

GLI APPALTI DEGLI ENTI TERRITORIALI TRA SEMPLIFICAZIONE, DIGITALIZZAZIONE E REGOLE CONTABILI DEL PNRR. STATO ATTUALE E PROSPETTIVE

Dario Simeoli (*)

Nei precedenti interventi è stata evocata, più volte, la delega conferita al Governo per il riordino e la revisione del codice dei contratti (di cui all'art. 1 della l. 21 giugno 2022, n. 78, recante "Delega al Governo in materia di contratti pubblici").

La nuova delega sopraggiunge quando sono trascorsi appena sei anni dall'entrata in vigore del codice dei contratti pubblici varato dal d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, in attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE.

Al fine di comprendere le ragioni di questo incessante dinamismo normativo è utile richiamare le due principali esigenze regolative nel campo della contrattualistica pubblica.

La prima è connessa ai principi di "imparzialità" e di "buon andamento": in questa direzione, la procedimentalizzazione delle decisioni negoziali del contraente pubblico costituisce uno strumento di contenimento dei rischi di opportunismo e negligenza derivanti dalle asimmetrie informative che connotano – sul versante "interno" – i rapporti tra l'ente pubblico e i suoi "agenti", prevenendone l'opportunismo e la negligenza.

La seconda, valorizzata soprattutto dal diritto dell'Unione europea, è legata invece al principio di "concorrenza": in questa accezione, le gare costituiscono dispositivi "emulativi" delle dinamiche di un mercato competitivo, i quali consentono alla committenza pubblica di fare leva sulla propensione dei privati all'efficienza economica, sfruttandone l'antagonismo per mitigare – questa volta sul versante "esterno" – le lacune conoscitive dell'amministrazione pubblica nei riguardi delle imprese, a beneficio della convenienza e dell'innovazione.

Senonché, le predette radici normative (la migliore spendita del denaro pubblico e la promozione della concorrenza) sono incorse, nel corso del tempo, in una sorta di "esasperazione" funzionale.

L'esigenza di imparzialità si è tradotta in un assetto normativo ispirato alla "diffidenza", contraddistinto da procedure concorsuali distanti dalla negoziazione competitiva e orientato (quanto più possibile) all'abbattimento della discrezionalità. La regolamentazione – pletorica e minuta, ulteriormente ispessita da una coltre di atti secondari e terziari dell'autorità di settore (alcuni *extra ordinem*) – ha platealmente fallito gli obiettivi, promossi dalle direttive europee del 2014, di flessibilità procedimentale, efficienza e semplificazione delle decisioni pubbliche.

La tutela della concorrenza, a sua volta, si è ispirata a una visione "legalistica" e "iperformalistica" che ha sovvertito il fondamento correttivo della regolazione delle aste pubbliche. Tale fondamento va ravvisato infatti nella promozione della concorrenza "per il mercato", affinché la competizione si incentri sul merito (tecnico ed economico) delle offerte. Le norme imperative che sanzionano meri adempimenti burocratici (per lo più di natura dichiarativa), la cui violazione non è grado di alterare in alcun modo le *chance* competitive dei concorrenti (si pensi allo straripante contenzioso sulle cause di esclusione), contraddicono apertamente tale logica.

Il sistema dei controlli – soprattutto a causa della non adeguata tipizzazione delle fattispecie di illecito penale e contabile – ha generato una forma di "burocrazia difensiva", termine con il quale notoriamente si indica il fenomeno per cui «[i] pubblici funzionari si astengono [...] dall'assumere decisioni che pur riterrebbero utili per il perseguimento dell'interesse pubblico, preferendo assumerne altre meno impegnative (in quanto appiattite su prassi consolidate e anelastiche), o più spesso restare inerti, per il timore di esporsi a possibili addebiti penali (cosiddetta "paura della firma")» (così la sentenza della Corte costituzionale n. 8 del 2022).

Le predette criticità sono state amplificate dall'eccessiva frammentazione delle stazioni appaltanti, molte delle quali prive di strutture tecniche adeguate.

Alla crisi di efficienza e credibilità, il legislatore ha reagito – nelle situazioni contingenti della crisi economica, pandemica (1) – rifugiandosi nel diritto derogatorio dell'amministrazione "straordinaria", varando misure acceleratorie comportanti talvolta la radicale elisione del procedimento (con un ampio ricorso all'affidamento diretto) e del giusto processo (ad esempio, generalizzando il ricorso all'art. 125 del codice del processo amministrativo che, pensato per il plesso molto specifico delle c.d. "opere strategiche", consente soltanto la monetizzazione delle violazioni accertate e non la tutela in forma specifica) (2).

(*) Consigliere di Stato.

(1) Cfr. le disposizioni del d.l. 31 maggio 2021, n. 77, e prima ancora del d.l. 16 luglio 2020, n. 76.

(2) La dequotazione della tutela giurisdizionale del giudice amministrativo non considera i seguenti dati statistici (estrapolati da un recente studio della Banca d'Italia) da cui si desume che il contenzioso in materia di gare pubbliche non costituisce un fattore frenante dell'economia, e in particolare: la bassa percentuale di impugnazione delle procedure di appalto (nel 2019 tal percentuale è di poco superiore al 2%); la bassa percentuale di "blocco" (per il 2019, la sospensione delle procedure ad opera del giudice amministrativo è dello 0,55%; nel 64% dei casi in cui l'appalto è stato sospeso in funzione cautelativa dal giudice amministrativo, esso si è rivelato poi, in sede

Il quadro normativo di settore ha finito per perdere, in questo modo, anche la sua organicità.

Nel contesto così sinteticamente descritto, si inserisce la legge delega in commento, la cui adozione rientra, tra l'altro, tra gli impegni recentemente assunti dal Governo con il Piano nazionale di ripresa e resilienza (Pnrr), dove appunto si prevede una riforma complessiva del quadro legislativo in materia di contratti pubblici (3).

È interessante sottolineare la specifica valorizzazione che la committenza pubblica assume nel contesto di questa rinnovata stagione dell'interventismo pubblico: non solo attività strumentale al fabbisogno "interno" del settore pubblico, ma strumento di politica economica idoneo a stimolare l'innovazione del sistema produttivo, promuovendo il benessere collettivo e supportando i processi di transizione digitale ed ecologica (4).

Questo "ritorno" dello Stato impone un'elevata credibilità dell'amministrazione pubblica e una maggiore stabilità del quadro normativo.

La legge delega prefigura un significativo cambiamento del paradigma regolativo. Senza entrare nel dettaglio, è utile sottolineare i seguenti criteri direttivi:

i) il raggiungimento di livelli di regolazione corrispondenti a quelli minimi richiesti dalle direttive europee (eliminando il c.d. *goldplating*), salvo le prescrizioni giustificate dalla tutela di preminenti interessi generali, riconducendo l'autorità di settore (l'Anac, le cui "linee guida" hanno finito per essere percepite come un ulteriore livello normativo) a compiti di più stretta vigilanza;

ii) il rafforzamento della "capacità" amministrativa delle stazioni appaltanti, promuovendone una maggiore specializzazione tecnica e la loro riduzione numerica (mediante un processo di accorpamento e aggregazione);

iii) una accentuata semplificazione delle procedure, attraverso: la digitalizzazione delle procedure; la previsione di contratti-tipo e di bandi-tipo; la razionalizzazione delle cause di esclusione; la revisione della normativa primaria in materia di programmazione e localizzazione delle opere pubbliche e dibattito pubblico; la revisione del sistema di qualificazione generale degli operatori; l'individuazione delle ipotesi in cui le stazioni appaltanti possono ricorrere all'affidamento congiunto della progettazione e dell'esecuzione dei lavori;

iv) un forte incentivo alle procedure flessibili (quali il dialogo competitivo, il partenariato per l'innovazione, le procedure per l'affidamento di accordi quadro e le procedure competitive con negoziazione) per la stipula di contratti pubblici complessi e di lunga durata;

v) una maggiore attenzione per le sopravvenienze contrattuali (soprattutto con riguardo alla revisione dei prezzi, al verificarsi di particolari condizioni non prevedibili al momento della formulazione dell'offerta, e alle varianti in corso d'opera), pur sempre nei limiti consentiti dall'ordinamento europeo;

vi) il rilancio delle forme di partenariato pubblico-privato, al fine di rendere tali modelli contrattuali effettivamente attrattivi per gli investitori professionali, oltre che per gli operatori del mercato delle opere pubbliche e dell'erogazione dei servizi resi in concessione.

Come è noto, in data 30 giugno 2022 il Presidente del Consiglio dei ministri ha comunicato al Presidente del Consiglio di Stato di voler affidare la formulazione del progetto di codice dei contratti pubblici al Consiglio di Stato (come previsto dal c. 4 dell'art. 1 della l. n. 78 del 21 giugno 2022). Il successivo 4 luglio il presidente Frattini ha istituito una Commissione speciale, da lui presieduta (5).

Uno schema di codice dei contratti pubblici elaborato dal Consiglio di Stato è stato trasmesso al Governo il 7 dicembre 2022, ed è stato approvato dal Consiglio dei ministri nella riunione del 16 dicembre, in esame preliminare (6).

Non è questa la sede per una disamina completa del testo: vale la pena sottolineare i principali dati di struttura e di contenuto che ne fanno un'opera di riforma e non di mero riassetto della disciplina previgente.

di accertamento definitivo, un appalto illegittimamente aggiudicato); la durata dei giudizi (nel 2019 i tempi per ottenere una decisione definitiva nei due gradi di giudizio, sono risultati pari a 353 giorni).

(3) Il Pnrr, in particolare, prevede i seguenti obiettivi: giugno 2021, entrata in vigore di un decreto-legge sulla semplificazione del sistema dei contratti pubblici; giugno 2022, entrata in vigore della legge delega per la revisione del codice dei contratti pubblici; marzo 2023, entrata in vigore del decreto legislativo attuativo della delega per la revisione del codice dei contratti pubblici; giugno 2023, entrata in vigore di tutte le leggi, regolamenti e provvedimenti attuativi (anche di diritto privato) per la revisione del sistema degli appalti pubblici; dicembre 2023, pieno funzionamento del sistema di *e-procurement*.

(4) Le regole di contrattazione delle amministrazioni incidono su un volume di spesa pubblica pari al 13% del Pil (il 29% della spesa pubblica totale) dei Paesi della zona Euro.

(5) I Consiglieri di Stato sono stati affiancati non solo da magistrati dei Tar, della Cassazione, della Corte dei conti, nonché da Avvocati dello Stato, ma anche da esperti esterni quali professori, avvocati, economisti, ingegneri, esperti di *drafting*, un informatico e un accademico della Crusca.

(6) Con le modifiche apportate anche tenendo conto dei lavori del Tavolo tecnico congiunto tra il Consiglio di Stato, la Presidenza del Consiglio dei ministri, il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e le altre amministrazioni interessate e rimesso al Governo per le proprie determinazioni. Il codice appalti si applicherà a tutti i nuovi procedimenti a partire dal 1° aprile 2023. Dal 1° luglio 2023 è prevista l'abrogazione del codice precedente (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50) e l'applicazione delle nuove norme anche a tutti i procedimenti già in corso.

In primo luogo, il “peso” degli interventi ha reso impraticabile l’ipotesi (inizialmente prefigurata) di limitarsi a “novellare” (7) il codice vigente, rendendo necessario procedere alla più radicale “novazione” della fonte (riversando cioè all’interno di un nuovo atto-fonte la disciplina revisionata).

Lo schema di codice ha un numero di articoli analogo a quelli del codice vigente, ma ne riduce di quasi un terzo il numero dei commi. In modo innovativo, gli allegati sostituiscono ogni altra fonte attuativa (8), garantendo così al testo di potere essere immediatamente “auto-esecutivo”.

Sul piano dei contenuti, sono molte le novità (9). Qui vanno richiamate le disposizioni di principio che, collocate all’inizio del “sistema normativo”, danno il segnale del profondo cambiamento perseguito attraverso la valorizzazione e l’incoraggiamento dello spazio valutativo dei pubblici funzionari.

L’alto tasso di complessità amministrativa dei progetti e la loro rilevanza, a fini politici e macroeconomici, richiedono un nuovo “atteggiamento”: l’esercizio di una committenza “attiva” basata sull’attitudine manageriale alla negoziazione, nel rispetto della legalità e della trasparenza.

A questi fini, lo schema di codice enuncia il principio del risultato quale criterio prioritario per l’esercizio del potere discrezionale e per l’individuazione della regola del caso concreto, nonché quale elemento da valutare, anche in sede di responsabilità (amministrativa e disciplinare), a favore dell’agente pubblico. Viene codificato, in funzione complementare, anche il principio della fiducia nell’azione legittima, trasparente e corretta delle pubbliche amministrazioni, dei suoi funzionari e degli operatori economici.

Il raggiungimento del risultato nei termini programmati implica il superamento di ogni forma di inerzia e l’esercizio effettivo della discrezionalità di cui la pubblica amministrazione dispone. L’attività di “amministrare” implica un adattamento continuo alla realtà e non l’applicazione meccanica di norme. La “buona discrezionalità” è la capacità degli amministratori di identificare e realizzare – di volta in volta – l’interesse pubblico in concreto, secondo gli indirizzi posti dalla legge. La stessa tutela della concorrenza non è un fine in se stessa, ma un mezzo.

Una discrezionalità di questo genere deve essere ovviamente sottoposta ad un vaglio e ad un controllo rigoroso. Tuttavia, il reticolo di responsabilità – soprattutto penali e contabili – che circonda l’amministrazione deve essere accompagnata da una adeguata tipizzazione degli illeciti, al fine di promuovere scelte legittime e tempestive senza provocare una fuga dalla decisione. Opportunamente lo schema di codice contiene una perimetrazione del concetto di colpa grave rilevante ai fini della responsabilità amministrativa dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti: la norma, in particolare, ricollega la colpa grave esclusivamente alla violazione delle norme di diritto, degli autovincoli, nonché alla palese violazione di regole di prudenza, perizia e diligenza, con la precisazione, tuttavia, che non costituisce mai colpa grave la violazione o l’omissione che sia stata determinata dal riferimento a indirizzi giurisprudenziali prevalenti o a pareri delle autorità competenti.

Una specifica menzione merita poi il partenariato pubblico-privato.

Tale strumento – attraverso cui pubblico e privato possono concorrere sinergicamente per contrastare i fenomeni di disgregazione che, negli ultimi decenni, hanno indebolito la struttura sociale delle nostre comunità, soprattutto nella prospettiva del superamento delle disegualianze “di opportunità” (generazionali, di genere e territoriali) – risulta particolarmente indicato per il raggiungimento di alcuni degli obiettivi strategici del Pnrr.

Lo schema di codice intende superare i fattori che in passato hanno determinato la scarsa incidenza del Ppp sul totale degli investimenti pubblici, rendendolo più attrattivo per amministrazioni, operatori economici ed investitori istituzionali. Tale obiettivo, in particolare, è stato perseguito: sul piano della certezza del diritto, fornendo un quadro chiaro del riparto dei rischi; sul piano della specializzazione degli enti concedenti, a cui è stata data la possibilità di avvalersi di un organismo consultivo; sul piano della maggiore flessibilità e semplificazione delle procedure (anche attraverso la digitalizzazione); attraverso la riduzione del c.d. “rischio regolatorio”; fornendo maggiore attenzione sugli aspetti legati all’esecuzione del Ppp.

Non resta che una conclusione finale.

La riuscita di una riforma richiede anche il concorso di fattori extra-normativi. L’abbandono della prospettiva di una legalità soltanto formale deve essere accompagnato da un investimento sul piano delle competenze professionali, degli strumenti di circolazione e di condivisione delle conoscenze, delle modalità di lavoro. Fondamentale sarà anche l’effettiva attuazione della digitalizzazione, consentendo, pur nel rispetto di tutte le regole di sicurezza, una piena interoperabilità delle banche dati pubbliche.

(7) Con tale espressione intendendosi la modifica di un testo giuridico su singole preposizioni e per mezzo di interpolazioni

(8) Oltre ai 25 allegati al codice attuale, essi assorbiranno 17 linee guida Anac e 15 regolamenti ancora vigenti, alcuni dei quali di dimensioni molto ampie (tra cui il d.p.r. n. 207/2010, risalente addirittura all’attuazione del codice del 2006, nonché quello sui contratti del Ministero della difesa, ridotto da oltre 100 articoli a poco più di 10. Una apposita disposizione di delegificazione degli allegati al codice, li rende “a regime” di natura regolamentari.

(9) Si pensi alle modifiche in materia di: digitalizzazione dell’intero ciclo di vita dell’appalto; appalto integrato; procedure sotto la soglia europea; subappalto; revisione dei prezzi; esecuzione; in merito ai procedimenti dinanzi alla giustizia amministrativa, si prevede che il giudice conosca anche delle azioni risarcitorie e di quelle di rivalsa proposte dalla stazione appaltante nei confronti dell’operatore economico che, con un comportamento illecito, ha concorso a determinare un esito della gara illegittimo.

Il rilancio dell'attitudine ad operare scelte tempestive e responsabili richiede poi – da parte di operatori e interpreti – l'abbandono di una concezione meramente "vincolistica" del diritto amministrativo.

* * *