunzione di giovani e alle donne – comma 4 -).

In realtà, dalla lettura del combinato disposto dei commi 4 e 5 dell'articolo 47 emerge una distinzione non sempre chiarissima fra i requisiti di ammissione alle procedure e gli ulteriori requisiti premiali dell'offerta.

Basti osservare al riguardo che il comma 4 indica i criteri volti a promuovere l'inclusione lavorativa delle persone disabili secondo una modalità apparentemente opzionale per l'amministrazione («*le stazioni appaltanti prevedono (...) specifiche clausole dirette all'inserimento, come requisiti necessari e come ulteriori requisiti premiali dell'offerta, di criteri orientati a promuovere (...) l'inclusione lavorativa delle persone disabili*»). Ma lo stesso comma, all'ultimo periodo, stabilisce – e in modo del tutto corretto – che il rispetto della disciplina in tema di diritto al lavoro dei disabili di cui alla legge n. 68 del 1999 costituisce un elemento necessario dell'offerta.

Il successivo comma 5, dal canto suo, stabilisce che le stazioni appaltanti possono prevedere nella *lex specialis* di gara ulteriori misure premiali in favore dei concorrenti che si impegnino a favorire il lavoro delle persone con disabilità in una misura percentuale superiore rispetto a quella minima fissata dalla legge.

Ebbene, al di là della previsione non del tutto perspicua dell'articolo in questione, si ritiene che esso non presenti un effettivo valore aggiunto in termini dispositivi né per la parte in cui si limita a ribadire la vincolatività di specifici obblighi di legge, né per la parte in cui consente alle stazioni appaltanti di introdurre criteri valutativi di carattere premiale per il conseguimento di speciali finalità di inclusione lavorativa di categorie sociali particolarmente meritevoli. Per quanto riguarda, in particolare, tale secondo aspetto è infatti evidente che le stazioni appaltanti potrebbero – nell'ambito della propria autonomia – introdurre tale tipologia di clausole anche in assenza di una specifica indicazione da parte del Legislatore.

Nondimeno, la disposizione in esame presenta un importante valore in termini di orientamento dell'attività delle stazioni appaltanti e di *moral suasion* per ciò che riguarda l'introduzione di misure di speciale favore per le richiamate categorie sociali.

Il carattere non chiarissimo del combinato disposto dei diversi commi che compongono l'articolo in esame emerge ulteriormente dall'esame del comma 7 il quale consente alle singole amministrazioni di escludere l'inserimento negli avvisi e negli inviti di gara una o più delle prescrizioni di cui al comma 4, qualora si possa dimostrare che tale inclusione sia impossibile o contrastante con obiettivi di universalità, socialità, efficienza, efficienza o qualità del servizio.

La previsione desta alcuni spunti di riflessione sia perché – almeno nella sua apparente portata testuale – sembra ammettere una sorta di immanente bilanciamento fra le esigenze dell'inclusione sociale e quelle dell'efficienza produttiva, sia perché il comma 4 (del quale si ammette la deroga) contempla a ben vedere anche principi e valori al cui presidio sono poste norme di carattere inderogabile. Probabilmente, al fine di fornire una lettura sistematica costituzionalmente orientata del comma in questione, deve ritenersi che lo stesso riferisca la derogabilità ai soli casi in cui il comma 4 ammette l'introduzione di criteri premiali per l'introduzione di *standard* di tutela superiori rispetto a quelli minimi di legge, e non anche ai casi in cui tale comma si limita a richiamare il doveroso rispetto di obblighi comunque inderogabili per legge (basti richiamare ancora una volta al riguardo il rispetto delle disposizioni in tema di diritti al lavoro dei disabili, che rappresentano la traduzione in

chiave normativa primaria di specifici obblighi di matrice costituzionale di eguaglianza e solidarietà sociale).

La terza tipologia di intervento introdotta dall'articolo 47 è quella di carattere afflittivo e sanzionatorio.

In particolare, il comma 6 impone alle amministrazioni di prevedere, nell'ambito della documentazione di gara, l'applicazione di penali a carico dell'appaltatore che non abbia rispettato gli obblighi generali di tutela di cui ai commi 3 e 4. Anche nel silenzio sul punto della norma, si ritiene che tali penali siano applicabili anche a carico dell'appaltatore il quale, dopo aver ottenuto un punteggio premiale per avere assunto su di sé obblighi in misura maggiore rispetto a quella minima di legge, abbia poi mancato di rispettare tali obblighi.

Particolarmente afflittiva è la previsione del comma 6 secondo cui, in caso di mancata ottemperanza agli obblighi lavorativi in tema di parità di genere, l'operatore economico non possa partecipare, in forma singola o di R.T.I. (e per un periodo di dodici mesi) ad ulteriori procedure di affidamento relative agli investimenti pubblici finanziati in tutto o in parte con le risorse del PNRR e del Piano Nazionale Complementare. Ancora una volta il Legislatore introduce in tal modo una sorta di sub-sistema afflittivo che si affianca (e si combina) con quello previsto dall'articolo 80 del 'Codice' per il caso di violazione da parte dell'operatore economico degli obblighi inerenti al possesso dei requisiti di ordine generale per la partecipazione alle pubbliche gare.

In sede di conversione del decreto-legge *Governance*-PNRR sono stati aggiunti (dopo l'articolo 47) tre ulteriori articoli, che presentano un contenuto assai eterogeneo e i cui contenuti essenziali vengono qui richiamati per mere ragioni di completezza espositiva.

In particolare,

- il nuovo articolo 47-*bis* stabilisce che la composizione dei nuovi organismi istituiti dal medesimo decreto (e i cui membri non siano individuati solo fra i titolari di incarichi di governo e di altre cariche istituzionali) debba rispettare il principio della parità di genere. Sembra che in tal modo tale principio assuma un carattere cogente (e non più solo tendenziale, come nel recente passato), potendo quindi influenzare – laddove violato – la stessa legittimità degli atti di nomina;
- il nuovo articolo 47-*ter* proroga di un anno (dal 31 dicembre 2021 al 31 dicembre 2022) il termine fissato dall'articolo 177, comma 2 del Codice del 2016 al fine di adeguare le pregresse concessioni non affidate con gara alle nuove previsioni codicistiche, con particolare riguardo all'obbligo dei concessionari non selezionati con gara di affidare con procedure ad evidenza pubblica gli appalti 'a valle' di proprio interesse. Al riguardo ci si limita ad osservare che il termine per l'adeguamento in questione (inizialmente fissato all'aprile del 2018) è stato in seguito prorogato per ben tre volte fra il 2019 e il 2021;
- il nuovo articolo 47-*quater* stabilisce che, al fine di favorire il pluralismo fra gli operatori economici, le stazioni appaltanti possano inserire nell'ambito dei bandi, degli avvisi o degli inviti relativi a gare attuative del PNRR o del Fondo Complementare specifici criteri premiali atti ad agevolare le PMI in sede di valutazione delle offerte. Al riguardo si osserva che il 'Codice' del 2016 già contemplava (in armonia con le previsioni della 'Direttiva appalti n. 2014/24/UE) alcune disposizioni finalizzate a garantire la partecipazione alle pubbliche gare – e in posizione di parità concorrenziale

– delle MPMI²¹, ma sino ad oggi era mancata una disposizione che, enfatizzando ulteriormente tale *favor* normativo, garantisse addirittura alle imprese di minori dimensioni un più favorevole trattamento in sede di valutazione delle offerte.

7. Le semplificazioni in materia di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici PNRR e PNIEC (articoli 48 e 50)

L'articolo 48 del Decreto *PNRR-Governance* introduce alcune disposizioni di semplificazione in materia di affidamento dei contratti pubblici finanziati dal PNRR, dal Fondo nazionale Complementare (PNC) e, più in generale, dai Fondi strutturali UE. Dal canto suo, il successivo articolo 50 introduce alcune semplificazioni relative all'esecuzione della medesima tipologia di contratti pubblici.

Le disposizioni in questione, ancora una volta, fissano una sorta di sub-sistema normativo che si pone al di fuori del 'Codice dei contratti' e che presenta una durata potenzialmente differenziata (ed infatti, mentre le misure del PNRR termineranno alla fine del 2016, l'attuazione delle misure finanziate dai Fondi strutturali UE proseguirà ben oltre tale data, recando – appunto – misure di carattere *strutturale*).

Tale sub-sistema normativo si affianca ma non si sostituisce alle altre disposizioni in materia di appalti e concessioni recate in altre parti del Decreto n. 77.

Ciò significa che, per gli appalti indetti in ambito PNRR, FSC e Fondi strutturali, non si applicheranno soltanto le previsioni di cui agli articoli 48 e 50 (che riguardano in modo esclusivo tale tipologia di appalti), ma anche le ulteriori previsioni dello stesso Decreto n. 77, salvo che non sia altrimenti previsto²².

I commi 2 e 3 dell'articolo 48 recano previsioni di dubbia utilità dal punto di vista dell'effettivo valore aggiunto in termini normativi. Ed infatti:

- il comma 2 stabilisce che, per ciascuna procedura di gara, sia nominato un responsabile unico del procedimento RUP, il quale «*valida e approva ciascuna fase progettuale o di esecuzione del contratto, anche in corso d'opera*», fermo restando il divieto di cui al comma 6 dell'articolo 26 del 'Codice' in tema di competenza sulla verifica della progettazione. La disposizione appare di dubbia utilità, in quanto i compiti riconosciuti al RUP nell'ambito delle procedure in esame sembrano coincidere in larga massima con quelli già devoluti allo stesso in via generale dell'articolo 31 del 'Codice';
- il comma 3 stabilisce i casi in cui la stazione appaltante può affidare l'appalto ricorrendo alla figura della procedura negoziata senza la previa pubblicazione di un bando di gara²³. Anche in questo caso la disposizione non sembra presentare un

²¹ Si vedano, fra gli altri, l'articolo 30, comma 7 (recante *Principi per l'aggiudicazione e l'esecuzione di appalti e concessioni*), nonché l'articolo 36, comma 1 (relativo agli affidamenti di appalti sotto-soglia).

²² L'articolo 48 stabilisce inoltre che, per gli appalti in parola trovi applicazione anche l'articolo 207, comma 1 del Decreto-legge n. 34 del 2020 il quale, al fine di fronteggiare la crisi di liquidità che ha interessato (anche) le imprese operanti nel settore degli appalti, ha incrementato (dal 20 al 30 per cento) la quota di anticipazione da corrispondere all'appaltatore all'atto dell'avvio delle lavorazioni e comunque entro quindici giorni dall'effettivo inizio delle stesse.

²³ Ai sensi di tale disposizione le stazioni appaltanti possono ricorrere alla procedura di cui all'articolo 63 del 'Codice', tanto nei settori ordinari, tanto in quelli speciali, «*quando, per ragioni di estrema urgenza derivanti da circostanze imprevedibili, non imputabili alla stazione appaltante, l'applicazione dei termini, anche*

rilevante valore aggiunto in termini normativi in quanto le ipotesi in cui il ricorso a tale procedura è ammesso risultano in larga parte coincidenti con quelle già previste dalla generale disciplina di settore.

Di indubbio interesse è la previsione per cui, in relazione agli appalti richiamati dall'articolo 48, resta in ogni caso ammesso l'appalto integrato, in deroga al generale divieto contemplato dall'articolo 59 del 'Codice dei contratti' del 2016. La disposizione in questione si sovrappone in parte a quanto previsto dal successivo articolo 52 il quale, prorogando nel tempo la previsione già contenuta nell'articolo 1, comma 1 del '*Decreto sblocca-cantieri*' n. 32 del 2019, sospende ora fino al 30 giugno 2023 il richiamato divieto di ricorrere all'appalto integrato.

Ulteriori semplificazioni riguardano il profilo procedimentale degli interventi di cui all'articolo in esame. Viene al riguardo previsto che: *i)* viene posto a base della gara il progetto di fattibilità tecnica ed economica di cui all'articolo 23, comma 5 del 'Codice'; *ii)* sul progetto di fattibilità tecnica ed economica posto a base di gara, è sempre convocata la conferenza di servizi c.d. 'preliminare' di cui all'articolo 14, comma 3, della legge 7 agosto 1990, n. 241; *iii)* l'affidamento avviene mediante acquisizione del progetto definitivo in sede di offerta ovvero, in alternativa, mediante offerte aventi a oggetto la realizzazione del progetto definitivo, del progetto esecutivo e il prezzo; *iv)* in ogni caso, alla conferenza di servizi indetta ai fini dell'approvazione del progetto definitivo partecipa anche l'affidatario dell'appalto il quale provvede, ove necessario, ad adeguare il progetto alle eventuali prescrizioni susseguenti ai pareri resi in sede di conferenza di servizi; *v)* a tal fine, entro cinque giorni dall'aggiudicazione ovvero dalla presentazione del progetto definitivo da parte dell'affidatario, qualora lo stesso non sia stato acquisito in sede di gara, il responsabile unico del procedimento avvia le procedure per l'acquisizione dei pareri e degli atti di assenso necessari per l'approvazione del progetto (comma 5).

Un ulteriore intervento di semplificazione riguarda l'acquisizione del parere da parte del Consiglio superiore dei LL.PP. di cui all'articolo 215 del 'Codice' (comma 7). Viene infatti previsto che tale parere sia acquisito sui progetti di fattibilità tecnica ed economica (e non su livelli progettuali di maggior dettaglio) per investimenti di importo superiore a 100 milioni di euro (tale previsione deroga alla generale previsione codicistica secondo cui il parere del CSLP viene ordinariamente reso sul progetto definitivo e per interventi di importo superiore a 50 milioni di euro).

Anche in questo caso, l'ammissione di un livello progettuale di livello inferiore rispetto a quello ordinariamente previsto dal 'Codice' mira evidentemente ad accelerare l'intero ciclo di vita dell'appalto e a semplificarne lo svolgimento.

Dal punto di vista degli istituti processuali, infine, l'articolo in esame stabilisce che, per le tipologie di appalti ivi disciplinate, trova applicazione l'articolo 125 del Codice del processo amministrativo il quale – come è noto – detta alcune disposizioni di accelerazione processuale inizialmente limitate alle sole 'grandi opere' della c.d. *legge obiettivo* n. 443 del 2001 e in seguito estese ad altre tipologie di interventi²⁴.

abbreviati, previsti dalle procedure ordinarie può compromettere la realizzazione degli obiettivi o il rispetto dei tempi di attuazione di cui al PNRR nonché al PNC e ai programmi cofinanziati dai fondi strutturali dell'Unione Europea».

²⁴ Come è noto, l'articolo in questione stabilisce che, per le opere che ricadono nel suo ambito di applicazione: *i)* la tutela cautelare può essere accordata solo all'esito di una valutazione comparativa fra i diversi interessi coinvolti, tenendo conto del «preminente interesse nazionale alla sollecita realizzazione dell'opera»; *ii)* l'eventuale annullamento dell'aggiudicazione non comporta l'annullamento del contratto e il risarcimento del danno eventualmente dovuto avviene solo per equivalente.

Per quanto riguarda le disposizioni in tema di esecuzione di cui all'articolo 50, va in primo luogo richiamata la previsione relativa all'esercizio del potere sostitutivo per il caso di mancata tempestiva stipula del contratto ovvero di mancata, tempestiva adozione di altri atti relativi al ciclo esecutivo, come quelli relativi alla consegna dei lavori (comma 2).

A fronte di tali inadempimenti e ritardi viene previsto che il dirigente titolare dell'esercizio del potere sostitutivo di cui all'articolo 2, comma 9-*bis* della legge n. 241 del 1990 attivi in modo automatico (e quindi, anche senza impulso di parte) tale potere, oltretutto entro un termine pari alla metà di quello originariamente previsto²⁵.

E' evidente la finalità acceleratoria della disposizione in esame se solo si consideri che, nel previgente sistema, il titolare del potere sostitutivo aveva la facoltà (ma non anche l'obbligo) di attivarsi a fronte dell'inerzia da parte degli organi responsabili dei singoli atti di gara.

Va comunque osservato che l'innovazione appena descritta non resta limitata al solo settore dei contratti pubblici, dal momento che essa risulta del tutto equivalente a quanto previsto dall'articolo 61 dello stesso Decreto n. 77 attraverso la modifica dell'articolo 2, commi 9-*bis* e 9-*ter* della legge n. 241 del 1990 relativi – appunto – all'esercizio del generale potere sostitutivo per il caso di inerzia da parte dei funzionari deputati all'adozione dei singoli atti.

Una seconda previsione finalizzata a garantire l'accelerazione della fase esecutiva consiste nella previsione secondo cui il contratto di appalto diviene efficace con la sola stipula, non trovando applicazione per i contratti in ambito PNRR e FNC la previsione dell'articolo 32, comma 12 (secondo cui «*il contratto è sottoposto alla condizione sospensiva dell'esito positivo dell'eventuale approvazione e degli altri controlli previsti dalle norme proprie delle stazioni appaltanti*»).

La previsione in esame opera quindi un'espressa deroga alla disciplina dei controlli preventivi che si estende (oltre che alle previsioni di cui all'articolo 32, in quanto espressamente richiamate) anche a quelle previste dalle singole discipline settoriali.

Di indubbio interesse è infine il comma 4 dell'articolo 50 il quale introduce un meccanismo premiante (strutturato come una sorta di '*penale rovesciata*') per il caso in cui l'appaltatore riesca ad ultimare i lavori in anticipo rispetto a quanto indicato nel bando o nell'avviso di indizione della procedura.

A tal fine viene previsto che le stazioni appaltanti (non *possano*, ma) *debbano* prevedere nell'ambito della *lex specialis* di gara apposite previsioni in base alle quali, in caso di ultimazione delle lavorazioni in anticipo rispetto a quanto inizialmente previsto, all'appaltatore sia riconosciuto (*scil*: all'esito del favorevole collaudo) un *premio di accelerazione* per ogni giorno di anticipo.

L'importo di tale *premio di anticipazione* sarà determinato sulla base dei medesimi criteri stabiliti per il calcolo della penale. Ad avviso di chi scrive, dal tenore della disposizione emerge che il premio in questione possa essere riconosciuto soltanto in caso di anticipato completamento dell'appalto nel suo complesso e non anche per il caso di accelerazioni relative a singoli stati di avanzamento (SAL).

La parte finale del comma 4 introduce, infine, una disposizione di indubbio *favor* per gli esecutori di appalti PNRR e FNC, limitando al 20 per cento dell'ammontare netto

²⁵ Tale previsione risulta in ogni caso del tutto coerente con la previsione di cui all'articolo 2, comma 9-*bis* della l. 241 del 1990 nel testo modificato proprio dall'articolo 61 del Decreto-legge in esame.

contrattuale l'importo che può essere irrogato a carico dell'appaltatore quale penale contrattuale ai sensi dell'articolo 113-*bis* del 'Codice' del 2016.

8. Le modifiche alla disciplina del subappalto (articolo 49)

L'articolo 49 del Decreto n. 77 reca un'ulteriore modifica alla disciplina del subappalto, che fa seguito a quelle già introdotte dal Decreto-legge 'sblocca-cantieri' (con previsioni che, oltretutto, il Decreto n. 77 del 2021 proroga ulteriormente fino al 31 dicembre 2023)²⁶.

L'articolo in esame mostra in modo piuttosto evidente il rischio connesso alla perpetuazione nel tempo di disposizioni derogatorie e *ad tempus*, come quelle introdotte – appunto – dal Decreto n. 32 del 2019.

Ed infatti:

- mentre l'articolo 49 del Decreto *Governance-PNRR* introduce – come fra breve si dirà – alcune modifiche a regime alla disciplina del subappalto di cui all'articolo 105 del 'Codice'
- al contrario, il successivo articolo 52 proroga nel tempo (e fino alla fine del 2023) alcune disposizioni introdotte *ad tempus* dal Decreto n. 32 e incidenti sui medesimi ambiti sostanziali (ivi compreso quello relativo al subappalto), in tal modo determinando un potenziale contrasto fra tali disposizioni.

Ora, l'articolo in esame affronta ancora una volta (come già si era fatto nel corso del 2019) il tema della procedura di infrazione avviata dalla Commissione europea nei confronti dell'Italia (anche) in relazione alla disciplina nazionale in tema di subappalto²⁷.

Come noto, infatti, la Commissione europea aveva censurato in particolare tre delle previsioni di cui all'articolo 105 del 'Codice': *i*) quella relativa alla fissazione di un limite quantitativo massimo della quota subappaltabile (fissata nel 2019 nella misura del 40 per cento); *ii*) quella relativa all'obbligo per il concorrente di indicare già in sede di offerta i possibili subappaltatori; *iii*) quella relativa al divieto di subappalto a cascata di cui al comma 18 dell'articolo 105.

Siccome gli interventi introdotti con il Decreto-legge n. 32 del 2019 non si erano rivelati risolutivi al fine della definizione della richiamata procedura di infrazione, il Legislatore del 2021 è ritornato sul tema attraverso una – piuttosto inusuale – tecnica normativa che prevede effetti articolati in due fasi temporali.

Probabilmente, la scelta legislativa in esame è stata ispirata dalla volontà di non introdurre in modo repentino le modifiche di sistema rese necessarie dalla richiamata procedura di infrazione (andandosi ad incidere su scelte normative talvolta coacervate nel tempo), ma di introdurre tali modifiche all'esito di un (sia pur breve) *décalage* temporale.

La scelta che ne è scaturita è stata dunque nel senso di introdurre una sorta di '*disciplina-tampone*' (destinata a durare per alcuni mesi e comunque non oltre il 31 ottobre 2021) e, allo stesso tempo, di introdurre già la disciplina 'a regime' in tema di subappalto per il tratto temporale successivo al 1° novembre 2021.

Per quanto riguarda la disciplina valevole per il periodo fino al 31 ottobre 2021, il Decreto n. 77 opera in tre direzioni: *i*) in primo luogo, elevando (dal 40 al 50 per cento) la

²⁶ Si veda sul punto l'articolo 52, comma 1, lettera a), num. 9.

²⁷ Si tratta della procedura di infrazione 2018/2273.

quota subappaltabile dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture; *ii*) in secondo luogo, modificando il comma 1 dell'articolo 105 del 'Codice' e chiarendo il carattere comunque eccezionale del ricorso al subappalto; *iii*) in terzo luogo vincolando il subappaltatore a garantire alle proprie maestranze un livello normativo ed economico non inferiore a quello cui era obbligato il contraente principale.

In conseguenza dell'elevazione (dal 40 al 50%) della quota subappaltabile, l'art. 49, co. 1, lett. a) del D.L. 77/2021 dispone l'immediata abrogazione del primo periodo del co. 18 dell'art. 1, D.L. 32/2019 (*i.e.*: della disposizione che aveva già elevato tale percentuale dal 30 al 40%).

Il successivo art. 52 dispone invece l'ulteriore proroga fino al 31 dicembre 2023 delle ulteriori previsioni del comma 18 che avevano già disposto la sospensione di alcune disposizioni codicistiche in tema di subappalto fatte oggetto di censura da parte dell'Esecutivo UE²⁸

Per quanto riguarda, invece, la disciplina a regime (valevole a far data dal 1° novembre 2021), il divieto di imporre in via preventiva e generalizzata limiti quantitativi al subappalto viene superato e, al contempo, sostituito con l'obbligo per le stazioni appaltanti di indicare nella documentazione di gara quali siano le porzioni delle lavorazioni che l'appaltatore principale dovrà necessariamente eseguire in proprio. Tale obbligo dovrà essere di volta in volta specificamente motivato sulla base di ragioni connesse alla natura o alla complessità delle prestazioni, all'esigenza di tutelare la sicurezza dei lavoratori o di prevenire fenomeni di infiltrazione criminale.

L'approccio in questione appare idoneo a soddisfare i dettami del diritto UE il quale, pur vietando agli Stati membri la fissazione di limiti generali e preventivi al subappalto, ammette invece la possibilità di introdurre siffatti limiti all'esito di una valutazione condotta *case by case*, in relazione alle peculiarità del singolo appalto.

In secondo luogo, l'articolo in esame dispone l'integrale abrogazione del comma 5 dell'articolo 105, in tal modo espungendo dall'Ordinamento interno (secondo quanto richiesto dalla Commissione europea) la fissazione preventiva *ex lege* di limiti quantitativi al subappalto.

In terzo luogo il Decreto *Governance-PNRR* apporta una modifica al comma 8 dell'articolo 105 del 'Codice' ed estende in modo significativo la responsabilità solidale che grava sul subappaltatore in caso di inadempimenti contrattuali o difformità esecutive.

In particolare:

- mentre il comma 8 dell'articolo 105, nel testo anteriore alla riforma del 2021, stabiliva a carico del subappaltatore una responsabilità di tipo solidale in relazione ai soli obblighi retributivi e contributivi nei confronti dei lavoratori
- al contrario, con la modifica di cui all'articolo 49, viene disposta la generalizzata estensione di tale forma di solidarietà a tutti i profili di responsabilità rinvenienti dall'esecuzione delle lavorazioni²⁹.

²⁸ In particolare, il D.L. 77/2021, art. 52 proroga fino al 31 dicembre 2023 la previsione di cui al secondo periodo del D.L. 32/2019, art. 1, co. 18 che già disponeva la sospensione dell'obbligo di indicazione della terna dei subappaltatori di cui all'art. 105, co. 6 del D.lgs. 50/2016.

²⁹ In sede di conversione del Decreto-legge n. 77 del 2021, è stata inoltre aggiunta una lettera *b-bis*) al comma 2 dell'articolo 49. Tale nuova disposizione (che interviene sul comma 7 dell'articolo 105 del 'Codice') stabilisce che «la dichiarazione del subappaltatore attestante l'assenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80 e il possesso dei requisiti speciali di cui agli articoli 83 e 84. La stazione appaltante verifica la dichiarazione di cui al secondo periodo del presente comma tramite la Banca dati nazionale di cui all'articolo 81».

Gli ultimi due commi dell'articolo in esame introducono disposizioni volte ad assicurare la piena operatività della Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici (BDNCP) di cui all'articolo 81 del '*Codice dei contratti*' del 2016.

Evidentemente, il rafforzamento e l'effettiva implementazione di tale Banca dati non risultano funzionali soltanto alla migliore realizzazione della mini-riforma in tema di subappalto, ma – più in generale – presentano un lato carattere di strumentalità rispetto all'intera riforma che interessa il settore dei contratti pubblici ai sensi del PNRR nazionale.

Si ritiene conclusivamente che le modifiche apportate dal Decreto n. 77 in tema di subappalto condurranno verosimilmente alla chiusura della procedura di infrazione avviata dall'Esecutivo UE nel corso del 2019. Occorrerà probabilmente un tempo di osservazione adeguato per comprendere se tale riforma risulterà al contempo adeguata a superare i profili di criticità che avevano tradizionalmente giustificato nel corso del tempo orientamenti di politica normativa di marcato sfavore nei confronti dell'istituto del subappalto in quanto tale.

9. Le modifiche (e le proroghe) alle previsioni del D.L. 32 del 2019 e del D.L. 76 del 2020

Come si è anticipato nella parte iniziale del presente contributo, il Decreto-legge n. 77 del 2021 non si è limitato a introdurre nel settore degli appalti pubblici e delle concessioni una serie di modifiche di carattere extracodicistico (in parte riferite ai soli appalti in ambito PNRR e FNC e in parte con valenza generale), ma è altresì intervenuto sulle previsioni che, nell'ultimo biennio circa, il Legislatore nazionale aveva già introdotto con ulteriori e diverse disposizioni (anch'esse in larga parte di carattere extracodicistico, settoriale e con valenza *ad tempus*).

In particolare, il Legislatore del 2021 è intervenuto *sia* sulle previsioni del Decreto-legge n. 32 del 2019 (c.d. '*Decreto sblocca-cantieri*'), *sia* su quelle del Decreto-legge n. 76 del 2020 (c.d. '*Decreto semplificazioni*', il quale aveva oltretutto già disposto la proroga dell'efficacia di numerose fra le disposizioni emergenziali introdotte nel corso del 2019).

L'effetto che ne è derivato (in disparte la condivisibilità e l'opportunità intrinseca delle singole disposizioni) è stato ancora nel senso di accentuare il carattere frammentario della disciplina di settore e la sostanziale marginalizzazione del ruolo del '*Codice dei contratti*' del 2016 nell'attuale fase di evoluzione dell'Ordinamento di settore.

Per quanto riguarda le previsioni del '*Decreto sblocca-cantieri*' del 2019, la novella del 2021 è intervenuta nella maggior parte dei casi prorogando (sino al giugno o al dicembre del 2023) le disposizioni *ad tempus* già previste dal Decreto n. 32.

In particolare:

- è stata prorogata fino al 31 dicembre 2023 la previsione dell'articolo 1, comma 1 (che ha sospeso l'efficacia di alcune disposizioni codicistiche, come quella in tema di obbligo di ricorso alle centrali di committenza per i comuni non capoluogo, di divieto di appalto integrato e di obbligo di trarre i commissari di gara dall'apposito elenco predisposto dall'ANAC). Viene tuttavia chiarito che l'eccezione all'obbligo di ricorso alle centrali di committenza non opera nel caso di interventi previsti nell'ambito del PNRR o del Fondo Nazionale Complementare. La previsione in esame mira evidentemente ad individuare un adeguato punto di equilibrio fra (da un lato)

l'esigenza di flessibilizzare l'operatività delle stazioni appaltanti di minori dimensioni e (dall'altro) quella di assicurare comunque il rilevante apporto tecnico delle centrali di committenza a fronte di appalti riconducibili al Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza;

- è stata prorogata fino al 30 giugno 2023 la previsione dell'articolo 1, comma 3 (che consente anche nei settori ordinari la c.d. 'inversione procedimentale' attraverso l'esame delle offerte prima della verifica di idoneità nei confronti degli offerenti);
- è stata estesa fino al 31 dicembre 2023 la previsione dell'articolo 1, comma 4 (che ammette la possibilità di avviare le procedure di affidamento anche nel caso in cui i relativi fondi siano limitati alla sola progettazione);
- è stata estesa fino al 31 dicembre 2023 la previsione dell'articolo 1, comma 6 (che ammette la possibilità di avviare le procedure di affidare i contratti di manutenzione sulla base del solo progetto definitivo);
- è stata prorogata fino al 30 giugno 2023 la previsione dell'articolo 1, comma 7 (che limita l'obbligatorietà del parere del Consiglio Superiore dei LL.PP. al solo caso di progetti di valore superiore a 100 milioni di euro). La disposizione in questione va letta in combinato disposto con quella di cui al precedente articolo 44, comma 1-ter, il quale – come si è già visto – limita ulteriormente i casi di espressione di tale parere per le opere pubbliche di particolare complessità o di rilevante impatto contemplate dal medesimo articolo 44;
- è stata prorogata fino al 30 giugno 2023 la previsione dell'articolo 1, comma 7 (che ammette per l'appaltatore la possibilità di proporre riserve anche in relazione ad aspetti del progetto che siano stati già oggetto di verifica – in al modo estendendo altresì la possibilità di proporre l'accordo bonario di cui all'articolo 205 del 'Codice' -);
- è stata prorogata fino al 31 dicembre 2023 la previsione dell'articolo 1, comma 15 (che consente, in relazione alle infrastrutture strategiche di cui al Decreto legislativo n. 163 del 2006, l'approvazione del progetto definitivo da parte del solo soggetto aggiudicatore);
- è stata prorogata fino al 31 dicembre 2023 la previsione dell'art. 1, comma 18 (che sospende l'operatività di alcune previsioni codicistiche in tema di subappalto);
- è stata prorogata fino al 30 dicembre 2023 la previsione dell'articolo 1, comma 4 (che introduce la possibilità di nominare Commissari straordinari – con poteri derogatori – in relazione ad interventi infrastrutturali caratterizzati da un elevato grado di complessità).

Come si è già più volte accennato, il Decreto-legge *Governance-PNRR* è inoltre intervenuto su numerose delle disposizioni del '*Decreto-legge semplificazioni*' n. 76 del 2020, nella maggior parte dei casi prorogando nel tempo l'efficacia di alcune sue disposizioni a valenza temporale limitata.

In particolare, con l'intervento normativo del 2021:

- è stata prorogata fino al 30 giugno 2023 la previsione dell'articolo 1, comma 1 (il quale aveva introdotto, come è noto, un sistema derogatorio e *ad tempus* per gli appalti sotto-soglia da affidare nel periodo emergenziale connesso alla pandemia da Covid-19); Allo stesso tempo il Legislatore del 2021 ha introdotto una sorta di mini-riforma della materia degli affidamenti sotto-soglia da indire nel corso della fase pandemica. In particolare (e in sintesi): *i*) per gli appalti di lavori sono stati ridotti da tre a due gli scaglioni di importi relativi alle procedure negoziate senza la previa pubblicazione di un bando di gara (attualmente, si tratta degli appalti di lavori di importo compreso fra

150mila euro e un milione e di quelli di importo compreso fra un milione di euro e le soglie di rilevanza UE); *ii*) per gli appalti di servizi e forniture è stata estesa da 75mila a 139mila euro la soglia fino alla quale è consentito l'affidamento diretto, mentre per gli affidamenti compresi fra 139mila euro e le soglie di rilevanza UE viene ora ammessa la procedura negoziata senza bando)³⁰;

- è stata prorogata fino al 30 giugno 2023 la previsione dell'articolo 2 (il quale aveva introdotto a propria volta una disciplina derogatoria e *ad tempus* per gli affidamenti sopra-soglia da indire nell'ambito del medesimo turno temporale);
- è stata prorogata fino al 30 giugno 2023 la previsione dell'articolo 3 (il quale aveva introdotto a propria volta una disciplina derogatoria e *ad tempus* per gli affidamenti sopra-soglia deliberati nel corso del medesimo periodo);
- è stata prorogata fino al 30 giugno 2023 la previsione dell'articolo 5 (il quale aveva introdotto alcune disposizioni speciali, derogatorie e temporanee in tema di esecuzione del contratto);
- è stata prorogata fino al 30 giugno 2023 la previsione dell'articolo 6 (il quale aveva innovato – per la quarta volta in pochi anni – la disciplina in tema di collegio consultivo tecnico - CCT)³¹. Al contempo, il Decreto n. 77 ha modificato in parte la disciplina in tema di Collegio consultivo tecnico (CCT) prevedendo – fra l'altro – l'approvazione da parte del Ministero delle Infrastrutture e della Mobilità sostenibili di apposite linee-guida volte a definire (*inter alia*) «*i requisiti professionali e i casi di incompatibilità dei membri e del Presidente del collegio consultivo tecnico, i criteri preferenziali per la loro scelta, i parametri per la determinazione dei compensi rapportati al valore e alla complessità dell'opera, nonché all'entità e alla durata dell'impegno richiesto ed al numero e alla qualità delle determinazioni assunte, le modalità di costituzione e funzionamento del collegio e il coordinamento con gli altri istituti consultivi, deflativi e contenziosi esistenti*»;
- è stata prorogata fino al 30 giugno 2023 la previsione dell'articolo 8, comma 1 (il quale aveva introdotto disposizioni di notevole valenza pratica – *inter alia* – in tema di consegna dei lavori in via d'urgenza e aveva consentito di indire procedure di gara anche in deroga ai generali obblighi di programmazione della spesa che ispirano il Codice di settore).

Ai limitati fini che qui rilevano si osserva che con l'articolo qui in esame è stata altresì prorogata l'efficacia di ulteriori previsioni del Decreto n. 76 del 2020 che non presentano diretta attinenza con il settore dei contratti pubblici, come quelle relative: *i*) alla deroga a talune disposizioni in tema di abitabilità degli edifici fissate dal d.P.R. 380 del 2001; *ii*) all'accelerazione dei lavori nell'ambito delle conferenze di servizi decisorie di cui all'articolo 14 della l. 241 del 1990; *iii*) alla limitazione delle ipotesi di responsabilità per

³⁰ Nel previgente sistema introdotto dal Decreto-legge n. 76 del 2020 era invece previsto: *i*) che per gli appalti di lavori fossero fissati tre scaglioni di importi relativi alle procedure negoziate senza la previa pubblicazione di un bando di gara (rispettivamente, per gli appalti di importo compreso fra 150mila e 350mila euro; per quello di importo compreso fra 350mila e un milione di euro e per quelli di importo compreso fra un milione di euro e le soglie di rilevanza UE); *ii*) per gli appalti di servizi e forniture fossero fissati due scaglioni di importo: per quelli di importo fino a 75mila euro era ammesso l'affidamento diretto, mentre per quelli di importo compreso fra 75mila euro e le soglie di rilevanza UE era ammessa l'indizione di una procedura negoziata senza bando.

³¹ Sul punto sia ancora consentito richiamare C. CONTESSA, *Le novità del 'Decreto semplificazioni', ovvero: nel settore dei contratti pubblici esiste ancora un 'Codice'?*, in *Urbanistica e appalti*, fasc. 6/2020, p. 757, segg.

danno erariale a carico dei funzionari pubblici che, nel corso della crisi pandemica, abbiano realizzato *errores* di carattere commissivo (e non anche di carattere omissivo).

L'inclusione di tali previsioni di proroga nell'ambito del Titolo IV del Decreto-legge (espressamente rubricato *Contratti pubblici*) accresce il complessivo carattere di sistematicità che caratterizza *in parte qua* l'intero intervento normativo in esame.

10. Le semplificazioni in tema di acquisto di beni e servizi informatici (art. 53)

L'articolo 53 del Decreto-legge n. 77 del 2021 reca (come significativamente indicato in rubrica) misure di semplificazione degli acquisti di beni e servizi informatici strumentali alla realizzazione del PNRR e in materia di procedure di *e-procurement* e acquisto di beni e servizi informatici.

In realtà, il contenuto dell'articolo in esame è duplice:

- per un verso esso introduce specifiche misure di semplificazione per l'acquisto di beni e servizi informatici in ambito PNRR (presentando quindi una valenza certamente rilevante ma *ad tempus*);
- per altro verso esso apporta alcune modifiche *a regime* al Codice dei contratti pubblici del 2006, incidendo essenzialmente sul ruolo conoscitivo svolto da ANAC e – per essa – dalla Banca dati nazionale dei contratti pubblici, oggi prevista dall'articolo 213, comma 8 del 'Codice' del 2016.

Per quanto riguarda il primo gruppo di disposizioni (in particolare, commi da 1 a 4), l'articolo in rassegna prevede la possibilità, per quanto riguarda gli appalti aventi ad oggetto l'acquisto di beni e servizi informatici, di ricorrere a una particolare forma di procedura negoziata senza la previa pubblicazione di un bando di gara, a condizione che tale acquisto si collochi nell'ambito delle procedure di realizzazione del PNRR e che l'atto di avvio del relativo procedimento sia adottato entro il 31 dicembre 2026.

Le stazioni appaltanti potranno, in particolare, ricorrere a tale tipologia di affidamento per l'acquisto di servizi basati sulla tecnologia *cloud*, nonché di servizi di connettività.

Specifiche misure di semplificazione vengono inoltre introdotte (non solo per le procedure di gara, ma anche) per la stipula del contratto e l'avvio della relativa esecuzione. Viene, in particolare, richiamata la previsione di cui all'articolo 75, comma 3 del Decreto-legge n. 18 del 2020 il quale consente di procedere sulla base di una semplice dichiarazione di parte attestante il possesso dei necessari requisiti (in specie, di ordine soggettivo). Resta comunque ferma la previsione di cui all'articolo 32, commi 9 e 10 del 'Codice' il quale – come è noto – impone il rispetto di un termine di *standstill* pari ad almeno trentacinque giorni fra l'effettuazione dell'ultima delle comunicazioni di legge inerenti l'aggiudicazione e la possibile stipula.

Sempre in relazione ai contratti aventi ad oggetto l'acquisizione di beni e servizi informatici per la realizzazione del PNRR viene previsto uno specifico rafforzamento del ruolo della struttura della Presidenza del Consiglio dei ministri competente per l'innovazione tecnologica e la transizione digitale (*i.e.*: del Dipartimento per la transizione digitale di cui al dPCM 19 giugno 2019)

L'articolo in esame stabilisce infatti che tale struttura, sentita l'AgID, rilasci pareri obbligatori e vincolanti (ai sensi del D.lgs. 82 del 2005, articolo 14-*bis*) in relazione alle procedure di affidamento di beni e servizi informatici che siano ritenute strategiche per

assicurare il conseguimento degli specifici obiettivi di trasformazione digitale previsti dal PNRR (comma 3). Agli stessi fini, viene inoltre previsto che la medesima struttura possa dettare prescrizioni obbligatorie e vincolanti per le amministrazioni aggiudicatrici (*scil*: anche non statali) in ordine alle modalità organizzative e ai tempi di svolgimento delle procedure di affidamento necessarie al fine di conseguire gli specifici obiettivi di trasformazione digitale fissati dal PNRR (comma 4).

Come si è anticipato all'inizio del presente paragrafo, l'articolo 53 introduce altresì puntuali modifiche al '*Codice dei contratti pubblici*' del 2016 essenzialmente dedicate ai principi in materia di pubblicità e trasparenza e al ruolo della Banca dati nazionale dei contratti pubblici tenuta da ANAC (BDNCP). Tali modifiche, come si è detto, non restano limitate ai soli contratti da stipulare ai fini della realizzazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza, ma presentano un carattere tendenzialmente a regime.

L'obiettivo cui è rivolta la novella del 2021 è estremamente ambizioso: si mira, in sintesi, a una piena riconduzione ad unità (quanto meno, nella logica dell'interoperabilità) dei diversi sistemi informativi pubblici attualmente operanti (e talora, non operanti) nella materia della contrattualistica pubblica.

Si tratta di un obiettivo al quale il legislatore ha più volte mirato negli ultimi lustri, spesso disattendendo – purtroppo – sin dall'inizio gli affermati obiettivi di semplificazione, attraverso l'istituzione di modelli operativi caratterizzati da numerosi attori e strumenti operativi, spesso non adeguatamente coordinati fra loro.

L'auspicio, naturalmente, è che il tentativo da ultimo effettuato con il Decreto n. 77 vada finalmente nella direzione sperata e lo faccia con mezzi e strumenti adeguati³².

Per quanto riguarda i principi in materia di trasparenza di cui all'articolo 29 del '*Codice*', viene stabilito che gli obblighi di pubblicazione sul profilo di committente delle singole stazioni appaltanti non restino limitati alle sole procedure di affidamento, ma siano estesi anche alla fase dell'esecuzione.

Per quanto riguarda il raccordo operativo fra le diverse Banche dati operanti nel settore dei contratti pubblici:

- viene rafforzato il ruolo della BDNCP, imponendo che nella stessa siano indicate *«tutte le informazioni inerenti agli atti delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori relativi alla programmazione, alla scelta del contraente, all'aggiudicazione e all'esecuzione (...)*»;
- viene sancito il sostanziale superamento della dicotomia fra la pubblicazione sulla BDNCP e quella sul sito informativo del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti (in seguito: Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili MiMS -)
- viene precisato che l'obbligo di garantire l'interoperabilità dei sistemi informativi delle diverse pubbliche amministrazioni sia esteso anche alle regioni;
- viene affermato il duplice principio della unicità del luogo di pubblicazione e di unicità dell'invio delle informazioni, in conformità alle previsioni delle Linee guida AgID in tema di interoperabilità;

³² Va tuttavia osservato che in chiusura dell'articolo 53 è stata inserita una clausola di invarianza finanziaria ai sensi della quale *«l'ANAC provvede all'attuazione delle disposizioni del presente articolo con le risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente, senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica»*. Ciò comporta che obiettivi sistematici e operativi estremamente ambiziosi (e, si ritiene, onerosi) dovranno essere realizzati, di fatto, senza poter disporre di alcuna risorsa economica aggiuntiva.

- viene demandato all'ANAC (e non più al MiMS) il compito di individuare i dati concernenti la partecipazione alle gare e il relativo esito, in ordine ai quali sono necessarie le verifiche di legge;
- viene prevista l'istituzione, presso la BDNCP, del *fascicolo virtuale dell'operatore economico*, nel quale sono presenti i dati relativi al possesso dei requisiti di ordine generale di cui all'articolo 80 del 'Codice', nonché quelli relativi ai criteri di selezione di cui al successivo articolo 83 che lo stesso operatore economico mette a disposizione del sistema. I dati desumibili dal fascicolo virtuale in questione possono essere utilizzati ai fini delle relative verifiche in ordine a una pluralità di gare;
- al fine di rendere aggiornato e fruibile il *fascicolo virtuale dell'operatore economico* viene previsto che le amministrazioni competenti al rilascio delle certificazioni di cui all'articolo 80 realizzano, mediante adozione delle necessarie misure organizzative, sistemi informatici atti a garantire alla Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici la disponibilità in tempo reale delle dette certificazioni in formato digitale, mediante accesso alle proprie banche dati, con modalità automatizzate mediante interoperabilità secondo le modalità individuate dall'AgID attraverso l'emanazione di apposite linee guida.

11. Gli interventi finalizzati ad accelerare le procedure per la ricostruzione post-terremoto nella regione Abruzzo

L'articolo 54 del Decreto n. 77 del 2021 reca un complesso di disposizioni finalizzate a favorire il più celere svolgimento delle procedure connesse all'affidamento e all'esecuzione dei contratti pubblici per gli interventi di ricostruzione nei comuni interessati dagli eventi sismici dell'aprile 2019 in Abruzzo.

A tal fine viene esteso e reso pienamente operativo per tale tipologia di affidamenti lo strumento dall'Anagrafe antimafia degli esecutori di cui all'articolo 30, comma 6 del Decreto-legge n. 189 del 2016 (recante interventi urgenti in favore delle popolazioni colpite dagli eventi *sismici del 2016* nelle regioni Lazio, Marche, Umbria e Abruzzo).

Viene in particolare previsto che gli operatori economici interessati a partecipare, a qualunque titolo e per qualsiasi attività, agli interventi di ricostruzione nella regione Abruzzo in conseguenza degli eventi sismici del 2009 debbano essere iscritti all'Anagrafe antimafia degli esecutori di cui al citato articolo 30, comma 6 del Decreto-legge n. 189, con contestuale soppressione della Sezione speciale già istituita nel corso del 2016.

Al fine di accelerare il (purtroppo lento) processo di ricostruzione conseguente agli eventi sismici del 2009, viene altresì previsto che le amministrazioni assegnatarie delle risorse individuate nei piani annuali possano delegare per l'attuazione delle opere e tramite stipula di un accordo ai sensi dell'articolo 15 dell'articolo 15 della legge n. 241 del 1990 l'Ufficio speciale per la ricostruzione territorialmente competente. Tale Ufficio, al fine di accelerare il processo di ricostruzione, eserciterà il ruolo di soggetto attuatore degli interventi pubblici già finanziati o in corso di programmazione, nell'ambito delle risorse umane disponibili a legislazione vigente (comma 2-*bis*).

In sede di conversione del Decreto-legge il Parlamento ha introdotto un'ulteriore disposizione finalizzata ad accelerare e semplificare ulteriormente le procedure di appalto volte alla ricostruzione post-sisma.

Viene a tal fine previsto che, al fine di favorire il più celere svolgimento delle procedure connesse all'affidamento e all'esecuzione dei contratti pubblici, la Struttura di missione per il coordinamento dei processi di ricostruzione e sviluppo dei territori colpiti dal sisma del 6 aprile 2009 possa individuare, sulla base di specifica motivazione, interventi che rivestono un'importanza essenziale ai fini della ricostruzione dei territori colpiti dal sisma del 6 aprile 2009. Tali interventi potranno essere realizzati sulla base di una procedura negoziata senza la previa pubblicazione di un bando di gara (ma da svolgere comunque nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza e rotazione). A tal fine, l'invito alla procedura (contenente l'indicazione dei criteri di aggiudicazione dell'appalto) dovrà essere rivolto ad almeno cinque operatori economici iscritti nell'Anagrafe antimafia degli esecutori ovvero in uno degli elenchi tenuti dalle prefetture - uffici territoriali del Governo ai sensi della legge n. 190 del 2012 che abbiano presentato domanda di iscrizione nella predetta Anagrafe. I lavori saranno affidati sulla base della valutazione delle offerte effettuata da una commissione giudicatrice costituita secondo le modalità stabilite dall'articolo 216, comma 12 del 'Codice dei contratti pubblici' del 2016.

12. Le (limitate) modifiche alla legge n. 241 del 1990 in tema di potere sostitutivo e di silenzio-assenso

Gli articoli 61 e 62 del Decreto-legge n. 77 del 2021 (che insieme ai successivi articoli 63 e 63-*bis* compongono il Titolo VI)³³ recano alcune previsioni di un certo interesse che novellano le previsioni della legge generale del 1990 sul procedimento, pur senza introdurre nell'ambito di tale legge una riforma organica di effettivo respiro sistematico.

Va premesso che gli interventi in questione non hanno portata limitata alla realizzazione degli interventi del PNRR ma assumono valenza generale (e, oltretutto, non temporalmente limitata al periodo 2021-2026).

Il primo degli interventi in questione è riferito all'articolo 2, commi 9-*bis* e 9-*ter* della legge generale del 1990 e riguarda l'esercizio del potere sostitutivo nel caso di inerzia da parte del responsabile unico di cui all'articolo 5 della medesima legge³⁴.

Viene, in particolare, previsto che l'esercizio del potere sostitutivo potrà essere demandato (non solo ad un apposito dirigente apicale diverso dal responsabile unico del procedimento, ma) anche ad apposita unità organizzativa.

Dal disposto normativo non è del tutto chiaro se tale previsione presupponga l'istituzione di un'apposita unità organizzativa essenzialmente dedicata all'esercizio del solo potere sostitutivo (in modo, per così dire, *orizzontale e generalizzato*), ovvero se il legislatore abbia inteso soltanto riferirsi all'individuazione di un'ordinaria unità organizzativa diversa da quella la cui inerzia ha reso necessaria l'attivazione del potere sostitutivo.

³³ Il Titolo VI della Parte II del Decreto-legge n. 77 del 2021 è, appunto, rubricato 'Modifiche alla legge 7 agosto 1990, n. 241'.

³⁴ In particolare, il comma 9-*bis* (relativo all'esercizio del potere sostitutivo) è stato introdotto nel corpus della legge n. 241 del 1990 dal decreto-legge n. 5 del 2012 (*Disposizioni urgenti in materia di semplificazione e di sviluppo*) e successivamente modificato dal decreto-legge n. 83 del 2012 (*Misure urgenti per la crescita del Paese* – c.d. 'Cresci Italia').

Sempre in relazione all'esercizio di tale potere, con la novella del 2021 è stato integralmente sostituito il comma 9-ter dell'articolo 2 ed è stato chiarito che il dirigente o l'unità organizzativa titolare del potere sostitutivo, una volta scaduto il termine di legge per la conclusione del procedimento in via ordinaria, debba attivarsi (*motu proprio* o su impulso del soggetto interessato) per esercitare in concreto la necessaria sostituzione.

Viene altresì previsto che, in tali ipotesi, il dirigente o l'apposita unità organizzativa siano tenuti ad esercitare il potere sostitutivo e che, entro un termine pari alla metà di quello originariamente previsto, debbano concludere il procedimento attraverso le strutture competenti o con la nomina di un commissario.

Tale chiarimento è senz'altro importante in quanto aggiunge un carattere di officiosità e necessità al meccanismo delineato dal legislatore, chiarendo un aspetto (quello relativo al carattere obbligatorio o facoltativo del potere sostitutivo) che era per alcuni anni rimasto non del tutto risolto.

Il meccanismo legale in tal modo delineato risulta di estremo interesse sistematico e occorrerà seguire con grande attenzione la sua concreta operatività. Di certo, laddove tale nuovo meccanismo fosse assistito da successo, esso rappresenterebbe uno strumento potenzialmente rilevantissimo per conseguire gli obiettivi di funzionalità ed efficienza degli apparati amministrativi che più volte sono mancati, pure a seguito delle numerose riforme di sistema degli ultimi decenni.

Nel sospendere sul punto qualunque giudizio sul nuovo meccanismo legislativo, ci si limita ad osservare che, laddove lo stesso conseguisse in pieno gli obiettivi prefissati, uno degli effetti sarebbe quello di privare sostanzialmente di qualunque utilità il meccanismo processuale del c.d. 'rito del silenzio' di cui agli articoli 31 e 117 del Codice del processo amministrativo del 2010.

Ed infatti, se risultasse davvero funzionale un meccanismo amministrativo di carattere obbligatorio ed automatico volto al superamento dell'inerzia della P.A., ne risulterebbe in gran parte (se non *in toto*) superata la stessa ragione storica per cui la giurisprudenza prima e il Legislatore poi avevano delineato il richiamato meccanismo processuale di superamento dell'inerzia amministrativa.

Il secondo degli interventi normativi apportati dalla novella del 2021 sull'impianto della legge generale n. 241 riguarda la disciplina del silenzio-assenso.

In particolare, il Decreto-legge n. 77 ha inteso affrontare un problema pratico che spesso si presenta nelle ipotesi legali di silenzio-assenso: quello di coniugare (da un lato) l'operatività del meccanismo finzionistico legale e (dall'altro) l'esigenza per il richiedente di disporre comunque di un documento il quale attesti la sussistenza dei presupposti legali per l'operatività del silenzio-assenso e il decorso del termine legale a tal fine previsto dal legislatore.

Al fine di risolvere tale esigenza di ordine pratico viene aggiunto un nuovo comma 2-bis nell'ambito dell'articolo 20 della legge n. 241 del 1990 e viene previsto che *«nei casi in cui il silenzio dell'amministrazione equivale a provvedimento di accoglimento ai sensi del comma 1, fermi restando gli effetti comunque intervenuti del silenzio assenso, l'amministrazione è tenuta, su richiesta del privato, a rilasciare, in via telematica, un'attestazione circa il decorso dei termini del procedimento e pertanto dell'intervenuto accoglimento della domanda ai sensi del presente articolo. Decorsi inutilmente dieci giorni dalla richiesta, l'attestazione è sostituita da una dichiarazione del privato ai sensi dell'articolo 47 del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445»*.

13. Alcune (provvisorie) conclusioni: l'Amministrazione pubblica ai tempi del PNRR fra ricerca di funzionalità e il ricorso a moduli straordinari

Le novità normative introdotte dal Decreto-legge n. 77 del 2021 sono talmente numerose ed eterogenee da rendere pressoché impossibile qualunque tentativo di riconduzione ad unità o di esprimere valutazioni valide per l'intero intervento normativo in esame.

Non è certamente nuovo il tentativo di risolvere alcune ataviche difficoltà ed inefficienze dell'Amministrazione pubblica italiana attraverso l'introduzione di un complesso articolato di disposizioni derogatorie, settoriali e *ad tempus*, ispirate nel loro complesso dall'esigenza di attenuare taluni vincoli di ordine operativo.

L'esperienza degli ultimi decenni ha tuttavia dimostrato che troppo spesso il tentativo di *'fare le semplificazioni per legge'* (e non attraverso un'accorta opera di ridefinizione organizzativa dei processi) produce l'unico risultato di appesantire ulteriormente l'ordinamento amministrativo di nuovi sub-sistemi normativi la cui presenza, invece di semplificare la disciplina di settore, finisce per rappresentare essa stessa un elemento di frammentarietà e – in ultima analisi – di complicazione.

E' vero (ed è innegabile) che lo strumento della decretazione d'urgenza risulta di per sé incompatibile con qualunque tentativo di riforma organica dei singoli settori dell'Ordinamento (laddove ciò si realizzasse, si determinerebbe a ben vedere una sorta di ossimoro).

D'altra parte si ritiene che l'esperienza maturata negli ultimi decenni abbia dimostrato che il tentativo di risolvere la complessità e l'inefficienza organizzativa che talora caratterizza rilevanti settori degli apparati pubblici nazionali attraverso strumenti d'urgenza (per di più eccezionali e derogatori) quasi mai abbia consentito di raggiungere davvero gli obiettivi sperati (anche se è innegabile che il ricorso alla decretazione d'urgenza fornisce spesso la rassicurante sensazione di aver risolto problemi assai complessi con soluzioni assai semplici, salvo scoprire dopo poco tempo che le cose non stano esattamente così).

Ebbene, nell'accogliere comunque con favore il tentativo da ultimo compiuto per tentare di semplificare (in particolare) la disciplina dei contratti pubblici, non si può che sospendere qualunque giudizio sul punto, in attesa della verifica dei relativi risultati.

L'auspicio però è che (piuttosto che affrontare la complessità e le problematiche amministrative attraverso il ripetuto ricorso a strumenti emergenziali) si possa tentare di avviare una riforma organica e a regime degli apparati amministrativi e delle relative regole di funzionamento.

A tal fine, l'introduzione delle numerose e importanti novità operative imposte dall'esigenza di realizzare gli obiettivi del PNRR (anche alla luce del rilevante orizzonte temporale che caratterizza tale Piano) potrebbe rappresentare una preziosa occasione per realizzare finalmente una riforma organica e meditata di alcuni settori-chiave dell'attività amministrativa (fra i quali quello della contrattualistica pubblica rappresenta di certo uno dei più significativi e rilevanti).

Claudio Contessa

Presidente di Sezione del Consiglio di Stato
Pubblicato il 21 dicembre 2021