

MICHELE COZZIO*, GIOVANNI LOMBARDO**
RIFLESSIONI E PROPOSTE
PER UNA MAGGIORE QUALITÀ
DELLE REGOLE DEI CONTRATTI PUBBLICI

Sommario: 1. Premesse e punti fermi; 2. Una recente esperienza di valutazione delle regole; 3. Considerazioni finali.

1. Premesse e punti fermi

In questo scritto proviamo a trasferire al settore dei contratti pubblici alcune riflessioni condivise durante gli incontri organizzati nel 2020 e 2021 dal gruppo di studio dell'Università dell'Insubria sull'applicazione degli insegnamenti delle scienze comportamentali alle politiche pubbliche. Si tratta di argomenti sfidanti finora poco praticati dai giuristi¹: basandosi sulle regolarità comportamentali degli individui permettono di capire, e prevedere, *se e quanto* regole ed altre soluzioni sono efficaci rispetto alle finalità che perseguono. Le conoscenze impegnate attingono alla psicologia (cognitiva, sociale, antropologica), alla psicomètria, alle neuroscienze, si avvantaggiano della disponibilità di grandi moli di dati e di potenti capacità computazionali. Ne derivano sviluppi promettenti e importantissimi che possono contribuire, tra l'altro, al miglioramento della qualità e dell'efficacia delle regole; non a caso, in alcuni settori, l'analisi

* Professore a contratto presso l'Università degli Studi di Trento.

** Professore a contratto di Metodi e tecniche per l'analisi dei dati e CEO dello spin off universitario Sigma NL, Università degli Studi di Genova.

1 Si veda R. Viale, *Che cos'è l'analisi comportamentale delle politiche pubbliche*, in R. Viale, L. Macchi (a cura di), *Analisi comportamentale delle politiche pubbliche*, il Mulino, Bologna, 2021, pp. 20-22. L'analisi comportamentale porta a individuare empiricamente o per analogia con altre situazioni se uno strumento abbia la capacità di determinare il cambiamento voluto, col risultato di permettere al decisore pubblico di prevedere gli effetti delle norme / degli strumenti adottati ed eventualmente calibrarli in relazione agli obiettivi desiderati. Nel volume gli Autori offrono un'ampia disamina di esperienze e riflessioni riguardanti l'applicazione dell'analisi comportamentale alle politiche sociali, ambientali e fiscali.

comportamentale rappresenta uno strumento già ampiamente utilizzato, mentre in altri rimane una tecnica in gran parte inesplorata.

Ad esempio, i metodi dell'analisi comportamentale e le ricadute sono note nel settore consumeristico. Lo avvertiamo ogni volta che compriamo servizi e prodotti attraverso i mercati digitali: la profilazione del consumatore, i rating reputazionali dei venditori e di qualità dei prodotti facilitano gli scambi commerciali, aumentano la varietà delle scelte, i risparmi di tempo, il potere di acquisto. Non sono del tutto noti, invece, i meccanismi sottesi a tali vantaggi, le logiche di funzionamento degli algoritmi che applicano gli insegnamenti dell'analisi comportamentale, i gruppi di potere (pubblici e/o privati) beneficiari finali².

Nonostante queste zone grigie, non prive di criticità³, possiamo individuare un punto fermo: la tendenza a condividere dati (personali e non), la

-
- 2 Sia consentito rinviare alle osservazioni di M. Cozzio, *Effetti della mutazione giuridica: la trasparenza come bene comune?*, in *Annuario di diritto comparato e studi legislativi*, 2019, p. 107 e ss. Per una visione completa del fenomeno si veda L. Floridi, *The Fourth Revolution. How the Infosphere is Reshaping Human Reality*, Oxford University Press, 2014 (trad. it. *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2017).
- 3 Ci si riferisce soprattutto a prassi applicative con implicazioni che, in assenza di contesti normativi adeguati e tutele incisive, possono determinare discriminazioni, manipolazioni, rischi per la sicurezza, la riservatezza, l'autodeterminazione nei comportamenti, squilibri nel mercato. Sul punto, gli esperti qualificano tali prassi come interventi di *mass personalization*, quali *instant personalization*, *predictive marketing*, *personalized pricing and election campaigns*, ecc.; W. Christl, *Corporate Surveillance in Everyday Life. How Companies Collect, Combine, Analyze, Trade, and Use Personal Data on Billions*, Cracked Lab, Vienna, 2017, pp. 65-83. Sul tema W. Christl, S. Spiekermann, *Networks of Control. A Report on Corporate Surveillance, Digital Tracking, Big Data & Privacy*, Facultas, Vienna, 2016; anche A. Mantelero, G. Vaciego, *The "Dark Side" of Big Data: Private and Public Interaction in Social Surveillance*, in *Computer Law Rev. Int.*, 2013, 1, p. 161-169. Con approccio sociologico, tra i molti, D. Lyon (edited by), *Surveillance as Social Sorting. Privacy, Risk, and Digital Discrimination*, Routledge, New York, 2003; Id., *Surveillance Studies: An Overview*, Cambridge Polity Press, 2007, p. 14, ove l'Autore definisce il concetto di "sorveglianza nell'età digitale"; Z. Bauman e D. Lyon – *Sesto potere. La sorveglianza nella modernità liquida*, Roma – Bari, Laterza, 2014; F. Di Porto, *La regolazione degli obblighi informativi. Le sfide delle scienze cognitive e dei big data*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017. Più recentemente è significativa l'opera della filosofa Shoshana Zuboff, *The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*, 2019 (trad. it., *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, Roma, LuissUniversity Press, 2019). Con riferimento a questi fenomeni emerge la necessità di considerare nuovi livelli di regolamentazione a protezione della dimensione collettiva degli individui, tenuto conto delle

crescita delle piattaforme digitali e degli oggetti connessi alla rete internet, le capacità di analisi dei mega dati stanno ampliando enormemente le possibilità di *conoscere* i comportamenti individuali e di gruppo⁴. In altri termini, vi sono le condizioni per una conoscenza sempre più profonda dei comportamenti, delle preferenze, delle scelte delle persone, sia come individui, sia come gruppi sociali.

Ci si può chiedere se gli insegnamenti dell'analisi comportamentale e le informazioni che ne derivano possono portare vantaggi anche nella sfera delle politiche pubbliche, sin dalla fase di elaborazione delle soluzioni e delle regole da adottare.

Non abbiamo elementi per rispondere in modo definitivo ma non possiamo disconoscere il fatto che le scienze comportamentali e gli approcci che ne derivano sono ormai radicati nelle pratiche di moltissime istituzioni a livello globale. La ricognizione operata dall'OCSE nel 2017 ha rilevato che oltre 300 istituzioni pubbliche ricorrono sistematicamente agli strumenti e alle modalità dell'analisi comportamentale. Questa tendenza è riscontrabile anche nell'ambito dell'Unione europea: a partire dal 2007 e nel volgere di pochi anni l'approccio comportamentale ha progressivamente caratterizzato l'azione e le iniziative della Commissione europea. Dal 2019, inoltre, le Direzioni generali della Commissione possono fare affidamento su un gruppo di specialisti dell'analisi comportamentale, denominato *Competence Centre on Behavioural Insights*, incardinato presso il Centro comune di ricerca⁵.

L'approccio comportamentale nasce da una presa di coscienza, sempre più diffusa, che le decisioni pubbliche sono elaborate sulla base di informazioni imperfette, che non tengono conto dei limiti cognitivi a cui sono soggetti non solo i fruitori di quelle politiche, ma anche coloro che sviluppano e mettono in opera quelle politiche senza considerare comportamenti e preferenze reali degli

capacità predittive e di persuasione esercitabili, ad esempio, sulle scelte elettorali. Sul tema, oggetto di crescente attenzione da parte degli studiosi, si veda M. Mezza, *Algoritmi di libertà. La potenza del calcolo tra dominio e conflitto*, Roma, Donzelli editore, 2018.

- 4 Non a caso, il mondo digitale rappresenta l'ambiente ideale per l'applicazione e l'analisi delle scienze comportamentali, in quanto gli utenti prendono continue decisioni, sistematicamente tracciate e memorizzate, in un contesto che può essere modificato in tempi brevissimi; così M. Fasoli, L. Perlino, *Il mondo digitale*, in R. Viale, L. Macchi (a cura di), *Analisi comportamentale delle politiche pubbliche*, cit., p. 296.
- 5 M. Baggio, E. Ciriolo, G. Matandola, *L'analisi comportamentale nella Commissione europea*, in R. Viale, L. Macchi (a cura di), *Analisi comportamentale delle politiche pubbliche*, cit., pp. 329 e ss. Gli Autori fanno parte del team di lavoro del *Competence Centre on Behavioural Insights*.

individui. L'obiettivo dell'approccio comportamentale è dunque di migliorare la qualità e la pertinenza delle informazioni, dati ed evidenze utilizzati per prendere decisioni. L'approccio si basa sulla sperimentazione per determinare quali interventi possano essere efficaci e, cosa più importante, quali no.⁶

I vantaggi dell'approccio comportamentale si basano su evidenze empiriche e sono riconducibili alla maggiore attenzione che viene riservata – sin dalla fase dell'elaborazione delle politiche e delle soluzioni normative – alle reazioni delle persone e delle organizzazioni direttamente interessate. Al riguardo, l'esperienza maturata nell'ambito dei lavori del Parlamento dell'UE dimostra che l'attenzione all'analisi comportamentale e ai dati empirici nella valutazione delle scelte di *policy* costituisce "l'unico percorso che possa consentire di ricostruire una dimensione di fiducia nei confronti della legislazione"⁷, nonché di miglioramento della sua qualità. Non è un caso, quindi, se a livello europeo, le metodologie associate all'analisi comportamentale stanno divenendo prassi generale, dopo una fase iniziale di sperimentazione avviata nel settore dei consumatori e della concorrenza.

In tal senso alcuni studiosi ritengono che l'applicazione delle scienze comportamentali possa risultare vantaggiosa anche in ambiti finora non associati a questi strumenti come quello degli appalti pubblici per infrastrutture e servizi.

I grandi progetti infrastrutturali come la costruzione di strade e ferrovie spesso superano il budget inizialmente previsto e sono completati ben oltre il calendario programmato. Ciò è dovuto a errori di pianificazione ed eccessiva fiducia e ottimismo (*optimism bias*). Se questi pregiudizi sono noti, allora i processi di pianificazione possono essere in qualche modo *debiased* o corretti in modo virtuoso al fine di migliorarne l'efficacia. Ciò può per esempio richiedere processi di valutazione empiricamente più rigorosi come un confronto sistema-

6 F. Cavassini, F. Nairu, *L'approccio comportamentale nel mondo*, in R. Viale, L. Macchi (a cura di), *Analisi comportamentale delle politiche pubbliche*, cit., pp. 347 e ss., i quali richiamano anche una delle prime raccolte sistematiche di queste applicazioni pubblicata dall'OCSE, *Behavioural Insights and Public Policy: Lessons from around the World*, Parigi, OECD Publishing, 2017.

7 In questi termini E. Griglio, *I Parlamenti e la sfida della better regulation: una risposta alla crisi di fiducia nella legislazione*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 2020, 208, pp. 55-83; sul tema si vedano anche altri contributi nello stesso numero della rivista, specie M. De Benedetto, *Fiducia e istituzioni: un punto di vista giuspubblicistico*, pp. 11-35 e G. Rizzoni, *Come i Parlamenti possono migliorare la fiducia dei cittadini nella legislazione?*, pp. 37-53.

tico con progetti simili da utilizzare come *benchmark*. Oppure le stime dei costi possono essere aggiustate per correggere un *eccesso di fiducia*.⁸

Del resto quello degli appalti pubblici è un settore strategico, investito di funzioni di sostegno e rilancio dell'economia, da sempre, ma in particolare in questa contingenza. Ci si riferisce soprattutto alle aspettative di rilancio collegate alle imponenti risorse stanziare dal *Next Generation EU* di cui l'Italia è tra i maggiori beneficiari (vedi Fig. 1).

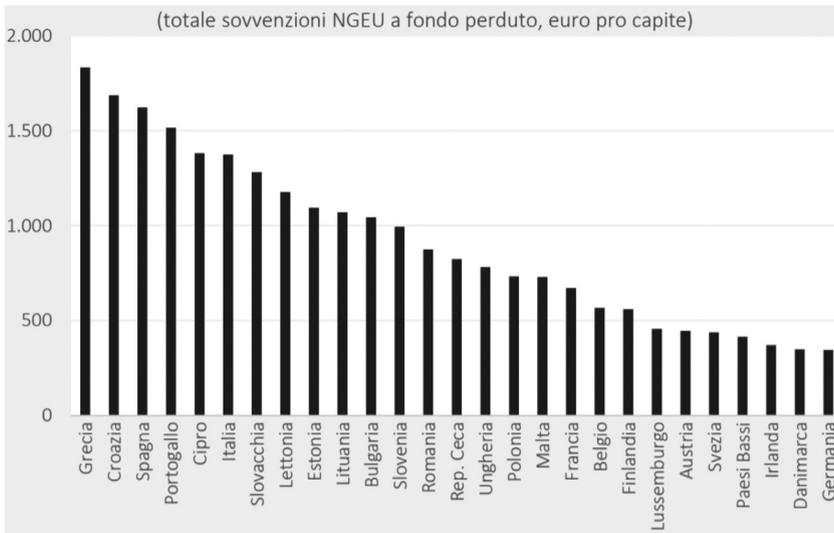


Figura 1 – Risorse europee

Fonte: C. Cottarelli, G. Göttrard, *La governance del Recovery Plan. Cosa faranno gli altri paesi?* in *Osservatorio sui Conti Pubblici Italiani*, febbraio 2021 (disponibile on line). Elaborazione dell'Osservatorio su dati della commissione europea e del Bruegel Institute.

Questa massiccia iniezione di risorse (per l'Italia integrata da ulteriori risorse finanziate tramite prestiti) è articolata dagli Stati nei rispettivi Piani nazionali di ripresa e resilienza (PNRR) e dovrà transitare in gran parte attraverso il mercato dei contratti pubblici. Per il nostro Paese si tratta di una fase di rilancio "epocale". La situazione è stata efficacemente descritta:

⁸ F. Cavassini, F. Nairu, *L'approccio comportamentale nel mondo*, in R. Viale, L. Macchi (a cura di), *Analisi comportamentale delle politiche pubbliche*, cit., p. 355.

“mai l’Italia ha conosciuto, dal secondo dopoguerra, una stagione così intensa di programmi e progetti pubblici, sorretta da risorse reali, da un rigido cronoprogramma e da una diffusa consapevolezza delle semplificazioni necessarie. Un’occasione davvero straordinaria, una sfida entusiasmante per cambiare il Paese e far correre l’economia nella direzione di un futuro sostenibile”⁹.

Proprio il mercato dei contratti pubblici rischia di rappresentare, in mancanza di adeguamenti e soluzioni migliorative per il suo funzionamento, una pericolosa strozzatura¹⁰. L’esigenza di configurare per questo settore un quadro normativo di semplice e rapida applicazione costituisce una urgente necessità per il Paese.

Le soluzioni legislative approntate per far fronte alle emergenze della pandemia hanno perentoriamente messo da parte lacci e laccioli nonché prassi basate sulla motivazione del “si è sempre fatto così”, puntando in modo più diretto alla soddisfazione del risultato perseguito attraverso l’aggiudicazione del contratto pubblico. Per dirla con altre parole, in poco tempo è diventato superfluo tutto ciò che non è strumentale al raggiungimento dell’obiettivo¹¹. In tal senso, l’emergenza ha fatto emergere i limiti, anche culturali, di molte regole del settore.

Il legislatore nazionale è intervenuto sospendendo provvisoriamente le regole ordinarie e/o integrandole con procedure “parallele” e con soluzioni derogatorie la cui validità è limitata nel tempo. La situazione emergenziale, inoltre, ha imposto nuovi e provvisori equilibri tra i valori che presidono il funzionamento dei contratti pubblici: più velocità, meno trasparenza, meno pubblicità, meno concorrenza, meno formalismo, meno responsabilità (per i funzionari), meno controlli.

-
- 9 P. Mantini, *Perché anche le Regioni devono collaborare ai programmi del PNRR*, in *IlSole24Ore*, 24 novembre 2021, p. 16.
- 10 Sul tema G. Benacchio, G.F. Cartei, M. Comba *et al.*, *Ripensare il sistema dei contratti pubblici guardando al risultato e alla trasparenza: ogni lacciolo ci condanna all’arretratezza*, su *Lavoce.info*, dicembre 2021; V. Caravaggi Vivian, *È tempo di appalti*, in *Il Giornale dell’Ingegnere*, 2021, 9, 20; si veda anche C. Cottarelli, *L’imbuto degli enti locali. Gestiscono un terzo delle risorse del Pnrr, ma rischiano di fare tardi*, in *la Repubblica*, 28 novembre 2021.
- 11 Sul tema si rinvia alle riflessioni di F. Fracchia, *Coronavirus, senso del limite, de-globalizzazione e diritto amministrativo: nulla sarà più come prima?*, in *Il diritto dell’economia*, 2019, 3, pp. 575-588. Con riferimento agli effetti sulla disciplina dei contratti pubblici si legga M. Cozzio, N. Parisi, *L’emergenza sanitaria causata dal COVID-19: l’impatto (attuale e futuro) sul sistema nazionale dei contratti pubblici*, in *Il diritto dell’economia*, 2019, 3, pp. 37-73; anche A. Massera, F. Merloni, *L’eterno cantiere del Codice dei contratti pubblici*, in *Diritto pubblico*, 2021, 2, pp. 587-633.

Queste finalità e le soluzioni individuate, proprio perché ispirate da motivazioni che continuano ad essere valide, anzi urgenti, possono rappresentare riferimenti utili – se si dimostreranno efficaci – per interventi più profondi e duraturi sulla legislazione del settore¹². Esse possono orientare l'azione di rinnovamento richiesta al legislatore, unitamente a quelle poste da insopprimibili garanzie di *sicurezza giuridica* (vale a dire di certezza dell'applicazione delle regole), *trasparenza* (declinata in forme di rendicontazione, monitoraggio e accesso), *buona governance* (nell'ambito delle funzioni di vigilanza, coordinamento e partecipazione).

L'azione di rinnovamento, inoltre, dovrebbe caratterizzarsi per il superamento delle molte regole e soluzioni che, per quanto consolidate, non sono necessarie e rischiano di condannare all'arretratezza e all'immobilismo il sistema Paese¹³.

Occorre, infine, evitare che le esigenze di rinnovamento si traducano in spinte riformiste alimentate da crescendo emozionale, creando una situazione, come già avvenuto in passato, poco funzionale allo svolgimento dell'attività del legislatore¹⁴. Insomma “dalla crisi non deve nascere soltan-

12 Questo orientamento sta ispirando anche i lavori preparatori, in corso, per la riforma del Codice dei contratti pubblici nell'ambito degli interventi del PNRR (vedi *infra* nota 34). Al riguardo, nella *Relazione sullo stato di attuazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, del 23 dicembre 2021 trasmessa al Parlamento, p. 43, viene riportato che “il nuovo quadro in via di definizione dovrà valutare la messa a regime delle semplificazioni introdotte in via di urgenza nel corso del 2021”.

13 Sul tema si veda anche N. Parisi, D. Rinoldi, *L'attuazione del PNRR italiano: spunti di riflessione sull'architettura euro-nazionale in materia (anche se per riflettere c'è ben poco tempo ormai)*, in *Eurojus*, 2021, 3, pp. 81 e ss.

14 Nel settore dei contratti pubblici riscontriamo l'emersione con cadenze cicliche di spinte al cambiamento, all'insegna del gettare via ad ogni costo il precedente sistema, le vecchie regole, ritenute causa del cattivo funzionamento. Quasi sempre, però, gli interventi si riducono a modifiche marginali su aspetti di dettaglio, senza incidere i meccanismi consolidati del funzionamento del sistema, lasciando irrisolte le criticità croniche del settore. Ne abbiamo dimostrazione in occasione delle modifiche al Codice dei contratti pubblici approvate nell'estate del 2019. Il riferimento è alla l. 14 giugno 2019 n. 55 di conversione, con modificazioni, del d.l. 18 aprile 2019 n. 32, *Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici* (cd. decreto *Sblocca cantieri*); sul tema C. Contessa, *Codice dei contratti pubblici: è il caso di riscriverlo ora?*, in *Riv. trim. app.*, 2019, 1, pp. 205 e ss.; anche P.M. Piacentini, *Inascoltate cassandra. Riflessioni sulla nascita di una legge*, in *Rivista trim. app.*, 2019, 3, pp. 651 e ss.; G. Taglianetti, *La normativa in materia di contratti pubblici e la tela di Penelope*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2020, 2, pp. 155 e ss.; M. Cozzio, *La disciplina dei contratti pubblici nell'età del (diritto) transitorio*, in *Aa.Vv.*, *Contrattualisti-*

to l'ennesima normativa transitoria, bensì migliori regole ordinarie frutto di un percorso di riorganizzazione complessiva e di riforma meditata del comparto della contrattualistica pubblica¹⁵.

Prendendo spunto dagli insegnamenti dell'analisi comportamentale, possiamo condividere un primo, imprescindibile, punto fermo: le nuove scelte legislative dovrebbero fondarsi innanzitutto sull'osservazione dei fatti e dei risultati, evitando innovazioni compulsive prive di una base conoscitiva significativa degli effetti.

La dottrina si è già espressa in senso favorevole avvertendo come sia pressante l'esigenza di un metodo di ragionamento e di lavoro che costringa "ad ancorare i giudizi e le scelte di cambiamento alla coscienziosa annotazione dei risultati (...) e alla misurazione della loro distanza dalle finalità perseguite". Per l'applicazione di tale metodo occorrerebbe una re-

ca Pubblica: quale futuro? Studi in ricordo di Gianni Marco Di Paolo, Roma, 2019, pp. 163 e ss. Una successiva tornata di modifiche è stata operata dalla l. 11 settembre 2020 n. 120 di conversione, con modificazioni, del d.l. 16 luglio 2020 n. 76, *Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale* (cd. decreto *Semplificazioni*), rispetto alla quale non mancano opinioni critiche; si veda, tra i primi commentatori, C. Contessa, *Le novità del decreto semplificazioni, ovvero: nel settore dei contratti pubblici esiste ancora un "codice"?*, in *Urbanistica e appalti*, 2020, 6, pp. 757 e ss.; D. Galli, *I contratti pubblici*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2020, 6, pp. 727 e ss.; F. Fracchia, P. Pantalone, *La fatica di semplificare: procedimenti a geometria variabile, amministrazione difensiva, contratti pubblici ed esigenze di collaborazione del privato "responsabilizzato"*, in *Federalismi.it*, dicembre 2020, disponibile on line; D. Immordino, *Semplificazione, il costo della deresponsabilizzazione*, in *lavoce.info*, 12 novembre 2020; M. Lapenna (a cura di), *Il Nuovo quadro normativo in materia di contratti pubblici dopo la conversione in legge del dl semplificazioni*, 2021, report curato per il Consiglio Nazionale degli Ingegneri, disponibile on line. Meno critico l'orientamento di S. De Marinis, P. Pisselli, *Legge Semplificazioni, così l'Italia punta sugli appalti pubblici per la ripresa*, in *AgendaDigitale.it*, 25 settembre 2020. Ne è derivata, tra l'altro, una situazione di fortissima frammentazione normativa che non ha eguali in nessun altro Stato dell'Unione europea, come rilevato anche da C. Rangone, *Misure di rilancio e di liberalizzazione procedurale in Francia, Germania, Spagna, Belgio, Portogallo e Polonia*, relazione presentata al Convegno IGI svoltosi a Roma il 22 settembre 2020, disponibile on line, il quale provocatoriamente si chiede se "davvero l'Italia pensa di andare lontano con le deroghe, saltando pubblicità e gare?". Anche M. Corradino, consigliere di Stato e componente uscente del Consiglio dell'ANAC, si sofferma sulla "cattiva legislazione", "un dedalo di norme sparse in leggi diverse, una che sospende l'altra, una che deroga a un'altra (...) luoghi giuridici in cui è difficile orientarsi", così in *L'Italia immobile. Appalti, burocrazia, corruzione. I rimedi per ripartire*, Milano, Chiarelettere, 2020, pp. 74-76.

15 R. Amoroso, *Contratti pubblici: il percorso verso la ripresa*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 2020, 207, pp. 49 e ss.

gistrazione continua e capillare degli effetti generati dalle norme, con tecniche valutative mirate, anche quantitative, pensate per la materia contrattuale. Proprio la complessità della materia contrattuale accentua l'urgenza dell'approccio empirico, "reclamando alle istituzioni un metodo evolutivo, dinamicamente orientato all'apprendimento, secondo logiche adattative, in grado di confrontarsi con l'incertezza"¹⁶.

La costruzione di modelli di misurazione / valutazione del diritto e dei dati giuridici costituisce una sfida importantissima, tuttora aperta¹⁷, potendo contribuire all'elaborazione di politiche e strumenti fondati su conoscenze e risultati empiricamente verificati.

L'esigenza di far precedere le proposte legislative da valutazioni empirico-statistiche rappresenta - già prima dell'avvento dell'analisi comportamentale - pratica ricorrente nel processo di formazione degli atti legislativi dell'Unione europea. L'*analisi dell'impatto della regolamentazione* o AIR (nota anche come *Regulatory Impact Assessment* o RIA) costituisce da oltre un ventennio parte integrante della strategia europea per il miglioramento della legislazione (cd. *better regulation strategy*) e viene applicata sistematicamente nella fase di preparazione delle proposte legislative (*ex ante*), durante l'applicazione (*in itinere*) e, infine, *ex post* onde verificare il conseguimento dei risultati preventivati.

A livello nazionale, il legislatore ha recepito nel 2005 le metodologie dell'AIR e della *verifica dell'impatto della regolamentazione* o VIR¹⁸, tut-

-
- 16 In questi termini M. Cafagno, *Spunti per una riflessione empirica sulla disciplina degli appalti pubblici*, in *Il diritto dell'economia*, 2021, 2, part. pp. 13-17, con anche ampi rinvii bibliografici, si veda part. nota 12; sul tema, in senso conforme, A. Massera, F. Merloni, *L'eterno cantiere del Codice dei contratti pubblici*, cit., p. 629; con riferimento specifico alla valutazione degli effetti delle misure anticorruzione si richiama M. Cozzio, G. Lombardo, *Modelli e strumenti per la valutazione dell'impatto giuridico e socio-economico delle misure anticorruzione nel settore pubblico e privato*, in *Il diritto dell'economia*, 2021, 3, pp. 489 e ss.
- 17 Sul tema non si rinvergono soluzioni metodologiche tali da superare la valutazione espressa da G. Benacchio, M. Cozzio, *La misurazione dei sistemi di contrattazione pubblica negli Stati dell'Unione europea. Metodo e strumenti*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 2012, pp. 320-321, i quali osservavano che la sperimentazione di modelli e tecniche di misurazione del diritto nel settore dei contratti pubblici rimane tema caratterizzato da incertezze di ordine generale e metodologico, nonché dall'assenza di sistemi di misurazione consolidati e condivisi.
- 18 L'utilizzo di queste metodologie ha lo scopo di concorrere alla qualità del processo normativo adottando un approccio circolare alla regolamentazione. In particolare, l'AIR ha l'obiettivo di offrire un supporto informativo in merito all'opportunità e ai contenuti del futuro intervento normativo, mentre la VIR è utilizzata con lo scopo di fornire un supporto in merito alla perdurante utilità

tavia la loro attuazione rimane parziale e nella pratica non sembra incontrare la dovuta attenzione¹⁹.

Le riflessioni a favore di modelli *evidence-based*, in grado di svolgere misurazioni continue sugli effetti generati dalle regole, ci porta ad un altro punto fermo: la *governance* del sistema dei contratti pubblici *deve* garantire la produzione e la pubblicazione di dati completi sul funzionamento di questo mercato nonché l'accessibilità agli stessi.

Il tema merita qualche ulteriore considerazione, specie a seguito delle recenti conclusioni presentate dalla Commissione europea nella Comunicazione sull'applicazione delle direttive europee del 2014 in tema di appalti e concessioni²⁰. La valutazione della Commissione è

all'efficacia e all'efficienza di norme vigenti e all'impatto che esse hanno su cittadini, imprese e pubbliche amministrazioni. Se l'AIR permette di fare delle valutazioni *ex ante* sui possibili effetti della proposta legislazione, la VIR può confermare o correggere le politiche adottate, proponendo anche interventi di integrazione, modifica o abrogazione.

- 19 Sul tema si richiamano le considerazioni della Commissione europea riportate nel *Capitolo sulla situazione dello Stato di diritto in Italia*, SWD(2020) 311 final, del 30 settembre 2020, § IV, allegato alla *Relazione sullo Stato di diritto nell'Unione europea*, COM(2020) 580, del 30 settembre 2020. La Commissione rileva che le valutazioni dell'impatto normativo sono migliorate rispetto al passato ma segnala che esse devono diventare più sistematiche. In particolare, evidenzia che l'analisi dell'impatto delle leggi continua ad essere occasionale, incentrata principalmente su elementi giuridici o economici, ignorando quelli sociali e ambientali. Valutazioni simili sono riportate da M.F. Romano, G. Morgante, A. Baldassarini *et al.*, *La misurazione della corruzione attraverso le sentenze della magistratura: una proposta metodologica con strumenti di text mining*, in *Federalismi.it*, 2 dicembre 2020, pp. 166-168, secondo i quali lo sviluppo di un approccio *evidence-based* "rappresenta un'esigenza non sempre tenuta nella dovuta considerazione nella legislazione interna, che risulta talvolta refrattaria a modelli *evidence-based*". Estendendo il ragionamento, osserviamo che in molti contesti emergono carenze di patrimonio conoscitivo, di fondamento empirico-statistico, di *pattern* teorici in grado di sostenere, in termini di ragionevolezza, la proiezione delle scelte legislative. Del resto, non può che condividersi la visione espressa dagli Autori, secondo la quale "l'elaborazione di politiche di prevenzione e contrasto, fondate su stime e valutazioni verificabili, è condizione funzionale per lo sviluppo di una legislazione coerente con la dimensione effettiva del fenomeno, secondo un modello di intervento *tailored*". In senso conforme anche M. Cafagno, *Spunti per una riflessione empirica sulla disciplina degli appalti pubblici*, cit., p. 16.
- 20 Commissione europea, *Attuazione delle politiche nazionali in materia di appalti e relative migliori prassi nel mercato interno*, COM(2021) 245, 20 maggio 2021. Il monitoraggio si è basato sulle relazioni e i dati inviati dagli Stati membri in applicazione – per la prima volta – di quanto previsto dalle direttive (art. 83, par. 3 e art. 85, par. 2, dir. 2014/24/UE; artt. 99 e 101, dir. 2014/25/UE; art. 45, Dir.

netta: l'incompletezza dei dati quantitativi (rilevata in tutte le relazioni inviate dagli Stati membri) limita le possibilità di un'aggregazione completa e/o di comparabilità dei dati disponibili a livello dell'UE. In altri termini: mancano i dati!

Questa mancanza non riguarda soltanto elementi di dettaglio ma è tale da non permettere la ricostruzione degli elementi macroscopici di questo mercato, a partire dal numero complessivo degli appalti aggiudicati per anno, sopra e sotto soglia, nonché i rispettivi valori²¹.

Ad esempio, emerge che non tutti gli Stati monitorano gli appalti sotto soglia.

L'Italia, pur disponendo di uno dei sistemi di raccolta dati tra i più completi a livello europeo²², non ha statistiche per gli appalti fino a 40mila euro. La Danimarca, modello della trasparenza, non obbliga la pubblicazione delle procedure per l'aggiudicazione di contratti inferiori alla soglia europea (se privi di interesse transfrontaliero, col risultato che i dati relativi a tali offerte non sono disponibili). In Finlandia i dati sul valore degli appalti aggiudicati sotto soglia sono soltanto stimati, la Norvegia non li censisce.

Il tema della mancanza dei dati diventa ancor più significativo se si vuole verificare l'impatto di specifiche *policy* del settore.

Ad esempio, possiamo affermare che le direttive del 2014 hanno segnato, per il momento, il "picco" dell'evoluzione delle regole europee a favore degli appalti sostenibili²³. Tuttavia, non possiamo affermare con uguale certezza che tale evoluzione ha prodotto sostanziali cambiamenti sul comportamento delle amministrazioni e delle imprese, nonché sulla realizzazione degli obiettivi in tema di sostenibilità.

I dati disponibili, infatti, sono pochi, per lo più dimostrano che gli appalti sostenibili non sono diffusi nell'UE, hanno un impatto marginale e vengono utilizzati quasi esclusivamente dalle grandi amministrazioni, in grado di operare con personale altamente professionalizzato.

2014/23/UE). I dati inviati dagli Stati alla Commissione riguardano il periodo compreso tra il 1° gennaio 2017 e il 31 dicembre 2017.

- 21 Sul tema si rinvia a M. Cozzio, *Pochi, incompleti e confusi: i dati del monitoraggio sull'applicazione delle Direttive europee in tema di appalti e concessioni*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 2021, 4, pp. 1555-1560.
- 22 L'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) è in grado di avere una visione conoscitiva d'insieme del mercato italiano degli appalti pubblici nazionali, grazie alla Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici che detiene e grazie all'esercizio dei poteri consultivi, di vigilanza e regolatori.
- 23 Sul tema si rinvia a M. Cozzio, *Appalti pubblici e sostenibilità: gli orientamenti dell'Unione europea e il modello italiano*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2021, 6, pp. 721-732.

Il tema non è nuovo. La Commissione aveva già sottolineato la necessità di garantire la completezza dei dati nella Comunicazione *sugli Appalti pubblici efficaci in Europa e per l'Europa* del 2017. Vero è che i dati rimangono pochi e riferiti a contesti territoriali o settoriali specifici, circostanza che rende difficile la valutazione degli effetti su ampia scala.

Nella citata Comunicazione la Commissione segnalava che “non esiste un consenso a livello di UE su quali dati sia necessario raccogliere e per quale scopo. In molti Stati le autorità non sono in grado di indicare l'esatta entità della spesa per gli appalti pubblici nel loro Paese, nonostante le enormi somme di denaro interessate. In tali casi il controllo pubblico è quasi del tutto assente, non è possibile un'elaborazione delle politiche basata sui dati ed anche il controllo di bilancio è ostacolato”.²⁴

Va da sé, ma è utile ribadirlo, che la completezza e l'attendibilità dei dati sono presupposti irrinunciabili per l'applicazione di qualsiasi esercizio di misurazione e valutazione.

Un sistema degli appalti pubblici risponde ai canoni moderni della sostenibilità se si basa su una *governance* adeguata, in grado di attuare la trasparenza, con regole funzionali alla produzione di dati completi, alla loro accessibilità, a forme di monitoraggio partecipate anche dalla società civile. In tal senso, la trasparenza non deve essere percepita come onere amministrativo ma come strumento di miglioramento di soluzioni inefficienti o cattive prassi.

2. Una recente esperienza di valutazione delle regole

Di seguito diamo riscontro dei risultati emersi da una recente analisi²⁵ riguardante la valutazione delle modifiche apportate al Codice dei contratti

24 Si veda la Comunicazione della Commissione europea, *Appalti pubblici efficaci in Europa e per l'Europa*, COM(2017) 572 final, 3 ottobre 2017. A livello europeo, oltre ai dati elaborati dalla Commissione nell'ambito del *Single Market Scoreboard. Public Procurement Area*, si segnala lo studio CEPS – College of Europe, *The uptake of green public procurement in the EU27* del 2012. Al di fuori di queste e poche altre esperienze non vi sono strumenti di monitoraggio consolidati. Le criticità legate al monitoraggio degli appalti sostenibili sono confermate dai seguenti studi della Commissione: *Study on strategic use of public procurement in promoting green, social and innovation policies*, 2015 e *The strategic use of public procurement for innovation in the digital economy*, 2021, entrambi disponibili on line.

25 Si tratta del report *Sulla disciplina dei contratti pubblici. Lettura ragionata delle modifiche legislative e proposte per l'applicazione di alcuni indicatori di mo-*

pubblici, effettuata nell'ambito del progetto *Integrity Pacts: Civil Control Mechanism for Safeguarding EU funds* promosso da Transparency International Italia e finanziato dalla Commissione europea²⁶.

L'analisi è stata svolta con lo scopo di contribuire alla riflessione sugli effetti delle modifiche legislative susseguitesesi nell'ultimo quinquennio, da ultimo incalzate dall'emergenza della pandemia e dalla necessità di rilanciare crescita, investimenti e produzione.

2.1. La disciplina nazionale dei contratti pubblici

Il *Codice dei contratti pubblici* del 2016 è la legge nazionale di riferimento per gli appalti di lavori, servizi e forniture aggiudicati dalle amministrazioni pubbliche. Fin dai mesi successivi alla sua adozione (aprile

monitoraggio promosso da ActionAid, Amapola e Transparency International Italia nell'ambito del citato progetto finanziato dalla Commissione europea. Il report è stato presentato il 13 gennaio 2022 nell'ambito dell'incontro *Il Patto di integrità e il monitoraggio civico oltre la sperimentazione: quali prospettive per il PNRR*, la cui videoregistrazione è disponibile on line.

- 26 Il progetto ha riguardato la sperimentazione dei Patti di integrità su 18 appalti pubblici, finanziati con i fondi dell'UE in 11 Stati membri (Italia, Portogallo, Grecia, Ungheria, Bulgaria, Romania, Repubblica Ceca, Polonia, Lituania, Lettonia, Slovenia). I Patti di integrità sono atti di natura convenzionale sottoscritti dalle amministrazioni e dalle imprese partecipanti alle procedure di aggiudicazione, che si vincolano a operare secondo canoni di correttezza, trasparenza e legalità in tutte le fasi dell'appalto. Nell'evoluzione più recente, i Patti sono siglati anche da organizzazioni della società civile che svolgono attività di supervisione e monitoraggio degli appalti, nonché di rendicontazione, informazione e divulgazione verso la cittadinanza. Sono tutte attività che inducono a prestare attenzione al rispetto delle regole, al corretto svolgimento delle procedure, alla buona esecuzione dell'appalto. I risultati della sperimentazione europea sono positivi, come attestano i riconoscimenti ricevuti. Il progetto è stato premiato nell'ambito dell'European Ombudsman's Award for Good Administration 2019, nella categoria Excellence in Open Administration e, sempre nel 2019, è stato inserito nel Compendium (parte integrante della Dichiarazione finale) del G20 di Osaka, come buona pratica globale per promuovere l'integrità e la trasparenza nello sviluppo delle infrastrutture. Non a caso, dunque, la Commissione europea sta invitando gli Stati membri all'applicazione sistematica dei Patti, nell'ambito delle iniziative che utilizzeranno le risorse del bilancio 2021-2027 dell'UE. Per informazioni più dettagliate sul progetto coordinato dal Segretariato generale di Transparency International si rinvia al sito web <https://www.transparency.org/integritypacts>. Sul tema si veda M. Cozzio (a cura di), *I Patti di integrità negli appalti pubblici: strumenti per la legalità e la cittadinanza attiva*, Trento, Università degli Studi di Trento, 2021; Transparency International, *Safeguarding EU-Funded Investments with Integrity Pacts*, 2021.

2016) esso è stato oggetto di ripetute modifiche, che sono state particolarmente frequenti, incisive e scoordinate a partire dal 2019 e che hanno assunto i tratti della legislazione d'emergenza nel 2020 e 2021, a seguito dell'epidemia causata dal Covid-19. Ne è derivata una situazione di fortissima frammentazione normativa, con non poche difficoltà per gli operatori nell'individuazione delle regole applicabili.

Le modifiche introdotte si caratterizzano per differenti modalità di applicazione: alcune sono a regime, altre a tempo, alcune prorogano la sospensione di taluni istituti, altre si applicano solo alle procedure in corso in determinati periodi di tempo. In molti casi, inoltre, il legislatore ha introdotto disposizioni che pur intervenendo sulla disciplina dei contratti pubblici non modificano le disposizioni del Codice, ad esempio definendo regole e procedure "parallele".

Nell'ambito dell'analisi svolta sono state prese in considerazione le modifiche portate:

– dal decreto *Sblocca Cantieri*²⁷ (2019), il primo rilevante intervento di modificazione e integrazione del Codice, dopo il cd. *Correttivo* (D. Lgs. 19 aprile 2017, n. 56);

– dal decreto *Cura Italia*²⁸ (2020), intervenuto sulla disciplina dei contratti pubblici attraverso disposizioni derogatorie (e con valenza transitoria, limitata nel tempo) per far fronte all'emergenza della pandemia;

– dal decreto *Semplificazioni*²⁹ (2020), intervenuto con modifiche e integrazioni al Codice, soprattutto di carattere transitorio, al fine di incentivare gli investimenti pubblici e far fronte alle ricadute economiche negative causate dalla pandemia;

– dal decreto *Semplificazioni bis*³⁰ (2021), l'ultimo intervento (in ordine di tempo) che ha portato modificazioni e integrazioni del Codice.

La figura indica gli articoli modificati in ciascuna delle sei Parti in cui è suddiviso il Codice dei contratti pubblici.

27 D.L. 18 aprile 2019, n. 32 convertito, con modificazioni, dalla L. 14 giugno 2019, n. 55.

28 D.L. 17 marzo 2020, n. 18 convertito, con modificazioni, dalla L. 24 aprile 2020, n. 27.

29 D.L. 16 luglio 2020, n. 76 convertito, con modificazioni, dalla L. 11 settembre 2020, n. 120.

30 D.L. 31 maggio 2021, n. 77 convertito, con modificazioni, dalla L. 29 luglio 2021, n. 108.

I	• artt. 4, 5, 17, 17-bis, 21, 22, 23, 24, 26, 29, 30, 31, 32 e 34	14
II	• artt. 35, 36, 37, 38, 46, 47, 48, 54, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 74, 76, 77, 79, 80, 81, 83, 84, 85, 86, 89, 93, 95, 97, 102, 105, 106, 107, 108, 110, 111, 113, 113-bis, 122, 123, 124, 125, 133, 140, 144, 146, 151, 157, 162, e 163	48
III	• artt. 174 e 177	2
IV	• artt. 180, 183, 196, 197 e 199	5
V	• artt. 202	1
VI	• artt. 204, 205, 207, 213, 215 e 216	6

Fonte: tratto da AcionAid, Amapola e Transparency International Italia, *Report sulla disciplina dei contratti pubblici. Lettura ragionata delle modifiche legislative e proposte per l'applicazione di alcuni indicatori di monitoraggio*, 2021.

La complessità del quadro normativo del settore deriva anche dall'articolato assetto delle fonti. Il nucleo centrale è costituito, come detto, dai 222 articoli e 25 allegati raccolti nel Codice. Tuttavia, questo nucleo è affiancato da una serie di atti attuativi, in parte tipici, quali decreti ministeriali, decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, decreti del Presidente della Repubblica, in parte non corrispondenti a categorie tipizzate, come le Linee guida e altre forme di regolamentazione flessibile, qualificate dal Legislatore come *atti di indirizzo dotati di efficacia vincolante*. Le Linee guida sono atti demandati all'Autorità Nazionale Anticorruzione, ispirati a soluzioni di *soft law* o diritto debole, suscettibili di riesame nel tempo. Il legislatore ha così delineato un sistema satellite di atti attuativi – plurale, articolato e flessibile – che risponde a finalità esegetiche e regolatorie, nonché ai canoni di una regolamentazione capace di rinnovarsi rapidamente, svincolata dai tempi delle procedure legislative ordinarie, redatta secondo uno stile discorsivo, ricco di elencazioni aperte ed esemplificazioni in modo da renderla facilmente più usufruibile sul piano della comprensibilità.

In dettaglio, il Codice rinvia a 56 atti attuativi: 18 decreti del ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti; 14 atti dell'ANAC; 7 DPCM; 17 decreti di altri ministeri. Persistono tuttora, dopo oltre cinque anni dall'adozione del Codice, ritardi e mancanze nell'adozione degli atti attuativi.

Sulla base di quanto detto è possibile individuare oltre al nucleo delle regole del Codice un insieme di disposizioni così caratterizzate:

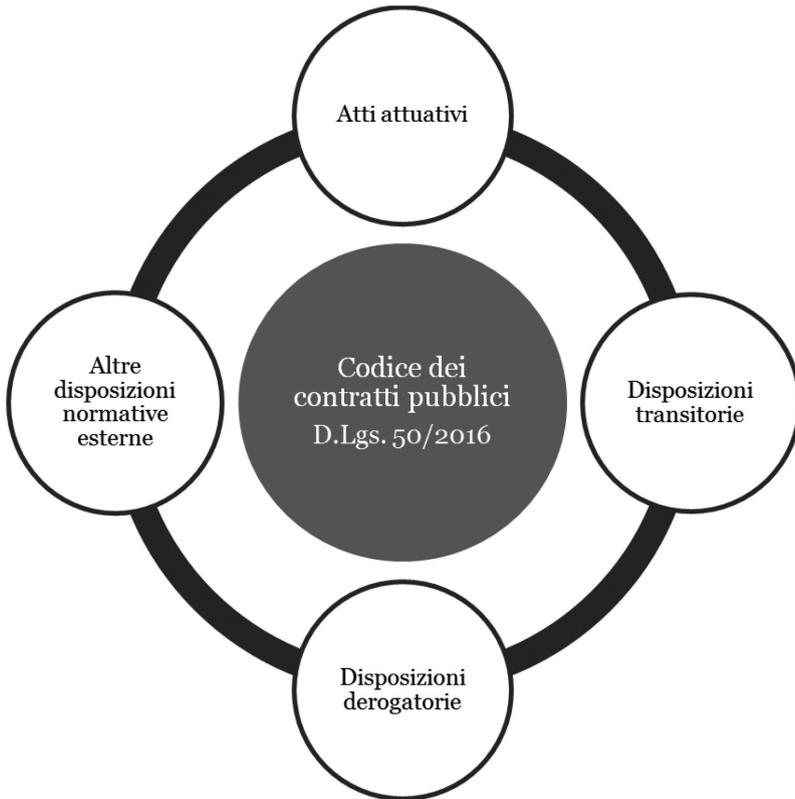
– *atti attuativi* previsti dal Codice (tra cui decreti ministeriali, provvedimenti delle Autorità indipendenti e Linee Guida ANAC; queste ultime possono essere di carattere vincolante in quanto integrano e completano il contenuto della norma generale, oppure di carattere non vincolante quali meri atti di indirizzo generale tesi a fornire indirizzi e istruzioni operative alle stazioni appaltanti);

– *disposizioni di natura transitoria* (tra queste assume rilievo, in attesa dell'adozione del nuovo regolamento attuativo ed esecutivo di cui all'art. 216, comma 27-*octies* del Codice, il D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 per tutte le parti non espressamente abrogate dal Codice);

– *disposizioni di natura derogatoria* (da ultimo occorre citare alcune delle norme introdotte dal Decreto Semplificazioni tra cui quelle introdotte per disciplinare gli affidamenti sotto soglia e sopra soglia);

– *altri provvedimenti normativi esterni al Codice* che incidono sulla materia dei contratti pubblici (es. disposizioni speciali per la gestione dei fondi legati al PNRR, norme in materia di anticorruzione, antimafia, trasparenza, leggi finanziarie, ecc.).

Questa figura illustra in maniera semplificata l'attuale articolazione della disciplina dei contratti pubblici.



Fonte: tratto da ActionAid, Amapola e Transparency International Italia, *Report sulla disciplina dei contratti pubblici. Lettura ragionata delle modifiche legislative e proposte per l'applicazione di alcuni indicatori di monitoraggio*, 2021.

L'effetto prodotto dalla stratificazione degli interventi (motivati da obiettivi di semplificazione delle regole e di agevolazione delle amministrazioni e degli operatori) è quello di sottrarre l'esclusività della disciplina di settore alle norme del Codice. Di conseguenza, già l'individuazione della norma applicabile richiede un complesso *iter* di ricomposizione del

patchwork normativo, nel cui ambito il Codice rappresenta uno soltanto degli elementi di riferimento, e non sempre il più importante³¹.

2.2. Impostazione e contenuti della ricerca

Nell'ambito della ricerca, per ciascuna delle disposizioni del Codice interessate da modifiche, sospensioni o soluzioni derogatorie sono state elaborate specifiche schede di approfondimento. Nelle schede la descrizione dettagliata delle modifiche è accompagnata da un cruscotto grafico che illustra l'impatto generato, secondo una scala di tre livelli progressivi: "poco rilevante" o "rilevante" o "molto rilevante".



Fonte: tratto da ActionAid, Amapola e Transparency International Italia, *Report sulla disciplina dei contratti pubblici. Lettura ragionata delle modifiche legislative e proposte per l'applicazione di alcuni indicatori di monitoraggio*, 2021.

L'impatto è valutato sulla base degli effetti (stimati e non verificati empiricamente!) assumendo quali indicatori di valutazione obiettivi quali: certezza giuridica, semplificazione, speditezza, oneri per le amministrazioni e/o per gli operatori economici, discrezionalità amministrativa, ecc.

Per ogni scheda, l'analisi è completata dalla proposizione di possibili indicatori di misurazione / monitoraggio, che potrebbero essere impiegati

31 Si veda G. Contessa, *Le novità del "Decreto semplificazioni", ovvero: nel settore dei contratti pubblici esiste ancora un "Codice"?*, in *Urbanistica e appalti*, 2020, p. 6. Sempre C. Contessa, *La nuova governance del PNRR e gli interventi in tema di contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 2021, 6, pp. 751 e ss., descrivendo le novità introdotte dalle modifiche legislative fa riferimento ad una sempre più accentuata marginalizzazione del ruolo del Codice dei contratti pubblici a favore delle nuove misure; in questi termini anche R. De Nictolis, *Gli appalti pubblici del PNRR tra semplificazioni e complicazioni*, in *Urbanistica e appalti*, 2021, 6, pp. 729 e ss., secondo la quale il quadro complessivo che emerge dai numerosi regimi transitori è quello di un Codice sempre più relegato alla marginalità.

per “quantificare” - applicandoli ai dati del settore - l’impatto effettivo generato dalle modifiche.

Provando a riassumere i risultati della corposa analisi, emerge che per il 34% delle modifiche apportate al Codice dei contratti pubblici (per complessive 19 disposizioni) si stima un impatto valutato “poco rilevante”.

Le modifiche così classificate perseguono per lo più obiettivi di certezza giuridica e coordinamento normativo (tra disposizioni del Codice e di altri plessi normativi), mentre solo in pochi casi sono associate a forme di semplificazione e speditezza delle procedure.

Vi rientrano, a titolo esemplificativo, la modifica del comma 8 dell’art. 30 (*Principi per l’aggiudicazione e l’esecuzione di appalti e concessioni*) introdotta dal decreto *Semplificazioni*, la quale estende l’ambito di applicazione delle disposizioni della L. 241/1990 (*Legge sul procedimento amministrativo*) anche alle forme di coinvolgimento degli enti del terzo settore. La modifica riguarda le modalità di affidamento mediante co-progettazione, co-programmazione e convenzione, rispettivamente disciplinate dagli artt. 55 e 56 del D.Lgs. 3 luglio 2017, n. 117, precisando l’applicazione dei principi e delle disposizioni di cui alla L. 241/1990. L’indicatore proposto per la misurazione quantitativa di questa modifica riguarda il numero di affidamenti operati mediante forme di co-progettazione e co-programmazione.

Anche la modifica portata dal decreto *Semplificazioni* al comma 7 dell’art. 48 (*Raggruppamenti temporanei e consorzi ordinari di operatori economici*) del Codice è stimata “poco rilevante”. In dettaglio, essa stabilisce che, qualora il consorziato designato sia un consorzio fra società cooperative di produzione e lavoro o tra imprese artigiane, è tenuto anch’esso a indicare, in sede di offerta, i consorziati per i quali concorre.

Il 55% delle modifiche analizzate determina un impatto che è stato stimato “rilevante”.

Queste modifiche perseguono obiettivi di certezza giuridica e, in modo più significativo, introducono soluzioni riguardanti la speditezza delle procedure e la semplificazione / riduzione degli oneri in capo alle stazioni appaltanti e agli operatori economici. In alcuni casi, esse favoriscono la discrezionalità della committenza.

Un esempio è quello della modifica portata dal decreto *Semplificazioni* al comma 8 dell’art. 32 (*Fasi delle procedure di affidamento*) del codice, a mente della quale la stipulazione del contratto di appalto o di concessione deve avere luogo entro sessanta giorni successivi al momento in cui è divenuta efficace l’aggiudicazione e che la mancata stipulazione nel termine così stabilito deve essere motivata. Tale specificazione è finalizzata a evitare ritardi nella stipulazione e a circoscrivere i casi in cui vi possano essere

differimenti. La mancata stipulazione nei termini prescritti viene valutata ai fini della sussistenza della responsabilità erariale e disciplinare del dirigente. Per tale ragione viene conferita alle stazioni appaltanti la facoltà di stipulare appositi contratti di assicurazione della propria responsabilità civile derivante dalla conclusione e dalla prosecuzione o sospensione dell'esecuzione del contratto.

L'impatto della modificazione è stata valutato rilevante tenuto conto dell'incidenza che essa determina con riferimento a profili di speditezza delle procedure, certezza giuridica, responsabilizzazione delle stazioni appaltanti.

Gli indicatori di misurazione proposti per questa modifica riguardano: la riduzione dei tempi intercorrenti tra aggiudicazione e stipulazione del contratti, il numero dei casi di responsabilità erariale accertati per sfioramento del termine prescritto.

Un altro esempio di modifica classificata "rilevante" riguarda la sospensione del divieto del ricorso all'affidamento congiunto della progettazione e dell'esecuzione dei contratti, ovvero sia la sospensione del divieto dell'appalto integrato, di cui al comma 1, dell'art. 59 (*Scelta delle procedure e oggetto del contratto*) del Codice, introdotta dal decreto *Sblocca cantieri* ed infine estesa fino al 30 giugno 2023. L'indicatore di misurazione proposto riguarda il numero di procedure attivate per l'aggiudicazione dell'appalto integrato.

L'elenco delle modifiche classificate "rilevanti" è lungo, posto che questa categoria accorpa la casistica più significativa (31 modifiche).

Per il rimanente 11%, le modifiche apportate al Codice (6) generano un impatto stimato "molto rilevante".

Queste modifiche perseguono obiettivi di semplificazione delle procedure, molte volte associate a soluzioni per la digitalizzazione e il monitoraggio. Esse riguardano anche il tema dell'assetto delle fonti del settore.

Tra le modifiche con impatto molto rilevante rientrano quelle portate dall'art. 1 del decreto *Semplificazioni*, riguardanti le procedure di aggiudicazione dei contratti pubblici sotto soglia. Nello specifico vengono introdotte disposizioni transitorie e derogatorie rispetto a quanto stabilito dall'art. 36, comma 2 e dall'art. 157, comma 2 del Codice dei contratti pubblici. Si tratta di soluzioni applicabili alle procedure per le quali la determina a contrarre o altro atto di avvio del procedimento sia stato adottato entro il 30 giugno 2023. Per queste viene anche introdotta un'ipotesi di responsabilità erariale del responsabile unico del procedimento in caso di mancato rispetto dei termini di conclusione della procedura di affidamento (2 mesi o 4 mesi) nonché in caso di mancata tempestiva stipulazione del contratto oppure di tardivo avvio dell'esecuzione del contratto.

Le modifiche in questione intervengono anche sulle modalità di affidamento di lavori, servizi e forniture, nonché dei servizi di ingegneria e architettura, inclusa l'attività di progettazione. In particolare, viene stabilito che le amministrazioni operino con affidamento diretto per lavori di importo inferiore a 150.000 euro e per servizi e forniture di importo inferiore a 139.000 euro; per valori superiori viene ammessa la procedura negoziata senza bando, di cui all'art. 63 del Codice, con gradazione del numero delle imprese da invitare a seconda della rilevanza economica degli affidamenti.

Il comma 4 del citato articolo, inoltre, dispone che la stazione appaltante non richieda le garanzie provvisorie previste dall'art. 93 del Codice, salvo che, in considerazione della tipologia e specificità della singola procedura, ricorrano *particolari esigenze* che ne giustifichino la richiesta. Nel caso in cui sia richiesta la garanzia provvisoria, il relativo ammontare è dimezzato.

Si tratta di modifiche significative, anzitutto perché definiscono la procedura applicabile in deroga a quelle stabilite dall'art. 36, comma 2, del Codice dei contratti pubblici, in secondo perché dovrebbero segnare un significativo snellimento per un numero rilevante di procedure. In tal senso, tra gli indicatori quantitativi suggeriti per la valutazione dell'impatto vi sono il numero di procedure aggiudicate e la durata.

Infine, l'analisi ha considerato anche le disposizioni che incidono la disciplina dei contratti pubblici senza modificare le norme del Codice; al riguardo, si è stimato che molte hanno un "impatto rilevante", risultando associate a soluzioni che in molti casi favoriscono la speditezza delle procedure.

3. Considerazioni finali

Le valutazioni che abbiamo descritto si caratterizzano per il fatto di essere di natura *qualitativa*, riconducibili a opinioni soggettive che, per quanto serie, coscienziose e rilasciate da esperti, rispondono a criteri che in letteratura sono definiti come indicatori soggettivi di percezione. Questo elemento costituisce un limite degli approfondimenti condotti.

L'analisi andrebbe proseguita completando e perfezionando il metodo, nonché le misurazioni e le valutazioni. In particolare, le misurazioni dovrebbero basarsi su indicatori il più possibile precisi, in grado di basarsi anche su dati oggettivi. In questo modo, le valutazioni qualitative verrebbero integrate con altre di natura *quantitativa*.

Ciò risponde anche all'imperativo di realizzare "il maggior grado possibile di impersonalità delle fasi di misurazione, (impersonalità) da intendere come irrilevanza degli orientamenti personali dei soggetti che eseguono la

misurazione, per i quali dovrebbe essere sufficiente conoscere ed eseguire correttamente le procedure di misurazione. Idealmente l'impersonalità della procedura dovrebbe essere tale da poter essere condotta senza significative variazioni da parte di qualsiasi operatore esperto³².

In tal senso, tra gli elementi di interesse della ricerca v'è quello di aver proposto una serie di indicatori di misurazione, per "quantificare" l'impatto effettivo generato dalle modifiche. Disponendo di un insieme di indicatori quantitativi si possono sviluppare modelli di misurazione dell'efficacia delle regole, ai quali associare anche valutazioni condotte con gli strumenti dell'analisi comportamentale.

Il risultato finale non è quello di sottrarre spazi all'autonomia del legislatore bensì di responsabilizzarlo, riducendo l'autoreferenzialità delle scelte politico-normative, al contempo favorendo soluzioni più performanti e coerenti con le finalità dichiarate.

Un'ultima considerazione è svolta con riferimento all'approccio che guida l'attuazione del PNRR, caratterizzato per il fatto di ancorare le varie misure - che siano investimenti o riforme - al raggiungimento di traguardi, con potenziali obiettivi / risultati misurabili. Lo possiamo rilevare anche con riferimento agli appalti pubblici. In dettaglio, nell'ambito della Missione 1 ("*Digitalizzazione, innovazione, competitività e cultura*"), la Componente 1 ("*Digitalizzazione, innovazione e sicurezza nella PA*") individua la riforma 1.10 rubricata "*Riforma del quadro legislativo in materia di appalti pubblici e concessioni*" che prevede - nel periodo compreso fra il 2021 e il 2023 - l'adozione in due fasi di misure di semplificazione e di revisione delle procedure.

La prima fase, completata nel corso del 2021, ha portato all'introduzione di alcune innovazioni urgenti volte a snellire e semplificare la disciplina di settore.

A questa fase vanno ascritte le modifiche introdotte a seguito del citato decreto Semplificazioni bis, le quali hanno stabilito, tra l'altro: tempi ridotti tra la pubblicazione del bando e l'aggiudicazione dell'appalto; tempi ridotti tra l'aggiudicazione e la realizzazione delle infrastrutture; l'archiviazione di tutti i dati nella Banca Dati gestita dall'ANAC; la riattivazione della Cabina di regia Appalti; la strategia di professionalizzante per la formazione dei dipendenti pubblici in materia di appalti; l'attuazione del sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza³³. Le misure adottate sono riferite in parte a tutti i contratti pubblici e in parte alle sole opere del PNRR.

32 Così G. Benacchio, M. Cozzio, *La misurazione dei sistemi di contrattazione pubblica negli stati dell'Unione europea. Metodo e strumenti*, cit., 321.

33 Si veda la *Relazione sullo stato di attuazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, cit., pp. 41-43.

La seconda fase prevede l'attuazione di una riforma organica della disciplina degli appalti pubblici che dovrà entrare in vigore entro il 2023³⁴. A questo riguardo emerge il riferimento a ben definiti obiettivi quantitativi, quali ad esempio la riduzione a meno di 100 giorni del tempo medio tra la pubblicazione del bando e l'aggiudicazione per i contratti sopra soglia e la riduzione almeno del 15 per cento del tempo medio tra l'aggiudicazione e la realizzazione dell'infrastruttura. Sono riferimenti che esprimono la volontà – inusuale rispetto alle pregresse iniziative di riforma del settore – di ancorare le future scelte legislative a obiettivi oggettivi, stabilendo quindi indicatori monitorabili.

34 Sul punto si segnala il disegno di legge n. 2330, presentato al Parlamento il 21 luglio 2021 dal Presidente del Consiglio dei Ministri e dal Ministro delle Infrastrutture, recante la delega al Governo per l'adozione di uno o più decreti legislativi sulla disciplina dei contratti pubblici. L'iniziativa legislativa persegue questi obiettivi: – adeguamento della disciplina nazionale al diritto europeo e ai principi giurisprudenziali della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori, interne e sovranazionali; – razionalizzazione, riordino e semplificazione della disciplina vigente; – modificazioni al fine di evitare procedure di infrazione da parte della Commissione europea ovvero la risoluzione di quelle in corso. La relazione del DDL n. 2330 rileva la necessità di risolvere i problemi applicativi posti dalla normativa vigente (“le riforme succedutesi hanno reso il quadro normativo di settore poco chiaro... con inevitabili riflessi sul corretto svolgimento del mercato”), in particolare l'azione del legislatore delegato dovrà restituire: semplicità e chiarezza di linguaggio della normativa, dimensioni ragionevoli e proporzionate, limiti ai rinvii alla normativa secondaria / di attuazione. Tra le scelte di fondo che caratterizzano la visione portata dal DDL v'è l'abbandono del “modello” alla base della disciplina vigente. In particolare, la prospettiva delineata dal DDL è quella di un netto ridimensionamento del rapporto tra la normativa primaria del Codice e la estesa e variegata normativa secondaria / attuativa / complementare. Sul punto, l'obiettivo del DDL di razionalizzare, riordinare e semplificare la normativa vigente viene precisato dal criterio secondo il quale la riduzione e la razionalizzazione delle norme è perseguita dalla “ridefinizione del regime della disciplina secondaria” (art. 1, co. 2, lett. a). Sulla base di questo criterio non si può allo stato attuale prevedere quale sarà il futuro della *soft law* nei contratti pubblici, tuttavia sembra improbabile che essa manterrà la connotazione di regolamentazione aggiuntiva di tipo vincolante, piuttosto potrebbe assumere contenuti di natura informativa, comunicazione di buone pratiche, schemi di bandi tipo, etc. È altresì difficile prevedere quale sarà il futuro della disposizione del Codice – finora inattuata – che rimanda all'adozione di un regolamento unico di esecuzione, attuazione e integrazione del Codice (art. 216, co. 27-octies). La bozza del regolamento circola da tempo ma contiene un numero di articoli superiore a quelli dello stesso Codice, il che pare porsi in contrasto con gli obiettivi di compattezza e proporzionalità della normativa secondaria che il legislatore delegato dovrebbe perseguire.