

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

Jacopo Bercelli (\*)

Sommario: 1. *Premessa. L'esigenza crescente di coerenza sistematica nel nostro ordinamento amministrativo.* – 2. *La necessità di una coerenza sistematica tra semplificazione e digitalizzazione.* – 3. *La necessità di una coerenza sistematica tra fase procedimentale e fasi di controllo giurisdizionale.* – 4. *Con riferimento al processo amministrativo.* – 5. *Con riferimento al processo penale.* – 6. *Con riferimento al processo per responsabilità erariale.* – 7. *Conclusioni.*

### 1. *Premessa. L'esigenza crescente di coerenza sistematica nel nostro ordinamento amministrativo*

Nel nostro ordinamento amministrativo c'è una esigenza crescente di coerenza sistematica.

In un recente scritto pubblicato sulla *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, M. Ramajoli evidenzia che “*La scienza giuridica è in grado di acquisire un ruolo centrale solo se tende alla costruzione di un diritto orientato sistematicamente. In un'epoca complessa, confusa e ambigua come la nostra, è il momento del rigore concettuale, del sistema, della sintesi costruttiva, degli orientamenti di fondo irrinunciabili del diritto amministrativo. La scienza del diritto, di fronte alla dispersione e al disordine, deve assumere un atteggiamento di dominanza e non di legittimazione dei medesimi*”.

E ancora, “*L'arma più appropriata che il giurista ha per far fronte alle costanti trasformazioni è il sistema. Esso sposta l'attenzione sui principi e sui valori, che rendono possibile la comprensione delle singole parti connettendole al tutto e intellegibile il disegno sotteso alla sempre più vistosa frammentarietà delle singole parti*”.

E in questa faticosa opera di continua costruzione e ricostruzione del sistema, in questa incessante opera di ricerca della coerenza sistematica, giocano un ruolo fondamentale – come sappiamo – i principi generali del diritto amministrativo.

La semplificazione e la digitalizzazione sono due di questi principi, sui quali si gioca il futuro del diritto amministrativo, e quindi il futuro del ruolo della pubblica amministrazione e quindi il futuro dell'attuazione del Pnrr in Italia.

Quello che voglio sottolineare è che questi due principi – la semplificazione e la digitalizzazione – devono essere scritti (dal legislatore), attuati (dalle pubbliche amministrazioni) e interpretati (dai giudici) in una logica di coerenza sistematica.

La coerenza, in particolare, deve essere cercata 1) tra questi due principi in sé considerati; 2) tra le fasi in cui si sviluppa l'azione amministrativa, intesa come somma della fase procedimentale e dell'eventuale fase di controllo giurisdizionale.

### 2. *La necessità di una coerenza sistematica tra semplificazione e digitalizzazione*

La coerenza sistematica deve essere ricercata anzitutto tra i due principi stessi, ossia tra la semplificazione e la digitalizzazione: essi devono rappresentare un'endiadi, ossia l'espressione di un unico concetto mediante due termini coordinati.

La semplificazione (per essere effettiva) deve essere necessariamente digitale; la digitalizzazione deve essere semplificante (o è meglio che non sia).

Perché la digitalizzazione sia semplificante bisogna,

- anzitutto che sia pensata e progettata, a monte e a livello tecnico, tramite procedimenti partecipati, che coinvolgano i giuristi e coloro che concretamente dovranno usare le nuove procedure;

- ma soprattutto la digitalizzazione deve essere compiuta, si deve avere il coraggio di fare il passo intero, senza tentennamenti; il mezzo passo, spesso fa perdere l'equilibrio.

Per essere concreti, è il caso delle procedure di gara, in cui le imprese devono presentare la domanda e le offerte sia con modalità digitale, ossia compilando moduli *on line*, sia contestualmente caricando sul sito documenti analoghi ma cartacei.

Questa duplicazione è il classico esempio di digitalizzazione non semplificante, perché è una digitalizzazione realizzata a metà. E così succede che – per mille ragioni, mille errori e disattenzioni possibili – il documento nativo digitale non è identico a quello nativo cartaceo, con la conseguenza che si pone il tema dell'esclusione dell'offerta, per violazione del principio dell'unicità dell'offerta; e così può arrivare a succedere che, per una di queste duplicazioni, il Tar non solo escluda l'offerta, ma altresì trasmetta gli atti alla procura penale per le indagini di competenza.

---

(\*) Professore associato di Diritto amministrativo presso l'Università degli studi di Verona.

Bisogna avere il coraggio di spingere fino in fondo sulla digitalizzazione, in particolare negli appalti pubblici, perché solo così la digitalizzazione potrà rivelarsi quello che deve essere, ossia una digitalizzazione semplificante. E se si perderanno alcune garanzie di qualche tipo, ciò sarà ampiamente compensato, e dunque nel bilanciamento degli interessi il risultato finale sarà comunque positivo.

### 3. *La necessità di una coerenza sistematica tra fase procedimentale e fasi di controllo giurisdizionale*

In secondo luogo vi deve essere coerenza tra le fasi in cui si sviluppa l'azione amministrativa, intesa come somma della fase procedimentale e dell'eventuale fase di controllo giurisdizionale: è vero infatti che la fase del controllo giurisdizionale, nel quale qui ricomprendo sia il processo amministrativo sia quello penale sia quello contabile, è una fase successiva al compimento dell'azione amministrativa e solo eventuale, ma la sua presenza anche solo potenziale, il suo solo configurarsi come possibile, certamente influenzano lo svolgimento a monte dell'azione amministrativa.

Se si vuole effettivamente realizzare una semplificazione dell'azione amministrativa, non è sufficiente agire sul procedimento amministrativo in sé, è necessario che a questo risultato concorrano anche il processo amministrativo, il processo penale e il processo contabile.

Se effettivamente il legislatore riesce ad introdurre una semplificazione sostanziale dell'azione amministrativa, e gli uffici amministrativi riescono ad attuare concretamente questa effettiva semplificazione, alla fine anche i giudici amministrativi, penali e contabili devono concorrere alla realizzazione di tale risultato, valorizzando il fatto che le regole sostanziali dell'azione amministrativa sono cambiate.

I nuovi principi dell'azione amministrativa sostanziale, a partire da quello della semplificazione, devono trovare pronto e sicuro riscontro nella fase del controllo giurisdizionale. Questo è fondamentale per la loro effettività, e vale per il processo amministrativo, quello penale e quello di responsabilità amministrativa-contabile.

### 4. *Con riferimento al processo amministrativo*

Se la semplificazione delle procedure amministrative porta tutti gli attori a concentrarsi sui profili sostanziali dell'azione amministrativa e sul risultato della stessa, si rafforzano le ragioni per introdurre nel processo amministrativo quell'istituto che è stato da più parti proposto, che è la camera di consiglio istruttoria, ossia per l'esame delle istanze istruttorie e l'audizione dei consulenti tecnici.

Questa camera di consiglio, infatti, sarebbe diretta a dare maggiore agilità alla fase istruttoria e consentire al collegio di utilizzare la camera di consiglio quale fase preparatoria della decisione di merito, soprattutto quando questa decisione richieda un approfondimento dei presupposti di fatto del provvedimento impugnato.

In questo modo si contribuirebbe a rafforzare il ruolo del giudice amministrativo come "signore della prova", che insegnava M. Nigro nel 1967, e forse anche a meglio accompagnare, nella fase del giudizio, la semplificazione attuata a monte nel procedimento.

### 5. *Con riferimento al processo penale*

L'art. 23 del c.d. decreto Semplificazioni e, quindi, della legge n. 120/2020 ha riformato il delitto di abuso d'ufficio, introducendo il riferimento alla "violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità".

Se la semplificazione dell'azione amministrativa si traduce – come è logico – in una maggiore discrezionalità dell'amministrazione, allora il funzionario amministrativo deve essere certo che l'utilizzo di questa discrezionalità non potrà essere sindacato dal giudice penale.

Questa esenzione dal giudizio penale oggi non è garantita per le procedure di gara: sto studiando gli atti di un processo penale in fase di avvio, nel quale si discute dei giudizi di una commissione tecnica di gara in merito alla sufficienza o meno di certificati di conformità tecnica. Una questione tecnica assai difficile e complessa, massimamente opinabile e dunque massimamente discrezionale: l'impresa non vincitrice non ha fatto ricorso al giudice amministrativo, ma un esposto al giudice penale. Quindi il giudizio sul corretto esercizio della discrezionalità è stato attratto in via diretta dal giudice penale. Con il risultato che si discute davanti ad un giudice penale di una questione che certamente attiene a valutazioni discrezionali.

Ma chi partecipa ad una commissione di gara, o svolge il ruolo di Rup di una gara, dovrebbe essere sicuro che questo non possa succedere, che non possa succedere di dover rendere conto davanti ad un giudice penale della correttezza o meno delle sue decisioni in tema di esclusione di un'offerta, o di qualsiasi altra decisione discrezionale che debba prendere in un procedimento di gara.

Infatti, come evidenziato anche dalla Corte costituzionale, nella sentenza n. 8/2022, anche «*Il solo rischio, ubiquo e indefinito, del coinvolgimento in un procedimento penale, con i costi materiali, umani e sociali (per il ricorrente clamore mediatico) che esso comporta, basta a generare un "effetto di raffreddamento", che induce il funzionario ad imboccare la via per sé più rassicurante*».

Con questa sentenza la Corte costituzionale prende atto della «*sempre maggiore diffusione del fenomeno che si è soliti designare come "burocrazia difensiva" (o "amministrazione difensiva")*». *I pubblici funzionari si astengono, cioè, 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”)».*

#### 6. Con riferimento al processo per responsabilità erariale

Inutile ricordare in questa sede poi l’art. 21 del c.d. decreto Semplificazioni e, quindi, della legge n. 120/2020, secondo cui *“la responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica per l’azione di responsabilità di cui all’art. 1 della l. 14 gennaio 1994, n. 20, è limitata ai casi in cui la produzione del danno conseguente alla condotta del soggetto agente è da lui dolosamente voluta. La limitazione di responsabilità prevista dal primo periodo non si applica per i danni cagionati da omissione o inerzia del soggetto agente”*.

Sappiamo quanto sia importante il rapporto tra pubblici funzionari e Corte dei conti, è vicenda troppo nota a questa platea per soffermarvisi in questa sede.

#### 7. Conclusione

In conclusione, si vuole qui ribadire l’importanza che la prospettiva sistematica nella scrittura, interpretazione e attuazione del diritto amministrativo in generale e del diritto amministrativo dei contratti in particolare.

Una prospettiva sistematica che deve portarci a leggere in termini di endiadi la semplificazione e la digitalizzazione, e a tenere sempre presenti i legami strettissimi tra fase dell’azione amministrativa e fase del controllo giurisdizionale.

\* \* \*