IANUS
Diritto e Finanza
UNIVERSITÀ DI SIENA 1240
Quaderni
https://www.rivistaianus.it
ISSN: 1974-9805
Quaderni - 2020

# IL DIRITTO DEI CONTRATTI PUBBLICI NEL LABORATORIO DELL'EMERGENZA

Nicoletta Vettori

# IL DIRITTO DEI CONTRATTI PUBBLICI NEL LABORATORIO DELL'EMERGENZA

**Nicoletta Vettori**

*Ricercatrice di Diritto amministrativo,*
*Università degli Studi di Siena*

## 1. Premessa

L'emergenza che stiamo attraversando avrà effetti economici e sociali di portata sconosciuta[1] per affrontare i quali sarà indispensabile un cambiamento del ruolo dello Stato e delle amministrazioni pubbliche.

Già la crisi del 2008 aveva messo in discussione il paradigma liberale dello Stato regolatore, che deve limitarsi a svolgere un ruolo di arbitro dei rapporti tra soggetti privati operanti in un mercato aperto e concorrenziale, richiedendo che assumesse le vesti dello Stato salvatore[2].

La crisi che stiamo vivendo imporrà, in tempi più brevi di quanto non sarebbe stato possibile in condizioni ordinarie, uno Stato innovatore[3] tenuto a operare da attore protagonista di una 'ricostruzione' economica all'insegna di un nuovo modello di sviluppo. Tuttavia, perché ciò sia effettivamente possibile occorre che le amministrazioni pubbliche dispongano delle risorse e degli strumenti adeguati.

In questa prospettiva, particolare importanza assumono i contratti pubblici che le amministrazioni stanno utilizzando per l'acquisto delle forniture necessarie a far fronte all'emergenza sanitaria e ai cambiamenti che essa ha determinato nelle modalità di svolgimento di molte attività e servizi pubblici. Basti pensare alla necessità di dispositivi medici e di protezione individuale nelle strutture sanitarie, di piattaforme digitali e di servizi informatici a supporto della didattica a distanza nelle scuole e nelle università e dello *smart working* negli uffici amministrativi.

---

[1] V. le proiezioni del fondo internazionale https://www.imf.org/en/Publications/WEO/Issues/2020/04/14/weo-april-2020#Growth%20Projections%20Table

[2] G. NAPOLITANO, *Il nuovo Stato salvatore: strumenti di intervento e assetti istituzionali*, in *Giornale diritto amministrativo*, 11, 2008, pp. 1083 ss.

[3] M. MAZZUCATO, *Lo Stato innovatore*, Roma-Bari, 2018.

Nel medio periodo, inoltre, i contratti di lavori e di servizi potranno essere una fondamentale risorsa per la ripresa economica, se utilizzati come leve di politica economica e industriale.

Generalizzata è però la convinzione che nell'assetto vigente vi sono molti aspetti problematici che impediscono alla contrattualistica pubblica di operare come volano di crescita economica e di benessere sociale.

Il sistema normativo e regolatorio in materia di appalti è, da tempo, considerato causa di un sostanziale blocco degli investimenti pubblici. Per tali ragioni è stato oggetto di riforme (v. il D.lgs. 18 aprile 2019, n. 32, significativamente detto sblocca Cantieri) che promuovono il ricorso a istituti speciali per gli interventi infrastrutturali ritenuti prioritari[4].

Inoltre, anche non volendo considerare le deroghe introdotte con la disciplina emergenziale[5], è vero che a regimi derogatori si è fatto ricorso sempre più di frequente per la realizzazione di opere o la gestione di eventi di particolare rilevanza, seppur solo in alcuni casi con risultati soddisfacenti[6]. La tendenza alla 'normalizzazione' della soluzione eccezionale è un'evidente conferma che il sistema ordinario non è considerato adeguato.

In questo quadro la duplice consapevolezza dei limiti della disciplina normativa e del ruolo strategico che l'attività contrattuale dovrebbe svolgere nella fase della 'ricostruzione' post-emergenza, sono stati all'origine di un ampio dibattito dottrinale che ha messo in evidenza le molte criticità esistenti, invitando ad uno sforzo comune per l'elaborazione di possibili soluzioni. Da qui lo stimolo per queste riflessioni.

---

[4] V. l'art. 4 D.lgs. 18 aprile 2019, n. 32 *Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici.*

[5] In particolare le norme sull'acquisto di dispositivi sanitari: v l'ordinanza n. 630 del 3 febbraio 2020 del Capo Dipartimento della Protezione Civile che ha introdotto varie deroghe con riferimento agli acquisiti dispositivi di protezione individuali (DPI) e dispositivi medici necessari per fronteggiare l'emergenza (spec. art. 3); e gli l'art. 34 del d.l. 2 marzo 2020 n. 9 (*Misure urgenti di sostegno per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da Covid-19).* Inoltre, con il decreto-legge 17 marzo 2020 n. 18, c.d. decreto "Cura Italia" sono state dettate specifiche norme che autorizzano le p.a. ad utilizzare le procedure flessibili previste dal codice dei contratti (art. 72), norme derogatorie per l'acquisto di beni e servizi e per l'esecuzione di lavori in settori specifici (per l'acquisto di dispositivi informatici v. artt. 75 e 120; per l'esecuzione di lavori da parte di strutture penitenziarie v. art. 86; per forniture e servizi da parte delle aziende e strutture del SSN effettuati con fondi ricevuti da donazioni di persone fisiche o giuridiche, v. art. 99) e, più in generale, per l'attuazione delle misure di contenimento e contrasto dell'emergenza da parte del Commissario straordinario (art. 122). V. al riguardo il documento di ANAC del 22 aprile 2020 recante "*Ricognizione delle disposizioni acceleratorie e di semplificazione presenti nel codice dei contratti e nell'attuale quadro normativo, al fine di fornire indicazioni alle stazioni appaltanti per agevolare lo svolgimento delle procedure di affidamento" in www.anticorruzione.it.*

[6] V. ad es. il caso di Expo Milano 2015 (su cui cfr. A. PAVESI, *EXPO Milano 2015: un difficile percorso giuridico*, in www.giustamm., 8, 2015) e della ricostruzione del c.d. Ponte Morandi. Esiti meno soddisfacenti hanno invece dato le ricostruzioni delle aree terremotate del centro Italia.

## 2. Le criticità del sistema dei contratti pubblici

Il settore degli appalti pubblici vive da tempo una stagione di crisi che emerge dalla limitata capacità delle amministrazioni di progettare, di affidare e di portare ad esecuzione in tempi ragionevolmente brevi i contratti per la realizzazione di lavori, l'acquisto di beni e la gestione di servizi di rilevante importanza per la collettività.

Ciò determina un insufficiente utilizzo delle risorse pubbliche disponibili, aspetto che in un periodo di scarsità delle stesse si fa davvero problematico. È parso, dunque, doveroso chiedersi quali siano le cause di questa situazione.

In estrema sintesi, le ragioni individuate attengono al sistema delle regole, alla qualità dell'amministrazione, al regime delle responsabilità e al contenzioso giurisdizionale.

### 2.1. Le regole

Un primo ordine di problemi deriva dalla quantità e dalla qualità delle regole. Direttive europee, codice dei contratti pubblici e relativa normativa secondaria (*i.e.* le linee-guida ANAC a cui si affiancherà il regolamento di esecuzione ancora in fase di elaborazione) vanno a comporre un corpo normativo molto ampio e, sotto certi profili, sproporzionato poiché impone lo svolgimento di procedimenti lunghi e articolati anche per commesse di minor importo economico. Tale assetto è il risultato di più fattori concomitanti.

La giurisprudenza nazionale, già a partire dal testo del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, ha dato un'interpretazione estensiva di molti istituti finendo per imporre gravosi oneri procedurali per quasi tutti i contratti, anche diversi dagli appalti e dalle concessioni[7], a prescindere dal valore della gara. L'estrema formalizzazione del procedimento e la marginalizzazione delle procedure più flessibili, operate sul presupposto *favor* per la concorrenza, hanno ridotto la discrezionalità della stazione appaltante e mortificato le esigenze di rapidità ed efficacia delle gare[8].

D'altra parte, il legislatore nel recepire le direttive europee del 2014 ha violato il divieto di c.d. *gold plating*, ha cioè introdotto vincoli e limitazioni che la normativa europea non prevede. In questo modo, con il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 sono state praticamente equiparate le regole per i settori ordinari e quelle per i

[7] Mediante un'interpretazione estensiva dei principi di cui all'art. 4 d.lgs. 50/2016 (prima art. 27 d.lgs. 163/2006) sui contratti esclusi. Sul punto v. diffusamente F. Cintioli, *Per qualche gara in più*, Rubettino, 2020: «gli interpreti (giudici, dottrina, autorità indipendenti) hanno iniziato ad applicare questi principi generali agli altri contratti e preferito la strada dell'aumento degli oneri procedimentali, assumendo che non si trattasse di assicurare solo trasparenza (…) ma che si dovesse imporre un procedimento comparativo "completo". Sulla non estensione dei medesimi obblighi di gara (ma solo dei principi) ai contratti pubblici diversi dagli appalti v. Corte di Giustizia CE, sez. VI, 7 dicembre 2000, causa C-324 *Teleaustria Verlags GmbH*.

[8] Cfr. al riguardo F. Cintioli, *Per qualche gara in più*, cit.

settori speciali, si sono introdotti limiti in alcuni casi ritenuti illegittimi dalla stessa Corte di giustizia europea (basti pensare al caso del subappalto[9]), e si è reso, di fatto, impossibile il ricorso alle procedure più innovative[10].

Ciò ha determinato un effetto di ulteriore formalizzazione[11] che, peraltro, rende il 'mercato' dei contratti pubblici meno attraente per gli operatori degli altri Stati europei.

Alla normazione primaria si sono aggiunte le linee-guida ANAC che secondo alcuni[12], hanno rappresentato un fattore di incertezza per gli operatori in ragione della loro ambigua natura giuridica[13] e hanno contribuito all''irrigidimento' del sistema, aumentando i controlli preventivi di tipo formale.

Sebbene non si condividano le critiche al ruolo di ANAC che sta svolgendo una importante funzione a presidio della legalità, trasparenza e imparzialità delle amministrazioni (di cui nel nostro Paese c'è reale bisogno[14]), è però vero che la regolazione nel settore dei contratti non ha finora prestato particolare attenzione alla dimensione tecnica.

Quel che ne deriva è che la disciplina risulta molto dettagliata per quel che riguarda i profili giuridico-formali, mentre è insufficiente per la parte relativa alla normativa tecnica che sarebbe di ausilio nello svolgimento delle attività di progettazione delle opere, di programmazione e di organizzazione dei servizi, di predisposizione degli schemi di contratto e di controllo sull'esecuzione; attività dalle quali dipende la qualità delle prestazioni e dei lavori da assicurare ai cittadini.

---

[9] Dopo la lettera di costituzione in mora (infrazione 2018/2273) inviata dalla Commissione Europea il 24 gennaio 2019 che, tra le altre cose, contestava le norme riguardanti il subappalto, è intervenuta la sentenza della Corte di giustizia europea, 26 settembre 2019, causa C-63/18 che ha confermato che l'art. 105, co. 3, del D.Lgs. n. 50/2016 (c.d. *Codice dei contratti*) che limita il ricorso al subappalto nella misura fissa del 30% del valore dell'appalto viola la direttiva 2014/24/UE nella misura in cui pone un divieto generale che si applica indipendentemente dal settore economico interessato dall'appalto di cui trattasi, dalla natura dei lavori o dall'identità dei subappaltatori e non lascia alcuno spazio a una valutazione caso per caso da parte dell'ente aggiu dicatore".

[10] In questi termini v. L. TORCHIA, *Tre priorità per una nuova disciplina degli appalti pubblici (e una postilla)*, 24 aprile 2020, v. https://www.irpa.eu/tre-priorita-per-una-nuova-disciplina-degli-appalti-pubblici-e-una-postilla

[11] Esemplare è la norma (art. 36 d.lgs. 50/2018) sulle procedure da seguire per i contratti sotto-soglia in cui viene (ossessivamente) indicato il numero degli operatori che devono essere invitati alla gara in relazione al crescente valore del contratto da stipulare.

[12] Cfr. M DEL SIGNORE, M. RAMAJOLI, *La prevenzione della corruzione e l'illusione di un'amministrazione senza macchia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2019, p. 61 ss.

[13] G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'ANAC: comandi o consigli?*, in *Diritto Amministrativo*, 2016, fasc. 3, 275 ss.

[14] Come dimostrano i fatti di cronaca. È notizia di questi giorni l'inchiesta sugli appalti in Siciliahttps://palermo.repubblica.it/cronaca/2020/05/21/news/palermo_arrestato_per_corruzione_il_manager_anti-tangenti_la_mazzetta_del_5_per_gli_appalti_della_sanita_10_arresti-257206677/. E di meno di un anno fa la vicenda della sanità umbra, v. https://www.quotidianosanita.it/regioni-e-asl/articolo.php?articolo_id=73719

Non si può non considerare, inoltre, che all'ampiezza della disciplina si aggiunge una scarsa qualità dei testi normativi. Le regole sono di difficile applicazione non solo perché attengono a profili tecnici che presentano un certo livello di complessità, ma anche perché sono elaborate secondo il meccanismo delle c.d. "scatole cinesi": la norma che rinvia all'altra norma, il comma che rinvia all'altro comma. Alla complessità della materia si aggiunge, dunque, un alto tasso di *complicazione* dovuto a tecniche di normazione ormai radicate nel nostro ordinamento, come anche la disciplina alluvionale dell'emergenza sta dimostrando.

Infine, il sistema normativo si caratterizza per un elevato grado di instabilità.

Negli ultimi anni il legislatore ha operato molte riforme che da un lato, hanno impedito agli operatori di consolidare le prassi applicative; dall'altro lato, hanno reso inevitabilmente mutevole anche l'interpretazione e impedito che la giurisprudenza potesse svolgere la funzione nomofilattica che le compete.

### 2.2. L'amministrazione

Le criticità del settore degli appalti, come di altri comparti dell'attività amministrativa, non dipendono però solo dalle regole. Un peso determinante assumono anche alcuni elementi intrinseci al sistema amministrativo.

Sullo sfondo vi è il problema del pluralismo istituzionale e dell'assenza di efficaci strumenti di coordinamento[15] il quale deriva, o comunque si lega, alla mancanza di un'adeguata cultura della leale collaborazione. Durante l'emergenza la questione è emersa con evidenza nel rapporto tra lo Stato, le Regioni e gli enti locali, ma nel settore degli appalti pubblici si pone ordinariamente a causa della pluralità dei soggetti che a vario titolo devono intervenire nell'*iter* autorizzatorio precedente all'avvio di una gara.

La "frammentazione" delle competenze e la difficoltà di individuare le sedi di composizione dei conflitti incidono sulla durata dei procedimenti e aumentano il rischio di contenzioso.

A ciò si aggiunge un problema di qualità del personale. Gli uffici pubblici di molte amministrazioni pubbliche, soprattutto negli enti locali, sono spesso sotto-dimensionati e non sempre caratterizzati dalla inter-disciplinarietà che sarebbe necessaria per affrontare la molteplicità dei compiti loro affidati nonché per fronteggiare i rapidi cambiamenti nelle modalità di svolgimento dell'azione amministrativa (*in primis* quelli connessi all'innovazione digitale).

La questione, anche in questo caso, ha varie cause tra loro concomitanti.

[15] Lo dimostra se non altro l'inefficacia, nonostante le ripetute riforme, dell'istituto della conferenza dei servizi prevista dall'art. 14 l. 7 agosto 1990, n. 241 e più in generale degli istituti di semplificazione procedimentale.

In primo luogo i tagli di spesa e il costante sotto-finanziamento in cui si trovano ad operare le pubbliche amministrazioni, ormai da più di un decennio, hanno determinato scarsi investimenti in reclutamento e in formazione del personale.

Inoltre ha influito in maniera significativa la 'cultura delle esternalizzazioni' a causa della quale l'amministrazione, nel passaggio "dall'approccio del fare all'approccio del far fare", ha progressivamente perso parte delle sue capacità tecniche.

Si è assistito così ad un graduale 'svuotamento' dei corpi tecnici[16], che con riferimento ai contratti, implica la mancanza delle adeguate competenze all'interno delle stazioni appaltanti. Com'è stato osservato, infatti, «per una buona politica di acquisti pubblici non bastano i giuristi, gli economisti e i contabili, ma occorrono, a seconda dei casi e a volte contestualmente, ingegneri, architetti, medici, biologi, fisici, matematici, informatici, *data scientists*»[17].

La mancanza di professionalità adeguate produce almeno tre conseguenze: a) finisce per incrementare l'attenzione prestata in sede di gara alla legalità formale, su cui del resto si concentra il sistema dei controlli e rispetto ai quali i funzionari possono avvalersi del supporto di autorevoli sedi di consulenza istituzionale (*i.e.* ANAC); b) rende le amministrazioni meno capaci di valutare la qualità dei beni e dei servizi esternalizzati nonché di utilizzare il contratto come strumento con cui indirizzare l'attività del privato affidatario verso il rispetto di certi valori e interessi (di natura sociale, ambientale..) che devono essere rispettati anche se l'attività è esternalizzata; c) rende spesso insufficiente e inadeguata la vigilanza nella fase di esecuzione.

In altre parole, le amministrazioni si trovano spesso ad essere i contraenti deboli del rapporto e delegano interamente al privato la realizzazione e la manutenzione dell'opera o la gestione del servizio, con il rischio di perdere il controllo sul bene oggetto del contratto e, quindi, la capacità di soddisfare i bisogni e i diritti dei destinatari finali.

### 2.3. Il regime delle responsabilità del funzionario

Tra le cause dell'inefficienza dell'azione amministrativa nel settore degli appalti viene generalmente richiamato anche il regime di responsabilità amministrativa e penale del funzionario.

Sotto il primo profilo, è pressoché unanime in dottrina la considerazione per cui la disciplina della responsabilità amministrativa sia una delle principali cause

[16] Cfr., tra gli altri, G. MELIS, *Corpi tecnici e amministrazione nell'Italia di ieri e di oggi*, in *Rivista giuridica del mezzogiorno*, 2, 2019, p. 291 ss; A. ZUCARO, *La crisi dei Corpi Tecnici delle P.A. nel quadro della crisi delle politiche pubbliche*, *ivi*, p. 303 ss; F. MERLONI, *Le attività conoscitive e tecniche delle pubbliche amministrazioni. Profili organizzativi*, in *Diritto pubblico*, 2, 2013, p. 481 ss.

[17] In questi termini v. L. TORCHIA, *Tre priorità per una nuova disciplina degli appalti pubblici (e una postilla),*

della c.d. "burocrazia difensiva" (o c.d. "timore della firma")[18]. In particolare, l'interpretazione estensiva e largamente ondivaga che la Corte dei conti dà della nozione di 'colpa grave', produce un effetto di *over deterrence* con conseguente inerzia nelle decisioni e ritardi nell'attività amministrativa, *ivi* compresa quella contrattuale[19].

Non è un caso che le norme di disciplina dei poteri del Commissario straordinario per l'attuazione delle misure di contenimento e di contrasto dell'emergenza abbiano previsto una specifica limitazione della responsabilità ai casi di dolo, salutata con favore dagli operatori[20].

Nello stesso senso concorrono anche le incertezze interpretative della magistratura penale[21], il cui possibile intervento è causa di ulteriore timore per il dirigente pubblico e, di conseguenza, di ulteriori inerzie.

### 2.4. Il contenzioso

In questo quadro, già particolarmente complicato, si aggiungono gli effetti del contenzioso amministrativo.

Il progressivo aumento dei vincoli procedimentali, unitamente alla concezione sostanziale dell'interesse legittimo come interesse al bene finale, hanno fatto acquisire giuridica rilevanza a una pluralità di interessi dei soggetti partecipanti alla gara (la *chance* di partecipare, la parità di trattamento tra concorrenti, la *chance* di vincere), così incrementando il contenzioso relativo alla fase delle esclusioni che spesso si concentra su aspetti meramente formali (*in primis* i requisiti ex art. 80 codice contratti)[22]. Più in generale, l'ampiezza della disciplina e le frequenti riforme generano contenzioso e richiedono il continuo intervento degli interpreti.

Il problema è che l'illegittimità della procedura di affidamento può incidere sull'efficacia del contratto. L'eventuale annullamento dell'aggiudicazione per illegittimità della procedura di gara, infatti, può comportare la dichiarazione di inefficacia di un contratto già stipulato e in corso di esecuzione, con conseguente interruzione nella gestione del servizio o nell'esecuzione dei lavori.

---

[18] Cfr. gli interventi di A. Pajno, A. Travi e E. Bruti Liberati al webinar *Ripresa economica e riforma dei contratti pubblici: quali problemi per quali soluzioni?*, organizzato da Luiss School of Law, il 30 aprile 2020; M. CLARICH, *Nell'agenda del governo entri subito la "questione amministrativa"*, in *www.milanofinanza.it*

[19] Crf. L. TORCHIA *Dall'amministrazione dell'emergenza all'amministrazione della ricostruzione: responsabilità, controlli e tempestività*, 1 aprile 2020, in https://www.irpa.eu.

[20] V. art. 122, co. 8, d.l. 17 marzo 2020, n. 18.

[21] Cfr. B. TONOLETTI, *L'amministrazione pubblica sperduta nel labirinto della giustizia penale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2019, p. 77 ss; G. D. COMPORTI, E. MORLINO, *La difficile convivenza tra azione penale e funzione amministrativa*, *ivi*, p. 129 ss.

[22] Cfr. ad esempio la questione delle esclusioni per omesse dichiarazioni su cui v., da ultimo, Cons. St., sez. V, 12 maggio 2020, n. 2976; Cons. St., sez. V, 9 aprile 2020, n. 2332 che ha rimesso la questione all'Adunanza plenaria.

Per tali ragioni, spesso le amministrazioni ritardano la conclusione della gara o 'sospendono' la stipula del contratto fino alla conclusione del secondo grado del giudizio di merito, causando ulteriori ritardi e inefficienze nella realizzazione delle opere e dei servizi con pregiudizio degli interessi dei destinatari finali e della collettività nel suo complesso.

## 3. Le principali soluzioni proposte dalla dottrina

La presa d'atto di queste criticità ha portato la dottrina a elaborare alcune proposte per possibili soluzioni in vista della fase della ricostruzione economica post-emergenza.

In particolare, se vi è concordia nel sostenere la necessità di una riforma del regime della responsabilità amministrativa, per gli altri profili le opinioni si dividono. Alcuni Autori ritengono innanzitutto necessaria la semplificazione della disciplina sostanziale e, in alcuni casi, anche giurisdizionale, mentre altri Autori ritengono più urgente un intervento teso a aumentare e valorizzare la qualità delle amministrazioni.

Una prima proposta avanzata in chiave 'semplificatoria' è quella di sospendere l'applicazione del codice dei contratti pubblici e, nell'attesa di una sua riforma, procedere con l'applicazione diretta delle direttive comunitarie, soluzione che permetterebbe di eliminare le regole in eccesso (il c.d. *gold plating*) e di assicurare alle amministrazioni e alle imprese italiane parità di trattamento rispetto agli operatori degli atri Paesi europei[23].

Da altre parti si propone invece di adottare una disciplina derogatoria *ad hoc* che preveda massima semplificazione delle procedure mediante una gestione commissariale, analogamente a quanto previsto per la ricostruzione del c.d. Ponte Morandi[24].

Più articolata è, infine, la soluzione avanzata da alcuni studiosi che propongono di prevedere una disciplina transitoria della durata di 18-24 mesi, destinata ad applicarsi alle procedure di gara per l'affidamento di contratti che siano state avviate in quel periodo di tempo[25].

La disciplina dovrebbe sostanzialmente basarsi su quattro misure di semplificazione: 1) sospendere, nel periodo dato, l'applicazione delle fonti secondarie (linee-guida ANAC e regolamento); 2) consentire/imporre alle p.a. di applicare le procedure più semplici e flessibili previste dal d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (in particolare le procedure negoziate con pubblicazione del bando per i

[23] G. Tria, nell'intervento al webinar "*Contratti pubblici: una via per semplificare*" organizzato dalla Fondazione CESIFIN, l'8 maggio 2020.

[24] D.L. 28 settembre 2018, n. 109 coordinato con le modifiche introdotte dalla Legge di conversione n. 16 novembre 2018, n. 130.

[25] V. l'intervento su *Il Foglio* del 2 aprile 2020 "*Semplificare la disciplina degli appalti pubblici si può. Meglio agire subito*" a firma di G. Della Cananea, M. Dugato, A. Police, M. Renna.

contratti sopra-soglia e senza pubblicazione di bando per i contratti sotto-soglia); 3) ridurre i tempi dei controlli preventivi svolti dalla Corte dei conti, stabilendo altresì che l'esito positivo degli stessi precluda il ricorso al giudice amministrativo per i profili già vagliati dalla Corte; 4) generalizzare l' ambito di applicazione di una norma del codice del processo amministrativo (art. 125) che limita la tutela giurisdizionale di chi contesta la legittimità della procedura di gara al solo risarcimento del danno per equivalente, prevedendo che "*la sospensione o l'annullamento dell'affidamento non comporta la caducazione del contratto già stipulato*"[26].

Secondo un'altra parte della dottrina un cambiamento delle regole sostanziali potrebbe generare ulteriori incertezze e disorientare gli operatori pratici; mentre un'eventuale riforma della disciplina processuale che escludesse la tutela costitutiva sarebbe di dubbia legittimità costituzionale [27]. Peraltro – si osserva – la limitazione della tutela giurisdizionale non servirebbe a ridurre le criticità del settore le quali non dipendono tanto dal contenzioso quanto da inefficienze e inerzie delle amministrazioni che, in genere, si verificano in una fase successiva all'affidamento, ovvero nella fase dell'esecuzione del contratto[28].

In questa prospettiva, dunque, si ritiene che gli interventi di riforma dovrebbero essere concentrati per migliorare la qualità dell'azione amministrativa, operando almeno in tre direzioni. Sotto un primo profilo, si propone di ridurre il numero delle stazioni appaltanti e di investire nella loro competenza professionale mediante un piano di assunzioni mirato volto a ricostituire adeguati 'apparati tecnici'[29].

Sotto un altro profilo, si suggerisce di riformare il regime della responsabilità amministrativa, tipizzando i casi di responsabilità contabile, rafforzando il carattere eccezionale della "gravità" della colpa[30] ovvero riducendola ai casi di dolo[31] e ammettendo idonee forme di assicurazione a tutela dei funzionari.

Infine, si prospetta l'opportunità di ripensare il sistema di vigilanza sui contratti pubblici dando maggiore spazio alla regolazione tecnica, anche mediante l'istituzione di un'apposita Autorità, e aumentando i controlli *ex post* in fase di esecuzione del contratto[32].

---

[26] Art. 125 c.p.a. Per una proposta analoga sul piano della tutela processuale cfr. F. Cintioli, *Per qualche gara in più*, cit.

[27] G. Corso, F. Francario, G. Greco, M.A. Sandulli, A. Travi, *In difesa di una tutela piena nei confronti della pubblica amministrazione* in *www.giustizia-amministrativa.it* .

[28] L. Torchia, *Tre priorità per una nuova disciplina degli appalti pubblici (e una postilla),* cit.

[29] Cfr. "*Dico no al modello Genova per la ricostruzione". Intervista a Francesco Merloni (Anac)* https://www.huffingtonpost.it/entry/dico-no-al-modello-genova-per-la-ricostruzione_it_5e900d14c5b6b371812e7013

[30] F. Cintioli, *Per qualche gara in più*, cit.,

[31] L. Torchia, *Dall'amministrazione dell'emergenza all'amministrazione della ricostruzione: responsabilità, controlli e tempestività*, cit.

[32] L. Torchia, *Tre priorità per una nuova disciplina degli appalti pubblici (e una postilla)* cit.

## 4. L'emergenza come laboratorio

L'ampio e acceso dibattito che si è sviluppato è una naturale conseguenza del tempo che stiamo vivendo. Come è stato osservato le emergenze sono un irresistibile fattore di «accelerazione dei processi storici»: esasperano i problemi preesistenti impedendo che possano essere elusi[33] e portano all'elaborazione di soluzioni in tempi molto più brevi di quelli che sarebbero necessari in condizioni normali.

Tutto ciò può essere rischioso se le decisioni vengono prese frettolosamente e senza adeguate ponderazioni, sotto la 'pressione' dell'urgenza. Può invece essere estremamente proficuo se si utilizza la crisi come momento utile per individuare con chiarezza gli elementi importanti che devono essere rafforzati, separandoli[34] dagli elementi superflui, o addirittura negativi, che occorre eliminare o modificare.

Sebbene questa non possa essere la sede per affrontare nel dettaglio questioni tanto complesse e articolate, la convinzione è che sarebbe necessario intervenire tanto sulle regole quanto sul sistema amministrativo.

Tuttavia, il tipo di trasformazioni auspicabili richiede di cominciare dall'investire sulla qualità dell'amministrazione. Innanzitutto perché non mancano istituti di semplificazione, è mancata semmai la sperimentazione in concreto della loro efficacia e utilità; ma anche perché il tipo di disciplina normativa che sarebbe opportuna e le finalità che con essa devono essere perseguite richiedono un'amministrazione qualificata e capace di esercitare correttamente i margini di discrezionalità che l'ordinamento le attribuisce.

### 4.1. Iniziare dall'essenziale: investire sulla qualità dell'amministrazione

Il vigente sistema normativo prevede già procedure flessibili[35] e istituti che consento di ridurre i tempi delle procedure[36]; il problema è che le amministrazioni ne fanno scarso uso poiché sono stati finora interpretati come misure eccezionali da

[33] Yuval Noah Harari, *The world after coronavirus*: «Many short-term emergency measures will become a fixture of life. That is the nature of emergencies. They fast-forward historical processes. Decisions that innormal times could take years of deliberation are passed in a matter of hours. Immature and even dangerous technologies are pressed into service, because the risks of doing nothing are bigger. Entire countries serve as guinea-pigs in large-scale social experiments», v. https://www.ft.com/content/19d90308-6858-11ea-a3c9-1fe6fedcca75.

[34] V. il significato etimologico di *crisi*: da lat. *Crisis,* dal gr. *Krisis "scelta, decisione"* che tiene a Krinò *separo*, "*momento che separa una maniera di essere o una serie di fenomeni da altra differente*". V. https://www.etimo.it.

[35] Cfr. art. 62, procedura competitiva con negoziazione, art. 63 procedura negoziata senza pubblicazione di un bando di gara, art. 64 il dialogo competitivo del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 150.

[36] Cfr. l'art. 44 sulla digitalizzazione delle procedure, cfr. art. 60, co. 3 e art. 61, co.6 d.lgs. 50/2016 per la riduzione dei termini delle procedure aperte o ristrette.

applicare in via residuale, in quanto limitative dei principi di imparzialità, non discriminazione e di concorrenzialità che devono ispirare il settore.

Non si può non considerare, tuttavia, che tali principi devono essere bilanciati con un altro principio altrettanto rilevante in materia[37], quello del buon andamento, e in particolare con il sub-criterio dell'efficacia che impone di considerare la «relazione tra obiettivi e risultati» e di valutare «la congruità tra i prodotti dell'azione e i fini stabiliti, in termini di interessi e di bisogni soddisfatti».[38]

A ciò si aggiunge che la situazione che stiamo vivendo, e quella che ci aspetta nei prossimi mesi (se non anni), hanno il carattere straordinario che giustifica anche l'applicazione di regole di carattere residuale.

Nell'immediatezza, dunque, non sembra necessario introdurre discipline *ad hoc* di carattere transitorio, che andrebbero ad aumentare ancora la normativa e potrebbero porre ulteriori questioni interpretative e di diritto inter-temporale. Quel che serve è che le amministrazioni siano consapevoli della piena legittimità del ricorso alle procedure flessibili e, se del caso, indirizzate e supportate dagli interpreti in tali scelte.

In questo senso sono da salutare con favore le indicazioni elaborate dalla Commissione Europea e da ANAC per indirizzare le stazioni appaltanti nell'utilizzo degli istituti di semplificazione previsti dalla disciplina.

La Commissione Europea, con una specifica comunicazione[39], ha fornito indicazioni sulle opzioni e sui margini di manovra lasciati dal diritto europeo per l'acquisto di beni e servizi mediante procedure accelerate o semplificate, ovvero mediante il ricorso diretto al mercato da parte degli acquirenti pubblici.

Con il medesimo obiettivo ANAC ha elaborato un documento di ricognizione delle norme vigenti che consentono delle semplificazioni procedimentali e un *vademecum* di facile consultazione[40]; in più con un comunicato del Presidente, si è resa disponibile a incrementare l'attività di vigilanza collaborativa nei confronti delle stazioni appaltanti[41].

Tali iniziative dimostrano, dunque, che l'ordinamento prevede già degli istituti che consentono di coniugare le esigenze di trasparenza e buon andamento dell'azione amministrativa con quelle di celerità e flessibilità nella stipulazione dei contratti.

---

[37] Cfr. L'art. 30 d.lgs. 18 aprile 2016, n.50 e già prima la disciplina sugli affidamenti contenuta nella disciplina di contabilità pubblica r.d. 8 novembre 1923, n. 2440 e dal regolamento r.d. 23 maggio 1924, n. 827.

[38] Cfr. A. MASSERA, *I criteri di economicità, efficacia ed efficienza*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, pp. 43 ss (spec. pp. 49, 58).

[39] Comunicazione del 1 aprile 2020, recante "*Orientamenti della Commissione Europea sull'utilizzo del quadro in materia di appalti pubblici nella situazione di emergenza connessa alla crisi del Covid-19*" in

[40] V. al riguardo il doc. ANAC del 22 aprile 2020 recante "*Ricognizione delle disposizioni acceleratorie e di semplificazione presenti nel codice dei contratti e nell'attuale quadro normativo, al fine di fornire indicazioni alle stazioni appaltanti per agevolare lo svolgimento delle procedure di affidamento*, in www.anticorruzione.it

[41] Comunicato del Presidente ANAC del 1 aprile 2020 *Attività di vigilanza collaborativa nella attuale fase emergenziale* in www.anticorruzione.it

Peraltro, utilizzare l'emergenza (e la crisi che seguirà) come laboratorio per sperimentare l'applicazione delle misure di semplificazione in piena trasparenza[42], potrebbe essere utile per verificarne vantaggi e criticità ed eventualmente per valutare se determinati aspetti meritano di essere estesi anche alle procedure aperte e ristrette[43].

Allo stesso modo, sul piano processuale, non sembrano mancare nel codice del processo amministrativo norme che consentono al giudice davanti al quale sia impugnata l'aggiudicazione di non dichiarare l'inefficacia del contratto, limitando la tutela del ricorrente alla sola forma risarcitoria, qualora lo richiedano ragioni di preminente interesse pubblico[44]. Del resto, che la tutela costitutiva possa essere esclusa qualora sia di pregiudizio all'economia nazionale, è un principio presente (da tempo) nell'ordinamento[45], ma è coerente con il quadro normativo e costituzionale che si tratti di una eventualità eccezionale della quale spetta al giudice verificare i presupposti.

Sotto un altro profilo, va considerato che investire sull'amministrazione è un passaggio preliminare necessario anche in vista di un sostanziale miglioramento nella qualità delle regole. Infatti, il modello di regolazione auspicabile, fatto di una disciplina quanto più possibile sintetica e flessibile, richiede un'amministrazione competente e quindi capace di esercitare al meglio la discrezionalità.

Non è un caso che nel sistema attuale spesso siano gli stessi funzionari amministrativi a pretendere chiarimenti interpretativi e puntuali indicazioni applicative, mediante circolari e linee-guida, perché le norme precise riducono la discrezionalità e dunque la responsabilità[46].

È, dunque, fondamentale tornare a investire sulla qualità del personale[47], sulle modalità di reclutamento e di formazione al fine di implementare le competenze,

---

[42] Mette in evidenza l'importanza di assicurare la massima trasparenza nell'applicazione delle regole derogatorie in materia di appalti E. CARLONI, *La trasparenza come risposta all'emergenza*, in *www.anticorruzione.it* , sezione Rapporti e studi – anticorruzione e trasparenza.

[43] Si pensi, ad esempio, all'autocertificazione dei requisiti da parte dei partecipanti che solleva la stazione appaltante dalle molteplici verifiche sul possesso dei requisiti in fase di ammissione, consentendole di svolgere le dovute verifiche solo nei confronti dell'aggiudicatario.

[44] Il riferimento è agli artt. 121, co. 2, 122-125 c.p.a.

[45] Art.2933, co 2, c.c. "*Non può essere ordinata la distruzione della cosa e l'avente diritto può conseguire solo il risarcimento dei danni, se la distruzione della cosa è di pregiudizio all'economia nazionale*".

[46] Cfr. M. Clarich nell'intervento al webinar *Poteri del giudice amministrativo ed efficienza delle pubbliche amministrazioni in materia di appalti,* organizzato da AIPDA il 29 aprile 2020 ha osservato che nell'ambito della esperienza di membro della commissione per la redazione del regolamento di attuazione del codice dei contratti pubblici sta verificando che la richiesta di normazione dettagliata e analitica proviene sia delle amministrazioni che dalle imprese. Le p.a. vogliono norme puntuali e analitiche che riducano la discrezionalità, e quindi il rischio di responsabilità, le imprese vogliono norme precise e chiare perché non hanno fiducia nella capacità amministrativa delle stazioni appaltanti.

[47] V. in questo senso *Anac e contratti pubblici tante proposte, poca concretezza* Lettera aperta del Presidente Merloni del 9 aprile 2020, reperibile su sito istituzionale dell'Autorità

innanzitutto digitali e tecniche. Sarebbe altresì necessario portare a termine il processo di razionalizzazione delle stazioni appaltanti, così da prevedere con chiarezza quale tipologia di contratti possono affidare autonomamente e per quali tipologie (caratterizzate da maggiore complessità) devono ricorrere a centrali di committenza centralizzate.

In questo modo lo Stato, e più in generale gli enti pubblici, potranno sia riprendere a contrattare in posizione di reale parità con gli operatori economici privati, anche internazionali, sia esercitare un miglior controllo sulla successiva fase di esecuzione dei contratti.

### 4.2. Rendere urgente l'importante: appalti pubblici e obiettivi di innovazione e di sviluppo sostenibile

Una strategia che metta al centro la valorizzazione della capacità amministrativa pare essenziale anche per portare avanti il processo di 'apertura' della disciplina di settore alla tutela di interessi pubblici sensibili.

La direttiva 2014/24/UE, anticipata dal Libro verde della Commissione sulla modernizzazione degli appalti pubblici, ha infatti rafforzato la rilevanza degli aspetti digitali, sociali e ambientali nella disciplina delle aggiudicazioni, con l'intento di indurre i committenti pubblici ad utilizzare la contrattazione per il perseguimento di obiettivi sociali comuni: la tutela dell'ambiente, una maggiore efficienza energetica in chiave di contrasto ai cambiamenti climatici, l'incentivo all'innovazione tecnologica e digitale, la promozione dell'inclusione sociale e la garanzia delle migliori condizioni possibili per la fornitura di servizi di elevata qualità[48].

L'apertura verso questi obiettivi è stata codificata nell'art. 4 del d.lgs. 50/2016, che tra i principi relativi ai contratti esclusi menziona anche "*la tutela dell'ambiente e l'efficienza energetica*", e nell'art. 30 che nel richiamare i principi generali in materia di affidamento ed esecuzione dei contratti, prevede che "*Il principio di economicità può essere subordinato (..) ai criteri, previsti nel bando, ispirati a esigenze sociali, nonchè alla tutela della salute, dell'ambiente, del patrimonio culturale e alla promozione dello sviluppo sostenibile, anche dal punto di vista energetico*".

Si tratta di una prospettiva ancora poco considerata dalle amministrazioni, ma già giuridicamente rilevante e la cui importanza è accentuata dall'attuale emergenza, che potrebbe avere nella crisi climatica una delle sue possibili cause[49] e che senz'altro avrà come conseguenza un aumento delle disuguaglianze sociali.

La convinzione, dunque, è che le amministrazioni dovrebbero essere meglio finanziate, formate e indirizzate non solo per svolgere più rapidamente le procedure di affidamento e così 'iniettare' risorse nel "mercato della

(www.anticorruzione.it)

[48] Commissione UE COM(2011) 15 def. p. 6.

[49] In questo senso v. il messaggio, del segretario generale dell'ONU, António Guterrez, che richiama dati sul legame diretto fra biodiversità, cambiamenti climatici e pandemia: https://www.un.org/en/observances/earth-day.

ricostruzione"; ma anche e soprattutto per utilizzare i contratti come leva di politica industriale[50], per orientare la crescita e la ripresa economica verso determinate finalità di innovazione tecnologica[51], di tutela ambientale, di tutela del lavoro e delle esigenze di inclusione sociale, se del caso imponendo (in via contrattuale) agli operatori privati il rispetto di tali interessi.

In questo modo, anche la cultura delle esternalizzazioni potrebbe essere ripensata in termini socialmente sostenibili[52].

In altre parole sarebbe miope una strategia che puntasse solo a risolvere il problema di garantire una rapida aggiudicazione dei contratti, rinunciando a proseguire il processo riformatore già avviato e a confrontarsi con le "lezioni" che ha dato la pandemia in termini di inadeguatezza del modello di sviluppo.

Una maggiore attenzione alla "logica di risultato" [53] presuppone cioè che il "risultato" da perseguire con la disciplina e con l'affidamento dei contratti pubblici non trascuri le coordinate assiologiche già delineate dall'ordinamento giuridico, a livello nazionale ed europeo.

*(08-06-2020)*

[50] M. RACCA, *La contrattazione pubblica come strumento di politica industriale*, in C. MARZUOLI, S. TORRICELLI (a cura di), *La dimensione sociale della contrattazione pubblica. Disciplina dei contratti ed esternalizzazioni sostenibili*, Editoriale scientifica, 2017, p. 171 ss.

[51] Significativo in tal senso un passaggio della Comunicazione della Commissione europea "*Orientamenti della Commissione Europea sull'utilizzo del quadro in materia di appalti pubblici nella situazione di emergenza connessa alla crisi del Covid-19*" del 1 aprile 2020, ove si afferma: "*Per soddisfare le loro esigenze, è possibile che gli acquirenti pubblici debbano cercare soluzioni alternative e possibilmente innovative, che potrebbero già essere disponibili sul mercato o potenzialmente fruibili in tempi (molto) rapidi. (…). L'interazione con il mercato può offrire buone opportunità per tenere conto anche di aspetti strategici degli appalti pubblici, laddove nel processo di appalto siano integrate prescrizioni ambientali, sociali e di innovazione, compresa l'accessibilità ai servizi acquistati*".

[52] Per questa prospettiva cfr. i contributi raccolti in C. MARZUOLI - S. TORRICELLI (a cura di), *La dimensione sociale della contrattazione pubblica. Disciplina dei contratti ed esternalizzazioni sostenibili*, Editoriale scientifica, Napoli, 2017.

[53] Nel dibattito dottrinale si contrappongono una logica di legalità (iper-regolazione, iper-controllo di ANAC e della Corte dei conti) che sarebbe causa di inefficienze, ad una logica di risultato (*i.e.* meno regole, procedure semplificate, riduzione dei controlli) che dovrebbe riportare gli sforzi dell'amministrazione e l'attenzione degli interpreti sulla necessità di raggiungere gli obiettivi in modo efficiente e in termini rapidi.