

Esame e commento degli articoli del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76 «Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale» in tema di contratti pubblici, trasparenza e anticorruzione.

Premessa

Il decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76 «*Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale*» reca, nel Titolo I, Capo I (*Semplificazioni in materia di contratti pubblici*), alcune rilevanti novità in materia di contratti pubblici, finalizzate ad incentivare gli investimenti pubblici nel settore delle infrastrutture e dei servizi pubblici, nonché a fronteggiare le ricadute economiche negative a seguito delle misure di contenimento e dell'emergenza sanitaria globale del COVID-19; lo stesso interviene - anche se in maniera più limitata - in materia di misure di prevenzione della corruzione e applicazione del principio di trasparenza. A tal riguardo si osserva che l'Autorità Nazionale Anticorruzione (di seguito "ANAC") aveva già presentato, in considerazione della fase emergenziale in atto, alcune proposte di modifica della normativa di settore e, in particolare, del Codice finalizzate ad imprimere una accelerazione nelle procedure di affidamento degli appalti di lavori, servizi e forniture, senza però compromettere l'impianto complessivo della materia che essendo, com'è noto, di derivazione europea impone una particolare attenzione.

Le proposte presentate dall'ANAC - senza creare meccanismi derogatori del Codice - miravano a valorizzare l'autonomia e la responsabilità delle stazioni appaltanti mediante interventi funzionali ad aumentare il contingente di personale e le risorse finanziarie destinate agli investimenti per la digitalizzazione delle strutture. Tale impostazione prendeva le mosse dalla consapevolezza che la contrattualistica pubblica è materia disciplinata *in primis* dalle direttive europee e nelle parti in cui le stesse non siano self-executing la disciplina della materia è rimessa all'ordinamento nazionale. Pertanto, considerata la vigenza del Codice dei contratti (d.lg. n. 50/2016) l'Autorità aveva ritenuto opportuno evitare di adottare la tecnica delle deroghe al Codice per scongiurare possibili violazioni del diritto euro-unitario. Inoltre, con il Documento illustrativo e il Vademecum (pubblicati in data 9.4.2020) l'ANAC aveva inteso chiarire come siano ordinariamente a disposizione delle stazioni appaltanti - in quanto contenute nel Codice dei Contratti - disposizioni che consentono l'accelerazione e la semplificazione nello svolgimento delle procedure di gara.

Si prende atto della diversa impostazione seguita e si procede di seguito a fornire alcune osservazioni sulle disposizioni del D.L. n. 76/2020 che hanno effetti sul sistema dei contratti pubblici e sulla materia della prevenzione della corruzione e della trasparenza, esaminando per ciascuna norma i problemi interpretativi e applicativi da essa sollevati.

Analisi delle disposizioni del D.L. n. 76/2020 in materia di contratti pubblici

Art. 1 - Procedure per l'incentivazione degli investimenti pubblici durante il periodo emergenziale in relazione all'aggiudicazione dei contratti pubblici sotto soglia

L'articolo 1 del decreto legge 16 luglio 2020, n. 76, rubricato «*Procedure per l'incentivazione degli investimenti pubblici durante il periodo emergenziale in relazione all'aggiudicazione dei contratti pubblici sotto soglia*», rimodula la disciplina dell'affidamento dei contratti pubblici sotto la soglia euro-unitaria, introducendo un regime (parzialmente e) temporaneamente derogatorio rispetto a quello dettato dall'art. 36 del decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50, al fine di «*incentivare gli investimenti pubblici nel settore delle infrastrutture e dei servizi pubblici, nonché al fine di far fronte alle ricadute economiche negative a seguito delle misure di contenimento e dell'emergenza sanitaria globale del COVID-19*».

Allo scopo, il **comma 1** del citato decreto-legge sancisce l'introduzione di una disciplina temporanea, applicabile agli affidamenti la cui determina a contrarre o altro atto di avvio del procedimento siano adottati entro il 31 luglio 2021, in deroga all'art. 36, comma 2, e 157, comma 2, del decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50. La compiuta articolazione della disciplina derogatoria è affidata ai successivi commi 2, 3 e 4. Il comma 1, al fine di massimizzare l'efficacia acceleratoria della deroga nell'ottica di favorire la ripresa degli investimenti pubblici, detta altresì una tempistica stringente per l'aggiudicazione o l'individuazione definitiva del contraente che, salvi i casi di sospensione della procedura per effetto di provvedimenti dell'Autorità giudiziaria, deve avvenire entro il termine di due o quattro mesi (a seconda della modalità di affidamento adottata) dalla data di adozione dell'atto di avvio del procedimento. Il mancato rispetto di detti termini, la mancata tempestiva stipulazione del contratto e il tardivo avvio dell'esecuzione dello stesso possono essere valutati ai fini della responsabilità del responsabile unico del procedimento per danno erariale e, qualora imputabili all'operatore economico, costituiscono causa di esclusione dell'operatore dalla procedura o di risoluzione del contratto per inadempimento che viene senza indugio dichiarata dalla stazione appaltante e opera di diritto.

Il **comma 2** delinea la nuova temporanea segmentazione delle soglie disponendo che, fermo quanto previsto dagli articoli 37 e 38 del codice dei contratti pubblici, le stazioni appaltanti procedono all'affidamento delle attività di esecuzione di lavori, servizi e forniture, nonché dei servizi di ingegneria e architettura, inclusa l'attività di progettazione, di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35 secondo le seguenti modalità:

- a) affidamento diretto per lavori, servizi e forniture di importo inferiore a 150.000 euro, e comunque, per servizi e forniture nei limiti delle soglie di cui al citato articolo 35;
- b) procedura negoziata, senza bando, di cui all'articolo 63 del decreto legislativo n. 50 del 2016, previa consultazione di almeno cinque operatori economici, ove esistenti, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, che tenga conto anche di una diversa dislocazione territoriale delle imprese invitate, individuati in base ad indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, per l'affidamento di servizi e forniture di importo pari o superiore a 150.000 euro e fino alle soglie di cui all'articolo 35 del decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50 e di lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 350.000 euro, ovvero di almeno dieci operatori per lavori di importo pari o superiore a 350.000 euro e inferiore a un milione di euro, ovvero di almeno quindici operatori per lavori di importo pari o superiore a un milione di euro e fino alle soglie di cui all'articolo 35 del decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50. L'avviso sui risultati della procedura di affidamento contiene anche l'indicazione dei soggetti invitati.

Il **comma 3** integra la nuova disciplina prevedendo, altresì che, nel caso di affidamento tramite procedura negoziata senza bando, le stazioni appaltanti, nel rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento, procedono, a loro scelta, all'aggiudicazione dei relativi appalti, sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ovvero del prezzo più basso. Nel caso di aggiudicazione con il criterio del prezzo più basso, le stazioni appaltanti procedono all'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi dell'articolo 97, commi 2, 2-bis e 2-ter, del decreto legislativo n. 50 del 2016, anche qualora il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque.

Il **comma 4**, per le modalità di affidamento di cui all'articolo in esame, prevede inoltre che la stazione appaltante non richieda le garanzie provvisorie di cui all'articolo 93 del decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50, salvo che, in considerazione della tipologia e specificità della singola procedura, ricorrano particolari esigenze che giustificano tale richiesta, che la stazione appaltante indica nell'avviso di indizione della gara o in altro atto equivalente. Nel caso in cui sia richiesta la garanzia provvisoria, il relativo ammontare è dimezzato rispetto a quello previsto dal medesimo articolo 93.

Il **comma 5**, infine, afferma l'applicabilità della richiamata disciplina alle procedure per l'affidamento dei servizi di organizzazione, gestione e svolgimento delle prove dei concorsi pubblici di cui agli articoli 247 e 249 del decreto legge 19 maggio 2020, n. 34, fino all'importo di cui al comma 1, lettera *d*/, dell'articolo 35 del codice degli appalti (750.000 euro).

Problemi interpretativi e applicativi

➤ **Semplificazione del numero di procedure di gara**

Con l'articolo 1, il legislatore torna a occuparsi, a poco più di un anno dalla conversione del c.d. decreto "Sblocca Cantieri" (legge 14 giugno 2019 n. 55), della disciplina degli appalti di valore inferiore alla soglia euro-unitaria, da sempre considerati fattore di valenza cruciale ai fini del rilancio del settore dei contratti pubblici, questa volta non per modificare l'art. 36 ma per introdurre un regime derogatorio temporaneo rispetto alla disciplina del Codice. La dichiarata finalità di semplificazione dell'intervento normativo pare raggiunta almeno per quanto riguarda lo sfontimento delle tipologie di affidamento, che passano da quattro (affidamento diretto, l'affidamento diretto previa consultazione del mercato, procedura negoziata senza pubblicazione di bando, procedura aperta) – a due, affidamento diretto e procedura negoziata senza pubblicazione di bando, più l'eventuale mantenimento della procedura aperta.

Può essere guardato con favore il temporaneo accantonamento della procedura di cui all'art. 36, comma 2, lett. b), la cui ambigua formulazione era già stata censurata dall'Autorità al momento della sua introduzione ad opera dello "Sblocca Cantieri". Molte sono state le difficoltà interpretative della norma che hanno costretto l'Autorità a ribadire, anche recentemente, la natura di procedura negoziata, ancorché semplificata, da tenere distinta dall'affidamento diretto "puro" previsto alla lettera a) del comma 2 dell'art. 36.

Con più prudenza va invece accolta la decisione di occupare lo spazio lasciato vuoto dalla procedura negoziata semplificata espandendo la soglia dell'affidamento diretto "puro", che passa dal limite dei 40.000 euro dell'art. 36, comma 2, lett. a) a quello di 150.000 euro. La norma, in particolare, consente di affidare direttamente lavori fino a 150.000 euro e servizi e forniture entro la medesima soglia, fatto salvo il limite della soglia euro-unitaria se inferiore a 150.000 euro (cfr. la soglia di 139.000 euro per gli appalti aggiudicati da amministrazioni aggiudicatrici che sono autorità governative centrali di cui all'art. 35, comma 1, lett. b) del Codice). Oltre detta classe di importo, è previsto il ricorso alla procedura negoziata senza pubblicazione di bando, con numero minimo di operatori economici da invitare crescente (cinque, dieci, quindici) in ragione del valore crescente dell'appalto (fino a 350.000 euro e fino a un milione di euro per i lavori e fino alla soglia euro-unitaria per servizi e forniture).

Il nuovo temporaneo assetto va verificato al fine di un adeguato bilanciamento tra l'apertura alla concorrenza e l'efficienza dell'azione amministrativa. Pur convenendo sul fatto che regole improntate ai principi di trasparenza e competitività obbligano le stazioni appaltanti al rispetto di passaggi procedurali rigidi, sia sotto il profilo delle tempistiche che degli obblighi di pubblicità, occorre evidenziare che è proprio, nella tensione tra legalità, concorrenza ed efficienza, che è necessario trovare – anche in una situazione di eccezionale gravità quale quella presente – un punto di equilibrio che salvaguardi la trasparenza dell'azione dell'amministrazione e un livello minimo di confronto con il mercato. Si rappresenta, a tal proposito, che nel 2019 la fascia di procedure comprese fra 40.000 e 150.000 ha

rappresentato il 54% del totale e che pertanto oltre la metà di esse, con la modifica normativa prevista, sarebbero sottratte a un confronto concorrenziale.

In fasi complesse e decisive come questa per la vita del Paese non si può abbassare la guardia nella lotta ai fenomeni corruttivi, ma occorre garantire l'efficienza della spesa pubblica e stimolare la competitività tra gli operatori economici quale volano di ripresa e rilancio dell'economia. Ciò risulta possibile se si dà una lettura della disciplina in deroga che tenga conto del contesto normativo in cui è inserita, a partire dal comma 1 dell'art. 36 del Codice, non inciso dalla deroga, che sancisce, anche negli affidamenti sotto soglia, il necessario rispetto, oltre che del principio di rotazione, dei principi di cui all'art. 30, comma 1 (economicità, efficacia, tempestività, correttezza, ma anche libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità e pubblicità), principi che come noto sono di diretta applicazione dei principi europei.

➤ **Principio della trasparenza**

Il richiamo al **principio della trasparenza** che, come noto, permea l'intero sistema degli appalti, ivi inclusi quelli ex art. 36 comma 1, consente di andare oltre l'interpretazione letterale della nuova disposizione, che non prende in alcuna considerazione la trasparenza con riferimento alla disciplina del sotto-soglia, e di ritenere applicabile, anche al di sotto della soglia di rilievo euro-unitario, il d.lgs. 33/2013. Del resto sarebbe contrario al principio di eguaglianza prevedere un regime in materia di trasparenza diverso a seconda del fatto che un affidamento rientri nel sotto soglia o nel sopra soglia. In questo senso – onde evitare interpretazioni distorte e non omogenee della normativa – è quindi opportuno che la norma espressamente chiarisca come – a prescindere dalle possibili deroghe che attengono alle sole modalità di affidamento dei contratti – agli affidamenti relativi ad importi sotto-soglia continui ad applicarsi la normativa in materia di trasparenza.

➤ **Affidamenti diretti**

Ai sensi del comma 3 della disposizione in esame, gli affidamenti diretti possono essere realizzati tramite determina a contrarre, o atto equivalente, contenenti gli elementi descritti nell'articolo 32, comma 2 del Codice. Al riguardo si deve ritenere che il richiamo operato al comma 2 dell'art. 32 sia in realtà circoscritto al secondo periodo, ovvero, a una forma semplificata di atto, già previsto dal legislatore per l'affidamento diretto di cui all'art. 36, comma 1, lett. a) del Codice, che deve contenere l'indicazione dell'oggetto dell'affidamento, dell'importo, del fornitore e delle ragioni della sua scelta, e del possesso da parte sua dei requisiti di carattere generale nonché di quelli di carattere speciale, ove richiesti.

L'estrema semplificazione procedurale, che sembra esaurirsi nell'obbligo di motivare, in modo semplificato, la scelta dell'affidatario individuato discrezionalmente, va temperata alla luce dei richiamati principi. Anche in costanza di regime derogatorio, il principio di rotazione degli affidamenti, fa sì che, in caso di contratti rientranti nel medesimo settore merceologico, categorie di opere e settore di servizi di quello precedente, l'affidamento al contraente uscente conservi carattere eccezionale e richieda un onere motivazionale più stringente. Inoltre, deve continuare a essere considerata una *best practice* la scelta della stazione appaltante di acquisire informazioni, dati, documenti volti a identificare le soluzioni presenti sul mercato per soddisfare i propri fabbisogni e la platea dei potenziali affidatari e di procedere al confronto dei preventivi di spesa forniti da due o più operatori economici.

➤ **Procedura negoziata**

La procedura negoziata senza pubblicazione di bando richiede, secondo quanto previsto dal comma 2, lettera b) della norma in esame (art. 1 D.L. 76/2020), la previa consultazione di un numero minimo di operatori economici, ove esistenti, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, che tenga conto anche di una diversa dislocazione territoriale delle imprese invitate, individuati in base ad indagini di mercato o

tramite elenchi di operatori economici. La disposizione ricalca quanto già previsto dall'art. 36, comma 1, lett. b) nella versione anteriore alla novella introdotta dallo "Sblocca-Cantieri", e dall'attuale art. 36, comma 2, lett. c), con l'eccezione dell'introduzione del criterio, da osservare nella rotazione, della diversa dislocazione territoriale delle imprese invitate. Quest'ultima previsione desta qualche perplessità, in quanto non precisa su che base, regionale, provinciale o altro, vada considerata diversa la dislocazione territoriale, e sembra dunque destinata a causare disomogeneità in fase applicativa, inoltre, introducendo limitazioni di tipo territoriale, rischia di essere produttiva di quegli stessi effetti discriminatori *ratione loci* che - con consolidato orientamento - la giurisprudenza (e la stessa Autorità) censurano in quanto lesivi dei principi di uguaglianza, non discriminazione, parità di trattamento e concorrenza. Si suggerisce, pertanto, di rivalutare l'attuale formulazione, al fine di maggiore chiarezza. Alla procedura negoziata delineata dalla disciplina in deroga rimangono applicabili, come anche all'affidamento diretto, le Linee Guida n.4, che, in coerenza con i principi richiamati dal comma 1 dell'art. 36 del Codice, compiutamente disciplinano tutta la sequenza procedimentale, dalla fase di interlocuzione con il mercato per la selezione degli operatori economici da invitare (svolgimento di indagini di mercato o consultazione di elenchi) alla stipulazione del contratto.

➤ **Possibilità di ricorso alle procedure ordinarie**

Resta aperta la questione relativa alla possibilità o meno delle stazioni appaltanti (dapprima espressamente riconosciuta dall'art. 36, comma 2, del Codice) di ricorrere, nell'esercizio della propria discrezionalità, alle procedure ordinarie, ivi compresa quella ristretta, anziché a quelle semplificate introdotte dal dl. in commento, qualora le esigenze del mercato suggeriscano di assicurare il massimo confronto concorrenziale. Al riguardo, si osserva che, sebbene l'art. 2 del dl. non abbia fatto salva la richiamata facoltà, la perdurante applicabilità dei principi di cui al comma 1 dell'art. 30 induce a ritenere che il regime in deroga non abbia privato, pur nella situazione eccezionale creatasi a seguito delle misure di contenimento e dell'emergenza sanitaria globale, le stazioni appaltanti della possibilità di ricorrere a soluzioni aperte alla più ampia concorrenza qualora appaiano le più idonee a soddisfare il proprio fabbisogno. Si suggerisce pertanto di inserire un riferimento espresso alla possibilità per le stazioni appaltanti di ricorrere alle procedure ordinarie, previa adeguata motivazione.

➤ **Criterio di aggiudicazione**

Per quanto riguarda il criterio sulla base del quale procedere all'aggiudicazione della procedura negoziata, il comma 3 dell'articolo in esame, confermando la scelta già operata dallo "Sblocca-Cantieri", mantiene l'equiparazione tra offerta economicamente più vantaggiosa e prezzo più basso, rimettendo alla stazione appaltante la facoltà di scelta tra i due. Non v'è dubbio che, pur nella condivisibile esigenza di semplificare temporaneamente gli affidamenti, consentire alle stazioni appalti l'utilizzo del criterio del minor prezzo per l'affidamento di servizi ad alta componente di manodopera o caratterizzati da un notevole contenuto tecnologico o aventi carattere innovativo (ex art. 95, comma 3-bis introdotto dallo "Sblocca-Cantieri") rischia di dare vita ad affidamenti al ribasso giocati sull'abbattimento del costo del lavoro o di svilire il contenuto tecnologico della commessa. Inoltre, l'affidamento di lavori fino a 5 milioni di euro con il criterio del prezzo più basso, oltre a svilire l'aspetto qualitativo della prestazione, rischia di favorire ribassi eccessivi che renderebbero difficoltoso il completamento dell'opera al prezzo di aggiudicazione, con il rischio della proliferazione di varianti in corso d'opera. Per questi motivi, sebbene una lettura della disposizione coordinata con il comma 9-bis dell'art. 36 del Codice, possa già consentire in via interpretativa di ritenere applicabile l'art. 95, comma 3, anche in regime di deroga, al fine di evitare ambiguità e applicazioni non

omogenee, si ritiene che la disposizione debba essere rivista nel senso di fare espressamente salvo quanto previsto dalla citata norma.

Lo stesso comma 3, prevede che, per gli affidamenti sotto soglia aggiudicati con il criterio del prezzo più basso, le stazioni appaltanti procedano all'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi dell'articolo 97, commi 2, 2-bis e 2-ter, del decreto legislativo n. 50 del 2016, anche qualora il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque.

Sul punto, si evidenzia che con la procedura di infrazione n. 2018/2273 la Commissione europea aveva evidenziato l'incompatibilità dell'articolo 97, comma 8, del decreto legislativo 50/2016 con le disposizioni UE, in quanto si applica a prescindere dal fatto che l'appalto presenti o meno un interesse transfrontaliero certo e prevede una soglia riferita al numero delle offerte giudicata non sufficientemente elevata. Per superare tali criticità, l'articolo in esame è stato modificato dall'articolo 1, comma 20, lettera u), della legge n. 55 del 2019, prevedendo che l'esclusione automatica possa operarsi soltanto quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso e comunque per importi inferiori alle soglie di cui all'articolo 35, e per affidamenti che non presentano carattere transfrontaliero. Inoltre, è stato previsto che l'esclusione automatica non opera quando il numero delle offerte ammesse è inferiore a dieci. Conseguentemente l'Autorità ha modificato, adeguandole alle nuove previsioni, le linee guida n. 4. La previsione di tale possibilità, già considerata non conforme al diritto euro-unitario, per tutti gli affidamenti sotto soglia, a prescindere dalla sussistenza di ragioni di urgenza ed emergenza o dalla necessità di far fronte alle conseguenze derivanti dall'emergenza sanitaria o dalle misure ad essa conseguenti pone dubbi in termini di legittimità ed opportunità¹.

Art. 2 - Procedure per l'incentivazione degli investimenti pubblici in relazione all'aggiudicazione dei contratti pubblici sopra soglia

L'articolo 2 decreto semplificazione, rubricato «*Procedure per l'incentivazione degli investimenti pubblici in relazione all'aggiudicazione dei contratti pubblici sopra soglia*», secondo i chiarimenti forniti nella Relazione Illustrativa del D.L. «*detta delle disposizioni di carattere temporaneo (dalla data di entrata in vigore del presente decreto e fino al 31 luglio 2021) finalizzate ad incentivare gli investimenti pubblici nel settore delle infrastrutture e dei servizi pubblici e a far fronte alle ricadute economiche negative a seguito delle misure di contenimento e dell'emergenza sanitaria globale del COVID-19*».

L'articolo introduce le seguenti disposizioni, non modificative del d.lgs. 50/2016, ma in deroga (*temporanea*) alle previsioni dello stesso decreto legislativo:

- Al **comma 1**, si prevede l'applicazione del regime derogatorio dettato dalla disposizione in esame per le procedure di affidamento e per l'esecuzione del contratto, in relazione ai casi in cui la determina a contrarre o altro atto di avvio del procedimento siano adottati entro il 31 luglio 2021. In tali casi - salve le ipotesi in cui la procedura sia sospesa per effetto di provvedimenti dell'autorità giudiziaria - l'aggiudicazione o l'individuazione definitiva del contraente deve avvenire entro il termine di sei mesi dalla data di adozione dell'atto di avvio del procedimento. La disposizione prevede al riguardo che il mancato rispetto di tale termine, nonché la mancata tempestiva stipulazione del contratto e il tardivo avvio dell'esecuzione dello stesso, possono essere valutati ai fini della responsabilità del RUP per danno erariale e, qualora imputabili all'operatore economico, costituiscono causa di esclusione dell'operatore dalla procedura o di risoluzione

¹ Sulle criticità connesse all'istituto dell'esclusione automatica delle offerte anomale si vedano le Sentenze della Corte di Giustizia n. C-147/06 e C-148/06, la Relazione al Parlamento del 2005 (capitolo 2, pagina 122 e 123) e l'Atto di segnalazione n. 2, del 4 luglio 2013.

del contratto per inadempimento che viene senza indugio dichiarata dalla stazione appaltante e opera di diritto.

- Il **comma 2** prevede, invece, che *"Salvo quanto previsto dal comma 3",* le stazioni appaltanti procedono all'affidamento delle attività di esecuzione di lavori, servizi e forniture nonché dei servizi di ingegneria e architettura, inclusa l'attività di progettazione, di importo pari o superiore alle soglie di cui all'articolo 35 del d.lgs. 50/2016, mediante la procedura aperta, ristretta o, previa motivazione sulla sussistenza dei presupposti previsti dalla legge, della procedura competitiva con negoziazione di cui agli articoli 61 e 62 del Codice per i settori ordinari, e di cui agli articoli 123 e 124, per i settori speciali, in ogni caso con i termini ridotti di cui all'articolo 8, comma 1, lettera c). Tale ultima disposizione è riferita alla riduzione (nell'ambito delle procedure ordinarie) *«dei termini procedurali per ragioni di urgenza di cui agli articoli 60, comma 3, 61, comma 6, 62 comma 5, 74, commi 2 e 3, del decreto legislativo n. 50 del 2016. Nella motivazione del provvedimento che dispone la riduzione dei termini non è necessario dar conto delle ragioni di urgenza, che si considerano comunque sussistenti».*
- Il **comma 3** stabilisce che per l'affidamento delle attività di esecuzione di lavori, servizi e forniture nonché dei servizi di ingegneria e architettura, inclusa l'attività di progettazione, di opere di importo pari o superiore alle soglie di cui all'articolo 35 del Codice, la procedura negoziata di cui all'art. 63 del Codice, per i settori ordinari, e di cui all'articolo 125, per i settori speciali, può essere utilizzata nella misura strettamente necessaria quando, per ragioni di estrema urgenza derivanti dagli effetti negativi della crisi causata dalla pandemia COVID-19 o dal periodo di sospensione delle attività determinato dalle misure di contenimento adottate per fronteggiare la crisi, i termini, anche abbreviati, previsti dalle procedure ordinarie non possono essere rispettati.
- Il **comma 4**, con previsione di ampia deroga, prevede inoltre che nei casi di cui al precedente comma 3 e nei settori dell'edilizia scolastica, universitaria, sanitaria e carceraria, delle infrastrutture per la sicurezza pubblica, dei trasporti e delle infrastrutture stradali, ferroviarie, portuali, aeroportuali, lacuali e idriche, ivi compresi gli interventi inseriti nei contratti di programma ANAS-Mit 2016-2020 e RFI-Mit 2017 - 2021 e relativi aggiornamenti, nonché gli interventi funzionali alla realizzazione della transizione energetica, e per i contratti relativi o collegati ad essi, per quanto non espressamente disciplinato dal presente articolo, le stazioni appaltanti, per l'affidamento delle attività di esecuzione di lavori, servizi e forniture nonché dei servizi di ingegneria e architettura, inclusa l'attività di progettazione, e per l'esecuzione dei relativi contratti, operano in deroga ad ogni disposizione di legge diversa da quella penale, fatto salvo il rispetto delle disposizioni del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, nonché dei vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea, ivi inclusi quelli derivanti dalle direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE, dei principi di cui agli articoli 30, 34 e 42 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 e delle disposizioni in materia di subappalto.
- Il **comma 5** evidenzia la necessità che per ogni procedura di appalto deve essere nominato un RUP che, con propria determinazione adeguatamente motivata, valida ed approva ciascuna fase progettuale o di esecuzione del contratto, anche in corso d'opera.
- Infine il **comma 6** detta disposizioni in materia di trasparenza per gli appalti sopra soglia, prevedendo che gli atti adottati dalle stazioni appaltanti ai sensi dell'articolo 2 sono pubblicati e aggiornati sui rispettivi siti istituzionali, nella sezione «Amministrazione trasparente» e sono soggetti alla disciplina di cui al d.lgs. 33/2013. Nella medesima sezione, e sempre ai sensi e per gli effetti del predetto d.lgs. 33/2013, sono altresì pubblicati gli ulteriori atti indicati all'articolo 29, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016. Si prevede, infine, che il ricorso ai contratti secretati di cui all'articolo 162 del Codice è limitato ai casi di stretta necessità e richiede una specifica motivazione.

Problematiche interpretative e applicative

➤ Procedure per l'affidamento dei contratti sopra soglia

Il comma 2 conferma, quale regola generale, che le procedure da adottare per l'affidamento dei contratti sopra soglia sono quelle ordinarie, e cioè la procedura aperta o ristretta – a scelta della stazione appaltante – ovvero la procedura competitiva con negoziazione. La norma richiama le disposizioni degli articoli 61, 62 e 123, 124 del Codice, come riferite a tale ultima procedura di aggiudicazione, ma a ben vedere, l'art. 61 riguarda la procedura ristretta, l'art. 123 attiene genericamente alle procedure di aggiudicazione nei settori speciali, mentre l'art. 124 attiene alla procedura negoziata con previa indizione di gara. I predetti richiami normativi possono quindi determinare difficoltà interpretative ed applicative della norma che, così formulata, non appare di agevole comprensione.

➤ Riduzione dei termini

Anche la previsione contenuta, nel comma 2, in ordine all'applicazione della riduzione dei termini ai sensi dell'art. 8, comma 1, lett. c) del DL, sembra presentare qualche criticità, trattandosi di una deroga generale, applicabile a tutti i contratti sopra soglia (ancorché in via temporanea) affidati con le procedure previste nello stesso comma 2. Si tratta della riduzione dei termini per ragioni di urgenza, come prevista dagli artt. 60, co. 3, 61, co. 6, 62, co. 5, 74 co. 2 e 3 del Codice.

La riduzione dei termini nel senso sopra indicato è stata introdotta, per garantire la celere conclusione delle procedure di aggiudicazione. Occorre tuttavia evidenziare che trattandosi di appalti di valore superiore alle soglie, quindi, di sicuro interesse transfrontaliero, la previsione di stringenti termini per la presentazione delle offerte (anche) da parte di operatori economici stranieri, potrebbe avere effetti negativi in termini di minore partecipazione degli stessi alle procedure di gara e, quindi, determinare un restringimento della concorrenza in tale ambito. La norma così formulata sembra presentare profili di non conformità al principio di libera concorrenza sancito dal Trattato e richiamato nelle direttive comunitarie in materia di appalti del 2014 ed appare altresì non del tutto coerente con gli indirizzi forniti dalla Commissione europea nella comunicazione 2020/C 108 I/01 recante «Orientamenti della Commissione europea sull'utilizzo del quadro in materia di appalti pubblici nella situazione di emergenza connessa alla crisi della Covid-19». In tale Comunicazione, infatti, l'emergenza sanitaria in corso è ritenuta una causa di "estrema urgenza" per l'acquisto di beni e servizi (in deroga alle procedure ordinarie) necessari per far fronte nell'immediato all'emergenza stessa (come i presidi sanitari e in genere gli acquisti di ospedali e istituzioni sanitarie) e non quale urgenza "generalizzata", dalla quale derivi la possibilità di applicare i regimi speciali ivi contemplati e la riduzione dei termini, per qualsiasi tipologia di contratto pubblico da aggiudicare e per un arco temporale esteso. A tal riguardo, quindi, si rimette alla valutazione del legislatore l'opportunità di lasciare alle stazioni appaltanti la valutazione dell'applicazione o meno della riduzione dei termini, in relazione alla tipologia e alla complessità dell'appalto da aggiudicare, nonché all'interesse transfrontaliero che lo stesso può rivestire.

➤ Urgenza e procedura negoziata

Sempre in relazione a tale aspetto, la norma stabilisce, al **comma 3**, che nel caso in cui i termini previsti dalle procedure ordinarie anche abbreviati non possono essere rispettati, per **ragioni di estrema urgenza** derivanti dagli effetti negativi della crisi causata dalla pandemia COVID-19 o dal periodo di sospensione delle attività determinato dalle misure di contenimento adottate per fronteggiare la crisi, per l'affidamento dei contratti pubblici, la **procedura negoziata** di cui all'art. 63 del Codice, per i settori ordinari, e di cui all'articolo 125, per i settori speciali, può essere utilizzata nella misura strettamente necessaria.

La disposizione introdotta collega l'estrema urgenza agli effetti negativi derivanti dall'emergenza sanitaria in corso o dal periodo di sospensione delle attività economiche derivanti dalla stessa, quale ragione che

giustifica di per sé il ricorso alla procedura negoziata senza bando. Si tratta, come è evidente, di una disposizione che, pur condivisa da questa Autorità, si presta a margini interpretativi piuttosto ampi. Fermo restando quanto già detto sopra, si evidenzia al riguardo che la generica correlazione dell'estrema urgenza agli effetti della pandemia in corso, può consentire un ricorso diffuso alla procedura negoziata senza bando, lasciando un ambito di discrezionalità molto significativo in capo alle stazioni appaltanti sui casi in cui possono ritenersi sussistenti i predetti caratteri dell'estrema urgenza. La stazione appaltante dovrebbe comunque fornire adeguata motivazione in ordine all'impossibilità di rispettare i termini (già ridotti) delle procedure diverse da quella negoziata senza bando².

La disposizione in esame - che, per come formulata, può consentire un ricorso diffuso alla procedura negoziata senza bando - rischia, dunque, di presentare dei profili di criticità e di non coerenza con gli indirizzi forniti dalla Commissione europea in relazione all'emergenza sanitaria in corso.

In termini generali si osserva, in ogni caso, che **il ricorso alla procedura negoziata senza bando per ragioni di urgenza è già contemplato nell'art. 63, comma 2, lett. c) del Codice**³. Pertanto, ai fini perseguiti dal DL in esame, sarebbe stato sufficiente, come proposto da questa Autorità, fare rinvio alle previsioni del Codice, sopra richiamate, senza operare una deroga ad una norma già chiara, come quella dell'art. 63, che nella sostanza consente alle stazioni appaltanti di ricorrere alla procedura negoziata in tutti i casi in cui possono ritenersi sussistenti ragioni di estrema urgenza non imputabili alle stazioni appaltanti.

Va infine ricordato che, anche al fine di non incorrere in procedure di infrazione comunitaria, la norma che consente un così ampio ricorso alle procedure di urgenza, deve restare limitata nel tempo. Valuti il legislatore se prevedere un termine più breve del 31 luglio 2021. Resta ferma che ogni eventuale proroga dei termini troverebbe difficile motivazione.

➤ **Deroga ad ogni disposizione di legge diversa da quella penale**

Sempre in tema di procedure di affidamento, una più ampia deroga è contenuta nel comma 4 della disposizione in esame, ai sensi del quale, nei casi indicati nel comma 3 e nei settori di attività ivi richiamati, **l'affidamento dei relativi contratti avviene in deroga ad ogni disposizione diversa da quella penale**, fatto salvo il rispetto delle disposizioni del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n.159, nonché dei vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea, ivi inclusi quelli derivanti dalle direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE, dei principi di cui agli articoli 30, 34, 42 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 e delle disposizioni in materia di subappalto.

L'Autorità ha già avuto modo di sottolineare in più occasioni il proprio favore per l'introduzione di un regime più snello e in alcuni ambiti anche derogatorio che consentisse l'accelerazione delle procedure di gara, ma

² Nella citata Comunicazione 2020/C 108 I/01 la Commissione, in relazione alla possibilità di ricorrere alla *procedura negoziata senza bando* (par. 2.3) ha evidenziato che «Poiché le amministrazioni aggiudicatrici derogano in questo caso al principio fondamentale della trasparenza sancito dal trattato, la Corte di giustizia esige che il ricorso a questa procedura rimanga eccezionale. Tutte le condizioni devono essere soddisfatte cumulativamente e interpretate in senso (cfr ad esempio le cause C275/08, Commissione/Germania e C352-12, Consiglio Nazionale degli ingegneri). Una «procedura negoziata senza previa pubblicazione» consente alle amministrazioni aggiudicatrici di negoziare direttamente con i potenziali contraenti; l'aggiudicazione diretta a un operatore economico preselezionato rimane l'eccezione ed è applicabile se solo un'impresa è in grado di fornire i risultati richiesti nel rispetto dei vincoli tecnici e temporali imposti dall'estrema urgenza. Ogni amministrazione aggiudicatrice dovrà valutare se siano soddisfatte le condizioni per il ricorso a tale «procedura negoziata senza previa pubblicazione» e dovrà giustificare la scelta di detta procedura in una relazione unica (19). Nella valutazione individuale di ogni singolo caso devono essere soddisfatti i criteri cumulativi illustrati qui di seguito (...)».

³ L'art. 63, comma 2, lett. c) del Codice dispone che si può fare ricorso a tale procedura «nella misura strettamente necessaria quando, per ragioni di estrema urgenza derivante da eventi imprevedibili dall'amministrazione aggiudicatrice, i termini per le procedure aperte o per le procedure ristrette o per le procedure competitive con negoziazione non possono essere rispettati. Le circostanze invocate a giustificazione del ricorso alla procedura di cui al presente articolo non devono essere in alcun caso imputabili alle amministrazioni aggiudicatrici».

tale ipotesi doveva essere limitata ad alcune specifiche categorie e/o settori e comunque per un periodo circoscritto di tempo e senza possibilità di ricorrere ad eventuali proroghe.

La scelta operata dal legislatore di derogare “ad ogni disposizione di legge diversa da quella penale” appare sproporzionata rispetto all’obiettivo di incentivare gli investimenti pubblici nel settore delle infrastrutture e dei servizi pubblici, nonché far fronte alle ricadute economiche negative a seguito delle misure di contenimento e dell’emergenza sanitaria globale del COVID-19. L’Autorità conferma, dunque, le osservazioni già in precedenza formulate sul punto. La previsione in esame, infatti, se da un lato consente il ricorso alla procedura negoziata di cui all’articolo 63 e 125 del codice dei contratti pubblici, nella misura strettamente necessaria quando, per ragioni di estrema urgenza derivanti dagli effetti negativi della crisi causata dalla pandemia COVID-19 o dal periodo di sospensione delle attività determinato dalle misure di contenimento adottate per fronteggiare la crisi, i termini, anche abbreviati, previsti dalle procedure ordinarie non possono essere rispettati (art. 2, comma 3), dall’altro prevede che in detti casi e nei settori dell’edilizia scolastica, universitaria, sanitaria e carceraria, delle infrastrutture per la sicurezza pubblica, dei trasporti e delle infrastrutture stradali, ferroviarie, portuali, aeroportuali, lacuali e idriche, ivi compresi gli interventi inseriti nei contratti di programma ANAS-Mit 2016-2020 e RFI-Mit 2017 – 2021 e relativi aggiornamenti, nonché gli interventi funzionali alla realizzazione della transizione energetica, e per i contratti relativi o collegati ad essi, le stazioni appaltanti operano in deroga ad ogni disposizione di legge diversa da quella penale, fatto salvo il rispetto delle disposizioni già sopra citate.

➤ **Necessità di espresso richiamo ai principi di trasparenza**

Sempre con riferimento all’art. 2, comma 4 si osserva la mancanza nel comma 4 di un richiamo espresso ai principi di Trasparenza (art. 29 d.lgs. 50/2016) che, invece, sarebbe stato opportuno. Ciò in considerazione del fatto che la trasparenza rappresenta uno strumento di controllo a fronte dell’ampio regime derogatorio previsto. In subordine si ritiene che il comma in esame avrebbe quantomeno dovuto espressamente richiamare il successivo comma 6 che recupera in parte profili di trasparenza disponendo la pubblicazione degli atti adottati nella sezione «Amministrazione trasparente» e l’assoggettamento alla disciplina di cui al decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, senza tuttavia fare riferimento ad ulteriori forme di pubblicazione previste dall’art. 29 del Codice (MIT, ANAC). Ed infatti l’attuale formulazione del comma 4 che esclude l’applicazione di qualsiasi altra disciplina tranne quella ivi espressamente richiamata, potrebbe indurre qualche stazione appaltante a mettere in dubbio l’osservanza della disciplina in materia di trasparenza, proprio in considerazione della mancanza di un esplicito rinvio normativo che, quindi, si ritiene opportuno.

➤ **Difficoltà operative per le stazioni appaltanti nella individuazione della normativa di riferimento**

In relazione al quadro normativo richiamato dal comma 4 come vincolante, lo stesso si articola su tre direttrici:

- da un lato le disposizioni relative alle verifiche antimafia (per le quali si evidenzia la necessità di coordinamento con il successivo articolo 3)
- dall’altro specifiche disposizioni dell’ordinamento nazionale riferite a principi generali in materia di affidamento di contratti pubblici, conflitto di interesse, criteri ambientali (per le quali si evidenzia l’opportunità di integrare un richiamo ai principi in materia di trasparenza)
- infine i vincoli inderogabili derivanti dall’appartenenza all’Unione Europea.

La previsione di disapplicazione di ogni disposizione di legge, con esclusione, tra l’altro, dei vincoli inderogabili derivanti dalle direttive europee in materia di contratti pubblici impone all’interprete un’attività non agevole volta ad individuare le norme applicabili al caso concreto.

Con particolare riferimento alla disciplina europea richiamata, va rilevato che la scelta di indicare espressamente anche le direttive (quantomeno la 24/2014/Ue e la 25/2014/Ue) consegna alle stazioni appaltanti che opereranno ai sensi del comma 4 una disciplina complessa. Le direttive, infatti, accanto a disposizioni obbligatorie, contengono previsioni la cui attuazione, negli ordinamenti nazionali, è rimessa alla discrezionalità dei singoli Stati membri e che tuttavia per la loro rilevanza nella definizione del corretto iter procedurale non possono non ritenersi parimenti inderogabili. Per tali ultime disposizioni, quindi, il diritto nazionale ha previsto una disciplina particolare che non trova riscontro nella direttiva. Si pensi ad esempio ad alcune cause di esclusione previste dall'articolo 80 del Codice (divieti di contrarre con la pubblica amministrazione, annotazioni nel casellario, violazione del divieto di intestazione fiduciaria, violazione delle norme sul lavoro dei disabili o in materia di salute e sicurezza sul lavoro, condanna per i reati di cui al comma 5, lett. l), situazioni di controllo tra partecipanti alla medesima gara, pantouflage) oppure al sistema di qualificazione degli operatori economici per i lavori di importi superiori a 150.000, oppure ancora si pensi, nella delicata materia della risoluzione del contratto, alla differenza tra l'art. 73 della direttiva 24/2014/Ue che detta indicazioni generali rivolte agli Stati membri e l'art. 108 d.lgs. 50/2016 che invece articola puntualmente le ipotesi di risoluzione rappresentando una guida diretta per le stazioni appaltanti. Per tali ipotesi dovrebbe operare la disapplicazione prevista dal comma 4 dell'articolo 2 del decreto in esame, con conseguente creazione di un vuoto normativo da colmare a cura dell'interprete. Tale possibilità potrebbe generare comportamenti disomogenei da parte delle stazioni appaltanti e occasioni di contenzioso.

Pertanto, mentre per i contratti affidati ai sensi del comma 3 resta quantomeno indicato il tipo di procedura da utilizzare (art. 63, art. 125, come accadeva nel 'decreto Genova' che quanto a modalità di affidamento richiamava il corrispondente art. 32 della direttiva 24/2014/Ue), le stazioni appaltanti che opereranno nei settori indicati dal comma 4 dovranno applicare le direttive a partire dalla **scelta della procedura** che, in assenza di motivate ragioni in concreto, non potrà essere sempre la procedura negoziata senza bando. Al riguardo si osserva che l'art. 26 della direttiva 24/2014/Ue - che dispone in materia di scelta della procedura - contiene un rinvio alla normativa nazionale (*"nell'aggiudicazione di appalti pubblici, le amministrazioni aggiudicatrici applicano le procedure nazionali adattate in modo da essere conformi alla presente direttiva"*) il che da un punto di vista applicativo determina una reviviscenza delle disposizioni della legge nazionale che proprio il comma 4 parrebbe voler derogare.

Tale lettura, peraltro, potrebbe trovare una conferma nel testo dello stesso comma 4 che dispone la deroga *"per quanto non espressamente indicato dal presente articolo"*. Questo inciso consentirebbe, infatti, di ritenere applicabili ai settori del comma 4 le disposizioni del comma 2 che in materia di affidamento rinviano al d.lgs. 50/2016. Tale previsione, infatti, fa salva solo l'applicabilità del comma 3.

Quello che dunque si ricava alla luce di una interpretazione sistematica delle disposizioni del comma 4 è che per quanto attiene alla fase della scelta della procedura, non si verte, in effetti, in un regime di deroga (fatta sempre salva la possibilità di operare con motivata urgenza ai sensi del precedente comma 3, anche nei settori di cui al comma 4). Tale aspetto, tuttavia, non è immediatamente intuibile dalla lettura della disposizione che dà l'idea di voler andare invece nella direzione opposta. L'Autorità valuta la norma come molto critica e meritevole di una rivalutazione.

➤ **Qualificazione degli operatori**

Considerato, inoltre, che data la natura dei settori indicati al comma 4, è ragionevole ritenere che si tratterà nella prevalenza dei casi di affidamenti di lavori, ulteriormente critico si rivela il fronte della **qualificazione degli operatori**, soprattutto sotto il profilo dell'accertamento del possesso dei requisiti di capacità tecnica ed economica. Ed infatti, da un lato l'art. 58 della direttiva 24/2014/Ue richiede la presenza di criteri di selezione qualitativa degli operatori economici, dall'altro lato le norme sulla qualificazione degli operatori

economici nel settore dei lavori pubblici vengono incluse nell'ambito della deroga, lasciando le stazioni appaltanti di fronte ad un vuoto applicativo. Va considerato, al riguardo, che il sistema di qualificazione italiano in materia di contratti di lavori pubblici ha il vantaggio di velocizzare la dimostrazione e la comprova dei requisiti mediante il ricorso all'attestato di qualificazione rilasciato dalle SOA (qualificazione esterna alla gara). Laddove le stazioni appaltanti italiane, in deroga a questo sistema, fossero costrette a seguire le sole indicazioni dell'art. 58 della direttiva 24/2014/Ue, questo finirebbe per riportare all'interno della fase di gara le operazioni di 'qualificazione' del concorrente, con evidente irrazionale aggravio di tempi e di oneri richiesti alle amministrazioni in termini di competenze tecniche.

➤ **Fase dell'esecuzione e per le ulteriori vicende relative alla sorte del contratto**

Ulteriori incertezze interpretative potranno sorgere anche nella fase dell'esecuzione e per le ulteriori vicende relative alla sorte del contratto (sospensione, risoluzione, modifiche contrattuali ecc.), considerato, da un lato, che le direttive del 2014, a differenza delle precedenti, disciplinano questi aspetti e, dall'altro, che come già sopra rilevato diverse delle previsioni contenute nelle direttive hanno richiesto l'integrazione della normativa nazionale che risulta adesso disapplicabile. Oltre a ciò, resta parimenti non chiarito se per i contratti in deroga possano comunque trovare applicazione tutte quelle previsioni del decreto semplificazione che sono volte ad accelerare questa specifica fase (artt. 5, 6, 8).

Vero è che alle difficoltà discendenti dalla immediata applicazione delle sole direttive, potrebbe avviarsi con una attenta redazione dei documenti di gara che consenta di includere espressamente nella *lex specialis* il contenuto di tutte quelle disposizioni derogate che dovessero, invece, ritenersi necessarie alla migliore speditezza del procedimento di aggiudicazione e della esecuzione del contratto. È evidente che in tal caso si sarebbe di fronte non ad una semplificazione, ma ad ulteriore incremento degli oneri per le stazioni appaltanti sin dalla fase della redazione della documentazione di gara.

➤ **Subappalto**

Anche con riferimento al subappalto il riferimento operato dal comma 4 che non rinvia espressamente né alla legislazione nazionale né a quanto contenuto nelle direttive comunitarie rischia di ingenerare incertezze applicative nelle stazioni appaltanti, alla luce dei recenti arresti della CGE. Incidentalmente si osserva che quanto sopra rilevato si estende anche agli affidamenti nei settori speciali, in relazione ai quali sono tuttavia ipotizzabili minori criticità sia con riferimento alla qualificazione dei concorrenti, alla luce della previsione di cui all'art. 134 d.lgs. 50/2016 che consente agli enti aggiudicatori di istituire propri sistemi di qualificazione, sia con riferimento all'esecuzione del contratto, considerato il minor numero di previsioni normative vincolanti.

➤ **Necessità di coordinamento con ulteriori disposizioni emergenziali specifiche**

In relazione ai settori indicati dal comma 4, ed in particolare con riferimento al settore dell'edilizia scolastica, si rende necessario un coordinamento con l'art. 7-ter del dl. n. 22 del 8.4.2020, convertito con legge n. 41 del 6.6.2020 che al fine di garantire la rapida esecuzione di interventi di edilizia scolastica, anche in relazione all'emergenza da COVID-19, attribuisce, tra le altre cose, fino al 31 dicembre 2020 a sindaci e presidenti delle province e delle città metropolitane il potere di operare, nel rispetto dei principi derivanti dall'ordinamento dell'Unione europea, con i poteri dei commissari di cui all'articolo 4, commi 2 e 3, del decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 giugno 2019, n. 55, includendo la deroga agli articoli 32, commi 8, 9, 11 e 12, 33, comma 1, 37, 77, 78 e 95 comma 3, del d.lgs. 50/2016 (oltre ad ulteriori deroghe ai termini per i contratti sottosoglia, in questa sede non rilevanti). Si suggerisce, pertanto, al fine di scongiurare ulteriori difficoltà interpretative in materia, di chiarire che l'art. 7-ter del dl. n. 22 del 8.4.2020 è abrogato.

➤ **Poteri in deroga dei Commissari straordinari e delle Stazioni appaltanti**

Con riferimento ai Commissari straordinari si osserva che per effetto delle modifiche introdotte dall'art. 9, comma 1, lett. b) del Decreto semplificazioni alla disciplina di cui al dl. n. 32/2019 (Decreto sblocca cantieri), ai Commissari straordinari è attribuito il potere di assumere direttamente le funzioni di stazione appaltante operando *"in deroga alle disposizioni di legge in materia di contratti pubblici, fatto salvo il rispetto dei principi di cui agli articoli 30, 34 e 42 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, nonché delle disposizioni del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, e dei vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea, ivi inclusi quelli derivanti dalle direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE, e delle disposizioni in materia di subappalto"*.

Con riferimento all'ambito della deroga consentito, la previsione di legge è in tutto simile al contenuto del comma 4, eccetto per il fatto che quest'ultimo dispone la deroga **"ad ogni disposizione di legge diversa da quella penale"**, mentre la lettera b) del comma 1 dell'art. 9 consente ai Commissari esclusivamente la deroga **"alle disposizioni di legge in materia di contratti pubblici"**.

La soluzione prescelta non appare del tutto chiara e non risulta neanche supportata da alcuna evidente motivazione che giustifichi l'attribuzione alla generalità delle stazioni appaltanti di poteri derogatori più ampi di quelli attribuiti, agli stessi fini, ai commissari straordinari. Le due segnalate disposizioni di legge sembrano pertanto meritare una migliore armonizzazione.

➤ **Esclusione di modalità di affidamento diverse dall'appalto**

Le opere nei settori a cui fa riferimento il comma 4 hanno trovato in passato frequente attuazione mediante PPP e concessioni. L'Autorità esprime apprezzamento per la scelta operata dal legislatore di escludere PPP e concessioni dalle deroghe in esame e suggerisce di rendere esplicita tale esclusione. Il tenore letterale del comma 4 sembrerebbe, infatti, riferirsi esclusivamente ad appalti (riferimento alle sole attività di "esecuzione"; mancato rinvio anche alla direttiva concessioni 2014/23/UE). L'immediato effetto di tale disallineamento è che laddove, nei settori indicati al comma 4, si voglia procedere mediante forme di affidamento diverse dall'appalto, questi affidamenti restano soggetti alle ordinarie previsioni di legge, non derogate. Benché tale lettura sia al momento da ritenersi opportuna sia alla luce del testo in esame, sia considerato il rischio di aumento esponenziale delle difficoltà interpretative se la deroga venisse estesa a fattispecie contrattuali più complesse, peraltro in assenza di rinvio alla direttiva di riferimento, si chiede un riferimento espresso nel testo.

Resta possibile, al di fuori della disciplina di cui al comma 4, che nei medesimi settori gli interventi vengano realizzati a mezzo di Commissari straordinari. Tuttavia, al riguardo si rileva che anche la norma relativa ai poteri di deroga dei Commissari ed ai vincoli inderogabili, già sopra richiamata, non rinvia espressamente alla direttiva concessioni.

➤ **Disparità di trattamento tra le procedure sotto e sopra soglia e tra istituti simili**

La previsione derogatoria pone dubbi applicativi e problemi di disparità di trattamento tra le procedure sotto e sopra soglia e tra istituti simili. Soltanto per fare alcuni esempi, si pensi ai limiti previsti dalla normativa nazionale per il ricorso all'avvalimento (per i quali peraltro è in corso la richiamata procedura di infrazione): tali previsioni dovrebbero essere soggette alla deroga e, quindi, andrebbero disapplicate, ma soltanto per gli affidamenti sopra soglia. Ciò a differenza di quanto accadrebbe con riferimento alla normativa sul subappalto (anch'essa oggetto di procedura di infrazione) che invece è fatta salva e quindi andrebbe in ogni caso applicata. Anche la disapplicazione del sistema di qualificazione degli operatori economici si applicherebbe esclusivamente alle procedure sopra soglia comunitaria, con conseguente

qualificazione in gara, mentre resterebbe ferma per gli affidamenti di lavori da 150.000 euro alle soglie europee.

➤ **Applicabilità dell'art. 211 co. 1 bis e 1 ter d.lgs. 50/2016**

L'ampio regime derogatorio indicato dal comma 4 sembra legittimare il dubbio (di qualcuno) circa la possibilità di ritenere gli affidamenti ed i settori ivi indicati assoggettabili al potere di impugnativa dell'Autorità ed al potere di emanazione di parere motivato.

Al riguardo l'Autorità osserva, in via preliminare, che la deroga prevista, in quanto fa espresso riferimento alla normativa che le stazioni appaltanti sono tenute ad osservare quando procedono ad affidamenti nei settori indicati, non si riferisce ai poteri di vigilanza attribuiti all'Autorità, né intende sospenderli, così come non produce una sospensione della legittimazione ad agire in giudizio (né delle norme processuali a cui peraltro le disposizioni dell'art. 211 co. 1 bis e 1 ter sono collegate). Una diversa interpretazione della disposizione determinerebbe forti perplessità.

Ciò posto, va tuttavia segnalato che l'ampio margine della deroga prevista potrebbe comunque essere capace di incidere sull'efficacia del potere di impugnativa o di emanazione del parere motivato, con riferimento a tutti quegli aspetti del procedimento che potrebbero restare privi di una normativa di riferimento rispetto alla quale effettuare un controllo. Si rilevano, inoltre, delle criticità connesse alle previste riduzioni dei termini che possono produrre il rischio di emanazione di pareri tardivi o comunque successivi all'espletamento della procedura di affidamento con il rischio di vanificare, almeno in parte, lo sforzo compiuto dall'Autorità nell'adozione celere dei pareri e nell'esercizio tempestivo della funzione consultiva, anche di vigilanza collaborativa.

Conclusivamente, sul comma 4, l'Autorità, considerate le notevoli criticità della norma e la sua sproporzione rispetto all'obiettivo dell'accelerazione delle procedure, raggiungibile con gli istituti di urgenza previsti dal vigente Codice dei contratti, ribadisce la propria netta contrarietà alla norma e ne propone l'eliminazione dal testo.

➤ **Responsabile unico del procedimento**

Sempre con riferimento all'art. 2, si osserva che il comma 5 ribadisce l'esigenza (già contemplata nella disciplina di settore) che per ogni procedura di appalto vi sia un responsabile unico del procedimento che, con propria determinazione motivata, approvi ciascuna fase progettuale o di esecuzione del contratto, anche in corso d'opera. La norma sembra quindi rappresentare una sovrapposizione con le previsioni dell'art. 31 del Codice che chiaramente indicano i compiti rimessi alla responsabilità del RUP, come meglio individuati nelle Linee guida dell'Autorità n. 3/2016 (aggiornate). Anche tale intervento appare, quindi, come un inutile appesantimento del quadro normativo di settore.

➤ **Contratti secretati**

Si prevede, infine, che il ricorso ai contratti secretati di cui all'articolo 162 del Codice è limitato ai casi di stretta necessità e richiede una specifica motivazione. Anche in tal caso i limiti per il ricorso alla procedura di cui all'art. 162, sono chiariti dalla norma, la quale prevede che ai fini della «della deroga di cui al comma 1, lettera a), le amministrazioni e gli enti utenti attribuiscono, con provvedimento motivato, le classifiche di segretezza ai sensi dell'articolo 42 della legge 3 agosto 2007, n. 124, ovvero di altre norme vigenti. Ai fini della deroga di cui al comma 1, lettera b), le amministrazioni e gli enti utenti dichiarano, con provvedimento motivato, i lavori, i servizi e le forniture eseguibili con speciali misure di sicurezza individuate nel predetto provvedimento». Pertanto, il ricorso alla procedura di cui all'art. 162, già previsto come eccezionale dalla norma stessa, in quanto legato a stringenti presupposti ivi fissati, richiede comunque una specifica motivazione in ordine ai contratti eseguibili con speciali misure di sicurezza.

Si ritiene, quindi, che la ripetizione di disposizioni già contemplate nel Codice oltre ad apparire come un appesantimento del quadro normativo di settore, come già osservato in precedenza, rischia di ingenerare confusione nell'applicazione delle disposizioni citate da parte degli operatori del settore.

Art. 3 - Verifiche antimafia e protocolli di legalità

L'articolo 3 del decreto in esame introduce misure di semplificazione valide fino al 31/7/2021, per le verifiche antimafia riguardanti l'affidamento e l'esecuzione dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture. La previsione riguarda tutte le procedure di gara, a prescindere dalla loro connessione con l'emergenza sanitaria. In particolare, è previsto il rilascio della informativa liberatoria provvisoria, immediatamente conseguente alla consultazione della Banca dati nazionale unica della documentazione antimafia ed alle risultanze di tutte le altre banche dati disponibili, anche quando l'accertamento è eseguito per un soggetto che risulti non censito, a condizione che non emergano nei confronti dei soggetti sottoposti alle verifiche antimafia le situazioni di cui agli articoli 67 e 84, comma 4, lettere a), b) e c), di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159. L'informativa liberatoria provvisoria consente di stipulare, approvare o autorizzare i contratti e subcontratti relativi a lavori, servizi e forniture, sotto condizione risolutiva, fermo restando le ulteriori verifiche ai fini del rilascio della documentazione antimafia da completarsi entro trenta giorni. È inoltre previsto che, qualora la documentazione successivamente pervenuta accerti la sussistenza di una delle cause interdittive ai sensi del decreto legislativo 6 settembre 2011, n.159, i soggetti di cui all'articolo 83, commi 1 e 2, del medesimo decreto legislativo recedono dai contratti, fatto salvo il pagamento del valore delle opere già eseguite e il rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione del rimanente, nei limiti delle utilità conseguite fermo restando quanto previsto dall'articolo 94, commi 3 e 4, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, e dall'articolo 32, comma 10, del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114.

È previsto altresì l'inserimento al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, dell'articolo 83-bis che prevede la possibilità, per il Ministero dell'interno, di sottoscrivere protocolli o altre intese oltreché con i soggetti "istituzionali" (individuati dall'articolo 83 del Codice antimafia), anche con imprese di rilevanti dimensioni, nonché con associazioni maggiormente rappresentative a livello nazionale di categorie produttive, al fine di estendere le misure di prevenzione amministrativa antimafia, previste dalla vigente legislazione, anche a fattispecie eccedenti – sotto il profilo oggettivo e/o soggettivo – quelle oggi prese in considerazione dalla legge e quindi anche nei rapporti tra contraenti, pubblici o privati, e terzi nonché tra aderenti alle associazioni contraenti e terzi.

È stabilito, inoltre, che le stazioni appaltanti prevedano negli avvisi, bandi di gara o lettere di invito che il mancato rispetto dei protocolli di legalità costituisce causa di esclusione dalla gara o di risoluzione del contratto.

È previsto, infine, che l'iscrizione nell'elenco dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori di cui all'articolo 1, commi 52 e seguenti, della legge 6 novembre 2012, n. 190 (white list), nonché l'iscrizione nell'anagrafe antimafia degli esecutori istituita dall'articolo 30 del decreto-legge 17 ottobre 2016, n. 189, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 dicembre 2016, n. 229, equivale al rilascio dell'informazione antimafia.

Inoltre, la norma prevede una modifica al codice antimafia che estende l'equipollenza tra l'iscrizione negli elenchi dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori non soggetti a tentativo di infiltrazione mafiosa, di cui all'articolo 1, comma 52, della legge 6 novembre 2012, n. 190 (white list) e all'articolo 30 del decreto-legge 17 ottobre 2016, n. 189, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 dicembre 2016, n. 229 (esecutori dei lavori riferiti al sisma del 2018) e il rilascio dell'informativa antimafia. Attualmente tale equipollenza è prevista soltanto in relazione alle white list e limitatamente al rilascio dell'informazione antimafia

liberatoria per lo svolgimento delle attività per cui essa è conseguita (art. 1 comma 52, della legge n. 190/2012).

Problemi interpretativi e applicativi

➤ **Protocolli di legalità**

Con l'introduzione al d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, dell'articolo 83-bis si prevede la possibilità, per il Ministero dell'interno, di sottoscrivere protocolli o altre intese oltretutto con i soggetti "istituzionali" (individuati dall'articolo 83 del Codice antimafia), anche con imprese di rilevanti dimensioni, nonché con associazioni maggiormente rappresentative a livello nazionale di categorie produttive, al fine di estendere le misure di prevenzione amministrativa antimafia, previste dalla vigente legislazione, anche a fattispecie eccedenti – sotto il profilo oggettivo e/o soggettivo – quelle oggi prese in considerazione dalla legge e quindi anche nei rapporti tra contraenti, pubblici o privati, e terzi nonché tra aderenti alle associazioni contraenti e terzi. La norma dispone, inoltre, che le stazioni appaltanti prevedano negli avvisi, bandi di gara o lettere di invito che il mancato rispetto dei protocolli di legalità costituisce causa di esclusione dalla gara o di risoluzione del contratto. È indubbio che la disposizione valorizzi i protocolli di legalità quale misura di contrasto alla corruzione, in considerazione del tradizionale interesse delle organizzazioni criminali ai profitti legati alle fasi emergenziali e post emergenziali.

➤ **Semplificazioni in merito alle verifiche antimafia**

Con riferimento alle semplificazioni introdotte in merito alle verifiche antimafia l'Autorità valuta con interesse la scelta del legislatore di prevedere una clausola di salvaguardia che consente di effettuare gli accertamenti non solo mediante consultazione della banca dati nazionale unica della documentazione antimafia ma anche mediante acquisizione delle informazioni presenti sulle ulteriori banche dati disponibili. Tuttavia la norma non chiarisce le modalità di acquisizione di tali informazioni. Peraltro, l'Autorità segnala che l'informativa liberatoria provvisoria non è acquisibile attraverso AVCPass e non sono disponibili servizi di interoperabilità che ne consentano l'acquisizione automatica da parte delle stazioni appaltanti attraverso AVCPass. Si suggerisce, al fine di garantire l'effettività e la tempestività dei controlli, di rivedere l'attuale formulazione.

➤ **Equipollenza tra iscrizione negli elenchi e rilascio dell'informativa antimafia**

La norma prevede, inoltre, una modifica al codice antimafia che estende l'equipollenza tra l'iscrizione negli elenchi dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori non soggetti a tentativo di infiltrazione mafiosa, di cui all'articolo 1, comma 52, della legge 6 novembre 2012, n. 190 (*white list*) e all'articolo 30 del decreto-legge 17 ottobre 2016, n. 189, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 dicembre 2016, n. 229 (esecutori dei lavori riferiti al sisma del 2018) e il rilascio dell'informativa antimafia.

Attualmente tale equipollenza è prevista soltanto in relazione alle *white list* e limitatamente al rilascio dell'informazione antimafia liberatoria per lo svolgimento delle attività per cui essa è conseguita (art. 1 comma 52, della legge n. 190/2012). La modifica normativa è contenuta nell'articolo 83-bis che dovrà essere inserito nel codice delle leggi antimafia ed è rubricato Protocolli di legalità. Non si comprende, quindi, se tale previsione ha valenza generale oppure deve intendersi come possibilità prevista dai protocolli di legalità. In quest'ultimo caso la collocazione della previsione non appare felice ma al contrario foriera di confusione in fase applicativa e, pertanto, si suggerisce di adottare una formulazione più chiara. Inoltre, nel caso di applicazione generalizzata sarebbe auspicabile la previsione di un meccanismo di comunicazione volto ad assicurare l'aggiornamento in tempo reale di tali elenchi al fine di scongiurare la permanenza di soggetti che hanno ottenuto informative o comunicazioni antimafia interdittive. Attualmente è infatti

previsto che la Prefettura competente svolga «controlli periodici», senza meglio indicare la frequenza e le modalità degli stessi. È presumibile che detti controlli siano eseguiti con cadenza annuale in occasione della richiesta dichiarazione di interesse alla permanenza nell'elenco. Inoltre, la comunicazione di modificazioni societarie che potrebbero incidere sul possesso dei requisiti è rimessa all'iniziativa dei soggetti interessati.

Art. 5 - Sospensione dell'esecuzione dell'opera pubblica

L'articolo 5 del decreto semplificazioni introduce una deroga all'articolo 107 del codice dei contratti pubblici, limitando, fino al 31/7/2021, la possibilità di ricorrere alla *sospensione* dell'esecuzione di lavori diretti alla realizzazione delle opere pubbliche di importo pari o superiore alle soglie di cui all'articolo 35 del codice dei contratti pubblici, anche se già iniziati.

Inoltre, l'art. 6 comma 4, seconda parte, del decreto semplificazioni dispone inoltre che *"Le parti possono anche stabilire l'applicabilità di tutte o parte delle disposizioni di cui all'articolo 5"*: la norma probabilmente consente di estendere, in via contrattuale, la disciplina della sospensione dell'esecuzione anche ai contratti diversi da quelli di lavori, anche solo in parte.

La sospensione può avvenire esclusivamente per il tempo strettamente necessario e per ragioni predeterminate dalla stessa norma di seguito indicate:

- a) cause previste da disposizioni di legge penale, dal codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione di cui al d.lgs. 159/2011, nonché da vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea;
- b) gravi ragioni di ordine pubblico, salute pubblica o dei soggetti coinvolti nella realizzazione delle opere, ivi incluse le misure adottate per contrastare l'emergenza sanitaria globale da COVID-19;
- c) gravi ragioni di ordine tecnico, idonee a incidere sulla realizzazione a regola d'arte dell'opera, in relazione alle modalità di superamento delle quali non vi è accordo tra le parti;
- d) gravi ragioni di pubblico interesse.

La sospensione è disposta dal RUP e il procedimento prevede il coinvolgimento del Collegio Consultivo Tecnico, secondo modalità diverse in ragione delle cause di sospensione.

In ogni caso, la sospensione è un'opzione residuale rispetto alla prosecuzione delle lavorazioni e, nelle ipotesi in cui la sospensione derivi dall'applicazione della legge penale (o nelle altre ipotesi di cui alla lett. a) o da ragioni di ordine tecnico, opera il meccanismo di risoluzione del contratto e prosecuzione dell'affidamento con soggetto diverso dall'originario esecutore (previsto dal comma 4 dell'art. 6).

Il comma 4 introduce una disciplina particolare, in deroga all'articolo 108, commi 3 e 4, e all'articolo 110, del codice dei contratti pubblici, per i casi in cui non sia possibile la prosecuzione dei lavori con il soggetto designato, per qualsiasi motivo (ivi incluse la crisi o l'insolvenza dell'esecutore anche in caso di concordato con continuità aziendale o di autorizzazione all'esercizio provvisorio dell'impresa e per il caso di ritardo nell'avvio o nell'esecuzione dei lavori). In tal caso è dichiarata la *risoluzione* del contratto (salvo che per gravi motivi tecnici ed economici sia comunque possibile o preferibile proseguire con il medesimo soggetto) e la stazione appaltante opera secondo una delle seguenti modalità:

- a) procede all'esecuzione in via diretta dei lavori;
- b) interpella progressivamente i soggetti che hanno partecipato alla originaria procedura di gara come risultanti dalla relativa graduatoria, al fine di stipulare un nuovo contratto per l'affidamento del completamento dei lavori, se tecnicamente ed economicamente possibile e alle condizioni proposte dall'operatore economico interpellato;
- c) indice una nuova procedura per l'affidamento del completamento dell'opera;
- d) propone alle autorità governative la nomina di un commissario straordinario per lo svolgimento delle attività necessarie al completamento dell'opera.

Il comma 4, come detto, è norma utilizzata anche laddove si sospenda l'esecuzione per cause previste da disposizioni di legge penale, dal codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione di cui al d.lgs. 159/2011, nonché da vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea (lett. a), o per cause di ordine tecnico (lett. c) oppure laddove vi sia un ingiustificato ritardo nell'avvio delle lavorazioni (comma 5).

Infine, il comma 6 dispone che:

- salva l'esistenza di uno dei casi di sospensione, le parti non possono invocare l'inadempimento della controparte o di altri soggetti per sospendere l'esecuzione dei lavori di realizzazione dell'opera;
- l'interesse economico dell'appaltatore o la situazione di crisi aziendale non può essere ritenuto prevalente all'interesse pubblico alla prosecuzione dell'opera è comunque prevalente, anche nella valutazione in sede giudiziale.

Problemi interpretativi e applicativi

➤ **Sospensione esecuzione di lavori**

L'articolo 5 del decreto semplificazioni introduce una deroga all'articolo 107 del codice dei contratti pubblici, limitando, fino al 31/7/2021, la possibilità di ricorrere alla sospensione dell'esecuzione di lavori diretti alla realizzazione delle opere pubbliche di importo pari o superiore alle soglie di cui all'articolo 35 del codice dei contratti pubblici, anche se già iniziati. L'art. 6 comma 4, seconda parte, del decreto semplificazioni dispone, inoltre, che "*Le parti possono anche stabilire l'applicabilità di tutte o parte delle disposizioni di cui all'articolo 5*". La sospensione è un'opzione residuale rispetto alla prosecuzione delle lavorazioni e, nelle ipotesi in cui la sospensione derivi dall'applicazione della legge penale (o nelle altre ipotesi previste alla lett. a) o da ragioni di ordine tecnico, opera il meccanismo di risoluzione del contratto e prosecuzione dell'affidamento con soggetto diverso dall'originario esecutore (previsto dal comma 4 dell'art. 6).

➤ **Ambito di applicazione della norma**

Con riferimento all'art. 5 del decreto semplificazioni appare opportuno chiarire *in primis* se la norma trovi applicazione anche agli affidamenti "in deroga" disciplinati dall'art. 2 co. 3-4 dl. 76/2020. La *ratio* della norma sembra essere quella di ridurre le ipotesi di sospensione dei lavori, rendendo tali ipotesi tipizzate ed eccezionali e, nel contempo, introdurre un meccanismo acceleratorio, che prevede la possibilità di proseguire le lavorazioni, anche mediante la sostituzione dell'appaltatore (comma 4). Tuttavia, le ipotesi tipizzate al comma 1 (lett. a-d) sono individuate attraverso clausole elastiche (vincoli inderogabili di appartenenza alla UE o le gravi ragioni di pubblico interesse), che lasciano alla stazione appaltante, con l'ausilio del collegio tecnico consultivo, la individuazione della concreta casistica applicativa, con potenziali dubbi interpretativi.

➤ **Sospensione o risoluzione del rapporto**

Quanto alla **risoluzione del rapporto** (prevista dal comma 4 dell'art. 5), la norma lascia alla stazione appaltante, supportata sempre dal collegio tecnico consultivo, la valutazione in ordine alla opportunità di attendere la soluzione del problema che ha determinato la sospensione oppure di risolvere il rapporto proseguendo l'opera in modo diverso (in via diretta, con scorrimento della graduatoria, mediante nuova gara o mediante il coinvolgimento di un commissario straordinario).

La norma è chiaramente volta a superare eventuali stasi dell'esecuzione, stabilendo in via preventiva una sostanziale prevalenza dell'interesse pubblico alla prosecuzione dell'opera, rispetto alle esigenze economiche dell'appaltatore; peraltro il RUP è alleggerito dalle connesse responsabilità, ove osservi il

parere del collegio tecnico consultivo (ai sensi dell'art. 6 co. 3, 2° periodo, d.l. 76/2020), che è sostanzialmente sempre coinvolto. Inoltre, tra le modalità alternative che la stazione appaltante può adottare in conseguenza della risoluzione, è previsto l'interpello dei concorrenti collocatisi utilmente in graduatoria, con affidamento del contratto alle condizioni da questi proposte (art. 5, comma 4, lett. b, d.l. 76/2020), e non alle condizioni già proposte dall'originario aggiudicatario in sede in offerta (art. 110 co. 2 d.lgs. 50/2016). L'Autorità ritiene che tale previsione, se da un lato facilita la disponibilità del candidato ad accettare la sottoscrizione del contratto, dall'altro potrebbe produrre un aumento dei costi a carico dell'amministrazione che il codice, in via ordinaria, aveva voluto evitare prevedendo, appunto, l'affidamento al prezzo offerto dall'aggiudicatario originario.

➤ **Crisi di impresa: nuovi oneri per le imprese**

Il riferimento, contenuto nella norma in esame, alla situazione di crisi di impresa, offre l'opportunità di una riflessione in materia. Il d.l. n. 23/2020, convertito in legge n. 40/2020, ha disposto il differimento al 1 settembre 2021 dell'entrata in vigore del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza di cui al decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14, in considerazione del nuovo quadro macroeconomico del Paese e, in particolare, per permettere, da un lato a tutti i soggetti coinvolti di continuare ad operare secondo prassi già consolidate senza dubbi interpretativi e procedurali e, dall'altro per consentire alla fase più acuta dell'epidemia di dileguarsi, facendo tornare pian piano alla normalità l'intero sistema economico.

Ebbene, tale apprezzabile e condivisibile finalità dovrebbe essere perseguita anche con riferimento alle disposizioni contenute nell'articolo 110, comma 6, del codice dei contratti pubblici, dal momento che le stesse introducono oneri significativi per la partecipazione alle gare delle imprese in concordato preventivo, imponendo il ricorso all'avvalimento dei requisiti di un altro soggetto.

Inoltre, la norma prevede che l'ANAC, con apposite linee guida individui i requisiti aggiuntivi che l'impresa in concordato deve possedere per partecipare alle procedure di affidamento, stabilendo che, nel caso in cui l'impresa non sia in possesso di detti requisiti, l'ANAC possa subordinare la partecipazione, l'affidamento di subappalti e la stipulazione dei relativi contratti alla necessità che l'impresa in concordato si avvalga dei requisiti di un altro soggetto il quale si impegni nei confronti dell'impresa concorrente e della stazione appaltante a mettere a disposizione, per la durata del contratto, le risorse necessarie all'esecuzione dell'appalto e a subentrare all'impresa ausiliata nel caso in cui questa nel corso della gara, ovvero dopo la stipulazione del contratto, non sia per qualsiasi ragione più in grado di dare regolare esecuzione all'appalto o alla concessione.

L'Autorità ritiene che la previsione di tali oneri aggiuntivi a carico di operatori economici già in crisi, nell'ambito della diffusa situazione di difficoltà e incertezza economica conseguente all'epidemia da Covid-19, appare eccessivamente onerosa. Sarebbe, quindi, preferibile il differimento della relativa applicazione, in conformità a quanto disposto per l'entrata in vigore del codice della crisi d'impresa.

➤ **Crisi di impresa: disallineamento fra l'art. 110, co. 6, del codice e l'art. 5, co 4, del dl. 76/2020**

L'Autorità evidenzia, inoltre, che l'articolo 110, comma 6, del codice dei contratti pubblici appare disallineato rispetto alla previsione del citato articolo 5, comma 4, del d.l. 76/2020. In questo caso, infatti, il legislatore dell'emergenza, in un'ottica di accelerazione della conclusione dei lavori, ha operato una valutazione generale di prevalenza dell'interesse alla celere conclusione sull'interesse alla prosecuzione del contratto con l'aggiudicatario che si trovi in una situazione di insolvenza o di concordato. Detto intervento appare quindi in controtendenza rispetto all'obiettivo perseguito dall'articolo 110, comma 6 che è invece volto ad assicurare che l'aggiudicatario colpito dalla crisi aziendale sia in grado di portare a termine i lavori allo stesso affidati.

➤ **Crisi di impresa: compiti dell'ANAC**

La formulazione della normativa in esame appare laconica nell'individuazione, sia dei requisiti aggiuntivi che dovrebbero garantire la capacità esecutiva dell'impresa in concordato rinviando, infatti, all'adozione di Linee Guida da parte dell'ANAC, che delle modalità di esercizio del potere a questa attribuito.

In particolare, nulla è previsto in relazione alle modalità dell'intervento dell'Autorità e alle esigenze di coordinamento di tale attività con le funzioni svolte da altri Organi che intervengono nella procedura di concordato, quale il giudice delegato.

A tal proposito l'Autorità osserva che l'esercizio del potere ad essa attribuito risulta particolarmente gravoso, atteso che dovrà essere attivato presso l'ANAC un apposito procedimento ogni qual volta un'impresa in concordato decida di partecipare a nuove gare, peraltro con termini assai stringenti. Inoltre, le determinazioni assunte dall'ANAC, incidendo in maniera significativa sulla libertà di iniziativa economica dell'impresa e, indirettamente, anche sulla possibilità della stessa di tornare *in bonis* attraverso l'aggiudicazione di contratti pubblici, potrebbero determinare l'instaurarsi di un notevole contenzioso.

Si rimette, pertanto, al legislatore ogni opportuna valutazione in ordine alla previsione secondo cui i "requisiti aggiuntivi" dovranno essere determinati mediante l'adozione di apposite linee guida redatte dall'ANAC. Si valuti, inoltre, l'opportunità di riservare all'Autorità un ruolo di supporto al giudice delegato. Questi potrebbe avere facoltà di chiedere un parere ad ANAC nel caso in cui la documentazione presentata dall'impresa in concordato per essere autorizzata a partecipare ad una nuova gara non garantisca la capacità della stessa di portare a termine regolarmente l'affidamento. In questo senso potrebbero superarsi anche le previste Linee guida previste dall'art. 110, comma 6 del Codice.

Art. 6 - Collegio consultivo tecnico (CCT)

L'art. 6 del decreto semplificazioni abroga e sostituisce la precedente disciplina del **collegio consultivo tecnico (CCT)**, contenuta nell'art. 1 co. 11-14 d.l. 32/2019 (sblocca cantieri). Anche tale norma opera fino al 31 luglio 2021.

Si tratta di un istituto ampiamente in uso nelle prassi contrattuali internazionali, sul quale in passato l'Autorità aveva già manifestato perplessità⁴.

L'art. 6 rende, per i lavori relativi ad opere sopra soglia comunitaria, obbligatoria la costituzione del CCT (co.1); mentre la costituzione del collegio è facoltativa per le opere diverse (co. 4); in tali casi le parti possono nominare un collegio individuandone i compiti.

Il collegio deve essere costituito entro 10 giorni dall'avvio dell'esecuzione (o prima) e, per i contratti la cui esecuzione sia già iniziata, entro 30 giorni dal 16 agosto 2020 (data di entrata in vigore del d.l. 76/2020 – co.1).

Il collegio è composto da 3 o 5 membri ed è nominato integralmente dalle parti oppure le parti possono concordare che i componenti nominati indichino il Presidente. In caso di disaccordo, la nomina del Presidente è effettuata, entro 5 giorni, dal MIT, dalle Regioni, dalle Province autonome o dalle Città Metropolitane, a seconda della rilevanza nazionale, regionale o locale dell'opera (co. 2).

I componenti sono scelti tra soggetti esperti e qualificati, con adeguata esperienza, in riferimento all'opera, tra ingegneri, architetti, economisti e giuristi (co. 2).

I componenti hanno diritto ad un compenso legato alle determinazioni assunte oppure ad un gettone di presenza (ove non adottino alcuna determinazione), parametrato alle tariffe professionali, con fondi computati nel quadro economico generale (co. 7).

⁴ Audizione del Presidente dell'ANAC del 17.3.2016 presso le Commissioni riunite di Camera e Senato in sede di obbligo di recepimento delle direttive comunitarie sui contratti pubblici.

Inoltre, si stabilisce un numero massimo di incarichi che ciascun soggetto può ricoprire: 5 contemporanei e non oltre 10 incarichi nell'arco di 2 anni (co. 8).

Il collegio inoltre decade in caso di ritardo nella risposta al quesito proposto (secondo le tempistiche dettate dalla norma stessa, al comma 3); in caso di tre ritardi o di ritardi superiori a 60 giorni, i componenti sono interdetti alla nomina per tre anni (co. 8).

Il collegio può occuparsi di tutte le problematiche che possono insorgere nell'ambito dell'esecuzione contrattuale, al fine di garantirne la celere esecuzione (co. 3).

La determinazione del collegio (co. 3):

- assume la forma della determinazione contrattuale, ai sensi dell'art. 808 *terc.p.c.*, salvo diversa volontà scritta delle parti;
- ove non condivisa, è valutata quale elemento della fattispecie di danno erariale per l'agente pubblico e quale elemento di grave inadempimento contrattuale (per l'appaltatore o per il committente);
- ove osservata esclude la responsabilità del soggetto per danno erariale.

Il CCT è coinvolto obbligatoriamente in caso di sospensione dell'esecuzione, nelle ipotesi previste dall'art. 5 co. 2-3.

E' inoltre ammessa la possibilità di costituire un collegio consultivo tecnico nella fase di affidamento, in relazione alle caratteristiche delle opere, alle clausole del bando al possesso dei requisiti di partecipazione ecc (co. 5). In tali casi, il collegio è nominato dalla stazione appaltante e il terzo membro è nominato dal MIT, dalle Regioni, dalle Province autonome o dalle Città Metropolitane, a seconda della rilevanza dell'opera (nazionale, regionale o locale) e la decisione collegiale, in assenza di specifiche indicazioni normative, dovrebbe assumere la natura di determinazione contrattuale, ai sensi dell'art. 808 *terc.p.c.* (richiamato dal comma 3 del medesimo articolo).

Problemi interpretativi e applicativi

Le osservazioni relative al Collegio consultivo tecnico sono state predisposte dalla Camera arbitrale che opera presso l'ANAC in qualità di Organo Ausiliario.

➤ **CCT quale strumento di risoluzione alternativa delle controversie: motivi di criticità**

L'art. 6 contiene la riproposizione nella normativa sui contratti pubblici (in specie per lavori) della figura del "collegio consultivo tecnico" (d'ora in poi CCT), già introdotta a suo tempo con l'art. 207 del codice dei contratti pubblici del 2016, poi cancellata dal decreto correttivo del suddetto Codice nel 2017 facendo seguito ai rilievi critici avanzati dal Consiglio di Stato in sede consultiva con il parere n. 855/2016 (attinenti alla genericità dell'oggetto e alla non definita compatibilità con l'accordo bonario e con i compiti della Camera arbitrale), e poi reintrodotta a titolo temporaneo con l'art. 1, commi 11-14, del d.l. n. 32/2019 (c.d. decreto sblocca cantieri), come conv. dalla l. n. 55/2019.

La nuova normativa risulta destinata ad introdurre nel nostro ordinamento uno strumento di risoluzione alternativa delle controversie modellato sulla figura del *DisputeBoard* conosciuto dall'esperienza della contrattualistica internazionale (come definito in particolare dai modelli contrattuali FIDIC di *Construction Contract* e sulla scorta di questo dalle *Dispute Boards Rules* dell'ICC, da ultimo parzialmente recepite anche nell'esperienza italiana con proprio regolamento del 2016 da parte della Camera arbitrale di Milano).

Nondimeno la disciplina contenuta nel decreto semplificazioni reca alcuni elementi che portano la disciplina stessa a discostarsi in più punti da questi modelli nazionali e internazionali, a cominciare dalla possibile obbligatorietà dell'impianto dell'organismo in oggetto, venendo a evidenziare conseguentemente significativi motivi di criticità.

➤ **Composizione del CCT**

In primo luogo, quanto alla formazione dell'organismo, i componenti del collegio (tre o cinque membri) possono essere nominati d'accordo tra le parti, ma anche separatamente da ciascuna parte (e quindi rispettivamente nel numero di uno o due, senza necessità di approvazione di controparte), così come il terzo o quinto membro può essere nominato d'accordo tra i membri nominati dalle parti, ma anche, in caso di disaccordo, dal MIT o dall'ente territoriale competente per l'opera interessata (comma 2).

Tale criterio di nomina non sembra sufficientemente idoneo a garantire quel clima di collaborazione e fiducia e di appropriata comunicazione tra le parti contrattuali che la diuturna presenza di un organismo tecnico a fianco delle parti stesse fin dall'avvio dell'esecuzione del contratto dovrebbe valere a realizzare in conformità alle caratteristiche proprie del modello del *Dispute Board* (e che dovrebbe valere anche a distinguere l'istituto in questione dalla modalità di composizione delle controversie per via di accordo bonario, radicata nell'ordinamento italiano). Tanto più che la normativa come attualmente conformata non contiene disposizione specifica alcuna in tema di incompatibilità o di conflitto di interessi per i componenti del collegio (ed invero introduce, come si è sopra visto, anche un possibile elemento di politicità indotta nella formazione dello stesso); e che anzi le funzioni di componente del collegio nominato dalla stazione appaltante ai sensi del comma 5 (per le distinte funzioni ivi previste) sono espressamente dichiarate non incompatibili con quelle di componente del collegio nominato ai sensi del comma 1; ed ancora, la possibile reiterazione dell'incarico (fino a 5 volte in un anno e a 10 volte nel biennio), rende alquanto verosimile l'evenienza di una composizione seriale dei collegi, che si può prestare a situazioni di scambi impropri. Ma senza tralasciare di notare anche che le disposizioni attualmente previste sembrano allontanarsi dall'indirizzo di più severo contenimento dei costi nell'utilizzo degli strumenti alternativi alle controversie per i contratti pubblici propria dell'esperienza dell'ordinamento italiano almeno nei periodi più recenti, finendo per rendere possibile in particolare un esito – il maggior costo dell'istituto in oggetto rispetto all'istituto arbitrale – che risulta anch'esso discostarsi dall'esperienza internazionale e comunque per produrre, in ragione di una incerta quantificazione e di una dubbia imputazione delle relative spese, un rischio di appesantimento – senza la sicurezza di utilità effettive – per il pubblico erario.

➤ **La forma giuridica delle decisioni del CCT.**

In secondo luogo, quanto alla forma giuridica dell'esercizio delle funzioni, la previsione per la quale le determinazioni del CCT hanno la natura del lodo contrattuale previsto dall'art. 808-ter c.p.c. (seppure fatta salva diversa e motivata volontà espressamente manifestata in forma scritta dalle parti, e tuttavia senza alcuna previsione dei tempi di esercizio dell'opzione e in ogni caso non consentendo al singolo contraente di impedire l'esito effettuale predeterminato dal legislatore) si allontana decisamente anch'essa dalla richiamata esperienza del *Dispute Board*, ove le determinazioni del *Board* stesso, vincolanti o meno che siano per le parti, oltre ad essere sempre ricorribili, come essenziale elemento di garanzia per tutti gli interessi in gioco, mediante azione giudiziaria, possono avere valenza propedeutica rispetto al giudizio arbitrale. Da questo punto di vista, inoltre, la diretta riconduzione della funzione del CCT nell'alveo della funzione arbitrale (seppure dell'arbitrato irrituale) presenta evidenti profili di criticità sistemica.

➤ **CCT obbligatorio per i contratti sopra soglia**

Come già detto sopra, il carattere della obbligatorietà (per i contratti sopra soglia) che è disposto circa l'utilizzo dello strumento del CCT in tale configurazione contrasta con il consolidato orientamento del giudice delle leggi circa il duplice connotato dell'assoluta volontarietà, per entrambe le parti e certamente senza volontà legislativamente presunte in capo a quella privata, del ricorso all'istituto arbitrale e della sua consensualità, che certamente non può essere accantonato per le ragioni di temporaneità (fino al 31 luglio

2021) della previsione *de qua* e dell'eccezionalità del contesto emergenziale, stante anche il fatto del carattere retroattivo della previsione stessa come disposta dal comma 1.

➤ **Carenza di trasparenza e pubblicità della scelta dei componenti del CCT**

Inoltre, l'applicazione dell'arbitrato irrituale a controversie insorte tra la P.A. e l'operatore economico in un quadro normativo carente di previsioni che diano adeguate garanzie di trasparenza e pubblicità della scelta dei componenti del CCT finisce per rafforzare i motivi di contrarietà della giurisprudenza reiteratamente manifestati con riguardo a un strumento negoziale che appare scarsamente compatibile con i principi che regolano l'agire della pubblica amministrazione nel nostro ordinamento; e tanto più ciò vale in una materia, quella dei contratti pubblici, per la quale l'ordinamento ha inteso stabilire la regola dell'arbitrato rituale e amministrato proprio in funzione dei principi di integrità e responsabilità.

Oggetto delle determinazioni del CCT

Inoltre, stante l'oggetto duplice (controversie in senso proprio, dispute tecniche), è dato ritenere che la determinazione del CCT non possa sempre e comunque avere "natura del lodo contrattuale previsto dall'articolo 808-ter del codice di procedura civile" (comma 3); infatti, questo implica che si tratti di "controversia" in senso proprio, cioè di causa sopra diritti (dalla quale è finanche mutuata la competenza per l'impugnazione, invero non concentrata presso la Corte d'appello come quando sia l'atto "lodo" a guidare la selezione dell'A.G.), e non già disputa su mere questioni che non configurano necessariamente una minima unità azionabile in giudizio. In breve, l'affermazione sarebbe coerente soltanto con l'assunto di un conflitto che possa dirimersi comunque, già naturalmente, davanti all'AG, mentre il CCT intende soprattutto (almeno in principio) assorbire questioni tecniche o di mero fatto che possano sostanziare al più elementi precostituiti nell'eventuale (e scongiurabile) giudizio su diritti (quelli in cui, cioè, prendesse rilievo la responsabilità del contraente pubblico o privato).

➤ **Il CCT e le funzioni già espletate dall'Autorità**

Va, infine, rilevato che la finalità che il legislatore intende perseguire con la norma in esame è già assicurata dall'istituto del Precontenzioso nonché dall'esercizio della funzione consultiva e della vigilanza collaborativa esercitate dall'ANAC.

In effetti queste attività supportano le stazioni appaltanti e gli operatori economici nella predisposizione dei bandi e nella risoluzione delle controversie insorte fra le parti anche con efficacia vincolante quando, per esempio, con riferimento al Precontenzioso, la richiesta è avanzata in maniera congiunta dalla stazione appaltante e dall'operatore economico. In termini di efficacia dei citati istituti, non si può non evidenziare che i pareri di precontenzioso sono rilasciati dall'ANAC entro 30 giorni dalla presentazione della richiesta e i dati a disposizione dimostrano, anche per i pareri non vincolanti, un tasso di adeguamento pari a circa il 90%. Con riferimento alla vigilanza collaborativa si osserva che l'ANAC riscontra le richieste entro cinque giorni fornendo indicazioni puntuali in merito alla documentazione di gara; anche in questo caso si rileva un tasso di adeguamento alle osservazioni formulate dall'Autorità superiore al 90%.

Va, anche, rilevato come il CCT, soprattutto quando interviene nelle fasi prodromiche all'affidamento, nell'affidamento vero e proprio, nelle decisioni di sospensione di cui all'art.5, si sovrappone all'amministrazione ordinaria, come una sorta di "amministrazione parallela" con rilevanti poteri di condizionamento delle scelte della stazione appaltante, poteri che sono affidati a soggetti non reclutati come pubblici funzionari e non in grado di garantire la necessaria imparzialità. L'introduzione del CCT, pertanto, contribuisce ad allontanare nel tempo il necessario potenziamento delle capacità tecniche e operative delle stazioni appaltanti.

Conclusivamente, con riferimento all'istituto del CCT, le criticità segnalate sembrano meritare una approfondita rivalutazione della norma.

L'Autorità ritiene comunque necessario a questo fine considerare con particolare attenzione i seguenti ulteriori profili.

- **Indipendenza dei componenti**

Va rafforzato con norme esplicite il regime di indipendenza soggettiva dei componenti del CCT, non solo fissando - come fa il decreto - tetti massimi al numero di incarichi conferibili, ma anche un rigoroso regime di incompatibilità, sia relativamente alla riproduzione della stessa composizione per più collegi, sia di incompatibilità successive allo svolgimento dell'incarico, volte ad impedire sia conflitti di interessi con imprese coinvolte nelle procedure contrattuali, sia lo svolgimento di ulteriori attività (di collaborazione/consulenza) a favore dell'amministrazione interessata per un periodo non inferiore a due anni.

Non è chiaro, poi, quale sia il soggetto capace e competente ad effettuare le verifiche sulle ipotesi di incompatibilità (ad esempio tenendo conto delle plurime nomine già formalizzate), le quali altrimenti si potrebbero risolvere in un ulteriore aggravio procedimentale per la stazione appaltante. Ciò assume particolare rilievo in ragione del numero di collegi da nominare, potenzialmente elevato (circa 900 l'anno)⁵ e dei componenti coinvolti (da 3 a 5 per ciascun collegio). Va rafforzata, inoltre, la vigilanza sul rispetto delle norme sul conflitto di interessi in generale e del conflitto di cui all'art. 42 d.lgs. 50/2016, anche alla luce della interpretazione estensiva della norma, fornita dall'Autorità nelle Linee Guida n. 15, par. 3, nonché delle norme sulle incompatibilità di cui all'art. 209, comma 6, del Codice, per quanto applicabili. Potrebbe, in proposito, essere valutata l'ipotesi dell'affidamento di tali compiti alla Camere arbitrale.

- **Aumento dei costi complessivi dell'affidamento**

La costituzione del collegio per tutti gli appalti di lavori, in quanto obbligatoria, comporterà un aumento dei costi complessivi dell'affidamento, in gran parte imprevedibili, sia perché la remunerazione è legata, tra l'altro, al numero di determinazioni rese (oltre che al valore dell'opera, alla qualità e tempestività della determinazione), sia perché quantificata secondo le tariffe professionali della categoria di appartenenza del componente. Tale aumento appare particolarmente impattante sulle gare e sulle esecuzioni di lavori già in corso, per i quali i quadri economici sono già stati definiti, trattandosi di un ulteriore aggravio procedimentale ed economico (in ogni caso, infatti, al collegio è riconosciuta la corresponsione di un gettone onnicomprensivo).

- **Carenza di coordinamento normativo**

Sarebbe necessario chiarire se la norma trovi applicazione o meno per gli affidamenti "in deroga" svolti ai sensi dell'art. 2 co.3-4 d.l. 76/2020: *prima facie* sembrerebbe che il collegio non si applichi alle citate procedure, stante il carattere ampiamente e generalmente derogatorio di tali ultime norme. Inoltre, non sono chiari i rapporti tra il collegio costitutivo tecnico (nella attuale forma obbligatoria) e gli istituti dell'accordo bonario, dell'arbitrato o della transazione, per evitare forme di sovrapposizione.

⁵ Le gare per lavori sopra soglia comunitaria, nell'anno 2019, sono state circa 900 e poco meno per l'anno 2018 cui vanno aggiunti gli affidamenti sopra soglia, per servizi e forniture, pari ad oltre 20.000 l'anno (cfr. Relazione ANAC al Parlamento, p. 159). Senza contare la possibilità di nominare collegi in fase antecedente l'esecuzione.

Art. 8 - Altre disposizioni urgenti in materia di contratti pubblici

L'articolo 8, rubricato altre disposizioni urgenti in materia di contratti pubblici, in relazione alle procedure pendenti alla data di entrata in vigore del decreto in esame e per quelle disciplinate dal medesimo decreto legislativo avviate a decorrere dalla data di entrata in vigore dello stesso e fino alla data del 31 luglio 2021 è previsto, che si considerano in ogni caso sussistenti le ragioni di urgenza e, conseguentemente è stabilito, tra l'altro, che:

- a) sia sempre autorizzata la consegna dei lavori in via di urgenza e, nel caso di servizi e forniture, l'esecuzione del contratto in via d'urgenza ai sensi dell'articolo 32, comma 8, del decreto legislativo n. 50 del 2016;
- b) in relazione alle procedure ordinarie, si applicano le riduzioni dei termini procedurali per ragioni di urgenza di cui agli articoli 60, comma 3, 61, comma 6, 62 comma 5, 74, commi 2 e 3, del decreto legislativo n. 50 del 2016. Nella motivazione del provvedimento che dispone la riduzione dei termini non è necessario dar conto delle ragioni di urgenza.
- d) le procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture possono essere avviate anche in mancanza di una specifica previsione nei documenti di programmazione di cui all'articolo 21 del decreto legislativo n. 50 del 2016, già adottati, a condizione che entro trenta giorni decorrenti dalla data di entrata in vigore del presente decreto si provveda ad un aggiornamento in conseguenza degli effetti dell'emergenza COVID-19. In relazione alle procedure per le quali sia scaduto entro il 22 febbraio 2020 il termine per la presentazione delle offerte e agli accordi-quadro efficaci alla data di entrata in vigore del decreto in esame è stabilito che le stazioni appaltanti, fermo quanto previsto dall'articolo 103 del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 aprile 2020, n. 27, provvedano all'adozione dell'eventuale provvedimento di aggiudicazione oppure all'aggiudicazione degli appalti basati sugli accordi-quadro o all'esecuzione di tali accordi entro la data del 31 dicembre 2020.

Con riferimento ai lavori in corso di esecuzione alla data di entrata in vigore del decreto è previsto che:

- a) il direttore dei lavori adottati, in relazione alle lavorazioni effettuate alla data di entrata in vigore del decreto, anche in deroga alle specifiche clausole contrattuali, lo stato di avanzamento dei lavori entro quindici giorni da tale data e che il certificato di pagamento sia emesso contestualmente e comunque entro cinque giorni dall'adozione dello stato di avanzamento. Il pagamento è effettuato entro quindici giorni dall'emissione del certificato di cui al secondo periodo;
- b) siano riconosciuti, a valere sulle somme a disposizione della stazione appaltante indicate nei quadri economici dell'intervento e, ove necessario, utilizzando anche le economie derivanti dai ribassi d'asta, i maggiori costi derivanti dall'adeguamento e dall'integrazione, da parte del coordinatore della sicurezza in fase di esecuzione, del piano di sicurezza e coordinamento, in attuazione delle misure di contenimento. È stabilito, altresì, che il rimborso di detti oneri avvenga in occasione del pagamento del primo stato di avanzamento successivo all'approvazione dell'aggiornamento del piano di sicurezza e coordinamento recante la quantificazione degli oneri aggiuntivi;
- c) il rispetto delle misure di contenimento ove impedisca, anche solo parzialmente, il regolare svolgimento dei lavori ovvero la regolare esecuzione dei servizi o delle forniture costituisce causa di forza maggiore, ai sensi dell'articolo 107, comma 4, del decreto legislativo n. 50 del 2016 e, qualora impedisca di ultimare i lavori, i servizi o le forniture nel termine contrattualmente previsto, costituisce circostanza non imputabile all'esecutore ai sensi del comma 5 del citato articolo 107 ai fini della proroga di detto termine, ove richiesta; non si applicano gli obblighi di comunicazione all'Autorità nazionale anticorruzione e le sanzioni previste dal terzo e dal quarto periodo del comma 4 dell'articolo 107 del decreto legislativo n. 50 del 2016.

L'articolo in esame introduce, inoltre, alcune modifiche al codice dei contratti pubblici. Di seguito sono indicate le novità più rilevanti.

All'articolo 38, sono apportate modifiche relative alla qualificazione delle stazioni appaltanti, eliminando il riferimento agli ambiti di attività e specificando che le centrali di committenza e i soggetti aggregatori sono qualificati almeno negli ambiti riferiti alla capacità di programmazione e progettazione e alla capacità di affidamento. La qualificazione riferita alla capacità di verifica sull'esecuzione e controllo dell'intera procedura, ivi incluso il collaudo e la messa in opera è quindi prevista come facoltativa. Inoltre, è stabilito che nelle aggiudicazioni relative all'acquisizione di beni, servizi o lavori effettuati dalle centrali di committenza, ovvero dai soggetti aggregatori, le attività correlate all'ambito relativo alla capacità di verifica sull'esecuzione possono essere effettuate direttamente dai soggetti deleganti purché qualificati almeno in detto ambito secondo i criteri individuati dal decreto del Presidente del Consiglio dei ministri di cui al comma 2 dell'articolo in esame. Infine, il requisito della disponibilità di piattaforme telematiche nella gestione di procedure di gara è inserito tra i parametri di base per l'attribuzione della qualificazione, espungendolo dai parametri premianti.

All'articolo 80, comma 4, è stata aggiunta, per superare la procedura di infrazione n. 2018/2273, la disciplina della violazione degli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali non definitivamente accertati qualora tale mancato pagamento costituisca una grave violazione ai sensi rispettivamente del secondo o del quarto periodo. Inoltre, è stata aggiunta alle cause esimenti la fattispecie dell'estinzione integrale del debito tributario.

All'articolo 83 è inserito il comma 5-bis: «In relazione al requisito di cui al comma 4, lettera c), l'adeguatezza della copertura assicurativa offerta viene valutata sulla base della polizza assicurativa contro i rischi professionali posseduta dall'operatore economico e in corso di validità. In relazione alle polizze assicurative di importo inferiore al valore dell'appalto, le stazioni appaltanti possono richiedere che l'offerta sia corredata, a pena di esclusione, dall'impegno da parte dell'impresa assicuratrice ad adeguare il valore della polizza assicurativa a quello dell'appalto, in caso di aggiudicazione».

All'articolo 183, comma 15, nell'ambito della finanza di progetto, è stata estesa la possibilità, per gli operatori economici, di presentare alle amministrazioni aggiudicatrici proposte relative alla realizzazione in concessione di lavori pubblici o di lavori di pubblica utilità, incluse le strutture dedicate alla nautica da diporto, alle ipotesi in cui tali lavori siano presenti negli strumenti di programmazione approvati dall'amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente.

Sono inoltre prorogati fino al 31/12/2021 i termini delle deroghe introdotte al codice dei contratti pubblici dal decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 giugno 2019, n. 55 (sblocca-cantieri) ed in particolare:

a) la non applicazione in via sperimentale delle seguenti norme: a) articolo 37, comma 4, per i comuni non capoluogo di provincia, quanto all'obbligo di avvalersi delle modalità ivi indicate; b) articolo 59, comma 1, quarto periodo, nella parte in cui resta vietato il ricorso all'affidamento congiunto della progettazione e dell'esecuzione di lavori; c) articolo 77, comma 3, quanto all'obbligo di scegliere i commissari tra gli esperti iscritti all'Albo istituito presso l'ANAC di cui all'articolo 78, fermo restando l'obbligo di individuare i commissari secondo regole di competenza e trasparenza, preventivamente individuate da ciascuna stazione appaltante;

b) l'applicazione anche ai settori ordinari della norma sull'inversione procedurale prevista dall'articolo 133, comma 8, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, per i settori speciali:

Sono inoltre ulteriormente innalzati, sempre fino al 31/12/2021, i limiti di importo oltre i quali è previsto il parere obbligatorio del Consiglio superiore dei lavori pubblici ai sensi dell'articolo 215, comma 3, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, prevedendo che detto parere sia reso esclusivamente sui progetti di fattibilità tecnica ed economica di lavori pubblici di competenza statale, o comunque finanziati per almeno

il 50 per cento dallo Stato, di importo pari o superiore ai 100 milioni di euro. Per i lavori pubblici di importo inferiore a 100 milioni di euro e fino a 50 milioni di euro, è previsto che le competenze del Consiglio superiore siano esercitate dai comitati tecnici amministrativi presso i Provveditorati interregionali per le opere pubbliche. Invece, per i lavori pubblici di importo inferiore a 50 milioni di euro si prescinde dall'acquisizione del parere in esame.

Il comma 8 dell'articolo 8 del decreto semplificazioni prevede che il Commissario straordinario per l'attuazione e il coordinamento delle misure di contenimento e contrasto dell'emergenza epidemiologica COVID-19, di cui all'articolo 122 del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 aprile 2020, n. 27, e comunque fino alla scadenza del predetto stato di emergenza, procede, nell'ambito dei poteri conferitigli e con le modalità previste dalla suddetta norma, all'acquisizione e distribuzione delle apparecchiature e dei dispositivi di protezione individuale, nonché di ogni necessario bene strumentale, compresi gli arredi scolastici, utile a garantire l'ordinato avvio dell'anno scolastico 2020-2021, nonché a contenere e contrastare l'eventuale emergenza nelle istituzioni scolastiche statali. È previsto, altresì, che le procedure di affidamento dei contratti pubblici, necessarie per dare attuazione al primo periodo, possono essere avviate dal Commissario anche precedentemente al trasferimento alla contabilità speciale delle suddette risorse.

Il comma 10 dell'articolo 8 specifica che per le procedure disciplinate dal decreto medesimo è esclusa l'ultrattività dei documenti unici di regolarità contributiva in scadenza tra il 31 gennaio 2020 e il 31 luglio 2020, prevista dall'articolo 103, comma 2, del decreto-legge n. 18 del 2020.

Problemi interpretativi e applicativi

➤ **Presupposto dell'urgenza**

L'articolo 8 del decreto in esame prevede che, per le procedure pendenti alla data di entrata in vigore del decreto e per quelle avviate successivamente a tale data, si considera sempre sussistente il presupposto dell'urgenza indipendentemente dall'oggetto dell'affidamento e dalla sua correlazione con l'emergenza sanitaria o con le altre finalità perseguite con il decreto. Di conseguenza, è stabilito che si fa sempre luogo alla consegna dei lavori in via d'urgenza e all'esecuzione d'urgenza per i servizi e forniture e che si procede, per le procedure ordinarie, alla riduzione dei termini procedurali per ragioni di urgenza di cui agli articoli 60, comma 3, 61, comma 6, 62 comma 5, 74, commi 2 e 3, del decreto legislativo n. 50 del 2016.

L'Autorità ribadisce ancora una volta il proprio favore per l'iniziativa intrapresa dal legislatore avendo la stessa ANAC proposto, in diverse occasioni in questo periodo di emergenza, l'opportunità di intervenire a snellire le procedure di gara per alcune specifiche e limitate categorie e per un tempo puntualmente individuato e non prorogabile. L'Autorità pur comprendendo la *ratio* della norma non può non sottolineare che l'attuale formulazione rischia di precludere la partecipazione alle procedure di affidamento, soprattutto da parte di imprese estere, imponendo il rispetto di tempi stringenti per la presentazione delle offerte e per l'esecuzione delle prestazioni anche laddove tale necessità non sembra essere giustificata da concrete ed effettive ragioni di urgenza.

➤ **Carenza dei documenti di programmazione**

Sempre a prescindere dalla sussistenza di concreti motivi d'urgenza, il comma 1, lettera c) della norma in esame prevede che le procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture possano essere avviate anche in mancanza di una specifica previsione nei documenti di programmazione di cui all'articolo 21 del decreto legislativo n. 50 del 2016, già adottati, a condizione che entro trenta giorni decorrenti dalla data di entrata in vigore del presente decreto si provveda ad un aggiornamento in conseguenza degli effetti dell'emergenza COVID-19. A tale riguarda corre l'obbligo di precisare che l'Autorità nell'ambito delle sue attività ha sempre evidenziato l'importanza di una seria programmazione degli interventi e, in particolare,

della corretta individuazione dei fabbisogni e della stima delle risorse necessarie, per garantire il rispetto dei principi di trasparenza, efficienza ed economicità nella spendita di denaro pubblico. La previsione in esame rischia, invece, di legittimare comportamenti disfunzionali delle amministrazioni e, ancor peggio, di sanare carenze pregresse, consentendo l'avvio di procedure di aggiudicazione in assenza di una specifica programmazione anche laddove tale mancanza non dipenda dall'emergenza sanitaria, ma sia imputabile esclusivamente ad omissioni della stazione appaltante. L'Autorità suggerisce di circoscrivere l'ambito di applicazione della deroga alle ipotesi di urgenza/emergenza per le quali occorre necessariamente prescindere dalla programmazione, non essendo i relativi interventi prevedibili anticipatamente.

➤ **Riconoscimento dei maggiori costi per adeguamento e integrazione del piano di sicurezza e coordinamento**

Il comma 4, lettera b) della disposizione prevede, per le sole opere in corso di esecuzione, il riconoscimento dei maggiori costi derivanti dall'adeguamento e dall'integrazione del piano di sicurezza e coordinamento, in attuazione delle misure di contenimento. Sul punto, l'Autorità, con l'atto di segnalazione n. 5 del 29 aprile 2020 aveva segnalato la necessità di prevedere la corresponsione dei SAL alla ripresa dei lavori, anche in deroga alle disposizioni contrattuali, per consentire di garantire liquidità alle imprese che potrebbero trovarsi in difficoltà a causa del lungo periodo di inattività. Tale indicazione dovrebbe valere anche per i servizi.

➤ **Qualificazione delle stazioni appaltanti**

Con il comma 5 si introducono modifiche al codice dei contratti pubblici; all'articolo 38, è stato inserito il comma 3-bis, che apporta modifiche relative alla **qualificazione delle stazioni appaltanti**, eliminando il riferimento agli ambiti di attività e specificando che le centrali di committenza e i soggetti aggregatori sono qualificati almeno negli ambiti riferiti alla capacità di programmazione e progettazione e alla capacità di affidamento. La qualificazione riferita alla capacità di verifica sull'esecuzione e controllo dell'intera procedura, ivi incluso il collaudo e la messa in opera è quindi prevista come facoltativa. Inoltre, è stabilito che nelle aggiudicazioni relative all'acquisizione di beni, servizi o lavori effettuati dalle centrali di committenza, ovvero dai soggetti aggregatori, le attività correlate all'ambito relativo alla capacità di verifica sull'esecuzione possono essere effettuate direttamente dai soggetti deleganti purché qualificati almeno in detto ambito.

L'Autorità segnala che la previsione pone problemi applicativi per il caso in cui le attività di verifica e controllo dell'intera procedura non possano essere eseguite dall'ente delegante, in quanto non qualificato, e neanche dalla centrale di committenza o dal soggetto aggregatore di riferimento, anch'essi privi della qualificazione specifica. In questi casi, quindi, gli enti deleganti privi della necessaria qualificazione sarebbero costretti a delegare l'intera procedura di gara soltanto a soggetti aggregatori o centrali di committenza qualificate per il controllo dell'esecuzione oppure a delegare soltanto tale funzione ad un soggetto diverso rispetto a quello incaricato delle altre fasi della procedura. Ad avviso dell'Autorità la previsione non appare funzionale a garantire un'effettiva semplificazione delle procedure di gara, introducendo, di fatto, elementi di appesantimento del processo di acquisto.

➤ **Piattaforme telematiche**

L'unica proposta presentata dall'ANAC nel documento "*Strategie e azioni per l'effettiva semplificazione e trasparenza nei contratti pubblici attraverso la completa digitalizzazione: le proposte dell'Autorità*" che ha trovato accoglimento in questa sede riguarda l'utilizzo delle piattaforme telematiche e, pertanto, l'ANAC esprime soddisfazione per la scelta di prevedere il requisito della disponibilità di piattaforme telematiche

nella gestione di procedure di gara tra i parametri di base per l'attribuzione della qualificazione, espungendolo dai parametri premianti.

L'Autorità ritiene che tale previsione possa offrire un concreto impulso al processo di digitalizzazione delle procedure di gara e, quindi, alle istanze di semplificazione perseguite dal decreto in esame.

Si ribadisce, peraltro, che per giungere ad una rete effettiva di S.A. qualificate e al servizio dell'intero sistema amministrativo non basta incidere sul processo di qualificazione dall'alto, peraltro mai attuato e fermo dal 2016, ma occorre agire con politiche attive di qualificazione che forniscano, ad un numero ristretto di S.A. (ad esempio le attuali Province e i Comuni capoluogo) le dotazioni informatiche indispensabili, ma soprattutto adeguate dotazioni di personale qualificato. Il decreto in esame, che si accontenta di semplificare le procedure e spesso aggiunge nuovi soggetti nel processo di gestione dei contratti pubblici, continua a rinviare la imprescindibile opera di rafforzamento diretto delle S.A.

➤ **Inversione procedurale anche ai settori ordinari**

Il comma 7 dell'articolo 8 estende, fino al 31/12/2021, l'applicazione anche ai settori ordinari della norma sull'inversione procedurale prevista dall'articolo 133, comma 8, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, per i settori speciali, già prevista dalla legge n. 55/2019 fino al 31/12/2020. Per effetto di tale previsione, le stazioni appaltanti possono decidere di procedere all'esame delle offerte prima della verifica dell'idoneità degli offerenti. Tale facoltà può essere esercitata se specificamente prevista nel bando di gara o nell'avviso con cui si indice la gara. L'articolo 133 prevede, altresì, che se si avvalgono di tale possibilità, le amministrazioni aggiudicatrici garantiscono che la verifica dell'assenza di motivi di esclusione e del rispetto dei criteri di selezione sia effettuata in maniera imparziale e trasparente, in modo che nessun appalto sia aggiudicato a un offerente che avrebbe dovuto essere escluso per la carenza dei requisiti generali o che non soddisfi i criteri di selezione stabiliti dall'amministrazione aggiudicatrice.

L'applicazione di tale disposizione ha fatto emergere, sin dall'origine, alcuni problemi interpretativi e applicativi che fanno dubitare della reale portata semplificativa della previsione. In particolare, i dubbi riguardano le concrete modalità di applicazione della disposizione, soprattutto in riferimento al fatto se la scelta di avvalersi dell'inversione comporti la non apertura della "busta A" oppure soltanto la posticipazione delle verifiche sul possesso dei requisiti dichiarati. Nel secondo caso, anche facendosi luogo all'inversione, la stazione appaltante potrebbe verificare, ad esempio, la completezza e correttezza della documentazione, l'assenza di situazioni di collegamento o controllo tra i concorrenti ed altri elementi di immediato accertamento che potrebbero portare all'esclusione tempestiva del concorrente privo dei requisiti di partecipazione.

➤ **Inversione procedimentale e calcolo della soglia di anomalia**

Problemi sussistono anche con riferimento agli effetti **dell'inversione procedimentale sul calcolo della soglia di anomalia**; ai sensi dell'art. 95 comma 15, del codice dei contratti pubblici, ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte non rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte. Tale principio ha la funzione di assicurare stabilità agli esiti finali della procedura di gara, evitando che, nel caso di esclusione dell'aggiudicatario o di un concorrente dalla procedura di gara per mancata dimostrazione dei requisiti dichiarati, la stazione appaltante debba retrocedere la procedura fino alla determinazione della soglia di anomalia delle offerte, con l'inconveniente del conseguente prolungamento dei tempi della gara e del dispendio di risorse umane ed economiche. Sulla base di tale principio, quindi, soltanto le modifiche successive alla fase di ammissione/regolarizzazione delle offerte sono soggette al principio di invarianza.

Tutte le altre modifiche della platea dei concorrenti, tra cui anche quelle risultanti dalle verifiche della sussistenza dei requisiti di partecipazione (seppure posticipate in virtù dell'inversione procedimentale) comportano il ricalcolo della soglia di anomalia, con conseguente prolungamento dei tempi di gara. Infine, si consideri che tale ricalcolo potrebbe agevolare comportamenti opportunistici in grado di condizionare gli esiti dell'affidamento da parte di operatori economici non utilmente collocati in graduatoria, e soggetti al controllo dei requisiti, che, a seconda della propria condotta in sede di verifica (si pensi alla mancata produzione di documentazione integrativa in sede di soccorso istruttorio), potrebbero influire sugli esiti della gara.

Considerato quanto sopra si rimette alla valutazione del legislatore, nell'ottica di determinare una parziale attenuazione di questo rischio, la possibilità di introdurre, in sede di conversione, la previsione del sorteggio in seduta pubblica dei partecipanti diversi dal miglior offerente da sottoporre a controllo, comunque auspicabile, unitamente alla predeterminazione della percentuale minima dei partecipanti da verificare, eventualmente variabile secondo criteri predeterminati in funzione del numero dei partecipanti.

Si evidenziano, altresì, gli ulteriori rischi già evidenziati dalla giurisprudenza (TAR Toscana, sez. II, 29 ottobre 2018, n. 1391), correlati alla previa conoscenza del contenuto delle offerte. Tale circostanza potrebbe infatti influire anche sulle decisioni della stazione appaltante in merito all'ammissione dei concorrenti alla procedura, nei casi in cui è attribuito alla stessa un potere di apprezzamento discrezionale (si pensi ai casi di illecito professionale) e del conseguente prevedibile aumento del contenzioso.

➤ **Le concessioni e i PPP**

Le misure introdotte nel D.L. in esame riguardano esclusivamente gli appalti e non le concessioni e i PPP, settori in cui i ritardi nell'aggiudicazione incidono in maniera elevata unitamente all'elevata mortalità delle relative procedure. Con riferimento a tale scelta, l'Autorità ribadisce il proprio favore e auspica che la norma venga corretta nel senso di rendere esplicito che dall'ambito di applicazione sono escluse le concessioni e i PPP.

Nella Relazione AIR per le Linee guida n. 9 era indicato quanto segue: «A tal fine, si è ritenuto utile considerare i dati del Dipartimento per la Programmazione e il Coordinamento della Politica Economica - DIPE (pubblicati nello studio "Il project financing per la realizzazione delle opere pubbliche in Italia", nel mese di settembre 2015, relativi soprattutto alle concessioni di lavori). In base a tali dati si rileva una elevata "mortalità" delle operazioni: su 13.047 gare per concessioni di servizi censite tra il 2008 e il 2014 ne sono state aggiudicate solo 3.305, con un tasso di mortalità di circa il 75%, ovvero 3 gare su 4 non vengono aggiudicate. Le concessioni di lavori pubblici, invece, hanno fatto segnalare, nello stesso periodo 3.353 bandi e 1.435 aggiudicazioni, e quindi un tasso di mortalità superiore al 50%».

L'unica norma che riguarda le concessioni e il PPP è rappresentata dalla modifica introdotta all'articolo 183, comma 15, che consente ora la possibilità di proposte dai privati per il *project financing* anche per interventi già presenti negli strumenti di programmazione. Si ricorda che l'articolo 153, comma 16, prevedeva la possibilità per i soggetti in possesso dei requisiti del promotore di presentare una proposta nel caso di inerzia della pubblica amministrazione. Era, infatti, previsto un termine di sei mesi decorrenti dalla data di pubblicazione degli strumenti di programmazione per la presentazione di un'offerta (entro 4 mesi dalla scadenza del termine precedente), nel caso in cui l'amministrazione non avesse pubblicato i bandi di gara. L'Autorità segnala che poiché il soggetto che presenta l'offerta acquisisce un diritto di prelazione, l'assenza di qualunque termine rischia di favorire comportamenti opportunistici da parte degli operatori economici (ad esempio per il rinnovo delle concessioni) nonché collusivi tra stazioni appaltanti e imprese.

Art. 9 - Misure di accelerazione degli interventi infrastrutturali

L'articolo 9 del decreto semplificazioni introduce alcune modifiche al decreto sblocca cantieri in materia di interventi infrastrutturali, individuando un'ulteriore deroga all'applicazione del codice dei contratti pubblici per gli interventi infrastrutturali caratterizzati da un elevato grado di complessità progettuale, da una particolare difficoltà esecutiva o attuativa, da complessità delle procedure tecnico – amministrative ovvero che comportano un rilevante impatto sul tessuto socio - economico a livello nazionale, regionale o locale per la cui realizzazione o completamento si rende necessario la nomina di uno o più Commissari. Detti interventi sono individuati con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, da adottare entro il 31 dicembre 2020, su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, sentito il Ministro dell'economia e delle finanze, previo parere delle competenti Commissioni parlamentari e con uno o più decreti successivi da adottare entro il 30/6/2021.

La norma prevede che, per l'esecuzione di tali interventi, i Commissari straordinari possono essere abilitati ad assumere direttamente le funzioni di stazione appaltante e operano in deroga alle disposizioni di legge in materia di contratti pubblici, fatto salvo il rispetto dei principi di cui agli articoli 30, 34 e 42 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, nonché delle disposizioni del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, e dei vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea, ivi inclusi quelli derivanti dalle direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE, e delle disposizioni in materia di subappalto.

La disposizione prevede che i provvedimenti di natura regolatoria, ad esclusione di quelli di natura gestionale, adottati dai Commissari straordinari sono sottoposti al controllo preventivo della Corte dei conti, con termini dimezzati, e pubblicati nella Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana. In ogni caso, è previsto che durante lo svolgimento della fase del controllo, l'organo emanante può, con motivazione espressa, dichiarare i predetti provvedimenti provvisoriamente efficaci, esecutori ed esecutivi.

Le modalità e le deroghe di cui sopra, si applicano anche agli interventi dei Commissari straordinari per il dissesto idrogeologico in attuazione del Piano nazionale per la mitigazione del rischio idrogeologico, il ripristino e la tutela della risorsa ambientale, di cui al decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 20 febbraio 2019, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 88 del 13 aprile 2019, e dei Commissari per l'attuazione degli interventi idrici di cui all'articolo 1, comma 153, della legge 30 dicembre 2018, n. 145 e del Commissario unico nazionale per la depurazione di cui all'articolo 2, comma 1, del decreto-legge 29 dicembre 2016 n.243 convertito, con modificazioni, dalla legge 27 febbraio 2017 n. 18 e all'articolo 5, comma 6, del decreto-legge 14 ottobre 2019 n.111, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 dicembre 2019 n. 141 e dei Commissari per la bonifica dei siti di interesse nazionale di cui all'articolo 252, del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152.

Problemi interpretativi e applicativi

➤ I Commissari straordinari

L'articolo 9 del decreto semplificazioni introduce alcune modifiche al decreto sblocca cantieri in materia di interventi infrastrutturali, individuando un'ulteriore deroga all'applicazione del codice dei contratti pubblici per gli interventi infrastrutturali caratterizzati da un elevato grado di complessità progettuale, da una particolare difficoltà esecutiva o attuativa, da complessità delle procedure tecnico – amministrative ovvero che comportano un rilevante impatto sul tessuto socio - economico a livello nazionale, regionale o locale per la cui realizzazione o completamento si rende necessario la nomina di uno o più Commissari. Detti interventi sono individuati con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, da adottare entro il 31 dicembre 2020. La norma prevede che, per l'esecuzione di tali interventi, i Commissari straordinari possono essere abilitati ad assumere direttamente le funzioni di stazione appaltante e operano in deroga alle disposizioni di legge in materia di contratti pubblici, fatto salvo il rispetto dei principi di cui agli articoli 30, 34 e 42 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, nonché delle disposizioni del codice delle leggi

antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, e dei vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea, ivi inclusi quelli derivanti dalle direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE, e delle disposizioni in materia di subappalto.

Dette previsioni in parte erano già state emanate con il d.l. "Sblocca-cantieri" e, in quella occasione l'Autorità aveva già prospettato la possibilità che le stesse potessero rivelarsi foriere di maggiori rischi di illegalità e *maladministration*, tipicamente connessi agli interventi emergenziali.

Anche in questa sede, l'ANAC ribadisce in maniera ferma la propria contrarietà all'utilizzo della figura del Commissario in maniera generalizzata, in quanto la presenza dello stesso – quale soggetto unico nella gestione delle procedure di gara – non consente alle stazioni appaltanti di raggiungere livelli di competenza professionale adeguate per lo svolgimento della gestione in autonomia delle procedure di gara. Il rischio è, anche in questo caso, la creazione di una sorta di amministrazione parallela. Per contro, ben potrebbe essere utilizzata questa figura per lo svolgimento di un'attività di coordinamento amministrativo nonché per tutte le attività strategiche e, quindi, prodromiche alle procedure di gara.

L'Autorità resta contraria all'affidamento ai Commissari dei poteri di deroga generalizzata già criticata con riferimento all'articolo 2, comma 4. Anche in questo caso i poteri di deroga si rivelano sproporzionati e controproducenti.

Ove il legislatore intendesse mantenere questa previsione, l'Autorità raccomanda con forza che il Commissario, qualora destinatario di funzioni di gestione delle procedure di affidamento, si debba sempre avvalere di S.A. qualificate.

➤ **Ricostruzione post sisma vigilate dalla UOS**

In merito alle procedure relative alla ricostruzione post sisma vigilate dalla UOS si osserva che l'art. 11 del decreto al comma 1 prevede che *"Le disposizioni del presente decreto recanti semplificazioni e agevolazioni procedurali o maggiori poteri commissariali, anche se relative alla scelta del contraente o all'aggiudicazione di pubblici lavori, servizi e forniture, nonché alle procedure concernenti le valutazioni ambientali o ai procedimenti amministrativi di qualunque tipo, trovano applicazione, senza pregiudizio dei poteri e delle deroghe già previsti dalla legislazione vigente, alle gestioni commissariali, in corso alla data di entrata in vigore del presente decreto, finalizzate alla ricostruzione e al sostegno delle aree colpite da eventi sismici verificatisi sul territorio nazionale"*. Il testo non chiarisce la scelta della procedura con minor "pregiudizio, tra quelle semplificate da ultimo introdotte e quelle in deroga previste dalla normativa speciale per il sisma del centro Italia del 2016.

La scelta della procedura, infatti, non è da considerare determinata a priori atteso che, ad esempio, per un intervento considerato di importanza essenziale per la ricostruzione, potrebbe ritenersi più speditivo l'utilizzo di una delle nuove procedure semplificate sotto soglia comunitaria, ex art. 1 de D.L. 76/2020, ovvero più confacente alla tipologia dell'intervento per qualità, la procedura accelerata (negoziata e appalto integrato) ex art. 14, comma 3-bis e 3-bis 1, del D.L. 189/2016.

Articolo 34 - Semplificazione per la Piattaforma Digitale Nazionale Dati

➤ **Piattaforma Digitale Nazionale Dati (PDND)**

La disposizione introduce modifiche all'articolo 50-ter del d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, al fine di favorire la condivisione e l'utilizzo del patrimonio informativo pubblico per l'esercizio di finalità istituzionali e la semplificazione degli oneri per cittadini e imprese, prevedendo la piena operatività della Piattaforma Digitale Nazionale Dati (PDND). La Piattaforma è finalizzata a favorire la conoscenza e l'utilizzo del patrimonio informativo detenuto per finalità istituzionali, nonché la condivisione dei dati tra i soggetti che

hanno diritto ad accedervi ai fini della semplificazione degli adempimenti amministrativi dei cittadini e delle imprese. Tale piattaforma sarà sviluppata e gestita dalla Presidenza del Consiglio.

L'Autorità, nel corso del 2018 e 2019, ha avviato una intensa sperimentazione per l'integrazione delle proprie banche dati con il prototipo della PDND, denominato Data & Analytics Framework (DAF) che ha portato alla messa a disposizione attraverso tale piattaforma, in forma sperimentale, di una notevole mole di informazioni presenti nella Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici. La temporanea sospensione delle attività di sviluppo della PDND da parte della PCM ha fatto dirottare gli sforzi di sviluppo e condivisione di dati in altre direzioni. Si ritiene pertanto che tale percorso di integrazione potrà essere ripreso proficuamente riallacciando i contatti con gli interlocutori istituzionali del Dipartimento per l'Innovazione e la Digitalizzazione. L'Autorità è impegnata in un importante percorso di rinnovamento e sviluppo di nuovi servizi digitali e sarà necessario valutare puntualmente l'impatto di tali previsioni nei piani di sviluppo definiti, adeguandoli alle indicazioni di adozioni di piattaforme *cloud* e alla piena digitalizzazione dei processi interni anche al fine di favorire il lavoro in modalità agile. In tale senso dovrà essere definito un piano di transizione digitale dell'Autorità che potrà partire dalla proposta presentata al Consiglio dal Responsabile per la Transizione Digitale.

Ulteriori problemi interpretativi e applicativi

➤ **Il subappalto**

Il decreto in esame omette l'intervento su alcune norme del codice dei contratti pubblici per le quali sono pendenti procedure di infrazione oppure sono state adottate pronunce negative da parte della Corte di Giustizia. In particolare, riguardo alla disciplina del subappalto, per la quale è pendente la procedura di infrazione n. 2018/2273, a fronte di una volontà di intervento manifestata in origine, non è stata introdotta alcuna modifica al codice dei contratti pubblici, né al fine di eliminare il limite per il ricorso al subappalto, né per eliminare la previsione dell'articolo 80 che dispone l'esclusione del concorrente per motivi riconducibili al subappaltatore.

Al riguardo, si segnala che l'Autorità è intervenuta sulla materia mediante l'atto di segnalazione n. 8/2019, contenente proposte specifiche per l'adeguamento della disciplina nazionale alla pronuncia del Giudice Europeo. La norma sul subappalto è al momento contenuta nella bozza di Legge europea 2019, ma non sembra idonea a superare le contestazioni contenute nella procedura di infrazione comunitaria né le censure contenute in alcune recenti sentenze della Corte di Giustizia. Con riferimento al primo aspetto, si ricordano le sentenze della Corte di Giustizia rese nella causa C-63/18, (secondo cui non è conforme alla normativa euro-unitaria una normativa nazionale che limita al 30% la parte dell'appalto che l'offerente è autorizzato a subappaltare a terzi») e nella causa C-402/18 (secondo cui la direttiva 2004/18 deve essere interpretata nel senso che essa osta a una normativa nazionale che limita la possibilità di ribassare i prezzi applicabili alle prestazioni subappaltate oltre il 20% rispetto ai prezzi risultanti dall'aggiudicazione). Inoltre, con riferimento alle cause di esclusione riguardanti il subappaltatore, si evidenzia la pronuncia resa il 30 gennaio 2020, causa C-395/18, che ha ritenuto non conforme al diritto euro-unitario una disposizione che privi l'operatore economico offerente della possibilità di dimostrare, conformemente alla direttiva, la propria affidabilità malgrado l'esistenza di una violazione compiuta da uno dei suoi subappaltatori. L'Autorità segnala, per quanto di competenza, l'opportunità di un intervento urgente e completo in materia.

Analisi delle disposizioni del D.L. n. 76/2020 in materia di prevenzione della corruzione e della trasparenza

Il decreto in esame interviene anche in materia di prevenzione della corruzione e della trasparenza, e nello specifico si occupa di:

- monitoraggio dei tempi procedurali (art. 12);
- semplificazione e riduzione degli oneri informativi sugli investimenti pubblici (art. 41);
- procedure di valutazione dell'impatto ambientale (art. 50).

In particolare, l'art. 12 apporta semplificazioni al procedimento amministrativo di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241 con l'intento di contribuire a rafforzare le previsioni già contenute nella normativa sulla prevenzione della corruzione e sulla trasparenza (legge 190/2012 e d.lgs. 33/2013).

➤ **Monitoraggio degli investimenti pubblici**

L'art. 41 "*Semplificazione del Sistema di monitoraggio degli investimenti pubblici e riduzione degli oneri informativi a carico delle Amministrazioni pubbliche*" rafforza il sistema di monitoraggio degli investimenti pubblici (c.d. MIP), previsto dall'art. 1, comma 5, della legge n. 144 del 1999, quale collettore dei flussi informativi rivenienti dalle principali banche dati di monitoraggio nazionale degli investimenti pubblici.

Il co. 1 dell'articolo integra i contenuti dell'art. 11 della legge 16 gennaio 2003, n. 3 con alcuni obblighi volti ad assicurare una maggiore trasparenza e conoscibilità degli investimenti pubblici:

- l'identificazione puntuale tramite codice CUP (Codice Unico di Progetto) come elemento essenziale di ogni atto amministrativo per poter verificare lo stato di attuazione della spesa pubblica in assenza del quale il progetto diventa nullo (art. 11, co. 2-bis);
- i soggetti titolari di progetti d'investimento pubblico danno notizia, con periodicità annuale, in apposita sezione dei propri siti *web* istituzionali, dell'elenco dei progetti finanziati, indicandone il CUP, l'importo totale del finanziamento, le fonti finanziarie, la data di avvio del progetto e lo stato di attuazione finanziario e procedurale (art. 11, co. 2-quater).

➤ **Attività di vigilanza ed esercizio del potere sanzionatorio: nessun soggetto individuato**

L'Autorità segnala che le disposizioni introdotte – con riferimento alle quali si esprime il proprio apprezzamento – non individuano un soggetto cui è affidato il compito di vigilare sulle nuove misure di trasparenza né prevedono un regime sanzionatorio applicabile nei casi di mancata osservanza dell'obbligo o un sistema di incentivi volti a sostenere la pubblicazione dei dati richiesti. Tale carenza potrebbe comportare un limitato successo della norma.

Inoltre, si esprime qualche perplessità in ordine alla scelta di prevedere a fronte di importanti interventi, anche in termini di interoperabilità delle banche dati previsti all'art. 41, co. 1, la realizzazione nei limiti delle risorse umane finanziarie e strumentali disponibili allo scopo a legislazione vigente (art. 11, co. 2-sexies). Tale circostanza potrebbe rendere difficile la loro attuazione.

➤ **Semplificazioni in materia ambientale: criticità**

L'art. 50 recante "*Razionalizzazione delle procedure di valutazione dell'impatto ambientale*" introduce una serie di semplificazioni in materia ambientale. Per quanto riguarda le competenze dell'Autorità, si segnalano le modifiche che la norma reca all'art. 7-bis (Competenze in materia di VIA e di verifica di assoggettabilità a VIA) e all'art. 19 (Modalità di svolgimento del procedimento di verifica di assoggettabilità a VIA) del d.lgs. 152/2006 "Norme in materia ambientale". Sotto un primo profilo, in materia di conflitti di interesse, l'art. 50 del d.l. in esame, nel modificare il comma 6 del citato art. 7-bis del d.lgs. 152/2006, dispone che le autorità competenti evitino l'insorgenza di situazioni che diano origine a un conflitto di interessi e provvedono a segnalare ogni situazione di conflitto, anche potenziale, alle competenti autorità. L'Autorità segnala che la norma al momento è generica e si presta a diversi profili critici perché omette di indicare:

- quali siano le circostanze in corrispondenza delle quali una situazione di **conflitto di interessi** può dirsi integrata;

- come vadano risolte le interferenze di fatto esistenti tra l'attività dell'autorità competente cui fa riferimento il citato art. 7-bis (*id est*, ai sensi dell'art. 5, co. 1, lett. p del d.lgs. 152, la pubblica amministrazione cui compete l'adozione del provvedimento di verifica di assoggettabilità a VIA, l'elaborazione del parere motivato, nel caso di valutazione di piani e programmi, e l'adozione dei provvedimenti di VIA, nel caso di progetti ovvero il rilascio dell'autorizzazione integrata ambientale o del provvedimento comunque denominato che autorizza l'esercizio) e quella di ANAC che – come noto – è soggetto che vigila sui conflitti di interesse;
- quali siano i presidi messi a disposizione dell'ordinamento per ridurre e sanzionare le specifiche ipotesi di conflitto di interessi previste.

➤ **Obblighi di trasparenza**

Sotto diverso profilo - quello legato alla trasparenza - si consideri la totale riscrittura dell'art. 19 "*Modalità di svolgimento del procedimento di verifica di assoggettabilità a VIA*" del citato d.lgs. 152/2006. La norma impone precisi obblighi di trasparenza nel senso che, contestualmente alla ricezione della documentazione sullo studio preliminare ambientale, l'autorità competente deve pubblicare lo stesso nel proprio sito internet istituzionale, con modalità tali da garantire la tutela della riservatezza di eventuali informazioni industriali o commerciali indicate dal proponente, in conformità a quanto previsto dalla disciplina sull'accesso del pubblico all'informazione ambientale. In alternativa, la pubblicazione può avvenire a cura del proponente, secondo le modalità tecniche di accesso al sito internet istituzionale dell'autorità competente tempestivamente indicate da quest'ultima. Contestualmente, l'autorità competente comunica per via telematica a tutte le Amministrazioni e a tutti gli enti territoriali potenzialmente interessati l'avvenuta pubblicazione della documentazione nel proprio sito internet. Entro trenta giorni dalla comunicazione e dall'avvenuta pubblicazione sul sito internet della relativa documentazione, chiunque abbia interesse può presentare le proprie osservazioni all'autorità competente in merito allo studio preliminare ambientale e alla documentazione allegata.

La norma introduce un livello di trasparenza sicuramente maggiore rispetto alla versione precedente dell'art. 19. Valgono, però, anche in questo caso, le considerazioni cui si è fatto sopra riferimento con riguardo al novellato art. 7-bis del medesimo d.lgs. 152 nel senso della genericità del disposto normativo che non risulta accompagnato da un adeguato ed efficace sistema di presidi rispetto al controllo dell'attuazione dello stesso.

Roma, 4 agosto 2020