ANALISI GIURIDICA

I. QUESTIONI GENERALI E TRASVERSALI

Criticità di fondo trasversali:

- Ipertrofia legislativa e moltiplicazioni delle fonti del diritto
- Tecnica normativa di cattiva qualità
- Inattuazione
- Interventi mutevoli della giurisprudenza
- Il *gold plating*
- Incerta efficacia giuridica della cd. *soft regulation*
- Costi eccessivi per l'accesso alla giustizia amministrativa
- Eccessiva lentezza della gustizia civile
- Scarso utilizzo degli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie
- Scarso dinamismo della spesa per investimenti
- Mancata attuazione della cd. Cabina di regia
- Inadeguatezza delle stazioni appaltanti
- Frammentazione della domanda pubblica
- Il ruolo dell'ANAC
- L'avversione al rischio del funzionario pubblico e paura della firma

Sintesi:

Nel capitolo dedicato alle questioni generali e trasversali si analizzano quelle criticità di fondo che, seppure non afferiscono unicamente a una specifica fase degli appalti pubblici, si inseriscono tra le principali cause di inefficienza di tutto il procedimento, con conseguenze nell'esplicarsi di tutte le fasi, dalla programmazione all'esecuzione. Tra queste, innanzitutto, il problema relativo all'ecosistema normativo e, quindi, alla moltiplicazione delle fonti del diritto, all'ipertrofia legislativa, anche in arco temporale limitato, alla tecnica normativa di cattiva qualità, alla pratica del cd. *gold plating*, all'incerta qualificazione giuridica di atti espressione della cd. *soft regulation*, tra cui le linee guida vincolanti o non vincolanti dell'ANAC e i decreti ministeriali. Strettamente connesso è, poi, il problema degli interventi mutevoli della giurisprudenza: laddove la legge non è in grado di garantire certezza giuridica - a causa di norme che danno adito a diverse possibili interpretazioni o che sono mal coordinate tra loro o persino contraddittorie - la giurisprudenza offre, a sua volta, interpretazioni varie, che spesso non tengono conto della *ratio* sottesa alla norma, o comunque orientamenti plurimi ed eterogenei; ciò avviene anche a causa dell'assenza, nel nostro ordinamento, della regola del precedente. Ai problemi normativi e interpretativi si aggiungono, poi, quelli attuativi: è ricorrente il caso in cui una norma tutto sommato ben scritta e potenzialmente efficiente, non esplichi i suoi effetti in quanto non riceve attuazione o applicazione concreta. Tra le cause omissive che aggravano la crisi del settore, rientra, poi, quella relativa alla carenza di investimenti pubblici che ha dirette conseguenze sul PIL e che provoca alcuni comportamenti distorsivi sul lato dell'offerta, tra cui, per esempio, l'incremento dei ribassi, che incide anche sulla "sopravvivenza" delle imprese, unitamente alla questione dei ritardi nei pagamenti. Altra rilevante questione è poi quella dell'accesso alla giustizia amministrativa, a causa dell'imposizione di elevati contributi unificati per la proposizione di ricorsi in materia di appalti. Con riferimento, poi, alla giustizia civile, si rileva l'estrema lentezza dei giudizi dinanzi al giudice civile, la carenza di misure idonee a ridurre i tempi dei giudizi e lo scarso utilizzo degli strumenti di risoluzione alternativi a quello giurisdizionale. A tali criticità, si aggiungono quelle relative alla eccessiva frammentazione e all'inadeguatezza delle stazioni appaltanti, alla dispersione di competenze e alla mancata professionalità sul lato della domanda: strumenti quali quello dell'aggregazione e centralizzazione della domanda o quello della qualificazione delle stazioni appaltanti in parte sono rimasti inattuati e in parte si sono rilevati inadeguati. Infine, non può non menzionarsi il problema legato al ruolo dell'ANAC, sia con riferimento all'incerto (e complicante) potere regolatorio che gli è attribuito, sia con riferimento ai suoi compiti di vigilanza e, in generale, alla identificazione del settore dei contratti pubblici con la corruzione stessa. È evidente come le problematiche cui qui, sinora, si è soltanto accennato, producano conseguenze non indifferenti su molteplici piani, accrescendo la sfiducia del privato nei confronti del settore pubblico.

I.1 Il sistema di regolazione dei contratti pubblici e l'ipertrofia legislativa

Criticità applicative:

- Interventi mutevoli della giurisprudenza
- Inattuazione
- Il *gold plating*
- Incerta efficacia giuridica della cd. *soft regulation* e gli orientamenti contraddittori della giurisprudenza

Problemi regolatori:

- Incertezza normativa
- La moltiplicazione delle fonti del diritto
- Tecnica legislativa di cattiva qualità, sospensioni, proroghe e emendamenti.

Incertezza normativa e inattuazione. Come è noto, il sistema di regolazione dei
contratti pubblici è caratterizzato da una moltitudine di fonti del diritto, da numerose leggi, talvolta contraddittorie o, comunque, mal coordinate tra loro, da atti dalla dubbia natura giuridica (si fa riferimento al problema della cd. *soft law*), nonché da gravi problemi di mancata attuazione (si pensi al *rating* d'impresa, al sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti, alla cd. Cabina di regia e all'Albo dei commissari di gara, ecc.).

Interventi mutevoli della giurisprudenza. All'assetto normativo e regolamentare, già di per sé mutevole e fonte di incertezza giuridica, si aggiungono, poi, gli orientamenti contraddittori della giurisprudenza (anche a causa dell'assenza del "precedente") e le interpretazioni evolutive che, spesso, non tengono conto della *ratio* sottesa alla norma e, in generale, del sistema normativo in cui questa è inserita.

La moltiplicazione delle fonti del diritto. Nel sistema delle fonti del diritto che regolano la materia dei contratti pubblici si annoverano, innanzitutto, i Trattati dell'Unione Europea, le direttive, gli atti ricognitivi europei (come, per esempio, i libri verdi), le determinazioni della Commissione, le sentenze della Corte di Giustizia (le quali, come è noto, comportano la disapplicazione di norme non conformi e integrano il diritto positivo europeo). A queste si aggiungono le fonti del diritto interno, nell'ambito delle quali rientrano non soltanto il Codice dei contratti pubblici, con tutti i relativi

emendamenti, modifiche e sospensioni, ma anche una serie di altri atti che complicano notevolmente la normativa. Si pensi agli oltre cinquanta decreti attuativi del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e alla regolamentazione secondaria dell'ANAC, tra guide vincolanti, non vincolanti o di dubbia efficacia giuridica.

L'incerta efficacia giuridica della cd. soft regulation negli orientamenti contraddittori della giurisprudenza. Il diritto, che dovrebbe rappresentare per definizione una "certezza giuridica" per tutti i consociati, si trasforma, così in una fonte infinita di incertezza, a causa della difficile ricognizione di norme disordinate e non coordinate derivanti da una produzione legislativa ipertrofica (dal 1994 ad oggi sono stati emanati oltre 500 provvedimenti normativi e la normativa di settore ha subito una variazione circa una volta al mese) e dal problematico rapporto tra queste e gli atti appartenenti alla categoria della *soft regulation*, ulteriormente complicato da alcune pronunce giurisprudenziali. Infatti, nonostante la *soft regulation*, per sua natura, dovrebbe indurre a comportamenti di *moral suasion*, alcuni atti che di essa sono espressione, assumono un carattere imperativo (si fa riferimento, in particolare, alle linee guida vincolanti dell'ANAC) in seguito al loro accostamento, da parte della giurisprudenza, a regolazioni vere e proprie. Tuttavia, non mancano i casi in cui, ancora una volta, la giurisprudenza rende ancora più incerto l'effetto giuridico di tali atti: per esempio, le linee guida che fanno riferimento all'individuazione, da parte di ANAC, di criteri di valutazione dei requisiti morali (linee guida n. 6/2016), sono state qualificate dal Consiglio di Stato come atti come non vincolanti (parere 2286/2016) e aventi soltanto carattere esemplificativo.

Il gold plating. Ulteriore incertezza giuridica deriva, poi, dalla costante pratica italiana del cd. *gold plating*, mediante l'introduzione di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive europee, pratica che può comportare l'attivazione di procedure d'infrazione nei confronti dell'Italia e disorientamento nei privati circa il diritto da seguire e applicare nelle more delle procedure di adeguamento al diritto dell'Unione.

Tecnica legislativa di cattiva qualità, sospensioni, proroghe e emendamenti. Inoltre, la disciplina nazionale di settore sorprende per come riesce a essere, contemporaneamente, ridondante e lacunosa. Il Codice degli appalti si compone di 220 articoli, 111.740 parole e 662.638 caratteri, 25 allegati, continui emendamenti, a cui si aggiungono, come si è detto, le linee guida ANAC, vincolanti e non vincolanti, ma anche le linee guida ministeriali e altri decreti ministeriali di vario genere.

A monte, peraltro, ha inciso anche la tecnica normativa europea, laddove le direttive del 2014 comprendevano disposizioni a recepimento vincolato, disposizioni che

lasciavano margini di flessibilità agli Stati membri, e disposizioni che imponevano agli Stati di concedere spazi di discrezionalità alle stazioni appaltanti.

Nel 2019, poi, è intervenuto il cd. Decreto "Sblocca cantieri" (D.L. 32/2019 convertito in legge 55/2019) il quale ha sospeso buona parte del Codice degli appalti, apportando ben 53 modifiche al Codice. Nel 2020 il cd. Decreto Semplificazioni (D.L. 76/2020 convertito in legge 120/2020) ha confermato le modifiche dell'art. 1 dello Sblocca cantieri, prevedendo la proroga delle sospensioni normative fino al 31 dicembre 2021. Tra l'altro, la legislazione dell'emergenza (della quale è espressione il Decreto Semplificazioni) pone un ulteriore problema di incertezza, derivante dalla convivenza di norme temporanee insieme a norme a regime.

I.2 La spesa pubblica per investimenti

Criticità applicative:

- La mancanza di investimenti pubblici tra le principali cause della crisi del settore
- La riduzione del PIL
- Gli effetti distorsivi sul lato dell'offerta: incremento dei ribassi
- La mancata attuazione della cd. Cabina di regia

Problemi regolatori:

- La stretta concatenazione tra lo scarso dinamismo della spesa per investimenti e la complessità normativa

La mancanza di investimenti pubblici tra le principali cause della crisi del settore. Tra le principali cause "omissive" della crisi del settore, oltre a quella sul lato legislativo, di cui si è detto, vi è, sul piano governativo, quella relativa alla mancata previsione di un efficace e reale piano di investimenti. Negli ultimi venti anni, infatti, le manovre di bilancio sono state sempre più restrittive al fine di far fronte all'eccessivo debito pubblico del Paese. Come dimostrano i dati ISTAT, negli ultimi dieci anni le risorse dedicate alle opere pubbliche sono scese del 50% e hanno creato un deficit infrastrutturale di 84 miliardi di euro, e ciò nonostante gli impegni previsti dalle varie manovre di finanza pubblica prevedessero un sostegno alla crescita da attuare proprio mediante il rilancio degli investimenti finalizzati alla costruzione e alla manutenzione delle opere pubbliche.

La riduzione del PIL e gli effetti distorsivi sul lato dell'offerta. Il drastico calo degli investimenti pubblici ha portato le Amministrazioni a privilegiare la spesa corrente, sia a livello centrale che a livello periferico. Tale situazione ha, chiaramente, contribuito alla drastica riduzione del rapporto tra debito pubblico e il PIL del Paese (si parla del fenomeno del cd. "nanismo del PIL" italiano rispetto agli altri paesi europei). Sul lato dell'offerta, ha determinato un effetto distorsivo: a fronte della necessità di mantenere il fatturato (indice, come sappiamo, di qualificazione per la partecipazione dei bandi) si è registrato l'incremento dei ribassi offerti, la cui media risulta fortemente superiore rispetto a quella degli altri paesi europei.

La stretta concatenazione tra lo scarso dinamismo della spesa per investimenti e la complessità della normativa. Bisogna considerare, inoltre, che le cause scatenanti la crisi del settore devono intendersi strettamente condizionate tra loro. Secondo la Corte dei conti, infatti, la complessità della disciplina che regola il settore degli appalti pubblici è essa stessa una delle concause dello scarso dinamismo della spesa per investimenti.

La mancata attuazione della cd. Cabina di regia. Inoltre, il problema della inattuazione di norme, invece, funzionali e potenzialmente efficienti, fa sì che anche laddove il legislatore abbia già individuato il problema e, in parte, la soluzione, questa non venga poi mai applicata. Non è, pertanto, solo un problema di norme, ma anche della loro successiva applicazione. Di esempi in tal senso, nel testo, se ne troveranno molti. Si pensi, per quanto qui interessa, che la riforma del 2016 ha introdotto un istituto che avrebbe potuto essere fondamentale per garantire il coordinamento dei diversi attori coinvolti, anche sul fronte degli investimenti pubblici: si tratta della cd. Cabina di regia, ancora non operante, struttura che, insieme ad altri importanti compiti, avrebbe dovuto svolgere altresì la funzione di Nucleo di valutazione e verifica degli investimenti pubblici.

Grande speranza, chiaramente, si ripone nel prossimo futuro, laddove l'Unione Europea ha lanciato il cd. Next Generation EU, il piano per uscire dalla recessione causata dall'emergenza sanitaria e dalla conseguente crisi del 2020, e che pone al centro proprio gli investimenti pubblici. L'iniziativa della Commissione Europea, infatti, rappresenta un'opportunità decisiva per ricostruire la basi strutturali della crescita del Paese, anche attraverso l'introduzione di processi innovativi che possano risollevare e rendere competitivo il settore. In particolare, il Recovery and Resilience Facility (RRF) rappresenta il pilastro principale di tale piano, prevedendo un ingente ammontare di risorse da mettere a disposizione dei piani nazionali di investimento che rispondano agli obiettivi di ripresa. Tali risorse, tuttavia, avranno modo di essere effettivamente spese e, quindi, di produrre risultati positivi, soltanto se l'Italia sarà capace di rispettare le

condizioni e i tempi imposti dall'UE; risulta, pertanto, di assoluta necessità e urgenza predisporsi di procedimenti efficienti e rapidi, che possano garantire il rispetto dei tempi previsti dall'ambizioso programma europeo.

I.3 La questione "giustizia"

Criticità applicative:

- La molteplicità e mutevolezza degli orientamenti giurisprudenziali del giudice amministrativo e l'assenza del precedente
- La lentezza della giustizia civile
- Mancato utilizzo dei rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale

Problemi regolatori:

- L'elevato costo dell'accesso alla giustizia amministrativa

Nell'ambito della questione "giustizia", rientrano una serie eterogenea di problematiche.

La molteplicità e mutevolezza degli orientamenti giurisprudenziali e l'assenza del precedente. Annoso problema che investe la giustizia amministrativa è quello della molteplicità e mutevolezza degli orientamenti giurisprudenziali, problema strettamente connesso all'incertezza normativa che caratterizza il settore degli appalti pubblici. È evidente, infatti, come a un ampio margine di opinabilità nel dettato legislativo (a causa di lacune normative, norme poco chiare e non coordinate tra loro) corrisponda, specularmente, un ampio margine interpretativo da parte dei giudici. A differenza dai paesi di *common law*, in un sistema di *civil law*, come è quello italiano, la creazione del diritto è di natura, fondamentalmente, legislativa. Ciò implica che, tranne nell'unico caso di cui all'art. 384 c.p.c., non grava sui giudici un preciso obbligo di uniformarsi a un precedente, posto che la Costituzione riconosce a questi piena indipendenza e autonomia nell'applicazione della legge. Tuttavia, un conto è parlare di vincolatività del precedente, altro è, invece, riconoscere un'efficacia persuasiva di alcune statuizioni (cd. "precedente influente"). In tale regola tacita e di prassi si rinviene un grande strumento di stabilità, capace di garantire una prevedibilità (o "calcolabilità giuridica") circa le conseguenze di determinati comportamenti, e quindi di contribuire alla certezza dell'intero sistema. La giustizia amministrativa sembra, invece, non riconoscere alcuna efficacia persuasiva ai

precedenti, producendo, invece, orientamenti mutevoli, che pur volendo adattarsi al diritto vivente, rischiano di creare situazioni paradossali e lesive anche della parità di trattamento, adottando orientamenti a volte contraddittori, evolutivi, che spesso non tengono conto della ratio sottesa alla norma, né del sistema normativo in cui questa è inserita. L'eterogeneità delle interpretazioni giurisprudenziali si riscontra persino nelle pronunce ravvicinate di una stessa sezione e nelle adunanze plenarie. Le conseguenze di tale atteggiamento sono disastrose e si sommano all'incertezza provocata dal diritto positivo.

L'elevato costo dell'accesso alla giustizia amministrativa. Con riferimento alla giustizia amministrativa, rileva anche il problema relativo alla violazione del principio costituzionale del giusto processo, sancito dall'art. 24 della Costituzione, nonché dall'art. 6 della Convenzione Europea dei Diritti dell'uomo (CEDU) a causa dell'abnorme costo dell'accesso alla giustizia amministrativa in materia di appalti che la rende, di fatto, una giustizia riservata ai "ricchi". La questione è già stata portata davanti alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea (si ricorda l'ordinanza del TAR Trento, 29 gennaio 2014, n. 23) al fine di verificare se la normativa nazionale potesse ritenersi compatibile con la disciplina europea, laddove prevede(va) elevati importi di contributo unificato. La sentenza della Corte di Giustizia (C-61/14), tuttavia, ha perso l'occasione di risolvere tale nodo, posto che ha ritenuto compatibile con la disciplina europea l'imposizione elevata di un contributo unificato per la proposizione di ricorsi in materia di appalti. È bene ricordare che, in Italia, il contributo unificato per l'accesso al contenzioso relativo alla fase di affidamento e aggiudicazione dei contratti per appalti di ammontare elevato va da un minimo di 2.000 euro a un massimo di 6.000. Non sorprende, pertanto, che il tasso di litigiosità dinanzi al giudice amministrativo, in materia di contratti pubblici, risulti relativamente basso: le spese legali rappresentano un evidente disincentivo, rispetto ai benefici che il ricorrente potrebbe ottenere in caso di successo.

La lentezza della giustizia civile. Sul piano della giustizia civile, si registra l'estrema lentezza dei giudizi dinanzi al giudice ordinario, laddove i tempi si mostrano particolarmente lunghi e incerti. Ciò provoca blocchi e rallentamenti a catena in tutto il procedimento degli appalti pubblici, accelerando ulteriormente la crisi del settore e mettendo fortemente a rischio la sopravvivenza delle imprese. I giudizi civili in materia di appalti di lavoro durano in media almeno tre anni (nei giudizi spesso si innestano consulenze tecniche che portano a durate di molto superiori), sia in primo che in secondo grado, cui si sommano i tre anni aggiuntivi necessari per l'ottenimento della pronuncia della Corte di Cassazione. Il tempo medio si alza vertiginosamente qualora si faccia riferimento ai soli appalti di importi inferiori alla soglia comunitaria: cinque anni sia in primo che in secondo grado.

Mancato utilizzo dei rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale. Tra gli strumenti che l'ordinamento prevede al fine di ridurre e districare il traffico di contenzioso, vi sono i cdd. ADR (*Alternative Dispute Resolution*) i quali, tuttavia, risultato scarsamente utilizzati per la risoluzione "alternativa" delle controversie in materia di contratti pubblici. In materia, in particolare, il Codice dei contratti pubblici prevede l'accordo bonario (art. 205), la transazione (art. 208), l'arbitrato (art. 209), il parere di "precontenzioso" rilasciato dall'ANAC (art. 211) e, fino al 31 dicembre 2021, i pareri del Collegio Consultivo Tecnico di cui all'art. 6 del D.L. Semplificazioni[9]. A causa di ragioni di diversa natura (quali i costi eccessivamente elevati, l'insufficiente preparazione tecnico-giuridica specifica, la carenza di garanzie di affidabilità sotto il profilo dell'indipendenza dei soggetti decisori, la carenza di poteri cautelari ecc.) tali rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale risultano, però, scarsamente utilizzati non riuscendo, pertanto, a disincentivare veramente i ricorsi al giudice ordinario. Il rimedio del Collegio Consultivo Tecnico, stante la sua natura obbligatoria (al ricorrere di determinate circostanze) appare uno strumento molto utile, seppure la maggior parte delle stazioni appaltanti non sono adeguate (sia sotto il piano dimensionale che sotto quello qualitativo) a dotarsi e a giovare pienamente di tale strumento. Peraltro, si tratta di un rimedio soltanto temporaneo che pone alcuni dubbi interpretativi, sia con riferimento al raccordo con gli altri strumenti previsti dall'ordinamento (in particolare l'accordo bonario) con i quali rischia di sovrapporsi, sia relativamente all'efficacia giuridica delle sue determinazioni (equiparate al lodo contrattuale di cui all'art. 808-*ter* c.p.c.).

1. Aggiornamenti normativi - Decreto Semplificazioni bis:

L'art. 51 co. 1 lett. e) del D. Semplificazioni bis (D.l. 77/2021 conv. in L. 108/2021) ha prorogato sino al 30 giugno 2023 l'efficacia dell'art. 6 del D. Semplificazioni 76/2020 (L. 120/2020) che prevede il rimedio temporaneo del Collegio Consultivo Tecnico.

[9] v. box *3. Aggiornamenti normativi - Decreto Semplificazioni bis* a fine paragrafo.

I.4 Problematiche relative alle stazioni appaltanti

I.4.1 Aggregazione e centralizzazione della domanda

Criticità applicative:

- Eccessiva frammentazione della domanda pubblica
- Appalti di importi poco elevati
- Distorsioni del mercato
- Inadeguatezza delle stazioni appaltanti (in particolare quelle di piccole dimensioni)
- Problemi concorrenziali e rischio di esclusione delle PMI

Problemi regolatori:

- Normativa complessa (art. 37)
- Normativa incerta (anche a cause delle successive sospensioni e proroghe)
- Normativa escludente che provoca aggiramenti sia sul lato della domanda (come lo scorporo degli appalti) sia sul lato dell'offerta

Eccessiva frammentazione della domanda pubblica. È noto come uno dei principali problemi nel settore degli appalti pubblici sia rappresentato dalla eccessiva frammentazione della domanda pubblica in appalti di importi poco elevati (come quelli per cui è previsto l'affidamento diretto) a causa della presenza di un numero eccessivo di stazioni appaltanti (più di 32.000). Se, da un lato, piccoli importi possono favorire le PMI (a fronte della creazione di una moltitudine di mercati locali), la frammentazione della commessa pubblica non permette di ottimizzare gli acquisti, di contrastare le inefficienze e le inadeguatezze di molte stazioni appaltanti (in particolare gli enti locali di piccole dimensioni, che mostrano la *performance* peggiore), di creare economie di scala, di migliorare la qualità delle procedure, ecc.

Inadeguatezza delle stazioni appaltanti. Per far fronte a tale problema, su spinta delle direttive del 2014, con la riforma del 2016 è stato introdotto (anche se all'attenzione del legislatore italiano almeno dalla finanziaria del 2000) il sistema operativo dell'aggregazione e della centralizzazione della domanda e degli acquisti, che dovrebbe ottimizzare l'efficienza operativa delle stazioni appaltanti, razionalizzare le procedure, provocare un risparmio di denaro pubblico, procedendo di pari passo con il sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti (di cui al paragrafo successivo). Più specificamente, viene fissata una soglia (150.000 euro per i lavori) entro la quale le stazioni appaltanti possono procedere direttamente e autonomamente, mentre per

acquisti di importo superiore è necessaria la qualificazione (di cui all'art. 38) per procedere mediante utilizzo autonomo degli strumenti telematici di negoziazione, o, in mancanza di qualificazione, diventa necessario il ricorso a una centrale di committenza o a un'aggregazione con una o più stazioni appaltanti aventi la necessaria qualifica. Se, tuttavia, si supera anche lo scaglione intermedio (con importi di lavori compresi tra 150.000 e 1 milione di euro), è previsto un terzo scaglione (con importi superiori al milione di euro per lavori di manutenzione ordinaria o pari o superiori ai 150.000 euro per gli altri lavori) per cui vale la regola del necessario ricorso a una centrale di committenza o all' aggregazione. In ogni caso se la stazione appaltante è un Comune non capoluogo di provincia, dovrà necessariamente ricorrere a una centrale di committenza o a soggetti aggregatori qualificati: per questi non vale, sotto certe soglie, la piena alternatività tra qualificazione autonoma e ricorso a centralizzazione o aggregazione.

Normativa complessa[10]***.*** Sotto il profilo regolatorio, innanzitutto, si osserva come l'art. 37 contenga disposizioni estremamente complicate (al punto che è stato definito un "regolamento" più che una norma). La ricostruzione del quadro normativo si complica ancor di più a seguito delle successive modifiche e sospensioni che vorrebbero semplificare la disciplina, ma che creano problemi di coordinamento normativo (il comma 4, dell'art. 37, relativo ai comuni non capoluogo di provincia, per esempio, è sospeso sino al 31 dicembre 2021 per effetto della legge 120/2020 che ha prorogato gli effetti della legge 55/2019, in un sistema "infinito" di proroghe).

Normativa escludente e distorsioni del mercato. Inoltre, disposizioni complicate e tendenzialmente "escludenti", possono provocare distorsioni del mercato volte ad aggirarle, sia sul lato della domanda sia sul lato dell'offerta.

Mentre nel caso dei servizi e delle forniture il processo di aggregazione ha tendenzialmente seguito quanto prospettato dalla riforma, nel settore di lavori si sono prodotte alcune distorsioni rispetto agli auspici del legislatore del 2016, sul lato dell'offerta: inizialmente si è avuto uno slittamento delle aggiudicazioni di lavori, in quanto molti interventi sono stati anticipati al fine di evitare l'applicazione della nuova normativa; inoltre, molti appalti sopra soglia sono stati suddivisi in diversi contratti di importo inferiore alla soglia (con la conseguenza di possibili sprechi dovuti all'aumento artificioso delle procedure di gara); infine, si è registrata una prevalenza di affidamenti da parte di soggetti aggregatori di piccole dimensioni, che riducono soltanto in minima parte l'elevato frazionamento delle stazioni appaltanti.

[10] v. box *2. Aggiornamenti normativi - Decreto Semplificazioni bis* a fine paragrafo

Problemi concorrenziali e rischio di esclusione delle PMI. Oltre che sul lato della domanda, il rischio di importanti distorsioni risiede, come si è detto, anche sul lato dell'offerta: si fa riferimento, cioè, a quei meccanismi posti in essere dalle imprese al fine di aggirare norme che hanno (anche) l'effetto di produrre discriminazioni a tutto vantaggio delle grandi imprese, favorire situazioni di oligopolio, comportare la sortita dal mercato di operatori privati incapaci di competere sul piano dimensionale, a prescindere da quello qualitativo. Tale problematica si presenta nonostante tutti i riferimenti e le attenzioni dedicate dalla normativa europea (e, nello specifico, dalla direttiva 2014/24/UE nei considerando 59, 66, 83 e 134) alla concorrenza e alla necessità di favorire l'accesso al mercato delle piccole e medie imprese. Il Codice dei contratti, infatti, non recepisce tali "avvertimenti", concentrandosi principalmente sulle necessità di aggregare la domanda e professionalizzare la commessa pubblica, e tralasciando la questione della tutela della concorrenza. L'unica norma che pare perseguire l'effettiva partecipazione alle gare di PMI sembra essere quella della suddivisione in lotti (art. 51, di cui *infra*) che, tuttavia, non è esente da problematiche.

2. Aggiornamenti normativi - Decreto Semplificazioni bis:

La sospensione temporanea del comma 4 dell'art. 37 ad opera del D. Sblocca Cantieri (poi prorogata dal D. Semplificazioni - L. 120/2020 - sino al 31 dicembre 2021) è stata ulteriormente differita al 30 giugno 2023 dal D. Semplificazioni bis (art. 52, co. 1, lett. a); la sospensione si applica soltanto alle procedure non inerenti alle opere PNRR e PNC

Inoltre, nelle more di una compiuta razionalizzazione, riduzione e qualificazione delle stazioni appaltanti, si vieta ai Comuni non capoluogo di affidare appalti per interventi del PNRR, per i quali si renderà necessario ricorrere alle Unioni di comuni, consorzi, città metropolitane, province e comuni capoluogo.

I.4.2 Qualificazione delle stazioni appaltanti

Criticità applicative:

- Dispersione delle competenze
- Basso livello di professionalità delle stazioni appaltanti
- Carenze progettuali
- Aumento della discrezionalità

Problemi regolatori:

- Sistema di qualificazione rimasto inattuato (art. 38)
- Mancata intesa della Conferenza Unificata sullo schema di DPCM

Dispersione delle competenze e basso livello di professionalità delle stazioni appaltanti. Dall'eccessivo numero di "compratori" deriva anche il problema della dispersione delle competenze; in generale, nelle amministrazioni pubbliche manca, spesso, il livello di professionalità necessario alla buona gestione del processo di acquisti pubblici, per i quali sono necessarie competenze giuridiche (a fronte della complessa normativa, per i regolamenti interni e la gestione dei bandi, ecc.), tecniche e progettuali, economico/gestionali, informatiche, ecc. Spesso, peraltro, sono gli stessi dipendenti a doversi fare carico della progettazione delle opere pubbliche e, mancando di competenze o di tempo (nel frattempo, infatti, si occupano delle questioni istruttorie o di altre pratiche), sovente producono carenze progettuali, che portano a varianti in corso d'opera e all'aumento dei costi. A ciò, si aggiunga il fatto che una progettazione di bassa qualità alimenta il contenzioso, provocando ulteriori ritardi. Risulta, pertanto, assolutamente necessario operare la ri-qualificazione tecnica e professionale delle stazioni appaltanti. Strumento a tal fine molto utile è il sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti, uno dei cardini della riforma dei contratti pubblici del 2016. L'art. 38 del Codice appalti prevede, infatti, l'istituzione presso l'ANAC di un apposito elenco di stazioni appaltanti qualificate e modula il funzionamento del sistema di qualificazione in funzione dell'importo dell'appalto da affidare: per gli affidamenti di lavori di importo inferiore a 150.000 euro alle amministrazioni aggiudicatrici è permessa la gestione autonoma delle procedure di affidamento solo se munite di idonea qualificazione rilasciata da ANAC, altrimenti sono tenute a rivolgersi a una centrale di committenza, anch'essa qualificata.

Mancata attuazione del sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti[11]***.*** Seppure il sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti consentirebbe la professionalizzazione della commessa pubblica (e, pertanto, compratori e interlocutori affidabili), e sebbene fosse una delle assi portanti della riforma del 2016, lo strumento è rimasto inattuato. Gli articoli 37 e ss. del Codice, infatti, rinviano la determinazione dei requisiti di qualificazione a un DPCM di successiva adozione: di tale DPCM esiste uno schema di regolamento (predisposto nel febbraio 2018) il quale, però, non ha mai ottenuto l'intesa della Conferenza unificata, preoccupata proprio della riduzione drastica delle stazioni appaltanti e della sottrazione, agli enti locali, di spazio d'azione nella gestione dell'offerta pubblica. In attuazione del Titolo V della Costituzione, infatti, la Conferenza Unificata costituisce la sede per la partecipazione di Regioni, Province, Comuni e Comunità montane alle scelte di Governo. Insomma, a cinque anni dalla sua entrata in vigore, il Codice dei contratti pubblici è ben lontano dalla sua attuazione.

Aumento della discrezionalità delle stazioni appaltanti. Peraltro, da una parte si registra l'inattuazione del sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti, dall'altra, però, le direttive europee hanno provocato un aumento di discrezionalità delle PP.AA. acquirenti: le valutazioni rimesse alle stazioni appaltanti sono, infatti, sempre più complesse e tecniche; ad esse è richiesto, di volta in volta, di stimare l'impatto ambientale, quello sociale, il rischio operativo, l'offerta economicamente più vantaggiosa, ecc. È chiaro che, più aumenta la discrezionalità delle amministrazioni aggiudicatrici, più diventa necessario garantire strategie adeguate e, pertanto, organizzazione, qualità e professionalità sul lato della domanda pubblica.

3. Aggiornamenti normativi - Decreto Semplificazioni bis:

La sospensione temporanea del comma 4 dell'art. 37 ad opera del D. Sblocca Cantieri (poi prorogata dal D. Semplificazioni - L. 120/2020 - sino al 31 dicembre 2021) è stata ulteriormente differita al 30 giugno 2023 dal D. Semplificazioni *bis* (art. 52, co. 1, lett. a); la sospensione si applica soltanto alle procedure non inerenti alle opere PNRR e PNC.

Il D. Semplificazioni *bis*, per le sole opere rientranti nel PNRR e nel PNC, ha previsto ai fini della riduzione delle stazioni appaltanti che - nelle more dell'attuazione del sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti - i comuni non capoluogo di provincia procedono all'acquisizione di forniture, servizi e lavori, oltre che attraverso le modalità di cui all'art. 37, co. 4, cit., anche attraverso le unioni di comuni, le province, le città metropolitane e i comuni capoluogo di provincia.

[11] v. box *3. Aggiornamenti normativi - Decreto Semplificazioni bis* a fine paragrafo

I.5 L'avversione al rischio dei pubblici funzionari e la paura della firma

Criticità applicative:

- Burocrazia difensiva

Problemi regolatori:

- Sistema normativo punitivo
- Temporaneità della soluzione individuata dal D.L. Semplificazioni
- Interpretazione restrittiva della riforma dell'abuso d'ufficio

Tra le principali problematiche che incidono, in maniera trasversale, su tutte le fasi degli appalti pubblici, vi è quella della cd. avversione al rischio dei funzionari pubblici, e cioè la paura del funzionario di prendere le decisioni necessarie a far avanzare il procedimento, in quanto non vuole assumere i rischi e le responsabilità che da esse potrebbero derivare.

Burocrazia difensiva. Si tratta di un fenomeno largamente diffuso nelle PP.AA. e che è noto, anche, con il nome di "burocrazia difensiva", in quanto le scelte del funzionario risultano diverse da quelle che sarebbero più efficaci, in quanto volte a tutelarsi, piuttosto che a raggiungere il risultato ottimale.

Sistema normativo punitivo. Tale atteggiamento è, chiaramente, dovuto a un ordinamento che predilige un sistema punitivo (si pensi al ruolo dell'ANAC e della Corte dei conti, alle conseguenze patrimoniali e non patrimoniali derivanti dalle decisioni assunte, nonché alle conseguenze penali delle scelte assunte).

Temporaneità della soluzione individuata dal D.L. Semplificazioni[12]***.*** Di recente, il D.L. Semplificazioni ha tentato di arginare il fenomeno limitando – in via soltanto temporanea, però - la responsabilità per danno all'erario per fatti commessi dalla entrata in vigore del decreto e fino al 31 dicembre 2021, legata alla condotta dolosa del funzionario pubblico, che non si applica in caso, tuttavia, di omissione o inerzia del soggetto agente.

Interpretazione restrittiva della riforma dell'abuso d'ufficio. Sul piano penale, sempre il D.L. Semplificazioni ha modificato, questa volta con norma non

[12] v. box *4. Aggiornamenti normativi - Decreto Semplificazioni bis* a fine paragrafo

transitoria, il reato di abuso di ufficio (art. 323 c.p.). La modifica normativa interviene a limitare le responsabilità penali del funzionario ricorrendo il reato di abuso d'ufficio solo in caso di violazione di "*regole di condotta previste dalla legge o da atti aventi forza di legge*", cioè da fonti primarie, con esclusione dei regolamenti attuativi, e solo nel caso in cui abbiano, inoltre, un contenuto vincolante precettivo da cui non residui alcuna discrezionalità amministrativa.

Questa norma senz'altro contribuisce alla riduzione del rischio per il pubblico funzionario limitando notevolmente le ipotesi penalmente rilevanti, contribuendo così ridurre la paura della firma, ma necessita di un consolidamento interpretativo e applicativo che non sia volto a restringere la portata innovativa, come invece sta accadendo, e va affiancata anche da ulteriori rimedi a salvaguardia della reputazione del pubblico funzionario, messo alla "gogna" al solo avvio o conclusione delle indagini penali.

Tali questioni, che sarà affrontata, più approfonditamente, nel paragrafo IV di questo scritto, assumono particolare rilevanza e incidono fortemente sui comportamenti della P.A.

4. Aggiornamenti normativi - Decreto Semplificazioni bis:

Ai sensi dell'art. 51 co. 1 lett. b) del D. Semplificazioni *bis* l'efficacia della norma relativa alla responsabilità erariale di cui all'art. 21 del D. Semplificazione è stata prorogata sino al 30 giugno 2023.

I.6 Il ruolo dell'ANAC

Criticità applicative:

- Difficoltà dell'inquadramento giuridico e dell'efficacia delle Linee Guida vincolanti di ANAC
- Riduzione della responsabilizzazione delle Amministrazioni pubbliche
- Aumento del clima di sfiducia nei confronti delle Amministrazioni pubbliche
- Identificazione tra settore degli appalti e corruzione

Problemi regolatori:

- Incertezza normativa
- Incertezza circa la vincolatività o meno delle linee guida
  (v. Cons. Stato, parere n. 2286/2016)

Il nuovo codice degli appalti ha potenziato il ruolo dell'ANAC affiancando alle funzioni già attribuitele, poteri del tutto innovativi quali l'emanazione e l'adozione di atti a carattere generale, di indirizzo, nonché di bandi e capitolati tipo e altri strumenti di regolazione flessibile, in un'ottica di promozione dell'efficienza e della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti. Tuttavia, lo sforzo del legislatore di ricondurre funzioni regolatorie e di vigilanza in capo a un solo soggetto, al fine di rendere più snello e celere il sistema degli affidamenti non ha ottenuto i risultati sperati.

Difficoltà dell'inquadramento giuridico e dell'efficacia delle Linee Guida vincolanti di ANAC. Dal punto di vista regolatorio particolari criticità sono state rilevate, soprattutto, in relazione alle linee guida ANAC cd. vincolanti che, a causa delle difficoltà legate al loro esatto inquadramento giuridico e all'efficacia nei confronti delle stazioni appaltanti, hanno purtroppo contribuito ad aggravare l'incertezza del quadro regolatorio esistente.

Incertezza circa la vincolatività delle linee guida. Un ulteriore problema riguarda, poi, l'incertezza circa la vincolatività o meno delle linee guida. Per esempio, il Consiglio di Stato ha qualificato le linee guida dell'ANAC che individuano i criteri di valutazione dei requisiti morali (linee guida n. 6/2016) come atti non vincolanti (parere 2286/2016) e aventi soltanto carattere esemplificativo. Ne deriva un ampio margine di valutazione discrezionale rimesso alla P.A. (ampliato rispetto alla disciplina previgente). Il carattere non vincolante delle linee guida, infatti, permette alla P.A. non solo di disattenderle, ma anche di elaborare ulteriori criteri sintomatici. Ciò produce, ovviamente, incertezza per i privati.

Aumento del clima di sfiducia nei confronti delle Amministrazioni pubbliche. Accanto alle funzioni di regolazione, il nuovo Codice ha poi attribuito all'Autorità significativi poteri di intervento nelle varie fasi di svolgimento delle procedure di gara. In particolare, l'art. 213 del Codice demanda all'Autorità il compito di vigilare sui contratti pubblici, anche di interesse regionale, di lavori, servizi e forniture nei settori ordinari e nei settori speciali oltre che, nei limiti stabiliti dal Codice, sui contratti esclusi dall'ambito di applicazione di quest'ultimo, al fine di garantire l'osservanza dei principi di concorrenza, correttezza e trasparenza delle procedure di evidenza pubblica, nonché di economicità ed efficienza nell'esecuzione dei contratti stessi. In concreto, l'attività di vigilanza dell'Autorità si traduce nell'irrogazione di sanzioni amministrative ovvero nell'adozione di deliberazioni attraverso cui si comunicano agli organi di controllo le eventuali irregolarità riscontrate, ed eventualmente, ove queste possano interessare la magistratura penale e contabile, si trasmette il medesimo provvedimento alle competenti Procure della Repubblica e alla Procura generale della Corte dei conti. Il legislatore ha,

dunque, riconosciuto all'ANAC il potere di adottare provvedimenti certamente incisivi sia per le stazioni appaltanti, gravando su queste un obbligo di motivazione nel caso in cui intendano discostarsi dalle determinazioni dell'Autorità, che per gli stessi operatori economici. In questo modo, da un lato, si è tolta la responsabilizzazione alle amministrazioni aumentando il clima di sfiducia nei confronti delle capacità delle PP.AA., dall'altro, si è contribuito a rafforzare l'identificazione tra settore degli appalti e corruzione, come peraltro dimostra il cambio nome da Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici ad Autorità Nazionale Anticorruzione.

II. PROGRAMMAZIONE

Criticità di fondo della programmazione

- Difficoltà della P.A. nella rilevazione dei fabbisogni degli utenti finali
- Carenze dell'analisi economico-finanziaria preliminare da parte della P.A.
- Rallentamenti e rischio di contenzioso nella fase autorizzatoria preliminare (VAS)

Sintesi:

L'attività di programmazione è una fase obbligatoria e preliminare alla progettazione e alla realizzazione dell'opera pubblica, che consta, anch'essa, di diverse sotto fasi. Nella prima fase, l'Amministrazione procede alla identificazione dei bisogni della collettività e alla individuazione dei lavori che ritiene funzionali al soddisfacimento degli stessi, mentre nella seconda fase elabora studi di fattibilità, sulla base delle valutazioni tecniche, finanziarie, economiche, sociali e giuridiche. Si tratta di valutazioni centrali, dalle quali dipende, a catena, l'adeguatezza o meno di ogni fase successiva degli appalti pubblici. È evidente come le problematiche evidenziate nei precedenti paragrafi, relative alla frammentazione della domanda e, soprattutto, alla bassa qualità delle stazioni appaltanti, producano conseguenze disastrose in fase di programmazione. Ad Amministrazioni prive di adeguate competenze e professionalità, infatti, è rimessa l'identificazione dei bisogni della collettività e l'elaborazione di valutazioni estremamente tecniche. Le criticità tipiche della fase della programmazione impediscono, pertanto, un impiego ottimale delle risorse. Tra queste problematiche, rilevano innanzitutto le difficoltà della P.A. nella rilevazione dei fabbisogni degli utenti finali e le carenze dell'analisi economico-finanziaria preliminare.

II.1 Limitata coerenza programmatica e assenza di valutazione economica e finanziaria degli investimenti

Criticità applicative:

- Impiego non ottimale delle risorse
- Valutazioni finanziarie inaffidabili
- Insostenibilità degli interventi pubblici
- Continui aggiustamenti contrattuali
- Assenza di forme di concertazione con i territori

Problemi regolatori:

- Mancata attuazione del D.Lgs. 228/2011

Impiego non ottimale delle risorse. Un impiego ottimale delle risorse presuppone, necessariamente, una corretta e adeguata rilevazione dei fabbisogni degli utenti finali. La P.A., tuttavia, mostra evidenti difficoltà nell'operare tale individuazione, sia a causa del fatto che manca spesso delle competenze e delle professionalità adeguate, sia in quanto il relativo procedimento si mostra frammentato e poco organizzato a causa dell'assenza di coordinamento tra i diversi uffici interni della stessa Amministrazione.

Valutazioni finanziarie inaffidabili e insostenibilità degli interventi pubblici. Dall'altro lato, le carenze dell'analisi economico-finanziaria preliminare da parte della P.A. conducono a valutazioni finanziarie destinate a subire continui aggiustamenti, anche successivi alla stipula del contratto di appalto, che, come è noto, si annoverano tra i principali problemi del settore degli appalti pubblici di lavori: varianti, riserve, richieste, problematiche legate al tema della cd. efficienza della spesa, aumento dei costi, ritardi di pagamento e gravi danni economici alle imprese. Si riscontra, così, il venir meno di un metro di valutazione affidabile per giudicare la sostenibilità degli interventi pubblici.

Mancata attuazione del D.Lgs. 228/2011. Alle inefficienze dell'attività di programmazione ha contribuito, chiaramente, la dinamica intermittente che ha caratterizzato gli interventi normativi in materia e la loro incompleta attuazione e l'assenza di concrete sanzioni per gli Enti che non completino l'*iter* valutativo richiesto. Con riferimento ai problemi attuativi, si ricorda per esempio che il D.Lgs. 228/2011 è intervenuto obbligando tutte le Amministrazioni centrali a dotarsi di Linee guida settoriali

e di un Documento Pluriennale di Pianificazione (DPP) degli interventi pubblici, con il fine di ottimizzare gli indirizzi di programmazione e di applicare gli strumenti di progettazione *ex ante* sui singoli investimenti. Tali strumenti normativi, che avrebbero dovuto migliorare la pianificazione della spesa pubblica, non sono stati attuati: nel 2016, a cinque anni dall'adozione del decreto legislativo, nessuna Amministrazione si era ancora dotata di un DPP.

Assenza di forme di concertazione con i territori. Inoltre, in tale fase, e al fine di risolvere tali problematiche, potrebbero essere previste forme di concertazione e partecipazione dei territori ai fini di garantire legittimità e trasparenza, ma soprattutto al fine di facilitare la programmazione dei progetti infrastrutturali, ridurre i conflitti, garantire la realizzabilità dell'opera, ecc. Le forme di concertazione previste dal nostro ordinamento sono posticipate rispetto alla fase della programmazione (tranne nei casi in cui si applichi la VAS, dove, in ogni caso le consultazioni sono inidonee), diversamente da come avviene, invece, in altri paesi europei.

II.2 VAS e rallentamenti

Criticità applicative:

- Frequente superamento dei termini (sino a 911 giorni)
- Rischio di inutili duplicazioni tra VAS e VIA

Problemi regolatori: artt. 13-18 D.lgs. 152/2006

- Termini procedimentali complessivi non fissati dalla normativa (circa 240 giorni)
- Termini procedimentali per sotto-fase dal carattere ordinatorio e non perentorio
- Problemi di coordinamento normativo tra VAS e VIA (e incertezza dell'art. 10, comma 4 del codice ambientale)

Tra le diverse procedure a tutela dell'interesse ambientale che incidono nei procedimenti degli appalti pubblici, la Valutazione Ambientale Strategica (VAS) è quella che, in senso cronologico, rileva per prima, posto che si inserisce in una fase procedurale antecedente a quella progettuale, e cioè nella fase della programmazione. La VAS, infatti, deve essere attivata a partire dalle prime fasi di elaborazione del piano o del programma in quanto è volta ad assicurare che gli effetti ambientali – anche potenziali – di questi siano considerati pienamente, contribuendo così a indirizzare le scelte sin dall'inizio,

insieme alle valutazioni di ordine economico e sociale. Chiaramente, come per ogni procedimento pubblico che abbia per oggetto la ponderazione di diversi interessi, tra i quali quelli "sensibili", è facile incorrere in rallentamenti, laddove le esigenze semplificatorie e acceleratorie si scontrano con quelle più garantiste. A differenza della VIA, la VAS, pertanto, si inserisce in un momento antecedente e non si esprime sulla compatibilità ai valori ambientali di un singolo intervento, ma attiene al complesso delle decisioni che si intendono far confluire nel piano o nel programma affinché sia assicurata la complessiva aderenza di tali atti alle esigenze di protezione dei suddetti valori.

Senza volerne ripercorrere – in questa sede - gli aspetti procedurali, si ricorda soltanto che il procedimento di VAS viene avviato contestualmente al processo di formazione del piano o programma e prevede varie sotto fasi e il coinvolgimento di diversi soggetti: dallo svolgimento della verifica di assoggettabilità si passerà all'elaborazione di un rapporto ambientale, allo svolgimento delle consultazioni con il territorio, alla successiva valutazione del rapporto ambientale e degli esiti delle consultazioni, per arrivare, poi, alla decisione. Segue ad essa una fase informativa e di monitoraggio.

Termini procedimentali complessivi non fissati dalla normativa[13]***.*** Con riferimento alle tempistiche, gli articoli 13-18 del D.lgs. 152/2006 prevedono una durata complessiva di 240 giorni, suddivisi in 90 giorni per le consultazioni (o fase di *scoping*), 60 giorni per le osservazioni in seguito alla pubblicazione, 90 giorni per la fase di valutazione. Tuttavia, la normativa non individua esplicitamente i termini temporali complessivi per il procedimento di VAS, ma si limita a specificare i termini relativi alle sotto-fasi. Tali termini, inoltre, sono considerati ordinatori, non perentori, e questo determina un facile superamento degli stessi.

Frequente superamento dei termini. Nella prassi, pertanto, si riscontrano rallentamenti di molto superiori ai termini procedimentali previsti dalla normativa: dal *Rapporto 2019 sull'attuazione della VAS in Italia*, adottata dal Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, risulta infatti che la durata media dei procedimenti di VAS di competenza non statale conclusi nel 2018 è stata di 911 giorni, pari a 30 mesi di cui 7 mesi relativi alla fase preliminare e di *scoping*, e 23 mesi a partire dall'avvio della consultazione pubblica sul parere motivato. Il problema, pertanto, non è da ricondursi alla normativa relativa ai termini procedimentali, quanto a quella relativa agli strumenti volti a garantirne l'osservanza perentoria in concreto.

[13] v. box *5. Aggiornamenti normativi - Decreto Semplificazioni bis* a fine paragrafo.

Problemi di coordinamento normativo tra VAS e VIA e rischio di inutili duplicazioni. Tra i problemi che si pongono relativamente ai rallentamenti e agli aggravi procedurali in materia ambientale, vi è quello del rischio di "duplicazione" dei procedimenti di VAS e di VIA i quali, seppure possono avere in comune alcune sotto fasi e alcuni oggetti, rimangono procedimenti autonomi e distinti. Nel tentativo di rispondere a tale problematica, il d.lgs. 104/2017 ha modificato l'art. 10, comma 4, del Codice ambientale, e nel sancire che "*la verifica di assoggettabilità di cui all'art. 19 può essere condotta … nell'ambito della VAS. In tal caso le modalità di informazione del pubblico danno specifica evidenza della integrazione procedurale*" ha previsto l'integrazione della verifica di assoggettabilità nel procedimento di VAS, senza però specificarne le modalità. Questo non può che produrre incertezza normativa, in tal modo risolvendosi in una complicazione piuttosto che in una norma semplificatoria.

5. Aggiornamenti normativi - Decreto Semplificazioni bis:

L'art. 28 del D. Semplificazioni *bis* ha modificato la disciplina concernente la VAS e contenuta nel Codice dell'ambiente. Le modifiche, tuttavia, non appaiono risolutive rispetto ai rilevanti problemi di cui sopra si è detto. Nello specifico, le principali modifiche adottate riguardano:

- La riduzione dei termini della fase delle consultazioni a 30 giorni (comma 1, art. 13 – mentre resta invariato il termine complessivo di 90 giorni previsto dal comma 2, art. 13);
- La migliore individuazione e specificazione dei contenuti e dei documenti relativi al rapporto ambientale e al piano, oggetto della comunicazione all'Autorità Competente nella fase di avvio della consultazione (commi 5 e 5-bis dell'art. 13);
- La pubblicazione solo sui siti web dell'avviso al pubblico relativo all'avvio della consultazione sul rapporto ambientale e sui documenti di piano (art. 14).

II.3 Procedure decisionali che prevedono il coinvolgimento del CIPESS

Criticità applicative:

- Tempi lunghi tra le sedute deliberative del CIPESS e la pubblicazione della delibera in Gazzetta Ufficiale (sino a 4 o 5 mesi)
- Molti passaggi procedimentali e coinvolgimento di un ampio numero di soggetti

Molti passaggi procedimentali. Sulle tempistiche delle procedure decisionali della P.A. incidono, indubbiamente, anche i ripetuti passaggi al Comitato Interministeriale per la Programmazione Economica e lo Sviluppo Sostenibile (ex CIPE, dal 2021 CIPESS), previsti sia per la programmazione che per l'approvazione dei diversi livelli progettuali. Con riferimento alla fase della programmazione, al CIPESS sono attribuiti numerosi compiti rispetto agli investimenti pubblici in infrastrutture: tra questi, per esempio, vi sono il compito di approvare i documenti pluriennali di pianificazione e gli altri strumenti di pianificazione o programmazione, nonché quello di esprimere parere sui contratti di programma, piani di investimento e convenzioni con i principali concessionari, quello di approvare il riparto delle risorse dei fondi pubblici e quello di approvare i singoli progetti di opere prioritarie inserite nel documento pluriennale di pianificazione, assegnando le relative risorse finanziarie.

***Tempi lunghi tra le sedute deliberative del CIPESS e la pubblicazione della delibera in Gazzetta Ufficiale*.** In tale ambito, il principale fattore di criticità è costituito dai tempi che intercorrono tra le delibere del CIPESS e la loro pubblicazione in Gazzetta Ufficiale. Al netto dell'attuazione di regolamenti interni che rendano più frequenti le sedute, la procedura prevede, dopo la seduta del CIPESS, che il Dipartimento per la programmazione e il coordinamento della politica economica (DIPE) presso la Presidenza del Consiglio, provveda alla stesura della delibera, che viene poi trasmessa al MEF per la verifica degli effetti sulla finanza pubblica; questa, poi, viene ritrasmessa al CIPESS per la formalizzazione e, quindi, inviata alla Corte dei conti per il controllo preventivo di legittimità. Una volta assolti tutti questi passaggi (laboriosi, come è laborioso ogni procedimento che implica il coinvolgimento di un ampio numero di soggetti), la delibera è registrata e trasmessa per la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale.

Il tempo medio tra la seduta del CIPESS e la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale è di 4 o 5 mesi. Tale profilo non può che apparire di indubbia importanza, posto che si inserisce nel procedimento – già caratterizzato da forti rallentamenti – come un ulteriore ostacolo alla celerità dei procedimenti relativi al settore delle grandi opere. Fintanto che non sia intervenuta la pubblicazione ufficiale delle decisioni assunte dal CIPESS, infatti, queste non producono alcun effetto reale e rimangono in un "limbo" (rischiando, peraltro, nel frattempo di divenire inattuali).

III. PROGETTAZIONE

Criticità di fondo della progettazione

- *Performance* peggiori per gli enti gestori di rete e i Comuni
- Rallentamenti relativi ai procedimenti autorizzatori (VIA e conferenza di servizi)
- Rallentamenti relativi al coinvolgimento del CLSP
- Scarsa applicazione del silenzio-assenso di cui all'art. 17-*bis*
- Difficoltà di acquisizione del consenso
- Rischio di contenziosi
- Carenze progettuali
- Mancato aggiornamento dei prezzari o mancata applicazione di quelli aggiornati

Sintesi

La fase della progettazione degli appalti pubblici risulta essere quella più problematica sotto il punto di vista dei rallentamenti; è questa la fase in cui maggiormente incidono i cdd. "tempi di attraversamento" e nella quale le stazioni appaltanti, soprattutto di piccole dimensioni, mostrano le peggiori *performance*. Secondo i dati della Banca d'Italia 2019, la durata media della fase di progettazione si aggira intorno ai 2,1 anni circa. Inoltre, la graduatoria della *performance* delle stazioni appaltanti operata dal Sistema Conti Pubblici Territoriali per il 2017, mostra come nella fase di progettazione, rispetto alla media nazionale, i tempi si allunghino per gli Enti Gestori di rete e diminuiscano per le Regioni, mentre le *performance* dei Comuni sono quelle in assoluto peggiori. Inoltre, se prima del 2014 la situazione si mostrava più omogenea, successivamente è aumentato il divario fra *performance* migliore e peggiore. Ancora, la sotto-fase della progettazione preliminare appare più rallentata rispetto a quella della progettazione definitiva, dove i tempi di attraversamento equivalgono al tempo effettivo previsto per tale fase. In generale, il peso dei tempi di attraversamento si riduce rispetto al 2014, ma resta pressoché invariata la media dei tempi di realizzazione delle opere (4,4 anni nel 2018 contro i 4,5 anni del 2014). Infine, tra i principali motivi di allungamento dei tempi di attraversamento si annoverano le adozioni di pareri o autorizzazioni (es. VIA) adottati anche in conferenza di servizi (che rappresentano il 42% dei casi) e il protocollo della documentazione.

III.1 Profili autorizzatori

III.1.1 Conferenza di servizi

Criticità applicative:

- Uso eccessivo delle conferenze di servizi e assenza di proporzionalità
- Tempi lunghi per la conclusione delle conferenze di servizi
- Inerzia dei soggetti terzi cui sono demandati atti di assenso
- Tendenza a negare il dissenso e conseguente rischio di inasprimento del contenzioso

Problemi regolatori: art. 14 ss. L. 241/1990

- Scarsa applicazione della cd. "conferenza semplificata" (art. 14-*bis*)
- Riduzione del pluralismo e la figura del rappresentante unico
- Art. 2, comma 8-bis, l. 241/90: le incertezze interpretative della sanzione dell'inefficacia (introdotta dal Decreto Semplificazioni)
- Art. 13 Decreto Semplificazioni: uno strumento utile, ma solo temporaneo

L'istituto della conferenza di servizi – disciplinato in via generale dall'art. 14 della l. 241/1990 – è il tradizionale strumento nato e utilizzato nei cdd. procedimenti "pluristrutturati" al fine di accelerare e semplificare la valutazione contestuale di diversi interessi pubblici di cui siano portatrici differenti Amministrazioni. Non interessa, in tale sede, ricostruire nel dettaglio la disciplina relativa alla conferenza di servizi, ma semmai individuarne le maggiori criticità, posto che è utilizzata in diversi momenti delle procedure relative ai contratti pubblici. Seppure tale strumento viene impiegato anche in altre fasi – quali quella della programmazione, per esempio ai fini dell'adozione della VAS, e quella dell'esecuzione qualora si riaprano, a causa di varianti e imprevisti, ulteriori momenti autorizzatori – il suo utilizzo più cospicuo è relativo, proprio, alla fase di progettazione. In tale sede, infatti, l'istituto della conferenza di servizi è utilizzato per l'approvazione dei progetti relativi ai lavori (e ai fini dell'adozione delle necessarie autorizzazioni), ai sensi dell'art. 27 del Codice dei contratti pubblici. Data la centralità della conferenza di servizi come strumento di composizione del pluralismo istituzionale, le inadeguatezze che sin dalla sua nascita continuano a emergere nella sua applicazione pratica, ne rendono estremamente problematico il suo utilizzo. Per tale ragione è stata protagonista delle diverse riforme amministrative, da ultimo la Legge Madia (l. 124/2015) che ha fortemente modificato l'istituto, al fine di ridurne i tempi e di semplificarne il

procedimento. Tuttavia, le problematiche relative alla conferenza di servizi non sono state risolte con tale intervento, riprova ne è il fatto che nel 2020, con il Decreto Semplificazioni, si è tornato nuovamente sull'istituto che continua a produrre effetti complicanti.

Uso eccessivo delle conferenze di servizi e assenza di proporzionalità. È noto come un uso eccessivo dello strumento – a prescindere dall'oggetto della decisione e quindi in mancanza di una valutazione proporzionale sulla possibilità o meno di utilizzarla – e i tempi lunghi per la sua conclusione (sia previsti, che effettivi) – spesso dovuti all'inerzia dei soggetti terzi cui sono demandati atti di assenso – provochino non pochi rallentamenti e inefficienze. Non può negarsi che la riforma Madia abbia inciso in senso semplificatorio sull'istituto: ne ha, infatti, ridotto i termini; ha eliminato il potere di "veto" (o quasi) precedentemente detenuto dalle amministrazioni poste alla cura di interessi sensibili; ha concentrato il potere decisionale nell'amministrazione procedente (e, pertanto, nel responsabile del procedimento); ha introdotto la figura del responsabile unico che permette di escludere una parte della valutazione degli interessi e spostarla in un momento anticipato rispetto alla conferenza stessa.

Riduzione del pluralismo e la figura del rappresentante unico. Tali modifiche rischiano, però, di inasprire i rapporti tra governo centrale e territorio, dal momento che muovono da un presupposto di per sé patologico: quello di negare il pluralismo e di complicare le modalità procedurali per far valere il dissenso. Così, la conferenza di servizi che è tradizionalmente volta al confronto e alla adeguata ponderazione degli interessi, diviene uno strumento acceleratorio e di mero raccordo procedimentale. Con la conseguenza che il risultato semplificatorio si traduca, in realtà, in una negazione della complessità e, pertanto, si riversi successivamente nel contenzioso.

Art. 2, comma 8-bis, l. 241/90: le incertezze interpretative della sanzione dell'inefficacia. Inoltre, il Decreto Semplificazioni, ha introdotto la cd. sanzione dell'efficacia dell'atto amministrativo adottato una volta scaduti i termini procedimentali, in tal modo provocando una trasformazione di tali termini da ordinatori a perentori e un rafforzamento dell'istituto del silenzio-assenso. Preme, tuttavia, ricordare, le difficoltà interpretative rispetto alla scelta, da parte del legislatore, di utilizzare la categoria della inefficacia, anziché quella della nullità: in tal modo vi è, infatti, il rischio di alimentare contenziosi volti a far valere o ad annullare un atto che, seppure è inefficace, è valido e presente nell'ordinamento.

Art. 13 del Decreto Semplificazioni: uno strumento utile, ma solo temporaneo[14]***.*** Ci si chiede, infine, se il modello straordinario di conferenza di servizi introdotto per far fronte alla situazione emergenziale (art. 13 Decreto Semplificazioni) e destinato valere sino al 31 dicembre 2021, non possa invece rappresentare un'occasione: stabilizzare tale strumento sperimentale potrebbe, infatti, contribuire alla riduzione dei tempi, notoriamente lunghi, delle conferenze di servizi ordinarie.

Scarsa applicazione della cd. conferenza semplificata. D'altra parte, l'emergenza ha in molti casi fatto emergere con più evidenza problematiche già proprie del sistema: se si è reso necessario prevedere un modello di conferenza accelerato e ibrido da applicare nei casi in cui si renderebbe necessaria, invece, una conferenza partecipata di tipo sincrono (in presenza), non si vede come questa esigenza non possa ripetersi al di là dell'emergenza pandemica. Si risolverebbe, così, almeno in parte, il problema della scarsa applicazione della conferenza di servizi semplificata.

6. Aggiornamenti normativi - Decreto Semplificazioni bis:

Il D.L. Semplificazioni *bis*, all'art. 51, comma 1, lett. *g)*, differisce il termine per l'applicazione temporanea della disciplina della conferenza di servizi di cui all'art. 13 del D.L. Semplificazioni al 30 giugno 2023.

III.1.2 Silenzio assenso inter-amministrativo

Criticità applicative:

- Scarsa applicazione

Problemi regolatori: art. 17-*bis* L. 241/1990

- Incertezze sull'ambito applicativo: da una parte il silenzio-assenso orizzontale viene esteso ai procedimenti aventi ad oggetto "interessi sensibili", dall'altra parte è fatto rinvio ai limiti europei al silenzio-assenso in materia ambientale.

La legge di riforma Madia ha introdotto, nel 2015, la fattispecie del silenzio-assenso inter-amministrativo, di cui al nuovo art. 17-*bis* della l. 241/1990. Tale norma disciplina l'inerzia nei procedimenti che coinvolgano due amministrazioni, prevedendo

[14] v. box *6. Aggiornamenti normativi - Decreto Semplificazioni bis* a fine paragrafo.

l'introduzione del meccanismo del silenzio-assenso (già regolato nei rapporti tra privati e P.A. dall'art. 20 l. 241/90) anche nei rapporti tra amministrazioni pubbliche. A differenza del silenzio-assenso "verticale" (art. 20), quello di tipo "orizzontale" si applica a prescindere dal fatto che una delle amministrazioni partecipanti sia posta alla cura di interessi sensibili, in quanto in tal caso è prevista soltanto una differenza temporale per l'acquisizione del dissenso.

Scarsa applicazione. A una prima lettura la norma appare fortemente semplificatoria: laddove il procedimento ritardi a causa dell'inerzia di un'amministrazione posta alla cura di un interesse sensibile (dalla Regione alla Soprintendenza), il problema del rallentamento potrà essere risolto grazie all'applicazione del silenzio assenso. Tuttavia non è così semplice e, anzi, il più delle volte l'istituto non si applica: soprattutto nei procedimenti aventi a oggetto valutazioni ambientali, e cioè proprio quei procedimenti autorizzatori che rallentano molto anche le procedure di programmazione (VAS) e progettazione (VIA, AUA, AIA, ecc.) degli appalti pubblici. Tale evenienza, oltre a ledere fortemente l'efficacia del silenzio-assenso orizzontale, provoca anche un ingente onere interpretativo/ricostruttivo in capo all'interprete ma anche in capo ai soggetti partecipanti al procedimento, e, in generale, un'incertezza normativa che non può che produrre ulteriori complicazioni, anziché semplificazione.

Incertezze sull'ambito applicativo. L'art. 17-*bis* non si applica, infatti, nei casi in cui il diritto europeo imponga l'adozione di provvedimenti espressi (o formali). Tale clausola di salvezza non esplicita, però, come debba avvenire la determinazione dell'ambito applicativo effettivo dello strumento del silenzio-assenso inter-amministrativo, dato che da una parte (a differenza del silenzio-assenso verticale di cui all'art. 20) ne estende l'applicazione anche ai procedimenti aventi ad oggetto la cura di interessi sensibili (e quindi anche ai procedimenti ambientali), d'altra parte, però, fa un passo indietro laddove tale estensione potrebbe porsi in contrasto con il diritto europeo. È noto, infatti, che proprio con riferimento all'art. 20 (il silenzio assenso nei rapporti tra cittadino e amministrazioni) è per adeguamento al diritto europeo che vennero esclusi dall'ambito applicativo dell'istituto i cdd. Interessi sensibili.

La prima questione è cosa debba intendersi per "diritto europeo", se soltanto il diritto positivo (come sosterrebbe un orientamento minoritario: v. TAR Salerno, 6 marzo 2019, n. 375) o anche gli orientamenti della Corte di Giustizia (In tal senso, Cons. Stato, Ad. Speciale, 23 giugno 2016, n. 1640). Considerando l'indirizzo maggioritario (e, cioè, che il rinvio operato dall'art. 17-*bis* debba intendersi esteso anche alla giurisprudenza europea), si ricorda che l'orientamento costante della Corte di Giustizia UE è quello di ribadire il principio per cui in capo alle PP.AA. preposte alla tutela dei valori ambientali

sussiste l'obbligo di concludere il procedimento con un provvedimento espresso che dia conto dell'istruttoria svolta.

Non è chiara, pertanto, l'effettiva portata del limite contenuto nell'art. 17-*bis* stante la contemporanea previsione dell'applicabilità del silenzio-assenso alle materie sensibili, tra cui quella ambientale, posto che la giurisprudenza europea prevede, in capo alle pubbliche Amministrazioni preposte alla tutela dei valori ambientali, l'obbligo di concludere il procedimento con un provvedimento espresso. Anche qualora si volesse interpretare restrittivamente l'orientamento della Corte di Giustizia, non estendendo tale principio a tutti i procedimenti di natura ambientale, ma solo agli specifici procedimenti ambientali per cui il diritto europeo specificamente preveda l'inapplicabilità del silenzio-assenso, resterebbe il dubbio circa l'esatta individuazione degli atti di natura ambientale, per cui varrebbe tale modulo semplificatorio, e quelli per cui, invece, non varrebbe. Trattasi, infatti, di una ricostruzione interpretativa, ma ancor prima ricognitiva, assai complessa, che poco è affine con le finalità semplificatorie che hanno animato la riforma, ma che, anzi, si impone come un elemento di complicazione, con evidenti conseguenze in termini di certezza del diritto. Per esempio, la recente sentenza con cui il Consiglio di Stato (n. 4698 del 22 luglio 2020) ha confermato che non è possibile applicare il silenzio-assenso all'interno del procedimento di VIA.

III.1.3 Valutazione d'impatto ambientale (VIA)

Criticità applicative:

- Rallentamenti
- Rischio di inutili duplicazioni tra VIA e VAS
- Riduzione delle informazioni progettuali in sede di VIA con rischio errori di valutazione e di successive varianti

Problemi regolatori:

- Ampliamento dell'ambito di applicazione della VIA
  (per effetto del D.lgs. 104/2017)
- Termini procedimentali lunghi
  (estesi dal D.lgs. 104/2017; ridotti dal d.l. 76/2020)
- Inapplicabilità del silenzio-assenso
- Anticipazione della VIA a un livello progettuale non definitivo
  (problema introdotto nel 2017 e migliorato nel 2020)
- Frammentazione dei procedimenti autorizzatori
  (Problema introdotto nel 2017 e migliorato nel 2020)

Rallentamenti. Lo strumento della Valutazione di Impatto Ambientale (VIA) – strumento di matrice europea – rappresenta una delle principali sedi di ritardo nella fase di progettazione degli appalti pubblici di lavori. Tale istituto persegue la finalità di assicurare che l'attività sia compatibile con le condizioni per uno sviluppo sostenibile, nonché di offrire ai responsabili delle decisioni informazioni sulle conseguenze ambientali di un'azione prima che la decisione venga adottata.

Tempi procedimentali lunghi. La prima questione relativa alla VIA è che allunga enormemente i tempi di progettazione. I tempi procedimentali, già lunghi, vengono costantemente superati, sino ad arrivare a tempi medi di svolgimento della VIA di tre anni (da un minimo di 300 giorni sino a un massimo di 6 anni) e di 11,4 mesi per la verifica di assoggettabilità a VIA (secondo stime del 2018). Peraltro, il legislatore del D.Lgs. 104/2017, intervenendo in maniera organica nella materia, ritenendo che la versione precedente dell'art. 19 fosse fortemente lacunosa, al punto da rendere incerta la durata stessa del procedimento che spesso si dilungava oltre i termini previsti dalla legge, ha preferito allungare i termini, anziché accorciarli, così disattendendo le finalità acceleratorie. Tuttavia, ha introdotto il carattere della perentorietà di termini (prima ordinatori), per evitare che vengano costantemente inosservati. Resta il fatto, però, che il carattere perentorio dei termini non fa sì che essi siano automaticamente rispettati, limitandosi a ricollegare conseguenze e sanzioni alla loro inosservanza.

Il Decreto Semplificazioni è nuovamente intervenuto in materia, in senso certamente migliorativo rispetto alle modifiche del 2017: ha previsto, infatti, una riduzione dei termini previgenti (in particolare nell'ambito dei procedimenti di verifica di assoggettabilità a VIA e di rilascio del provvedimento unico ambientale), nonché ha istituto una disciplina semplificata, specifica per la VIA in sede statale dei progetti necessari per l'attuazione del Piano Nazionale Integrato per l'Energia e il Clima (PNIEC). Ai fini di accorciare i tempi, il legislatore del 2020 ha altresì previsto l'esercizio del potere

sostitutivo in caso di inerzia nella conclusione del procedimento: se decorsi i termini previsti, la Commissione VIA non si è espressa, il dirigente competente entro 60 giorni manda alla firma del Ministro il provvedimento di VIA, acquisito entro 30 giorni il parere dell'Ispra. Il Ministro firma entro 30 giorni. Scaduti tali termini, e comunque entro 210 giorni dall'avvio del procedimento, la questione è rimessa al Consiglio dei Ministri che decide entro 30 giorni. L'efficacia di tali modifiche, tuttavia, è subordinata all'adozione - da parte del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del MATTM, del MISE, del MIT e del MIBACT, previa intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato e le regioni e le province autonome – di uno o più decreti mediante i quali individuare le tipologie di progetti o opere necessarie per l'attuazione del PNIEC e le aree non idonee alla realizzazione di tali progetti; è evidente come tale previsione renda estremamente complicata l'attuazione dell'art. 50 del D.L. Semplificazioni.

Ampliamento dell'ambito di applicazione della VIA. Tra le modifiche apportate dal D.lgs. 104/2017, vi è stata quella dell'ampliamento dell'oggetto del processo valutativo, rispetto a quello precedentemente previsto (l'art. 6, comma 5, ha infatti ampliato la definizione di "impatti ambientali").

Anticipazione della VIA a un livello progettuale non definitivo. Inoltre, il D.lgs. 104/2017, ha cambiato il livello di progettazione su cui opera la VIA: se prima la disciplina faceva riferimento al progetto definitivo, il legislatore del 2017 ha ritenuto che la VIA operasse su un livello di progetto precedente a quello definitivo, il progetto di fattibilità. Tale modifica ha avuto l'effetto di sottrarre informazioni tecniche fondamentali al pubblico e impegnare la P.A. competente nei confronti del proponente con una prima autorizzazione e con il pericolo economico di un innalzamento dei costi qualora, successivamente, fossero necessarie delle variazioni al progetto.

Il Decreto Semplificazioni 2020 è intervenuto anche sul punto, prevedendo l'obbligo di presentazione da parte del proponente, sin dall'avvio del procedimento, del progetto di fattibilità o del progetto definitivo, ma che sia comunque un progetto dettagliato onde evitare lunghe richieste di chiarimenti. Tuttavia, si ritiene che la modifica non sia idonea a spostare, effettivamente, la valutazione su una fase progettuale più avanzata, data la formula aperta utilizzata dal legislatore, cosa che invece sembrerebbe necessaria al fine di evitare futuri rallentamenti in fase esecutiva.

Frammentazione dei procedimenti autorizzatori e duplicazioni. Per rispondere al problema della frammentazione delle procedure, il legislatore 2020 ha reso paralleli il procedimento di VIA e la relativa conferenza di servizi, laddove il procedimento, invece, prevedrebbe due fasi consequenziali (complicazione che era stata introdotta dal correttivo del 2017).

Si aggiunge che nell'ambito del procedimento di VIA non si applica il silenzio-assenso inter-amministrativo di cui all'art. 17-*bis* l. 241/1990, così come ha chiarito (date le ombre sulla disciplina) il Consiglio di Stato, nella citata sentenza n. 4698 del 22 luglio 2020.

7. Aggiornamenti normativi - Decreto Semplificazioni bis:

Il D. Semplificazioni bis ha snellito alcuni procedimenti ambientali.

Con riferimento alla procedura di **VIA statale ordinaria**, prevedendo in particolare:

- la riduzione dei termini nella fase relativa alla verifica di assoggettabilità (art. 19):
- la riduzione dei tempi di valutazione ambientale a 60 giorni, a decorrere dalla fase di consultazione; l'adozione del provvedimento da parte dell'autorità competente e di concerto con il direttore generale del Ministero della cultura entro il termine di 30 giorni: nei soli casi di particolare complessità la possibilità di prolungare la fase di valutazione per un massimo di altri 30 giorni (art. 20)

Con riferimento alla procedura di **VIA regionale ordinaria** l'art. 23 del D. Semplificazioni bis ha istituito una fase preliminare su richiesta del proponente finalizzata a definire le informazioni da inserire nello studio di impatto ambientale.

Il D. Semplificazioni *bis* ha inoltre introdotto una procedura di VIA speciale veloce per i soli progetti ricompresi nel PNRR o attuativi del PNIEC (individuati nell' Allegato 1 *bis* del D. Semplificazioni *bis*) la quale, pur rappresentando una novità di effettiva semplificazione, non appare risolutiva in relazione alle problematiche generali evidenziate in questo studio e relative ai procedimenti ordinari.

Si segnala l'istituzione presso il Ministero della cultura di una **Soprintendenza speciale** che opererà sino al 31 dicembre 2026 e che svolgerà le funzioni di tutela dei beni culturali e paesaggistici interessati da interventi previsti dal PNRR e sottoposto a VIA in sede statale oppure che rientrino nella competenza territoriale di almeno due uffici periferici del Ministero.

III.1.4 Altri procedimenti autorizzatori

Criticità applicative:

- Complessità degli *iter* autorizzatori: circa 36 passaggi per aprile un cantiere, di cui 24 solo per l'approvazione del progetto
- Allungamento dei tempi procedimentali (inerzie, dissensi)
- Possibile origine di contenziosi

La complessità degli *iter* procedurali propedeutici allo sviluppo e all'approvazione progettuale è un aspetto molto critico: **si stimano circa 36 passaggi per aprire un cantiere,** di cui 24 per approvare un progetto e dare avvio alla gara. Tra questi si annoverano i diversi procedimenti aventi a oggetto l'apprezzamento di interessi sensibili (ambientale, archeologico, paesaggistico ecc.). Si pensi, oltre alla VAS e alla VIA, alle varie autorizzazioni delle Sovrintendenze, ai vincoli idraulici, idrogeologici e paesaggistici, alla verifica preventiva dell'interesse archeologico, ecc.

Allungamento dei tempi procedimentali e possibile origine di contenziosi. Non soltanto si producono allungamenti nell'ambito delle stesse procedure autorizzative (a causa del necessario e difficile coordinamento con i diversi soggetti competenti, delle inerzie, dei dissensi, ecc.), ma anche in quanto ciascuno di questi apprezzamenti può divenire specifico oggetto di ricorso.

Si pensi, per esempio, all'art. 25 del Codice appalti, che prevede al comma 3 che il soprintendente possa richiedere, motivatamente, la sottoposizione dell'intervento alla procedura di verifica preventiva dell'interesse archeologico: avverso la richiesta di cui al comma 3 è esperibile ricorso amministrativo di cui all'art. 16 del Codice dei beni culturali e del paesaggio (comma 5). E questo è solo un esempio di molti altri.

8. Aggiornamenti normativi - Decreto Semplificazioni bis:

L'art. 24 del D. Semplificazioni bis ha modificato il Procedimento per il rilascio del provvedimento autorizzatorio regionale (PAUR2 – art. 27-bis del Codice dell'Ambiente). Nello specifico, è stata limitata la valutazione dell'amministrazione competente alla verifica della completezza della documentazione o del rispetto dei requisiti per la procedibilità nei casi in cui sia richiesta anche la variante urbanistica, eliminando il giudizio sull'adeguatezza della documentazione e limitando fortemente i margini di discrezionalità della P.A.

In ogni caso, si ritiene che le modifiche citate non abbiano un impatto estremamente rilevante sulle problematiche sin qui evidenziate e causa dei ritardi nei procedimenti

autorizzatori.

Si segnalano invece novità maggiori e più incisive con riferimento ai progetti inseriti nel PNRR e PNIEC, a partire dalla previsione di una governance multilivello, da poteri sostitutivi più intensi sia per il caso di inerzia che per quello di dissenso, alla riduzione di termini e, soprattutto, di fasi procedimentali, nonché alla concentrazione delle autorità e dei soggetti che in tali procedimenti sono coinvolti. Si tratta di misure di semplificazione che potrebbero essere introdotte a regime anche per non creare un "doppio binario" e disparità tra le opere del PNRR e le "altre" opere.

III.1.5 Procedure decisionali che prevedono il coinvolgimento del CSLP

Problemi regolatori: art. 215 Codice dei contratti pubblici

- Soglie di valore troppo basse per definire la necessità di parere obbligatorio del CSLP
- Norme acceleratorie introdotte dal Decreto Semplificazioni soltanto temporanee

Criticità applicative:

- Rallentamenti nei procedimenti che prevedono il parere obbligatorio del CSLP
- Rischio di inutili duplicazioni tra il coinvolgimento del CIPESS/CSLP su opere già previste da atti di programmazione e pianificazione

Rallentamenti nei procedimenti che prevedono il parere obbligatorio del CSLP[15]. Si è già detto del coinvolgimento del CIPESS (ex CIPE) nell'ambito della fase della programmazione. Deve considerarsi, ora, il coinvolgimento dello stesso organismo nell'ambito della fase della progettazione, coinvolgimento che fisiologicamente incide sulle tempistiche delle procedure decisionali della P.A. In particolare, il CIPESS assume il ruolo di Consiglio superiore dei lavori pubblici (CSLP) che, ai sensi dell'art. 215 del Codice dei contratti pubblici, esprime parere obbligatorio sui progetti definitivi di lavori pubblici di competenza statale, o comunque finanziati per almeno il 50% dallo Stato, nonché sui progetti delle altre stazioni appaltanti che siano pubbliche amministrazioni, ove ne facciano richiesta, di valore superiore a 50 milioni di euro. I procedimenti decisionali che prevedono il coinvolgimento del CLSP risultano, pertanto, fortemente rallentati.

[15] v. box *8 Aggiornamenti normativi - Decreto Semplificazioni bis* a fine paragrafo.

Rischio di inutili duplicazioni. Ci si chiede, inoltre, se sia realmente necessario prevedere il coinvolgimento di tale soggetto persino sui progetti per la costruzione di opere già previste da atti di pianificazione o programmazione.

Soglie di valore troppo basse per definire la necessità di parere obbligatorio del CSLP[16]***.*** Il Decreto Semplificazioni ha previsto, soltanto temporaneamente (sino al 31 dicembre 2021): un innalzamento della soglia di valore (ora elevata a 100 milioni) oltre la quale è obbligatorio il parere del CSLP sui progetti di fattibilità tecnica ed economica; che le competenze del CSLP, per i lavori pubblici di importo tra i 100 e i 50 milioni di euro, siano esercitate dai comitati tecnici amministrativi presso i Provveditorati interregionali per le opere pubbliche; l'eliminazione della necessità di acquisire qualsiasi parere per i lavori pubblici di importo inferiore a 50 milioni di euro. Tali modifiche appaiono senz'altro semplificatorie, posto che innalzano le soglie di valore alle quali è riconnessa l'obbligatorietà del parere del CSLP, che nella disciplina ordinaria vigente sono, si ritiene, troppo basse.

Norme acceleratorie introdotte dal Decreto Semplificazioni soltanto temporanee. Tali modifiche, tuttavia, non sono state adottate a regime e, pertanto, l'effettivo snellimento delle procedure decisionali della P.A. ha una efficacia strettamente limitata nel tempo. Si ritiene, invece, che rendere tali modifiche permanenti, anche aumentando ulteriormente la soglia di valore al di sopra della quale è richiesto il parere obbligatorio del CSLP, è non soltanto utile, ma necessario. Alternativamente all'innalzamento di tale soglia, si potrebbe adottare un'altra strada: quella di specificare che le soglie (seppure inalterate) debbano intendersi riferite all'importo dei lavori a base d'appalto, senza ricomprendere, invece, le somme a disposizione e gli oneri di investimento.

9. Aggiornamenti normativi - Decreto Semplificazioni bis:
L'art. 52 co. 1 lett. a) del D. Semplificazioni bis ha prorogato fino al 30.6.2023 l'applicazione di quanto previsto dal comma 7 dell'art. 1 del D.L.32/2019 in materia di deroghe sul parere obbligatorio del Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici.

[16] v. box *9. Aggiornamenti normativi - Decreto Semplificazioni bis* a fine paragrafo.

III.1.6 Difficoltà di acquisizione del consenso

Problemi regolatori: art. 22 Codice contratti pubblici

- Scarsa applicazione del dibattito pubblico (soglie alte e criteri soggettivi)
- Sfiducia nei confronti della Commissione nazionale per il dibattito pubblico

Criticità applicative:

- Sindromi Nimby e Banana
- Mancata o inefficiente concertazione con il pubblico
- Rischio di inasprimento del dissenso
- Rischio di sopravvenienze e varianti
- Rischio di contenzioso

Sindromi Nimby e Banana. Come è noto, l'attenzione degli enti locali verso strumenti partecipativi ai procedimenti decisionali pubblici è nata sia dalla sempre maggiore difficoltà di comporre il conflitto con il territorio, sia dal convincimento che le sindromi Nimby (*Not in my back yard*) e Banana (*Build absolutely nothing anywhere near anything*) provochino conflitti che potrebbero essere risolti ricorrendo alla collaborazione proprio di coloro i quali sono maggiormente affetti dagli interventi sul territorio (i cittadini, prima ancora i residenti). Tali conflitti emergono a livello locale in quanto il residente percepisce molto più facilmente i costi rispetto ai benefici.

Mancata o inefficiente concertazione con il pubblico. Un'importante stazione appaltante, tra quelle intervistate ai fini di questa ricerca, testimonia, tuttavia, di aver incontrato molto più entusiasmo che resistenza nei territori rispetto alla costruzione di opere pubbliche: tale fenomeno è noto come Pimby (*Please in my back yard*). L'affermazione non sorprende. Infatti, i cittadini sono i primi utenti e fruitori delle opere pubbliche e non v'è ragione di credere che siano contrari a priori alla loro costruzione. Il problema è da individuare in due questioni: cosa si costruisce? A chi è utile ciò che viene costruito? Spesso, infatti, accade che vengano costruite opere di cui i cittadini/residenti non sentono la necessità o che, ancora più spesso, opere utili siano avvertite come inutili o addirittura dannose a causa di una cattiva comunicazione, della circolazione di falsi miti sui costi/benefici di tali opere: tutti, questi, problemi di mancata comunicazione (o meglio "concertazione") con il pubblico.

Seppure, negli ultimi anni (anche a seguito della forte spinta dell'Unione Europea) l'attenzione verso gli strumenti di partecipazione pubblica ai procedimenti decisionali si sia fortemente sensibilizzata – al punto che, di recente, è stato introdotto l'istituto del dibattito pubblico, accanto al già esistente istituto dell'inchiesta pubblica e ad altre

tipologie di consultazioni scritte o orali – la materia non è ancora scevra da problematiche.

Considerando, quindi, che non è più possibile, per la P.A., prescindere dal coinvolgimento democratico degli amministrati (e lo si è visto in molti casi nazionali), occorre, innanzitutto, implementare gli istituti di partecipazione previsti nel nostro ordinamento: la massima concertazione tra i diversi *stakeholder* e, quindi, ampie forme di partecipazione, possono infatti rendere più efficace l'azione amministrativa.

Scarsa applicazione del dibattito pubblico[17]***.*** Per quanto più specificamente riguarda il dibattito pubblico (art. 22 del Codice dei contratti pubblici), questo presenta molti problemi che, di fatto, lo rendono meno efficace di quanto potrebbe essere: mutuato dal *débat public* francese ha, però, una ben più scarsa applicazione (date le elevate soglie previste dal DPCM 76/2018); inoltre, è gestito da parte della Commissione nazionale per il dibattito pubblico che dovrebbe essere un soggetto "terzo" e "indipendente" e, invece, risiede presso il MIT; inoltre è applicato sulla base di criteri soggettivi e non oggettivi (e cioè ai casi in cui i proponenti siano "l'Amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore" mentre non è prevista la possibilità di una sua proposizione da parte dei privati).

Rischio di inasprimento del dissenso, di sopravvenienze e varianti. Si è visto, inoltre, come sarebbe necessario implementare momenti consultivi e concertativi con il territorio anche in una fase anticipata rispetto a quella progettuale, e cioè nella fase di programmazione, al fine di rendere più agevole, da parte della P.A., l'individuazione delle esigenze e dei fabbisogni degli utenti finali.

Rischio di contenzioso. Più partecipazione significa, certamente, una riduzione di contenzioso, a fronte di un procedimento leggermente più lento, ma più adeguato, informato e quindi potenzialmente produttivo di programmazioni, pianificazioni e progetti che non necessiteranno di variazioni per questioni sopravvenute. Più partecipazione, quindi, oltre che a una riduzione del contenzioso può condurre a un alleggerimento di tutte le questioni sopravvenute e impreviste (ma prevedibili) che spesso comportano l'allungamento (*ad infinitum*) dei tempi dell'esecuzione degli appalti pubblici di lavori.

Si ricorda, inoltre, che il D.L. Semplificazioni (art. 8, comma 6-*bis*) ha previsto che sino al 31 dicembre 2023, su richiesta delle amministrazioni aggiudicatrici, le Regioni, ove ritengano le suddette opere di particolare interesse pubblico e rilevanza sociale, previo parere favorevole della maggioranza delle amministrazioni provinciali e comunali interessate, possono autorizzare la deroga alla procedura di dibattito pubblico; in tal

[17] v. box "*10. Aggiornamenti normativi - Decreto Semplificazioni bis*" a fine paragrafo

caso, pertanto, sarà consentito alle amministrazioni aggiudicatrici di procedere direttamente.

10. Aggiornamenti normativi - Decreto Semplificazioni bis:

Ai sensi dell'art. 46 del D. Semplificazioni *bis* le soglie dimensionali delle opere da sottoporre obbligatoriamente a dibattito pubblico di cui all' Allegato 1 del D.P.C.M. 76/2018 possono essere ridotte con decreto del Ministro delle infrastrutture e della mobilità sostenibili, adottato su proposta della Commissione nazionale per il dibattito pubblico per i progetti di cui all'art. 44 co. 1 dello stesso decreto (opere pubbliche di particolare complessità o di rilevante impatto) nonché per quelli finanziati in tutto o in parte con le risorse del PNRR e del PNC. Inoltre, è prevista una durata massima del dibattito pubblico di 30 gg (anziché 4 mesi).

III.2 Carenze progettuali

Criticità applicative:

- Varianti dovute a sopravvenienze che sarebbero state prevedibili
- Mancato aggiornamento dei prezzari regionali
- Mancato utilizzo dei prezzari aggiornati
- Rischio di contenzioso

Problemi regolatori:

- Parziale inattuazione dell'art. 23, comma 16, del Codice dei contratti pubblici

Le criticità però non sono dovute solo alla complessità dell'*iter* procedurale, ma anche alla qualità della progettazione in sé, con inevitabili conseguenze in termini di aumento del rischio di successive modifiche e criticità in fase di realizzazione, incluso il rischio di contenzioso.

Varianti dovute a sopravvenienze che sarebbero state prevedibili. Non è raro, infatti, rilevare varianti che, pur determinate da sopravvenienze oggettive, sarebbero state prevedibili con l'uso dell'ordinaria diligenza in sede di progettazione. Si pensi, ad esempio, alle modifiche dirette ad adeguare il progetto a scoperte geologiche o

archeologiche, dovute a una conduzione inadeguata delle indagini e degli studi preliminari necessari alla piena conoscenza dei luoghi. Ciò dipende, principalmente, da un problema di competenze all'interno delle amministrazioni, centrali e locali, rispetto alla progettazione e alla gestione dei contratti pubblici, generato dal progressivo impoverimento delle strutture tecniche delle pubbliche amministrazioni.

Mancato aggiornamento dei prezzari regionali. Un profilo che rispecchia la problematica delle carenze progettuali e su cui di recente è intervenuta anche l'ANAC, è il mancato aggiornamento dei prezzari regionali attraverso i quali, nel progetto definitivo, sono quantificati il costo dei prodotti, delle attrezzature e delle lavorazioni, nonché il limite di spesa. L'ANAC con un comunicato del 17 febbraio 2021 ha dichiarato che, nell'ambito dell'attività di vigilanza svolta dall'Autorità con riferimento ai contratti di appalto nel settore dei lavori pubblici, è emersa un'attuazione non del tutto conforme delle previsioni di cui all'art. 23, comma 16, del Codice dei contratti pubblici, secondo cui i prezzari regionali devono essere aggiornati annualmente. Non si tratta di un problema da sottovalutare in quanto i ritardi nell'aggiornamento creano distorsioni nel mercato degli appalti pubblici. Come spiegato dall'ANAC, le Stazioni Appaltanti sono tenute a determinare l'importo delle lavorazioni in aderenza alle indicazioni dei prezzari regionali e se questi non sono aggiornati, il computo metrico non è aderente al reale andamento del mercato.

Mancato rispetto dei prezzari aggiornati. Si riscontra, inoltre, una problematica affine, e cioè quella relativa al mancato rispetto di prezzari, invece, aggiornati, prassi che non può far altro che creare sfiducia e incertezza in tutti gli operatori del mercato nei confronti delle pubbliche amministrazioni.

IV. AFFIDAMENTO

Criticità di fondo dell'affidamento:

- Ridotta partecipazione delle PMI alle gare
- Incertezza normativa (forma raggruppata, avvalimento, Comitato guida, ecc.)
- Limitazioni all'utilizzo del subappalto
- *Gold plating*
- Incertezza sugli obblighi dichiarativi e sui motivi di esclusione (art. 80)

Sintesi:

Le principali problematiche relative agli appalti pubblici di lavori e, in particolare, le maggiori ragioni di blocchi e ritardi, non risiedono nella fase dell'affidamento, ma hanno maggiore incidenza nelle fasi che sono state individuate come le più problematiche (in particolare quella della progettazione e quella dell'esecuzione). Tuttavia, è proprio nella fase dell'affidamento che si concentra la selezione dei soggetti cui verrà affidata la costruzione di una determinata opera e, pertanto, è qui che ricadono o si producono – con un effetto a cascata – alcune importanti inefficienze del settore delle opere pubbliche. Si pensi, innanzitutto, al problema della ridotta partecipazione delle piccole e medie imprese: queste si ritrovano, spesso, a non poter partecipare a procedure di gara in quanto escludenti e anticoncorrenziali a causa di effetti distorsivi provocati dalle stazioni appaltanti (ad es. mediante un accorpamento artificioso in macro-lotti) o anche di norme cui sottende la *ratio* pro concorrenziale ma che, a causa della tecnica legislativa inadeguata, producono effetti contrari (es. la suddivisione in lotti o i casi in cui diventa sostanzialmente obbligatoria la partecipazione delle PMI in forma raggruppata o mediante avvalimento). E ancora, si pensi ai casi in cui la normativa appare inutilmente complicata o prevede limiti non contemplati dalla disciplina europea (es. il subappalto). Altre inefficienze derivano, inoltre, da procedure di gara inadeguate o normativamente incerte, tali da produrre oneri eccessivi a carico sia delle imprese che delle stazioni appaltanti o conseguenza di procedure di selezione inadeguate (si pensi, per esempio, al caso dell'esternalizzazione, dove viene sottratta la valutazione proprio al soggetto che meglio dovrebbe conoscere il fabbisogno da cui è scaturita la gara). Per non parlare, poi, di strumenti nati per facilitare la partecipazione alle imprese (es. *self cleaning* o soccorso istruttorio) e che si rivelano parzialmente inadeguati (nel primo caso, per esempio, per l'efficacia soltanto *pro-futuro*, nel secondo per la relativa l'incertezza normativa e il rischio di produzione di contenziosi e conseguenti blocchi). Il clima generale di incertezza normativa che caratterizza il settore, è acuito, inoltre, dalle questioni inerenti agli obblighi dichiarativi gravanti sulle imprese e alle relative conseguenze in termini di esclusione, a causa della non esaustività della disciplina e della conseguente ampia discrezionalità riconosciuta alle stazioni appalti.

Rispetto ai tempi dell'affidamento, tuttavia, il D.L. Semplificazioni sembra apportare alcune migliorie: sono previsti, infatti, seppure in via temporanea, termini massimi per arrivare ad aggiudicazione e contratto (2 mesi dall'avvio dei procedimenti per affidamenti diretti e 60 giorni per la firma del contratto; 4 mesi per le procedure negoziate e 60 giorni per la firma del contratto). Inoltre è previsto che la mancata tempestiva stipulazione del contratto e il tardivo avvio dell'esecuzione dei lavori possano essere valutati ai fini della responsabilità del RUP per danno erariale.

IV.1 Problemi relativi all'avvio

IV.1.1 Corretta definizione dell'oggetto della gara

Criticità applicative:

- Distorsioni anticoncorrenziali
- Problemi in fase esecutiva

Problemi regolatori:

- Errata qualificazione degli interventi oggetto delle procedure di gara
- Errata individuazione delle categorie SOA

Errata qualificazione degli interventi oggetto delle procedure di gara. Tra i principali problemi relativi alla fase dell'affidamento, e in particolare a quella dell'avvio, vi è quello dell'errata qualificazione degli interventi oggetto delle procedure di gara a causa dell'inadeguatezza tecnica e profesionale di alcune stazioni appaltanti.

Errata individuazione delle categorie SOA. L'errata qualificazione degli interventi oggetto delle procedure di gara, può inoltre portare, di riflesso, a un'errata individuazione delle categorie SOA contemplate dalla normativa di settore, individuazione che, a sua volta, determina da parte delle stazioni appaltanti la richiesta del possesso di requisiti speciali attinenti a opere diverse da quelle oggetto dell'appalto da eseguire.

Distorsioni anticoncorrenziali e problemi in fase esecutiva. Tale problematica non è da sottovalutare in quanto comporta due ordini di rischi: da un lato, può avere effetti distorsivi sul piano della concorrenza, in quanto i soggetti in possesso della qualificazione per la categoria cui sarebbero dovuti essere iscritti i lavori – come tali titolari di una capacità specifica per la loro realizzazione – non possono partecipare alla

procedura di gara; dall'altro lato, tale criticità costituisce il presupposto di gravi problemi in fase esecutiva, non essendo il soggetto aggiudicatario del contratto in possesso delle capacità necessarie alla realizzazione dell'opera. (cfr. Relazione ANAC 2.6.2020 – Società ASTRAL Azienda Strade S.p.A.)

IV.1.2 La partecipazione delle PMI alle gare d'appalto

Criticità applicative:

- Macro-lotti e incapacità delle PMI di soddisfare i requisiti di partecipazione
- Rischio di opere incompiute
- Rischio di contenziosi

Problemi regolatori:

- Incertezza normativa e giurisprudenza "correttiva"
- Incertezza sull'utilizzo di strumenti come la forma raggruppata o l'avvalimento, con conseguenti distorsioni.
- Poche norme a tutela delle PMI
- Problemi di coordinamento tra norme del Codice sulle centrali di committenza (artt. 37 ss.) e altre norme volte a promuovere il ricorso a moduli centralizzati (es. art. 9, comma 2-bis, D.L. 66/2014)

Nell'elaborazione di una gara d'appalto, elementi cruciali sono indubbiamente il numero e le caratteristiche dei lotti posti a base d'asta. Ciò, in ragione della loro forte influenza sul livello di partecipazione delle imprese e, di conseguenza, sulla competizione in generale e, a cascata, sull'esecuzione stessa della commessa.

Macro-lotti e incapacità delle PMI di soddisfare i requisiti di partecipazione. Sebbene il Codice dei contratti, all'art. 51, incoraggi le stazioni appaltanti a suddividere in lotti gli appalti di elevato valore, in modo che l'entità dei singoli contratti corrisponda meglio alle capacità dell'impresa media italiana, permane la tendenza, da parte delle stazioni appaltanti, a suddividere gli appalti in macro-lotti, impedendo così, di fatto, la partecipazione delle PMI, incapaci di soddisfare i requisiti di qualificazione aggiuntivi. La propensione delle stazioni appaltanti a impostare le gare in modo tale da restringere eccessivamente la platea di concorrenti, a tutto svantaggio delle imprese di piccole e medie dimensioni, è stata aspramente criticata anche dal Consiglio di Stato (Sez. V, 6 marzo 2017, n. 1038) in quanto rischia di vanificare i principi di massima concorrenzialità.

Incertezza normativa e giurisprudenza "correttiva". In merito, si ricorda la sentenza con cui il giudice amministrativo (TAR Lazio, sez. II, 9441/2016) ha annullato la *lex specialis* di fatto vietando la possibilità di bandire una gara che rischi, a priori, di mettere in difficoltà il segmento delle piccole imprese, e specificando che la forma raggruppata, come modalità alternativa di partecipazione, o anche l'avvalimento, devono restare una facoltà, non un obbligo. La giurisprudenza, pertanto, nell'incertezza e poca chiarezza normativa, offre un'interpretazione correttiva.

Rischio di opere incompiute e di contenziosi. Peraltro, il ricorso ai "mega appalti", oltre ad avere conseguenze anti-concorrenziali ed effetti di sostanziale esclusione di una fascia di imprese, comporta il rischio di opere incompiute o eseguite male, nonché di contenziosi con le stazioni appaltanti.

Poche norme a tutela delle PMI[18]***.*** Il Codice dei contratti non dedica molto spazio all'esigenza di favorire l'accesso al mercato delle PMI, che invece è da sempre ritenuta una delle principali azioni necessarie per sollevare il settore. Oltre alle previsioni dell'art. 51 che, come si è visto, sono oggetto continuo di distorsioni, al punto da trasformarsi persino in un ostacolo alla partecipazione di tali imprese, nel Codice non si rinviene molto altro, e questa rappresenta una importante lacuna.

Problemi di coordinamento tra norme del Codice sulle centrali di committenza e altre norme volte a promuovere il ricorso a moduli centralizzati. Una norma che pone l'attenzione sulla partecipazione delle PMI si trova, invece, al di fuori dal Codice, cioè nell'art. 9, comma 2-*bis*, D.L. 66/2014 (comma aggiunto dalla legge di stabilità del 2017). Si prevede, nell'ambito del Tavolo tecnico dei soggetti aggregatori (introdotto con D.P.C.M. 14 novembre 2014) un Comitato guida chiamato – tra gli altri compiti – a fornire attraverso linee guida, indicazioni utili per favorire lo sviluppo delle migliori pratiche con riferimento alle procedure di individuazione delle categorie merceologiche per le quali opera l'obbligo di acquisto centralizzato, nonché per la determinazione delle fasce di valori da porre a base d'asta e delle modalità per non discriminare o escludere le micro e le piccole imprese. Tale norma pone, quantomeno, un problema di coordinamento con le disposizioni dedicate dal Codice alle centrali di committenza (artt. 37 ss.).

[18] v. box *11. Aggiornamenti normativi - Decreto Semplificazioni bis* a fine paragrafo.

11. Aggiornamenti normativi - Decreto Semplificazioni bis:

L'articolo 47-*quater* del D. Semplificazioni bis ha introdotto misure premiali di tutela della concorrenza nei contratti pubblici, a favore delle piccole e medie imprese (PMI), relativi agli investimenti previsti nel Piano nazionale per la ripresa e la resilienza (PNRR) e nel Piano nazionale complementare (PNC). In particolare, prevede la possibilità che, nel bando di gara, nell'avviso o nell'invito, siano previsti criteri premiali atti ad agevolare le piccole e medie imprese (PMI) nella valutazione dell'offerta.

IV.1.3 Il cd. frazionamento artificioso

Criticità applicative:

- Distorsioni per rientrare nelle soglie e ricorrere all'affidamento diretto

Distorsioni per rientrare nelle soglie e ricorrere all'affidamento diretto. Se, da un lato, si è visto il problema dell'importo medio eccessivamente elevato dei singoli lotti nelle maxi gare, dall'altro si assiste al diverso, ma speculare, fenomeno dell'artificioso frazionamento degli appalti di lavori, in luogo della suddivisione in lotti, al fine di far rientrare l'intervento nelle soglie massime indicate dalla legge per ricorrere all'affidamento diretto (art. 36), ovvero a procedure di scelta del contraente semplificate, che limitano la concorrenza.

Difatti, gli affidamenti diretti avviati in seguito al frazionamento delle commesse, solitamente avvengono a favore dei medesimi operatori, in violazione, anche, del principio di rotazione degli incarichi, così contribuendo al consolidarsi di posizioni di potere, in assenza di alcuna adeguata motivazione (*v. il caso dell'ASL Napoli 2 Nord, Relazione ANAC 2020 e il Parere ANC 1199/2019*).

IV.1.4 Problematiche relative al subappalto

Criticità applicative:

- Procedimento più lento e burocratizzato

Problemi regolatori:

- Inerzia del legislatore
- Incertezza normativa (tra sospensioni e disapplicazioni)
- *Gold plating*
- Risultati paradossali (art. 105, comma 6): gli offerenti sono tenuti a indicare tre subappaltatori anche qualora ve ne occorressero meno o non intendano fare ricorso ad alcun subappaltatore
- Svantaggio per le PMI (art. 105)

Anche lo strumento del subappalto (art. 105) rappresenta una delle modalità principali per favorire una maggiore partecipazione delle PMI agli appalti pubblici. Tuttavia, il ricorso a tale strumento è fortemente limitato dalla normativa nazionale, e ciò anche in quanto il subappalto potrebbe celare finalità elusive della normativa antimafia (per esempio, attraverso l'utilizzo di molti subappaltatori con quote di attività inferiori alla soglia prevista per i controlli antimafia ai sensi del D.lgs. 159/2011).

Nonostante l'utilizzo concreto o meno dello strumento del subappalto rilevi nella fase esecutiva, si è ritenuto di dover trattare l'argomento nell'ambito della fase dell'affidamento degli appalti pubblici (e, in particolare, nella sotto fase dell'avvio), in quanto il Decreto Sblocca Cantieri – seppure in via temporanea - ha previsto, in deroga all'art. 105, comma 2, che il subappalto sia indicato dalle stazioni appaltanti nel bando di gara.

Procedura di infrazione europea e gold plating[19]***.*** Le problematiche più rilevanti che attengono al subappalto sono quella relativa al limite massimo previsto dalla normativa italiana rispetto alla normativa europea, e quello relativo all'obbligo di indicazione della terna dei subappaltatori.

In particolare, il 24 gennaio 2019, la Commissione Europea ha formalizzato la prima fase della procedura di infrazione 2018/2273 (cd. messa in mora) nei confronti dell'Italia per mancanza di conformità del Codice dei contratti pubblici al diritto europeo. Tra i vari

[19] V. box *12. Aggiornamenti normativi - Decreto Semplificazioni bis* a fine paragrafo.

aspetti censurati, vi è proprio la materia del subappalto, in quanto ritenuta in contrasto con l'art. 71 della Direttiva 2014/24/UE.

Secondo la Commissione, la direttiva UE deve essere interpretata in senso ostativo rispetto a una normativa nazionale (art. 105, comma 2) che limiti al 30% la porzione di appalto che l'offerente è autorizzato a subappaltare a terzi (così ha confermato anche la Corte di Giustizia UE con la sentenza Vitali, C-63/18, 19 settembre 2019).

Risultati paradossali. Si è censurato anche l'obbligo per gli operatori economici di indicare la terna dei subappaltatori (art. 105, comma 6), posto che tale norma comporta un paradosso: gli offerenti sono tenuti a indicare tre subappaltatori anche qualora ve ne occorressero meno o non intendano fare ricorso ad alcun subappaltatore.

Inoltre, si è censurato il divieto per i subappaltatori di fare a loro volta ricorso ad altri subappaltatori (art. 105, comma 19).

Incertezza normativa. A seguito di tali censure, il legislatore italiano ha tentato di offrire una soluzione alle questioni oggetto della procedura di infrazione con il Decreto Sblocca Cantieri. La risposta del legislatore, però, è stata insufficiente.

Innanzitutto, il Decreto Sblocca Cantieri ha previsto un sistema di deroghe temporali all'applicazione degli obblighi di cui ai commi 2, 5 e 6 dell'art. 105, rinviando la soluzione a una revisione del Codice. Inoltre, ha aumentato prima al 50% e poi al 40% l'originario limite del 30% della parte di appalto che può essere subappaltata. Tale aumento è stato prorogato, poi, sino al 30 giugno 2021 dal decreto legge 183/3030 (cd. "Mille proroghe").

Inerzia del legislatore. Ancor più insufficiente è stata la risposta del legislatore più recente. Il Decreto Semplificazioni ha ritenuto, infatti, di non intervenire per sciogliere il nodo irrisolto, e ciò, nonostante gli inviti in tal senso da parte di ANAC (Atto di segnalazione a Governo e Parlamento n. 8 del 13 novembre 2019) e la contraddittorietà della giurisprudenza italiana. Anzi, tra le varie proroghe delle sospensioni normative previste dallo Sblocca cantieri, non vi è quella della sospensione relativa alla normativa del subappalto.

Si è lamentata, pertanto, un'inerzia del legislatore cui consegue, come è evidente, una forte incertezza sul piano normativo, nonché una permanenza della violazione dei diritti UE. Si ritiene, tuttavia, che il limite al subappalto debba essere disapplicato ai sensi della sentenza della Corte di Giustizia UE, sez. V, 26 settembre 2019, causa C-63/18 cit. Ciò vale sia per il comma 2 che per il comma 5 dell'art. 105 cit.

Ancora una volta l'Italia cade nel cd. *gold plating*, e cioè assume la pratica di introdurre livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive, esponendosi alle procedure di infrazione della Commissione Europea, comportando un'instabilità normativa, sfavorendo le PMI che sarebbero certamente avvantaggiate dall'uso più libero dello strumento del subappalto e rendendo il procedimento più lento, farraginoso e burocratizzato.

12. Aggiornamenti normativi - Decreto Semplificazioni bis:

L'art. 49 del D. Semplificazioni bis è intervenuto in materia di subappalto, risolvendo alcuni dei problemi che si erano evidenziati.

Con riferimento al limite massimo per ricorrere al subappalto il D. Semplificazioni bis ha predisposto un adeguamento graduale alla normativa europea: sino al 31 ottobre 2021 il subappalto non potrà superare la quota massima del 50% dell'importo complessivo di lavori, servizi e forniture; in seguito, viene eliminata la quota limite ed è previsto il solo divieto, a pena di nullità, della cessione integrale del contratto di appalto e dell'affidamento a terzi dell'integrale esecuzione delle prestazioni o lavorazioni, nonché della prevalente esecuzione delle lavorazioni relative al complesso delle categorie preminenti e dei contratti ad alta intensità di manodopera (art. 105, co. 1, del Codice). E' previsto inoltre che il subappaltatore debba garantire i medesimi standard qualitativi e prestazionali previsti nel contratto di appalto, nonché l'applicazione dei medesimi contratti collettivi nazionali di lavoro (co. 14).

Il D. Semplificazioni *bis* ha abrogato inoltre il comma 5 che prevedeva limitazioni del subappalto per le opere cd. "superspecialistiche".

Il citato decreto ha poi modificato il comma 8 prevedendo la responsabilità in solido dell'aggiudicatario e del subappaltatore nei confronti della stazione appaltante.

Il D. Semplificazioni bis non ha soppresso il comma 6, che prevede la necessaria indicazione della terna dei subappaltatori, norma che viola l'art. 71 del Direttiva 2014/24/UE (come chiarito dalla Corte di Giustizia nella sentenza del 30.1.2020, causa C-395/18). Il D. Semplificazioni *bis* si è infatti limitato a prorogare il termine della sospensione dell'efficacia di tale norma, già prevista dal D. Sblocca Cantieri, sino al 30 giugno 2023 (art. 49). L'abrogazione dovrebbe essere prevista a breve dalla legge europea 2021.

Nulla è invece previsto in riferimento al comma 19 dell'art. 105 del Codice, il quale contiene il divieto del subappaltatore di ricorrere a sua volta ad un altro subappaltatore.

IV.2 Problemi relativi alle procedure di gara

IV.2.1 Il partenariato per l'innovazione

Criticità applicative:

- Complessità dell'onere partecipativo gravante sulle imprese partecipanti
- Effetto dissuasivo derivante dalla previsione di un meccanismo di risoluzione unilaterale del partenariato

Problemi regolatori:

- *Gold plating* rispetto al criterio di aggiudicazione (art. 65)
- Scarsa chiarezza espositiva (es. rispetto ai cdd. "obiettivi parziali")
- Mancanza di una previsione di premi o pagamenti ristorativi
- Difficoltà del giudizio prognostico richiesto alle PP.AA.

Una delle principali novità della riforma è stata l'introduzione del partenariato per l'innovazione (art. 65), una procedura di gara che vuole permettere agli acquirenti pubblici di scegliere in maniera competitiva il soggetto al quale affidare lo sviluppo di una soluzione innovativa. Si tratta di una procedura di aggiudicazione volta a instaurare un rapporto di lunga durata tra P.A. e privato, in situazioni in cui la domanda pubblica riguardi prodotti non disponibili sul mercato, la realizzazione dei quali richieda un'attività di ricerca, sperimentazione e sviluppo. Il cd. "partner" viene selezionato durante una prima fase competitiva sulla base delle sue competenze, attitudini e prezzi; successivamente il partner selezionato sviluppa la soluzione innovativa in collaborazione con l'amministrazione aggiudicatrice e in base alle specifiche esigenze di questa.

Gold plating rispetto al criterio di aggiudicazione. Tra le principali criticità dell'istituto vi è, innanzitutto, il *gold plating* da parte del legislatore italiano che, nel recepire la normativa europea, ha introdotto un'informazione aggiuntiva e non del tutto chiara, rispetto al criterio di aggiudicazione. Infatti, l'art. 31 della direttiva 2014/24/UE descrive una procedura molto simile a quella competitiva con negoziazione (in relazione alle fasi di negoziazione, agli obblighi di informazione, al contenuto dei documenti di gara, ecc.), prevedendo che gli appalti siano aggiudicati unicamente secondo il criterio del miglior rapporto qualità/prezzo.

L'art. 65 del Codice dei contratti, invece, prevede una particolarità (specifica solo del nostro ordinamento): e cioè che "*nel selezionare i candidati, le amministrazioni*

aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori applicano, in particolare, i criteri relativi alle capacità dei candidati nel settore della ricerca e dello sviluppo e nella messa a punto e attuazione di soluzioni innovative" (comma 9).

Scarsa chiarezza espositiva e "obiettivi parziali". Altra criticità è connessa alla poca chiarezza espositiva della previsione secondo cui "*il partenariato per l'innovazione fissa obiettivi intermedi che le parti devono raggiungere*": la norma, infatti, è poco chiara rispetto agli "*obiettivi intermedi*" o "*parziali*" cui fa riferimento, in quanto non è chiaro se questi debbano essere determinati dalla P.A. prima dell'aggiudicazione o in co-determinazione con i privati a seguito dell'instaurazione del partenariato.

Al di là della chiarezza normativa, all'istituto afferisce un altro ordine di problemi, tali da mettere in dubbio l'idoneità stessa della procedura ai fini della negoziazione.

Tra questi, innanzitutto, ***l'effetto dissuasivo derivante dalla previsione di un meccanismo di risoluzione unilaterale del partenariato*****.** Il problema, questa volta, che non riguarda solo la normativa italiana, ma anche quella europea; anzi, il legislatore nazionale ha previsto garanzie maggiori, che tuttavia non sono sufficienti a limitare l'effetto dissuasivo. Nello specifico, il comma 5 prevede che nei documenti di gara, la stazione appaltante possa riservarsi la facoltà, dopo ogni fase, di risolvere il partenariato per l'innovazione o, nel caso di un partenariato con più operatori, di ridurre il numero degli operatori risolvendo i singoli contratti. È evidente come il fatto stesso che il bando preveda un meccanismo di risoluzione unilaterale, non possa provocare altro che un disincentivo per gli operatori economici, soprattutto laddove su di essi grava un complesso onere relativo all'attività progettuale e di ricerca. Tale disposizione, pertanto, potrebbe vanificare l'efficacia dello strumento. La normativa italiana prevede, in più rispetto a quella europea, che la P.A. oltre a prevedere nei documenti di gara tale possibilità, sia tenuta anche a specificare le condizioni per avvalersene: garanzia che, tuttavia, non basta a contrastare l'effetto dissuasivo contenuto nel comma 5. Né basta la previsione secondo cui gli operatori vadano remunerati mediante congrue rate scadenzate in relazione agli obiettivi intermedi, per quanto sia apprezzabile lo sforzo, in questo caso più garantista, mostrato dal legislatore del Codice dei contratti.

Mancanza di una previsione di premi o pagamenti ristorativi. Manca, inoltre, la previsione di una facoltà, per le Amministrazioni, di prevedere premi o pagamenti ristorativi, per premiare (comunque) la partecipazione dei concorrenti alla procedura, data la sua complessità. Previsione che, invece, è prevista per il dialogo competitivo.

Infine, un'ulteriore criticità è da individuarsi nella remissione, all'Amministrazione, di un *giudizio prognostico di particolare complessità*: la stazione appaltante, infatti, è tenuta ad assicurare che la struttura del partenariato e, in particolare, la durata e il valore delle varie fasi, riflettano il grado di innovazione della soluzione proposta e la sequenza di attività di ricerca e di innovazione necessarie per lo sviluppo della soluzione non ancora disponibile sul mercato. In sostanza, alle PP.AA. è richiesto un giudizio prognostico molto specifico sulla ragionevolezza e proporzionalità della durata del processo di ricerca e delle risorse finanziarie impiegate, rispetto a un oggetto che ancora nemmeno esiste nel mercato.

In generale, quindi, l'istituto appare problematico soprattutto a causa delle difficoltà connesse al suo utilizzo; difficoltà che, tra l'altro, rischiano di avere, come effetto, esclusioni anticoncorrenziali. Al fine di colmare tale problematica, si potrebbero utilizzare le cdd. consultazioni preliminari di mercato, strumento utile per scogliere, a monte del procedimento, diverse questioni complesse. L'utilizzo di tale istituto potrebbe essere previsto, pertanto, come obbligatorio.

IV.2.2 Criticità relative agli affidamenti diretti

Criticità applicative:

- Abuso del ricorso ad affidamenti diretti
- Aggravamento dell'onere interpretativo dei RUP (art. 36, comma 2)
- Problema relativo alla natura giuridica dei pareri del MIT

Problemi regolatori:

- Incertezza normativa (art. 1, comma D.L. Semplificazioni.
- Semplificazione soltanto temporanea per l'affidamento diretto sottosoglia (lett. *a*)
- Poca chiarezza della lett. *b)*: valutazione di tre preventivi
- Incertezza sulla obbligatorietà o meno della procedura
- Incertezza sul rapporto tra nuova normativa e linee guida ANAC n. 4

Abuso del ricorso ad affidamenti diretti. Tra le principali criticità si riscontra, innanzitutto, quella dell'abuso del ricorso ad affidamenti diretti come effetto distorsivo della normativa sugli appalti pubblici. Nel settore degli appalti di lavori, infatti, è stato

rilevato un notevole numero di affidamenti diretti di importo prossimo alla soglia dei 40.000 euro, il che induce a rilevare che l'importo degli stessi sia stato artificiosamente ridotto al fine di far rientrare l'intervento nelle soglie massime indicate dalla legge per ricorrere all'affidamento diretto, come già evidenziato nel paragrafo dedicato al quale si rimanda.

Semplificazione soltanto temporanea per l'affidamento diretto sotto-soglia[20]***.*** Un'ulteriore problematica è rappresentata dalla disciplina (temporanea) relativa all'affidamento, così come modificato dal Decreto Semplificazioni. In particolare, l'art. 1 del D.L. Semplificazioni, sino al 31 dicembre 2021, ha facilitato il ricorso all'affidamento diretto prevedendo la possibilità di ricorrere all'affidamento diretto anche senza previa consultazione di due o più operatori economici, per gli affidamenti di importo inferiore ai 40.000 euro. Tuttavia, per gli affidamenti di importo superiore ai 40.000 euro e inferiore ai 150.000 euro per i lavori, è possibile ricorrere all'affidamento diretto previa valutazione di tre preventivi, ove esistenti, per i lavori. Il primo periodo non pone particolari problemi e, anzi, sembra venire incontro alle esigenze di semplificazione emerse con l'emergenza sanitaria. Trattandosi di una norma la cui efficacia è strettamente limitata nel tempo, si potrebbe valutare di renderla norma a regime, a seguito della prima fase di sperimentazione.

Poca chiarezza con riferimento alla valutazione di tre preventivi. Il secondo periodo, invece, crea alcuni problemi di interpretazione i quali, ovviamente, aggravano, innanzitutto, gli oneri interpretativi dei RUP. La difficoltà interpretativa riguarda, in particolare, l'incoerenza di fondo nel prevedere la valutazione di tre preventivi e contemporaneamente parlare di affidamento diretto. Tale dinamica, infatti, somiglia di più a una procedura negoziata (o alla vecchia "gara informale"). Inoltre, non sono chiare le modalità mediante le quali devono essere selezionati i soggetti ai quali richiedere i preventivi, l'onere motivazionale, la sussistenza di eventuali obblighi di comunicazione verso i non aggiudicatari, l'applicabilità o meno del soccorso istruttorio, ecc.

Incertezza sull'obbligatorietà della procedura. Infine, non è chiaro se l'utilizzo della procedura nei casi e nelle modalità previste dall'art. 36, debba ritenersi obbligatorio o facoltativo; e se, pertanto, la stazione appaltante possa ancora optare per la procedura negoziata.

Problema relativo alla natura giuridica dei pareri del MIT. A tali vari problematiche ha dato risposta il MIT con l'emissione di alcuni pareri: sull'obbligatorietà o

[20] V. box *13. Aggiornamenti normativi - Decreto Semplificazioni bis* a fine paragrafo.

derogabilità delle nuove procedure di affidamento e sull'onere motivazionale (parere del 24 settembre 2020, n.735); sulla modalità di scelta tra preventivi (parere del 20 ottobre 2020, n.764); sulle comunicazioni ai non affidatari (parere del 22 novembre 2020, n.795), ecc. Insomma, è lampante come l'onere interpretativo gravante sui privati che intendano partecipare è ampio e complesso, posto che, per comprendere a pieno la normativa, è necessario ricorrere a una serie di strumenti compensativi della disciplina lacunosa (giurisprudenza, linee guida, pareri del MIT che, peraltro, non hanno natura vincolante e rappresentano valutazioni di tipo ermeneutico, ferma restando l'autonomia e responsabilità gestionale delle stazioni appaltanti).

Rileva, anche qui, pertanto, una forte incertezza normativa che, risulta, peraltro, aggravata dalle incongruenze tra la nuova normativa e le previgenti Linee guida ANAC n.4.

13. Aggiornamenti normativi - Decreto Semplificazioni bis:

Il D. Semplificazioni *bis* ha modificato in via temporanea (in relazione alla determina a contrarre o altro atto di avvio del procedimento equivalente adottato entro il 30 giugno 2023) le soglie precedentemente fissate dal D. Semplificazioni 76/2020 per l'affidamento diretto o senza gara. Alla luce delle modifiche si può procedere: ad affidamento diretto per i lavori di importo inferiore a 150.000€ e i servizi e forniture di importo inferiore ai 139.000€; con la procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando ma con invito di almeno 5 operatori per i lavori di importo pari o superiore a 150.000€ ed inferiore a un milione di euro e per i servizi e le forniture di importo superiore ai 130.000€ e inferiore alle soglie di cui all'art. 35 del Codice; con procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando ma con invito di almeno 10 operatori per lavori di importo pari o superiore a un milione di euro e fino alle soglie di cui all'articolo 35 cit.

IV.3 Selezione dei partecipanti e presentazione delle offerte[21]

IV.3.1 I motivi di esclusione

Criticità applicative:

- Ampia discrezionalità della stazione appaltante nella valutazione dei motivi di esclusione
- Ampia discrezionalità nella valutazione dell'ammissibilità delle misure di *self cleaning*
- Effetti unicamente *pro futuro* del cd. *self cleaning*

Problemi regolatori:

- Elencazione dal carattere meramente esemplificativo
- Incertezza normativa circa l'individuazione esatta dei motivi di esclusione (art. 80)
- Poca chiarezza con riferimento ai requisiti connessi alle condotte professionali pregresse
- Carattere non vincolante delle linee guida

Una volta determinato l'oggetto dell'appalto e avviata la procedura di gara, il primo ostacolo in cui incorrono gli operatori economici nella fase di affidamento è quello relativo agli obblighi dichiarativi e ai motivi di esclusione.

L'art. 80 del Codice elenca una nutrita serie di situazioni pregresse che, incidendo sulla "moralità" professionale del concorrente, ne fanno venire meno in via presuntiva l'affidabilità, al punto che, ove sussistano, determinano l'esclusione dell'operatore economico dalla gara.

Incertezza circa la sussistenza dei motivi di esclusione. In alcuni casi i motivi di esclusione appaiono tendenzialmente certi (insussistenza della dichiarazione di fallimento, assenza di condanne per uno specifico reato o di irrogazione di determinate sanzioni) in altri casi, invece, la sussistenza o meno del motivo di esclusione non si può affermare con certezza, perché la sua individuazione necessita di una valutazione discrezionale della stazione appaltante, come accade per i requisiti negativi connessi alle condotte professionali pregresse dell'operatore economico.

[21] V. box *14. Aggiornamenti normativi - Decreto Semplificazioni bis* a fine paragrafo.

Elencazione dal carattere meramente esemplificativo. L'elencazione dei gravi illeciti professionali, come più volte chiarito dalla giurisprudenza, ha carattere meramente esemplificativo e dunque spetta alla stazione appaltante individuare di volta in volta la fattispecie concreta delle situazioni astrattamente idonee a provocare l'esclusione degli operatori economici.

Ampia discrezionalità della stazione appaltante nella valutazione dei motivi di esclusione. E l'ampiezza del potere rimesso all'Amministrazione nella valutazione degli elementi che possono essere ricondotti alle cause di esclusione dalle gare di appalto non risulta circoscritto per effetto delle misure attuative. Difatti, il carattere non vincolante delle linee guida ANAC n.6, adottate ai sensi dell'art. 80 co.13 del Codice "*al fine di garantire omogeneità di prassi da parte delle stazioni appaltanti*", consente alle stazioni appaltanti non solo di disattenderle, ma anche di individuare ulteriori criteri sintomatici di condotte legislativamente configurate quali cause di esclusione.

Scarsa chiarezza con riferimento ai requisiti connessi alle condotte professionali pregresse. Peraltro, le linee guida ANAC n.6, oggetto di molteplici modifiche, invece di indicare alle stazioni appaltanti il metodo corretto per individuare le fattispecie di grave illecito professionale, hanno a loro volta ipotizzato ulteriori casi di gravi illeciti professionali. Tale situazione di incertezza non è stata risolta neppure dalla giurisprudenza che più volte ha affermato come la stazione appaltante possa ben desumere il compimento di gravi illeciti professionali da ogni vicenda pregressa, anche non tipizzata, riguardante il concorrente, purché stimata idonea a metterne in dubbio la sua integrità e l'affidabilità.

La casistica che si è formata appare davvero molto variegata: in particolare, è stata ricondotta al grave illecito professionale l'irrogazione a carico dell'operatore economico di provvedimenti sanzionatori *antitrust*, benché ancora *sub iudice*, la condanna non ancora definitiva per i reati elencati dal primo comma dell'art. 80 del Codice (questione che comporta anche un problema di coordinamento normativo tra il comma 1 e il comma 5, lett.c, l'adozione in sede penale di una misura cautelare, il mero rinvio a giudizio e in alcuni casi anche le indagini preliminari.

La valutazione di affidabilità del contraente, così come attualmente strutturata, fa emergere due ordini di problemi:

i) Non essendo i motivi di esclusione predefiniti in astratto, ciascuna amministrazione interessata ha titolo a decidere sulla loro sussistenza di volta in volta, e ciò impedisce agli operatori economici di conoscere a priori le condizioni di partecipazione, in violazione dei più ovvi principi concorrenziali;

ii) L'incertezza in ordine ai gravi illeciti professionali da dichiarare può tradursi in una dichiarazione non rispondente al vero, alla cui presentazione si riconnettono conseguenze molto rilevanti per le imprese, quale ad esempio, ai sensi dell'art. 80 co.12 del Codice, l'iscrizione nel casellario informatico tenuto dall'ANAC per un periodo fino a due anni che assurge a causa di esclusione dalle procedure di gara per tutta la sua durata.

Effetto unicamente pro futuro del self-cleaning. All'operatore economico è comunque consentito, nei casi previsti dall'art. 80, commi 1 e 5, di adottare le c.d. misure di *self cleaning* previste dall'art. 57 della direttiva UE 24/2014, con cui si consente agli operatori economici di essere ammessi a partecipare alla gara, pur in presenza di una causa di esclusione, laddove abbiano provato di aver risarcito o di essersi impegnati a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall'illecito e di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti Tuttavia è bene precisare che, anche in questo caso, si tratta di misure indicate solo in via esemplificativa dalle linee guida ANAC n.6, la cui valutazione è sempre rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante e i cui effetti, come ha chiarito la giurisprudenza, sono unicamente *pro futuro*, rilevando solo ai fini della partecipazione a gare successive all'adozione delle stesse (da ultimo TAR Firenze, Sez. II, 19 gennaio 2021, n. 77; Cons. Stato, Sez. V, 6 aprile 2020, n. 2260). Limite che, peraltro, non è invece previsto dalla direttiva 2014/24/UE (art. 57, comma 6); l'incongruenza si traduce, così, in un ulteriore caso di *gold plating.*

14. Aggiornamenti normativi - Decreto semplificazioni bis:

Il Decreto Semplificazioni bis introduce il fascicolo virtuale dell'operatore economico, nel quale saranno conservati tutti i dati e le informazioni necessarie ai fini della partecipazione alle procedure di gara, rendendo in tal modo più semplice le attività di verifica e controllo da parte delle stazioni appaltanti.

IV.3.2 Il soccorso istruttorio

Criticità applicative:

- Rischio di contenziosi relativamente all'attivazione o meno del soccorso istruttorio
- Incertezze circa i presupposti per l'attivazione del soccorso istruttorio
- Incertezze derivanti dall'ammissione del cd. "soccorso procedimentale"
- Rischio di contenziosi relativamente all'ammissione o meno del soccorso procedimentale

Problemi regolatori:

- Eccessiva burocratizzazione
- *Gold plating* rispetto alla più semplice normativa europea

Come è noto, il soccorso istruttorio è un istituto generale del procedimento amministrativo (art. 6, comma 1, lett.*b),* legge 241/1990) secondo cui il responsabile del procedimento può chiedere il rilascio di dichiarazioni, nonché la rettifica di dichiarazioni o istanze erronee o incomplete. Alla fattispecie generale, si aggiunge quella speciale di cui all'art. 83, comma 9, del Codice dei contratti pubblici che prevede la sanatoria delle carenze formali della domanda di partecipazione. In particolare, nel caso si riscontrino la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine (di massimo dieci giorni) entro il quale questo può integrare o regolarizzare la domanda.

L'istituto vuole così porre l'attenzione all'aspetto sostanziale dell'effettivo possesso dei requisiti, rispetto a quello formale della correttezza di documenti e dichiarazioni. Un istituto che pertanto è finalizzato a dare la possibilità di correggere tutte quelle inesattezze o dimenticanze dovute, anche, alle complicazioni burocratiche delle procedure di contrattazione pubblica.

Eccessiva burocratizzazione e gold plating. La principale criticità del soccorso istruttorio risiede, proprio, nell'effetto paradossale per cui quello stesso istituto nato per risolvere problemi derivanti da un'eccessiva burocratizzazione dei procedimenti, si trasformi in un complicato onere burocratico. Rispetto alla disciplina europea, infatti, dove il soccorso istruttorio è, sostanzialmente, un dialogo tra le parti, in Italia appare molto burocratizzato e articolato. Risulta evidente, pertanto, come persino il soccorso istruttorio risulti, infine, causa di ulteriori ritardi e allungamento delle procedure.

Rischi di contenziosi. Inoltre, sono frequenti i ricorsi relativi sia alla mancata attivazione del soccorso istruttorio sia alla sua attivazione. La normativa è incerta, infatti, nell'individuazione esatta dei presupposti di fatto e di diritto posti a fondamento dell'istituto stesso.

Incertezze derivanti dall'ammissione del soccorso procedimentale. Ulteriore incertezza, infine, deriva dall'asserita possibilità di attivare, ai sensi dell'art. 83, anche il cd. "soccorso procedimentale", istituto di matrice giurisprudenziale (da ultimo v. Cons. Stato, sez. V, n. 680/2020), nettamente distinto dal soccorso istruttorio, in quanto volto a risolvere dubbi riguardanti gli elementi essenziali dell'offerta tecnica ed economica, laddove lo stesso art. 83 specifica che il soccorso istruttorio è escluso per le irregolarità che afferiscono all'offerta economica e all'offerta tecnica. Anche tale incertezza normativa è fonte di possibili contenziosi.

IV.3.3 Il rating d'impresa

Criticità applicative:

- Rischio che il *rating* d'impresa diventi uno strumento punitivo e discrezionale
- Esclusione del *rating* d'impresa per le gare di importo inferiore a 150.000€
- Rischio appesantimento burocratico della procedura di gara

Problemi regolatori:

- Definizione normativa del rating d'impresa incompleta e controversa
- Mancata adozione delle linee guida ANAC, previste dall'art. 89 co. 10

Il sistema di *rating* d'impresa introdotto dall'art. 83, comma 10, del Codice è un indice di misurazione della reputazione delle imprese che partecipano alle gare pubbliche, la cui *ratio* è quello di promuovere l'efficienza nel nostro ordinamento e il rapporto di fiducia con le stazioni appaltanti.

Definizione normativa del rating d'impresa incompleta e controversa. Sebbene attraverso il *rating* d'impresa sarebbe possibile accrescere l'efficienza del mercato dei contratti pubblici nel suo complesso, valorizzando e promuovendo la

performance contrattuale degli operatori economici e, al tempo stesso, la qualità nell'esecuzione dei contratti, la sua definizione appare tuttora incompleta e controversa.

Mancata adozione delle linee guida ANAC. Ad oggi, la gestione del rating d'impresa è affidata interamente all'ANAC che, oltre a definire i requisiti reputazionali e i criteri di valutazione degli stessi, è chiamata a rilasciare le apposite certificazioni agli operatori economici che dimostrano di possedere tali requisiti, così da poter ottenere dalle stazioni appaltanti le rispettive premialità. Tuttavia, l'ANAC non ha ancora provveduto ad emanare le linee guida previste dal Codice, ma sta procedendo allo svolgimento delle consultazioni propedeutiche all'adozione delle stesse, ipotizzando di avviare un periodo di sperimentazione circa l'applicazione del *rating*, anche a fronte delle ulteriori modifiche apportate prima dal decreto correttivo d.lgs. 56/2017 e poi dal decreto fiscale (d.l. 124/2019).

L'ANAC, infatti, in mancanza di una disciplina precisa non ha voluto assumersi la responsabilità connessa alle decisioni che il *rating* implica, come ad esempio il rischio concreto di contravvenire al divieto del *gold plating*.

Rischio che il rating d'impresa diventi uno strumento punitivo. Accanto ad una normativa frastagliata, emergono poi anche alcune criticità: in primo luogo, c'è il rischio che questo istituto, nato come strumento premiale, finisca per diventare uno strumento punitivo. Le imprese che non riescono a ottenere la certificazione potrebbero subire una penalità: si pensi, ad esempio, alle imprese che appaiono per la prima volta sul mercato o alle imprese che non hanno mai avuto un affidamento e dunque non hanno i requisiti per ottenere punteggi elevati. Il rating di impresa deve essere pertanto uno strumento che si fonda su criteri oggettivi e premiali e non punitivi, e per questo non deve far riferimento ad elementi di valutazione dipendenti dalle stazioni appaltanti e discrezionali, non definitivi, o che prendano a riferimento elementi rilevanti per la partecipazione alle gare pubbliche (es. cause di esclusione)

Esclusione del rating d'impresa per le gare di importo inferiore a 150.000 euro. Inoltre, il legislatore, attraverso il richiamo delle SOA per la verifica del possesso dei certificati sul rating di impresa (art. 84, co. 4, lett. *d)* esclude, di fatto, l'applicazione dell'istituto per le gare di valore inferiore a 150.000 euro, per le quali nulla dispone il Codice.

Rischio di appesantimento burocratico della procedura di gara. Infine, deve considerarsi che il sistema del *rating* d'impresa comporterà inevitabilmente un appesantimento burocratico connesso a un ennesimo sistema di valutazione e qualificazione, probabilmente anche causa di contenzioso.

IV.4 Valutazione delle offerte e aggiudicazione

IV.4.1 Nomina della commissione di gara

Criticità applicative:

- Mancata attuazione del nuovo sistema di nomina e funzionamento delle commissioni aggiudicatrici
- Criteri indefiniti e inidonei per la selezione dei commissari
- Giurisprudenza mutevole
- Rischio di contenziosi
- Allungamento dei tempi di gara
- Ripercussioni in fase esecutiva a causa dell'inidoneità dei selezionati

Problemi regolatori:

- Incertezza normativa dovuta alla prorogata sospensione dell'operatività dell'Albo dei Commissari di gara

Successivamente alla fase di presentazione delle offerte, nei casi di gare da aggiudicare sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, si procede con la nomina della commissione giudicatrice e la valutazione delle offerte.

Mancata attuazione del nuovo sistema di nomina e funzionamento delle commissioni aggiudicatrici[22]***.*** Il nuovo sistema di nomina e funzionamento delle commissioni giudicatrici non ha ricevuto, ancora, alcuna attuazione. Ciò è, chiaramente, causa di inefficienza, oltre che di incertezza giuridica. Com'è noto, infatti, dall'entrata in vigore del nuovo codice è stata più volte differita l'operatività del meccanismo di nomina dei componenti delle commissioni giudicatrici quale delineato dagli artt. 77 – 78 del Codice (si veda, da ultimo, l'art. 8 comma 7, del D.L. Semplificazioni, che ha prorogato la sospensione dell'operatività dell'Albo dei commissari di gara fino al 31 dicembre 2021) fondato sulla nomina di esperti esterni alla stazione appaltante e iscritti nell'Albo tenuto presso l'ANAC, da sorteggiarsi – in sessione pubblica – tra gli iscritti in una lista di candidati comunicata dall'ANAC medesima. Nelle more della adozione della disciplina in materia di iscrizione all'Albo dei commissari di gara, le regole che governano la scelta della stazione appaltante sono quelle dell'articolo 77 del Codice per la parte già in vigore, in combinato disposto con l'art. 216, comma 12.

[22] V. box *15. Aggiornamenti normativi - Decreto semplificazioni bis* a fine paragrafo.

Incertezza normativa. É dunque evidente che, a fronte della mancata applicazione del nuovo sistema di nomina e funzionamento delle commissioni giudicatrici, ci si trovi in una situazione in cui resta tutt'altro che chiaro e definito il perimetro dei principi e delle regole cui riferirsi in concreto.

Giurisprudenza mutevole. All'incertezza normativa si affianca poi una giurisprudenza mutevole sulla nomina dei commissari e, in particolare, sulle situazioni di incompatibilità degli stessi.

Rischio di contenziosi. Ad oggi, i commissari di gara continuano a essere scelti dalle stazioni appaltanti in base a criteri indefiniti e inidonei a garantire le esigenze di terzietà, imparzialità e competenza che invece dovrebbero guidare la valutazione delle offerte degli operatori economici, il che non fa che aumentare il rischio di contenziosi dinanzi al giudice amministrativo con inevitabili ripercussioni sui tempi di affidamento delle gare.

Ripercussioni in fase esecutiva. Inoltre, è evidente come l'inadeguatezza dei soggetti preposti alla selezione di coloro che si aggiudicheranno la gara, non può che ripercuotersi sull'idoneità degli stessi aggiudicatari, con le relative conseguenze anche nella fase di esecuzione.

15. Aggiornamenti normativi - Decreto semplificazioni bis:

L'art. 52 co. 1 lett. a) del D. Semplificazioni bis ha prorogato fino al 30 giugno 2023 la sospensione dell'art. 77 co. 3 del Codice relativo all'obbligo di scegliere i commissari tra gli esperti iscritti all'Albo istituito presso l'ANAC.

IV.4.2 Esternalizzazione della valutazione delle offerte

Criticità applicative:

- Rischio di inefficienze a causa della carenza informativa delle commissioni esterni rispetto all'effettivo fabbisogno della stazione appaltante
- Rischio di neutralizzazione degli effetti della procedura di partenariato per l'innovazione

Problemi regolatori:

- Incongruenza normativa tra la *ratio* del sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti e quella che sottende all'esternalizzazione della valutazione delle offerte (art. 77)
- Incertezza normativa derivante dall'estensione dell'ambito applicativo dell'art. 77 operata dalle Linee guida ANAC nel silenzio della legge

L'esternalizzazione della valutazione delle offerte di cui all'art. 77 rischia di essere un ulteriore fattore di rallentamento.

Incertezza normativa derivante dall'estensione dell'ambito applicativo dell'art. 77 operata dalle Linee Guida ANAC nel silenzio della legge. Per gli appalti sopra-soglia affidati con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, l'art. 77 prevede, infatti, che la valutazione sia operata da una commissione di esperti esterna rispetto alla stazione appaltante. Tuttavia, nel silenzio della legge, le Linee guida ANAC in tema di criteri di scelta dei commissari di gara prevedono, anche per gli affidamenti sotto-soglia, che vi sia quantomeno un Presidente esterno.

Incongruenza normativa. Tale norma contraddice la *ratio* del nuovo sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti, posto che da una parte si vuole qualificare le amministrazioni, dall'altra, però, si elimina il potere di queste di valutare le offerte. A prescindere dal fatto – rilevante sul piano patologico – che il sistema di qualificazione non sia ancora stato attuato, la coerenza normativa vorrebbe che la capacità di gestione delle stazioni appaltanti sia dimostrata proprio dall'ottenimento della qualificazione.

Rischio di inefficienze. Inoltre, non è chiaro perché una commissione esterna, proprio in quanto "esterna", debba essere ritenuta più edotta circa l'effettivo fabbisogno da cui la procedura di gara è scaturita, che, al contrario, proprio la stazione appaltante dovrebbe conoscere nel dettaglio.

Rischio di neutralizzazione degli effetti della procedura di partenariato per l'innovazione. L'esternalizzazione della valutazione delle offerte potrebbe vanificare, altresì, gli effetti della nuova procedura di partenariato per l'innovazione (art. 65), in quanto valutazioni estremamente specifiche e complesse sarebbero rimesse a una commissione esterna che nulla conosce dell'effettivo fabbisogno della stazione appaltante.

IV.4.3 Recesso dell'aggiudicatario

Criticità applicative

- Rischio di contenzioso, laddove invece potrebbero essere previste soluzioni diverse per la sollecitazione alla formalizzazione del vincolo contrattuale

Problemi regolatori:

- Lacuna normativa: in relazione al ritardo, della P.A., nella stipulazione del contratto l'aggiudicatario può soltanto esercitare il recesso

Ulteriore criticità, nella fase dell'affidamento, può ravvisarsi nel fatto che la normativa prevede soltanto il recesso dell'aggiudicatario come reazione al caso in cui il contratto non venga stipulato entro il termine massimo, ma non prende in considerazione il caso in cui l'aggiudicatario avesse, invece, interesse a proseguire il rapporto negoziale avviato con l'Amministrazione. Non si dà, pertanto, all'aggiudicatario la possibilità, di ottenere la formalizzazione del vincolo contrattuale, se non ricorrendo alla via giudiziale. Una soluzione in tal senso, invece, avrebbe il pregio di ridurre, anche, il relativo contenzioso.

IV.5 Responsabilità erariale del pubblico funzionario e cd. "paura della firma"[23]

Criticità applicative:

- Il fenomeno della cd. burocrazia difensiva: esposizione all'azione delle procure, dell'ANAC, della Corte dei conti, *whistle-blowing* e mass media

Problemi regolatori:

- Temporaneità della soluzione prevista dal Decreto Semplificazioni in relazione alla responsabilità per danno all'erario
- Aumento del danno a carico della collettività
- Nuove ipotesi di responsabilità erariale
- Le limitazioni alle responsabilità penali e l'esposizione mediatica

Un fenomeno largamente diffuso nelle PP.AA. è quello della c.d. "burocrazia difensiva". Con l'espressione "burocrazia difensiva" si indica una distorsione delle scelte dell'amministrazione indirizzate ad "autotutelarsi" dai rischi, sia patrimoniali che non, conseguenti all'analisi dell'azione dell'amministrazione pubblica. Si tratta di un problema reale, di rilievo sia economico che sociale, la cui entità è divenuta gradualmente più rilevante nel corso degli ultimi anni.

Il comportamento difensivo è dovuto principalmente alle molteplici responsabilità in cui rischiano di incorrere i funzionari pubblici. Ad esempio, in base alla normativa vigente, nelle procedure di appalti il RUP è esposto all'azione delle procure, dell'ANAC e della Corte dei conti, ma anche dei suoi stessi colleghi («*whistle-blowing*») e dei mass media (stampa e social network).

Opportunità e criticità della soluzione prevista dal Decreto Semplificazioni.

Corretta limitazione della responsabilità per danno all'erario ma temporaneità della misura. Il Decreto Semplificazioni (art. 21) ha cercato di arginare il fenomeno di blocco che prende il nome della cd. «paura della firma», limitando la responsabilità erariale per i reati commessi sino al 31 dicembre 2021 al solo elemento soggettivo del dolo; restano esclusi, pertanto, i casi di omissione o inerzia, per i quali il funzionario risponde anche in caso di colpa grave. Pertanto, la Corte dei conti, in via

[23] v. box *16 Aggiornamenti normativi - Decreto semplificazioni bis* a fine paragrafo.

strettamente temporanea, può chiamare a rispondere il funzionario solo se abbia commesso volontariamente l'illecito contabile, mentre nessuna azione può essere intrapresa nei confronti di chi abbia agito senza alcuna intenzione di provocare un danno all'erario. Tale norma costituisce un tentativo apprezzabile nella direzione di incentivare i pubblici funzionari a decidere, onde evitare le paralisi che, com'è noto, sono molto diffuse nella prassi. Tuttavia la norma ha, come si è detto, un'applicazione soltanto temporanea e, pertanto non risolve in via definitiva le criticità consolidate e relative ai fenomeni della burocrazia difensiva e della paura della firma.

L'abuso d'ufficio alla prova della riforma

Il ricorso alla contestazione di abuso d'ufficio ha visto crescere oltre misura il proprio ambito, mentre correlativamente cresce la percentuale di assoluzioni o proscioglimenti istruttori, senza che ciò serva ad abbattere il discredito che comunque ricade sul pubblico funzionario e sulla sua Amministrazione di provenienza, anche in ragione dell'attenzione mediatica che viene riservata ad ogni notizia - sia pure solo la automatica iscrizione nel registro degli indagati- relativa all'agire dei pubblici funzionari.

Il D.L. Semplificazioni, all'art. 23, ha tentato di porre rimedio a questa situazione restringendo notevolmente l'ambito di rilevanza penale del delitto di abuso d'ufficio, allo scopo di ridurre l'area di punibilità dei pubblici funzionari e superare il tema del blocco della firma. L'art. 323 c.p., come riformulato, punisce la condotta del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio che nello svolgimento delle funzioni o del servizio viola le "regole di condotta previste dalla legge o da atti aventi forza di legge", cioè da fonti primarie, con esclusione dei regolamenti attuativi, e che abbiano, inoltre, un contenuto vincolante precettivo da cui non residui alcuna discrezionalità amministrativa. Sul punto la norma va nella direzione giusta. L'ultima interpretazione della norma tuttavia ad opera della Cassazione (Cass., Sez. VI, 9 dicembre 2020 (dep. 8 gennaio 2021), n. 442) appare riduttiva in quanto il delitto di abuso di ufficio, secondo la Suprema Corte si configurerebbe comunque laddove l'esercizio del potere discrezionale «*non trasmodi tuttavia in una vera e propria distorsione funzionale dai fini pubblici – c.d. sviamento di potere o violazione dei limiti esterni della discrezionalità – laddove risultino perseguiti, nel concreto svolgimento delle funzioni o del servizio, interessi oggettivamente difformi e collidenti con quelli per i quali soltanto il potere discrezionale è attribuito*».

Di talché occorre ancora intervenire sulla norma, per poter superare le criticità interpretative riscontrate.

16. Aggiornamenti normativi - Decreto semplificazioni bis:

Ai sensi dell'art. 51 co. 1 lett. b) del D. Semplificazioni *bis* l'efficacia della norma relativa alla responsabilità erariale di cui all'art. 21 del D. Semplificazione 76/2020 conv. in l. 120/2020 è stata prorogata sino al 30 giugno 2023.

IV.6 Contenzioso

Criticità applicative:

- Mutevolezza delle decisioni della giurisprudenza
- Contenzioso amministrativo costante per gli appalti di ammontare elevato
- Blocco derivante dalla pendenza dei giudizi a causa della cd. "burocrazia difensiva"
- L'inedito sindacato sulle vicende relative ai pareri/inviti dell'ANAC
- Difformità tra le linee guida e l'indirizzo del giudice: incertezza giuridica
-

Contenzioso amministrativo alto per gli appalti di ammontare elevato. In Italia il tasso di litigiosità in materia di appalti pubblici, misurato come percentuale dei ricorsi davanti al giudice amministrativo rispetto alle gare bandite, è più basso di quanto si potrebbe pensare (1,5% nel biennio 2017 - 2018). Tuttavia, i dati evidenziano che il contenzioso relativo alla fase di affidamento e aggiudicazione dei contratti resta alto per gli appalti di ammontare elevato per cui il contributo unificato, che va da un minimo di 2.000€ ad un massimo di 6.000€, e le spese legali costituiscono un minor disincentivo rispetto ai benefici che il ricorrente può ottenere in caso di successo. In particolare, le impugnazioni delle procedure sopra il milione di euro rappresentano circa il 50% del totale delle impugnazioni. La relazione di proporzionalità diretta tra l'importo dell'appalto e il tasso di contenzioso giunge per le gare di elevatissimo importo a registrare un rapporto 1 a 1, ossia un tasso di impugnazione del 100%.

Blocco derivante dalla pendenza dei giudizi a causa della cd. "burocrazia difensiva". Dall'analisi della relazione del Consiglio di Stato, inoltre, si evince che sebbene il dato di blocco connesso "direttamente" alle pronunce giudiziarie cautelari sia molto basso (0,32% delle gare bandite), esiste un fattore di blocco "indirettamente" connesso, non alle pronunce ma, alla semplice pendenza di un giudizio, non imposto né giustificato da norme, che può considerarsi il frutto della cd. "burocrazia difensiva". Tale blocco indiretto cresce al crescere dell'importo degli appalti. In sostanza, sino a quando il giudizio non si è definitivamente concluso, eventualmente anche in grado d'appello, negli

appalti di grande importo molte amministrazioni non procedono alla stipula del contratto temendo di essere esposte a una possibile responsabilità patrimoniale ed erariale. Così reagendo, alcune amministrazioni, di fatto, estendono lo *stand still period* ben oltre quello previsto dalla legge. Il fenomeno è stimolato da tre circostanze: la prima è che l'eventuale esposizione sul versante risarcitorio è, nei casi degli appalti di più elevato importo, così rilevante per le stazioni di committenza, da mettere a rischio la stessa sopravvivenza di queste ultime; la seconda, strettamente correlata, è che le stazioni di committenza non trovano compagnie assicurative disposte ad assicurare il rischio di una responsabilità civile "oggettiva"; la terza, non meno importante, è che il differimento nel tempo della stipula del contratto, in pendenza di un giudizio pendente, non è fattispecie sanzionata in modo efficace.

Sulla questione incide la modifica dell'art. 32, comma 8, del Codice, apportata dal recente Decreto Semplificazioni, il quale ha previsto che la pendenza di un ricorso giurisdizionale non costituisca giustificazione adeguata alla mancata stipulazione del contratto nel termine previsto. Sono fatti salvi il rispetto dello *stand still period* nonché il caso in cui lo stesso giudice abbia inibito la stipulazione del contratto. Tale modifica – che rientra tra quelle a pieno regime disposte dall'intervento legislativo del 2020 – è ancora in fase di sperimentazione e, pertanto, occorrerà attendere prima di verificarne l'idoneità ad arginare il fenomeno della burocrazia difensiva.

L'inedito sindacato sulle vicende relative ai pareri/inviti dell'ANAC. Tra le varie criticità, una novità è rappresentata dal contenzioso relativo alla legittimità degli atti dell'ANAC e delle stazioni appaltanti, quando appaiono tra loro contrastanti. Si tratta di un problema interno ai pubblici poteri che deriva dal riconoscimento della piena giustiziabilità delle linee guida di ANAC (Cons. Stato, parere 855/2016).

Difformità tra le linee guida e l'indirizzo del giudice. Un altro problema trasversale è rappresentato dalla riscontrata resistenza del giudice amministrativo nel considerare le linee guida dell'ANAC come puntualmente vincolanti. Il che, ovviamente, produce incertezza giuridica e disorientamento tra gli attori del mercato. Per esempio, il giudice amministrativo, con riferimento al metodo di attribuzione dei punteggi per l'offerta tecnica, ha ritenuto che la scelta di operare o meno la riparametrazione di tali punteggi sia riservata alla discrezionalità della stazione appaltante (TAR Lombardia, Sez. I, 10 gennaio 2017, n. 49).

V. ESECUZIONE

Criticità di fondo dell'esecuzione:

- Generale squilibrio nei rapporti contrattuali tra p.a. e privato in favore della p.a.
- Tempi lunghi di esecuzione
- *Performance* peggiori per i Comuni e gli Enti Gestori di rete
- Mancata corrispondenza tra importo messo a bilancio ed effettivo flusso di cassa delle stazioni appaltanti
- Ritardi di anticipazione e pagamenti, con relativa impossibilità, per l'impresa, di iniziare l'esecuzione dei lavori
- Crisi d'impresa e fallimenti
- Inadeguatezza del progetto
- Sopravvenienze e riapertura dell'*iter* autorizzativo
- Varianti, richieste, riserve
- Inadeguatezza delle offerte ribassate
- Aumento dei costi
- Eccesiva durata del contenzioso civile

Sintesi:

La fase dell'esecuzione degli appalti risulta essere quella più critica, insieme alla fase della progettazione. In tale sede, infatti, emerge, emerge anzitutto una forte sproporzione tra la posizione contrattuale delle stazioni appaltanti (che possono usufruire di alcuni strumenti di elasticità quali il cd. quinto d'obbligo, la sospensione unilaterale dei lavori e il recesso *ad nutum*) e quella dei privati, condizione che contribuisce a rendere incerto il rapporto con la P.A., disincentivando gli investimenti (nazionali e stranieri).

Inoltre, si verificano ritardi dovuti ai cdd. tempi di attraversamento (relativi, soprattutto, all'emissione di certificati, per esempio quello sulla regolare esecuzione e il collaudo dell'opera), ma anche derivanti sia dalla eventuale inadeguatezza delle offerte eccessivamente basse (anche a causa di meccanismi indotti dalle PP.AA.), sia dai ritardati pagamenti da parte delle stazioni appaltanti. È ricorrente, infatti, il caso in cui il denaro messo a bilancio per la costruzione di una determinata opera, non corrisponda, poi, all'effettivo flusso di cassa dell'Amministrazione la quale, non disponendo della necessaria (prevista) liquidità, non offre l'anticipazione (necessaria all'impresa per cominciare i lavori) e ritarda i pagamenti. Tale patologia è spesso causa, inoltre, delle crisi e dei fallimenti delle imprese aggiudicatarie, con conseguenti blocchi nell'esecuzione dei contratti pubblici di lavori. Questa, inoltre, è la fase in cui hanno modo di emergere con evidenza le eventuali inadeguatezze progettuali, e l'inadeguatezza delle offerte eccessivamente ribassate, di fronte a costi effettivi ben più alti: ciò è causa di varianti,

riserve, richieste, tutte a loro volta cause di aumento di costi e di tempi. In fase di esecuzione, poi, può accadere si riaprano procedimenti autorizzatori (qualora, per esempio, durante gli scavi dei lavori si rinvengano reperti archeologici o rischi idrogeologici non considerati nella fase progettuale), con la conseguenza di ulteriori lungaggini (soprattutto quando il procedimento abbia ad oggetto un interesse cd. sensibile). Pertanto, la fase di esecuzione può ricomprendere tutta una parte di problematiche che, per esigenze espositive, sono state trattate nei paragrafi relativi alla fase di progettazione. In particolare, con riferimento all'attuazione delle opere, si riscontra che i Comuni sono le stazioni appaltanti con maggiori difficoltà (laddove, in particolare quelli di media dimensione, tendono ad allungare i tempi di attuazioni del +14% rispetto alla media nazionale, mentre i piccoli del +8,6% e i grandi del +4%). Ritardi esecutivi si riscontrano anche nel caso degli enti gestori di rete e degli altri Enti (rispettivamente +7% e +4% rispetto alla media nazionale). Soltanto le Regioni, invece, negli ultimi anni mostrano una riduzione dei tempi di attuazione rispetto al dato nazionale (-22,4%). In ogni caso, i tempi di esecuzione totali e non relativi continuano a essere molto lunghi.
Infine, la fase in esame risulta ulteriormente rallentata dai blocchi causati dal contenzioso civile, il quale si concentra, in particolar modo, sulle questioni derivanti dalle varianti e dall'iscrizione delle riserve. I tempi dei giudizi dinanzi al giudice ordinario, infatti, si mostrano eccessivamente lunghi e incerti, anche a causa della mancanza di misure idonee a ridurne la durata, nonché per lo scarso utilizzo di rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale.

V.1 Quinto d'obbligo

Criticità applicative:

- Incertezza degli investimenti
- Aumento della discrezionalità delle stazioni appaltanti

Problemi regolatori:

- Sproporzione contrattuale tra le pubbliche Amministrazioni e gli operatori economici (art. 106)
- Assenza di un elenco tassativo che limiti il ricorso al quinto d'obbligo

La fase dell'esecuzione, regolata dagli artt. 100 – 113 del Codice, ha inizio con le attività preliminari all'avvio dell'esecuzione del contratto e si conclude con l'approvazione del collaudo.

Alcune delle disposizioni che regolano la fase dell'esecuzione si prestano però a un utilizzo distorto da parte della P.A., aumentando così il rischio di situazione di squilibrio tra P.A. e imprese. In generale, l'amministrazione si trova in una posizione di "forza" rispetto al privato generandosi un'asimmetria nel rapporto pubblico-privato che in sede contrattuale dovrebbe invece essere paritario. Tra l'altro, questa asimmetria appare evidente con riferimento al tema della risoluzione contrattuale e rispetto anche a specifici istituti.

La sproporzione contrattuale tra le pubbliche Amministrazioni e gli operatori economici. Tra tali criticità si evidenzia, innanzitutto, quella relativa al cd. quinto d'obbligo che provoca un rafforzamento della posizione contrattuale della stazione appaltante a svantaggio dell'esecutore. Infatti, ai sensi dell'art. 106, comma 12, la stazione appaltante può introdurre varianti in aumento o in diminuzione nel limite del quinto dell'importo contrattuale, imponendo all'appaltatore l'esecuzione alle medesime condizioni contrattuali. All'appaltatore non è concesso richiedere, per tale motivo, la risoluzione del contratto.

Assenza di un elenco tassativo che limiti il ricorso al quinto d'obbligo. La norma si pone in netta antitesi con il precedente art. 311 d.p.r. 207/2010 il quale, invece, subordinava l'introduzione di varianti da parte della stazione appaltante, entro il quinto del valore contrattuale, al verificarsi di alcune condizioni tassative: cause impreviste o imprevedibili o eventi inerenti alla natura e alla specificità dei beni. La nuova normativa, invece, non prevedendo alcun elenco tassativo a limitare tale facoltà della stazione appaltante, attribuisce all'Amministrazione un potere di modifica contrattuale molto ampio, per qualsiasi causa o ragione, sia in aumento che in diminuzione, senza neanche richiedere un onere motivazionale rafforzato; il solo limite è, pertanto, il rispetto del quinto dell'importo contrattuale.

È evidente come l'effetto di tale norma sia quello di creare una sproporzione tra le posizioni dei contraenti, a danno dei privati, contribuendo al clima d'incertezza che caratterizza il settore dei contratti pubblici e, di certo, non rappresentando un incentivo agli investimenti nazionali ed esteri.

V.2 Sospensione

Criticità applicative:

- Incertezza degli investimenti
- Aumento della discrezionalità delle stazioni appaltanti

Problemi regolatori:

- Sproporzione contrattuale tra le pubbliche Amministrazioni e gli operatori economici (art. 107)
- Assenza di un elenco tassativo che limiti il ricorso alla sospensione

Incertezza derivante dalla facoltà di sospensione del contratto da parte della stazione appaltante. L'art. 107 non solo prevede la possibilità, per la stazione appaltante, di sospendere il contratto, ma inoltre stabilisce che in caso di sospensione dei lavori per un periodo non superiore a un quarto della durata complessiva del contratto o comunque a sei mesi, l'esecutore non ha né la facoltà di sciogliersi dal legame contrattuale né quella di essere indennizzato. Gli oneri della sospensione sono tutti a carico dell'impresa e non trovano alcun tipo di indennizzo o ristoro economico.

Mancanza di un elenco tassativo con conseguente aumento della discrezionalità della P.A.[24] La disciplina successiva alla riforma appare ben diversa da quella precedente, in senso peggiorativo per il privato. Nell'art. 107, infatti, diversamente dall'art. 159 del D.P.R. 207/2010, manca un elenco degli eventi che costituiscono "*circostanze speciali*" e che legittimano la sospensione.

Incertezza degli investimenti. Tale norma si inserisce tra quelle che rendono incerti gli investimenti dei privati, da una parte aumentando il margine di opinabilità nell'apprezzamento delle circostanze speciali, e dunque il margine di incertezza sulla legittimità della sospensione disposta, dall'altra parte non prevedendo alcun ristoro per l'operatore economico che si assume un elevato rischio d'impresa.

[24] v. box *17. Aggiornamenti normativi - Decreto semplificazioni bis* a fine paragrafo

17. Aggiornamenti normativi - Decreto semplificazioni bis:

L'art. 51, co. 1, lett. d) del D. Semplificazioni bis ha prorogato fino al 30 giugno 2023 l'efficacia della previsione di cui all'art. 5 del d.l. 76/2020 secondo cui, per gli appalti sopra soglia, in deroga all'art. 107 del Codice, la sospensione dei lavori può avvenire esclusivamente per determinate ragioni per il tempo strettamente necessario al loro superamento.

V.3 Recesso ad nutum

Criticità applicative:

- Incertezza degli investimenti
- Ampia discrezionalità della P.A.

Problemi regolatori:

- Incertezza derivante della facoltà di recesso *ad nutum* della stazione appaltante
- Ristoro inadeguato per il privato

Incertezza derivante dalla facoltà di recesso* ad nutum *della stazione appaltante. L'art. 109 del Codice prevede che la stazione appaltante possa recedere dal contratto in qualunque momento previo il pagamento delle prestazioni eseguite, dei materiali utili esistenti in cantiere e di un decimo dell'importo delle opere. Dal momento che il legislatore non ha indicato alcun presupposto fattuale o giuridico di validità o di efficacia del recesso, quest'ultimo si configura come recesso *ad nutum*, non richiedendo un obbligo di motivazione ai fini della sua validità. Non appare cioè prospettabile una "pretesa" alla motivazione da parte del contraente privato destinatario dell'atto di recesso.

Mancanza di un controbilanciamento adeguato a favore del privato. Il recesso *ad nutum* del committente, pertanto, è espressione di un diritto potestativo il cui esercizio può avere luogo in qualsiasi momento e non richiede particolari presupposti o motivi. Per controbilanciare la posizione del privato è previsto un rimborso minimo, che non tiene conto degli enormi investimenti che spesso i privati si trovano ad affrontare,

soprattutto in caso di grandi opere. In aggiunta, è riconosciuto un risarcimento del danno che, tuttavia, è oggetto di limitazioni da parte della giurisprudenza (Cass. civ., Sez. I Ord., 17 ottobre 2018, n. 26009).

Tale norma, come quelle precedentemente descritte, è altresì fonte di incertezza per i privati, a fronte di un'ampia discrezionalità delle Amministrazioni pubbliche.

V.4 Varianti in corso d'opera

Criticità applicative:

- Più varianti nel caso di appalti aggiudicati con ribassi aggressivi
- Dissimulazione dell'errore di progettazione da parte delle stazioni appaltanti
- Inadeguatezza delle stazioni appaltanti e inadeguata valutazione a monte

Problemi regolatori:

- Incertezza normativa (art. 106)

Come si è già detto, una delle questioni che incide maggiormente sulla fase di esecuzione e sui tempi della stessa è quella delle varianti in corso d'opera.

Normativa incerta. Per i contratti di durata, infatti, il Codice dei contratti prevede la possibilità di intervenire in senso modificativo sull'oggetto del contratto. L'art. 106 perimetra l'area di legittima modificabilità, senza tuttavia riuscire a tracciare un confine definito e chiaro tra modifiche illegittime e modifiche compatibili con l'ordinamento. Di conseguenza, l'analisi del fenomeno rinegoziativo è spesso rimessa alla giurisprudenza (ciò, peraltro, si collega a una forte incidenza delle varianti sul contenzioso).

Dall'analisi condotta dall'ANAC sulla base del numero delle varianti complessivamente registrate nella Banca Dati dell'Autorità emerge che: il numero delle varianti è doppio negli appalti aggiudicati a mezzo di procedura aperta o ristretta rispetto agli appalti affidati mediante procedura negoziata; le varianti ricorrono maggiormente negli appalti aggiudicati con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa; le varianti ricorrono in misura sensibilmente maggiore in corrispondenza di appalti aggiudicati con ribassi aggressivi.

Più varianti nel caso di appalti aggiudicati con ribassi aggressivi. Si evidenzia come in numerosi casi la variante abbia assorbito il ribasso di aggiudicazione, in tutto o in parte, fino ad arrivare a casi in cui la percentuale della variante sull'importo contrattuale si colloca tra il 50% ed il 150% del ribasso di aggiudicazione, il che avvalora le tesi per cui attraverso le varianti le imprese cercherebbero di recuperare il ribasso offerto in gara (cfr. ANAC - Comunicato del Presidente del 1° marzo 2018).

Dissimulazione dell'errore di progettazione da parte delle stazioni appaltanti. Dall'altra parte però si è riscontrata anche una tendenza delle stazioni appaltanti a dissimulare l'errore di progettazione, verosimilmente al fine di evitare che dall'accertamento esplicito da parte del RUP di un difetto di progettazione ricadano conseguenze sul progettista, sul verificatore e sulla stessa stazione appaltante.

Inadeguatezza delle stazioni appaltanti e inadeguata valutazione a monte. Entrambi i casi prospettati confermano l'esigenza della qualificazione delle stazioni appaltanti per le attività di progettazione ed esecuzione degli appalti (ANAC - Comunicato del Presidente del 24 novembre 2014). Il rischio di successive varianti, infatti, è tanto più alto quando vi sia stata una valutazione inadeguata a monte, sia sull'idoneità dell'impresa all'eseguire il lavoro oggetto di gara, sia nella fase di progettazione o di programmazione, laddove emergano, in fase di esecuzione, erronee valutazioni tecniche e/o finanziarie.

V.5 Ritardi nei pagamenti e split payment

Criticità applicative:

- Mancato rispetto dei termini previsti per il pagamento
- Prassi inique da parte delle stazioni appaltanti
- Riduzione degli investimenti e reazione a catena
- Crisi d'impresa e fallimenti

Problemi regolatori:

- Il problema dello *split payment*

Ancora attuale, nonostante le due procedure d'infrazione aperte in Europa è la situazione dei **ritardi di pagamento della Pubblica Amministrazione** che rappresenta

un elemento di forte criticità per le imprese di costruzioni. In media, le imprese che realizzano lavori pubblici vengono pagate 133 giorni dopo l'emissione dei SAL contro i 30 giorni di norma previsti dall'art. 113-*bis* del Codice che possono arrivare a 60 solo a fronte della natura particolare del contratto.

Prassi inique da parte delle stazioni appaltanti. Si assiste, peraltro, a prassi gravemente inique adottate dalle stazioni appaltanti nei confronti delle imprese che realizzano lavori pubblici, quali richieste di ritardare l'emissione dei SAL o l'invio delle fatture, richieste di accettare in sede di contratto tempi di pagamento superiori ai 60 giorni oppure richieste di rinunciare agli interessi di mora in caso di ritardo.

Riduzione degli investimenti e reazione a catena. I ritardi nei pagamenti hanno conseguenze importanti sul funzionamento dell'economia in quanto le imprese, in mancanza di liquidità, si trovano costrette a ridurre investimenti e personale, nonché a ricorrere alla dilazione nei tempi di pagamento ai fornitori e ai subappaltatori, e talvolta addirittura a rinunciare alla partecipazione ad appalti pubblici (cfr. ANCE - I pagamenti della pubblica amministrazione in Italia).

Crisi d'impresa e fallimenti. Non è raro, inoltre, che il ritardo nel pagamento di un appalto di lavori che abbia comportato grossi investimenti – con tutto il rischio a carico dell'operatore economico – provochi crisi d'impresa e fallimenti. Con l'ulteriore effetto, ovviamente, di bloccare le esecuzioni in corso d'opera.

Il problema del cd. split payment. L'equilibrio finanziario delle imprese che operano nel settore è, poi, ulteriormente minacciato dallo *split payment*, entrato in vigore dal 1° gennaio 2015 e ad oggi prorogato fino al 2023. Tale misura pone a carico delle pubbliche amministrazioni il versamento dell'Iva relativa alle cessioni di beni e prestazioni di servizi effettuate nei confronti delle stesse, così producendo effetti deleteri sulle imprese di costruzioni: queste, infatti, acquistando beni e servizi con aliquote Iva più elevate di quelle applicate sui beni venduti, risultano già fisiologicamente a credito Iva.

Il meccanismo dello *split payment,* pertanto, incrementa notevolmente la posizione creditoria delle imprese nei confronti dell'erario, costringendole a lunghissime attese per ottenerne il rimborso che possono arrivare fino a due anni e mezzo e per le quali l'Italia è già incorsa in una procedura d'infrazione europea.

Peraltro, dal momento che è stata introdotta la fatturazione elettronica, non ha più ragione di esistere questo strumento che pertanto andrebbe rimosso.

V.6 Contenzioso e rimedi alternativi

Criticità applicative:

- Tempi lunghi e incerti per i contenziosi civili
- Gravi conseguenze per le imprese
- Contenzioso relativo alle varianti in corso d'opera
- Contenzioso relativo all'iscrizione di riserve
- Mancato utilizzo dei rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale

Problemi regolatori:

- Mancanza di misure idonee a ridurre la durata dei processi civili
- Mancato utilizzo dei rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale
- Mancato raccordo normativo tra Collegio Consultivo Tecnico e le norme del Codice.
-

Mancanza di misure idonee a ridurre la durata dei processi civili. Dai dati raccolti da alcune associazioni di categoria, risulta che la durata dei giudizi civili in tema di appalti di lavori è in media di 3 anni sia in primo che in secondo grado, a cui si aggiungono altri 3 anni per la pronuncia della Cassazione. Nei casi che esulano dalla competenza delle sezioni specializzate, in particolare quindi per gli appalti sotto soglia, il tempo medio è di 5 anni sia in primo che in secondo grado. Pertanto, per il contenzioso nella fase di esecuzione del contratto è indubbio che ancora permanga la necessità di misure idonee a ridurre la durata dei processi.

Gravi conseguenze per le imprese. I tempi con i quali i giudici ordinari accertano il dritto al riconoscimento di somme a favore delle imprese non sono compatibili con la sopravvivenza delle imprese stesse ed accelerano ulteriormente la crisi del settore.

Nel merito, il contenzioso relativo alla fase di esecuzione riguarda per lo più le varianti e l'iscrizione di riserve.

Contenzioso relativo alle varianti in corso d'opera. Come si è già detto, le modifiche preventivate nelle clausole del bando spesso mancano di chiarezza e, non risultando inequivocabili, provocano problemi interpretativi e contenziosi. Inoltre, la normativa prevede la possibilità che vengano apposte modifiche "non sostanziali", laddove, però, la nozione stessa di "sostanzialità" risulta ampiamente ambigua.

Contenzioso relativo all'iscrizione di riserve. Come si è detto, le riserve di cantiere incidono fortemente sul contenzioso relativo alla fase di esecuzione (per lo smaltimento delle cause pendenti relative alle riserve di cantiere il contenzioso ANAS, per esempio, è stimato in 10,5 miliardi di euro). L'iscrizione di riserve può rendersi necessaria per una serie di circostanze tra cui, spesso, vi è la scarsa qualità dei progetti e, più in generale, il cattivo esercizio dell'attività gestionale amministrativa e tecnica da parte delle stazioni appaltanti.

Dunque, al fine di ridurre il contenzioso in fase di esecuzione del contratto, bisognerebbe puntare, da un lato, su iniziative volte alla qualificazione delle stazioni appaltanti e al miglioramento della qualità dei progetti, dall'altro su strumenti di soluzione stragiudiziale delle controversie (cfr. Assonime - Rapporto "Politica delle infrastrutture e degli investimenti: come migliorare il contesto italiano").

Mancato utilizzo dei rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale. Per la risoluzione alternativa dei conflitti, il Codice prevede l'accordo bonario (art. 205); la transazione (art. 208); l'arbitrato (art. 209); il parere di precontenzioso dell'ANAC (art. 211). Tuttavia, si tratta di rimedi oggi scarsamente utilizzati. Si pensi, ad esempio, al rimedio dell'arbitrato che, come risulta dai dati contenuti nelle relazioni dell'ANAC dal 2014 in poi, stenta a decollare per diverse cause, quali i costi elevati anche degli arbitrati amministrati, un'insufficiente preparazione tecnico-giuridica specifica, carenze di garanzie di affidabilità degli arbitri sotto il profilo dell'indipendenza, carenza di poteri cautelari degli arbitri e assenza di rimedi alle statuizioni del lodo, se non nei limiti ristretti dell'art. 828 c.p.c.

Mancato raccordo normativo tra Collegio Consultivo Tecnico e le norme del Codice[25]. In un'ottica deflattiva del contenzioso, oggi gli operatori del settore ripongono molte speranze nel Collegio Consultivo Tecnico come ridefinito dall'art. 6 del Decreto Semplificazioni che prevede, fino al 31 dicembre 2021, presso ogni stazione appaltante la costituzione obbligatoria, per i casi di esecuzione di lavori di importo superiore alle soglie, e facoltativa, per gli appalti sotto soglia, del collegio consultivo tecnico con funzioni di assistenza per la rapida risoluzione delle controversie o delle dispute tecniche di ogni natura suscettibili di insorgere nel corso dell'esecuzione del contratto stesso. Bisogna, però, evidenziare che dalle interviste con importanti stazioni appaltanti eseguite ai fini di tale ricerca, sono emerse alcune perplessità circa il buon funzionamento del Collegio Consultivo Tecnico, in quanto questo può intervenire sulle opere già in corso, sovrapponendosi ad altri strumenti già previsti dall'ordinamento, rispetto alle quali non c'è stato un adeguato raccordo. Ad esempio, se il Collegio

[25] . box *18. Aggiornamenti normativi - Decreto semplificazioni bis*" a fine paragrafo.

Consultivo Tecnico ritiene che si debba far approvare una perizia di variante e la stazione appaltante non dispone dei fondi per la stessa, cosa accade? Non bisogna infatti dimenticare che il parere del Collegio è obbligatorio.

18. Aggiornamenti normativi - Decreto semplificazioni bis:

L'art. 51 co. 1 lett. e) del D. Semplificazioni bis ha prorogato sino al 30 giugno 2023 l'efficacia dell'art. 6 del D. Semplificazioni 76/2020 (L. 120/2020) che prevede il rimedio temporaneo del Collegio Consultivo Tecnico.

Precisa inoltre che le parti possono concordare che ciascuna di esse nomini uno o due componenti del collegio individuati anche tra il proprio personale dipendente ovvero tra persone ad esse legate da rapporti di lavoro autonomo o di collaborazione anche continuativa in possesso dei requisiti previsti.

Al fine in rafforzare il valore delle determinazioni assunte dal Collegio consultivo tecnico, nonché la loro efficacia conformativa, è stato modificato anche il comma 3 dell'art. 6 del D. Semplificazioni, stabilendo che laddove il provvedimento che definisce il giudizio corrisponda interamente al contenuto della determinazione del collegio consultivo, il giudice esclude la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice che non ha osservato la determinazione, riferibili al periodo successivo alla formulazione della stessa e la condanna al rimborso delle spese sostenute dalla parte soccombente relative allo stesso periodo, nonché al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di un'ulteriore somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto.

L'art. 51 del d.l. 77 2021 prevede infine l'inserimento nell'articolo 6 del nuovo comma 8- *bis.* In particolare, il comma 8-*bis* prevede che, con provvedimento del Ministro delle infrastrutture e della mobilità sostenibili, previo parere del Consiglio superiore dei lavori pubblici, sono approvate apposite Linee guida volte a definire 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, deflattivi e contenziosi esistenti. Infine, si stabilisce che con il medesimo decreto, è istituito presso il Consiglio superiore dei lavori pubblici, senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica, un Osservatorio permanente per assicurare il monitoraggio sull'attività dei collegi consultivi tecnici, al quale ciascun Presidente dei predetti collegi è tenuto a trasmettere gli atti di nomina e le determinazioni assunte dal collegio entro cinque giorni dall'adozione. Ai componenti dell'osservatorio non spettano indennità, gettoni di presenza, rimborsi spese o altri emolumenti comunque denominati.