

# LE NOVITÀ DEL DL “SEMPLIFICAZIONI”, CON LE MODIFICHE INTRODOTTE IN FASE DI CONVERSIONE

## DOSSIER ANCE

---

**ESAME, COMMENTO E PRIME INDICAZIONI OPERATIVE** per l’applicazione delle disposizioni del decreto **16 luglio 2020, n. 76**, recante “*Misure urgenti per la semplificazione e l’innovazione digitale*”, convertito, con modificazioni, nella **legge 11 settembre 2020, n. 120**.

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

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, vengono previste, per l'affidamento di contratti di importo **inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria**, di cui all'art. 35 del citato Codice, procedure "derogatorie" al Codice dei contratti pubblici (D.lgs. 50/2016) **a condizione che la determina a contrarre o altro atto di avvio del procedimento equivalente sia adottato entro il 31 dicembre 2021** (termine fissato inizialmente, dal decreto, al 31 luglio 2021).

In particolare, per gli affidamenti di **lavori pubblici**, le stazioni appaltanti procedono con le seguenti modalità:

1. **fino a 150 mila euro**, mediante **affidamento diretto**, che può avvenire anche con determina a contrarre o atto equivalente;
2. da **150 a 350 mila euro**, mediante procedura **negoziata senza bando** con invito a **5** operatori, ove esistenti;
3. da **350 mila a 1 milione euro**, mediante procedura **negoziata senza bando** con invito a **10** operatori, ove esistenti;
4. sopra **1 milione e fino a soglia comunitaria** (5, 3 mln), mediante procedura **negoziata senza bando** con invito a **15** operatori, ove esistenti.

In tali casi, non viene richiesta la **garanzia provvisoria**, salvo che, in considerazione della tipologia e specificità della singola procedura, ricorrano particolari esigenze che ne giustifichino la richiesta, condizioni, queste, che l'amministrazione deve indicare nell'avviso di indizione della gara o in altro atto equivalente; nel caso in cui sia comunque richiesta, il relativo ammontare è dimezzato rispetto a quanto previsto "ordinariamente" dal Codice, all'articolo 93.

La selezione degli operatori da invitare alla procedure negoziate di cui ai punti 2), 3) e 4), deve avvenire nel rispetto di un criterio di **rotazione** degli inviti, che tenga conto anche di **una diversa dislocazione territoriale delle imprese**, individuati in base ad indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici. In tali casi, l'avviso sui risultati della procedura di affidamento dovrà contenere anche **l'indicazione dei soggetti invitati**.

Quest'ultimo obbligo di post-informazione, in fase di conversione, è stato escluso per gli affidamenti inferiori a 40 mila euro; sempre per gli affidamenti che rientrano in tale fascia di importo, è venuto meno, questa volta "a regime" - ossia con una modifica che interviene direttamente sul Codice, all'art. 36 - l'obbligo di pubblicare i risultati delle stesse procedure.

Sempre in fase di conversione, è stato poi introdotto **l'obbligo** per le stazioni appaltanti di dare evidenza dell'avvio delle procedure negoziate *de quibus* tramite **pubblicazione di un avviso nei rispettivi siti internet istituzionali**.

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 stesse si applica **l'esclusione automatica dalla gara delle offerte anomale**, qualora il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a **cinque**.

In tutti i 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 avviene entro il termine di **2 mesi** dalla data di adozione dell'atto di avvio del procedimento, aumentati a **4 mesi** in caso di procedura negoziata.

Il mancato rispetto di tale termine, nonché la mancata tempestiva stipulazione del contratto o anche il tardivo avvio dell'esecuzione, **possono essere valutati ai fini della responsabilità erariale del RUP**; se invece il ritardo è imputabile all'operatore, **ciò costituisce causa di esclusione dalla procedura o di risoluzione del contratto per inadempimento, dichiarata, senza indugio, dalla stazione appaltante e operante di diritto**.

#### **Valutazione**

Le procedure derogatorie, previste dall'articolo in commento, troveranno applicazione a condizione che la determina a contrarre o altro atto di avvio del procedimento equivalente venga adottata entro il 31 dicembre 2021 (comma 1, primo periodo).

Conseguentemente, ai fini dell'applicazione di tali misure, non sarà dirimente il momento della indizione della gara, bensì un atto amministrativo di tipo programmatico, con efficacia interna, rilevante solo ai fini del procedimento formativo della volontà del committente pubblico e **soltanto "prodromico" alla successiva adozione**, da parte della PA, **del bando, dell'avviso o della lettera di invito**, che rendono conoscibile al mercato la determinazione della volontà pubblica di addivenire alla stipula di un contratto.

**Ciò significa, pertanto, che, rispetto al termine massimo indicato, (31 dicembre 2021), in realtà, il regime derogatorio beneficerà di fatto di un notevole "cd effetto trascinamento".**

Infatti, una volta adottato entro tale termine un atto a mera rilevanza interna – come appunto la delibera a contrarre o atto equivalente- la procedura "in deroga" potrà invece essere concretamente avviata e svolta anche oltre tale data.

La disposizione, peraltro, non prevede neanche un limite temporale, rispetto al momento dell'adozione della delibera a contrarre, per l'indizione della successiva gara.

È pertanto evidente il vulnus ai principi di pubblicità, trasparenza e massima concorrenza, tanto più che i la cd Fase "1" dell'emergenza sanitaria, ossia quella connotata da maggiore criticità, è ormai alle spalle.

Vieppiù, tali procedure potranno essere utilizzate per affidare qualunque tipologia di appalto, senza limiti di tempo e senza alcun connessione diretta con le esigenze impellenti derivanti dalla pandemia (diversamente da quanto, invece, richiesto dalla Commissione Europea, nella

comunicazione 2020/C 108 I/01)

Ciò significa consentire alle stazioni appaltanti di utilizzare tali deroghe per affidare, ad esempio, appalti di manutenzione ordinaria con durata pluriennale, con l'effetto di procrastinare "ad libitum" tale fase emergenziale.

Per ANCE, la validità di tali previsioni avrebbe dovuto essere non oltre il 31 dicembre p.v.

Va evidenziato che, in fase di conversione, è stato quantomeno introdotto l'**obbligo** per le stazioni appaltanti di **dare evidenza dell'avvio delle procedure negoziate de quibus tramite pubblicazione di un avviso nei rispettivi siti internet istituzionali**.

Si tratta di una modifica **fortemente voluta da ANCE** al fine di garantire maggiore concorrenza e rotazione degli inviti, sebbene, comunque, si tratti di procedure, quelle negoziate, che per definizione sono a concorrenza limitata, non essendo consentito a tutti gli operatori qualificati di poter partecipare.

Tale modifica consente se non altro una maggiore apertura del mercato, permettendo alle imprese, tra le altre cose, di presentare offerta in raggruppamento temporaneo.

Possibilità, questa, espressamente chiarita con le previsioni dell'art. 2 bis – vedi dopo - introdotto in fase di conversione.

Proseguendo nell'analisi dell'articolato, viene introdotto il concetto della **diversa dislocazione territoriale delle imprese** ai fini dell'invito procedure negoziate *de quibus*, concetto, questo, da intendere nel senso di una apertura del mercato alle imprese di tutti i territori, così da garantire la massima concorrenza.

Con riferimento poi al tema della **responsabilità erariale e del rispetto del termine per l'aggiudicazione e/o stipulazione contratto**, si evidenzia che, per incentivare realmente la politica del "fare", sarebbe stato necessario prevedere che il mancato rispetto di tali tempistiche per l'espletamento delle procedure di gara e per la stipulazione del contratto fosse valutata sempre ai fini della responsabilità erariale, così da eliminare ogni possibile "alibi".

## **ART. 1 - QUESTIONI INTERPRETATIVE E/O APERTE**

- I. Fino al 31 dicembre 2021, le stazioni appaltanti, per gli appalti sottosoglia, possono ancora utilizzare, in alternativa alle procedure c.d. "emergenziali" del DI "Semplificazioni", le procedure c.d. "ordinarie" (aperta o ristretta)?***

Secondo una prima tesi, le stazioni appaltanti, fino al 31 dicembre 2021, sarebbero obbligate ad utilizzare le modalità procedurali previste nel D.L. "Semplificazioni", atteso che l'art. 1 contiene la deroga espressa all'art. 36, comma 2 del Codice 50.

Tale posizione ermeneutica fa leva sull'intento acceleratorio sotteso a tutto il DI Semplificazioni, mirato

ad incentivare gli investimenti pubblici nel settore delle infrastrutture e dei servizi pubblici, al fine di arginare le ricadute economiche negative connesse all'evento pandemico. Diversamente opinando, invero, tale obiettivo potrebbe risultare frustrato.

A tale posizione, si contrappone seconda tesi (sostenuta, ad esempio, anche da ANAC) che ritiene, invece, utilizzabile, anche nel periodo emergenziale, le procedure ordinarie.

Ciò, principalmente, sulla base del fatto che l'articolo 1 del DL "semplificazioni" introduce deroghe puntuali alla normativa del Codice, che quindi non verrebbe abrogato nei suoi principi fondamentali. La possibilità di utilizzo delle procedure ordinarie risulterebbe altresì avvalorata dal fatto che le stesse "promanano" dalle direttive comunitarie, il cui utilizzo quindi non potrebbe essere censurato. Ciò non toglie che, in caso di utilizzo dei sistemi di gara ordinari, sussista un obbligo di congrua motivazione in merito al rispetto del principio di non aggravamento del procedimento, nonché al rispetto dei termini di conclusione del procedimento, come fissati dal D.l. «semplificazioni», in conformità con gli obiettivi emergenziali.

***II. Relativamente ai contratti sotto 1 milione di euro, le stazioni appaltanti possono utilizzare, in alternativa alle procedure previste dal DL. "Semplificazioni" fino al 31 dicembre 2021, le procedure "negoziate" come disciplinate dall'art. 36 del Codice 50?***

Tale possibilità sembra doversi escludere, considerata la deroga espressa contenuta nel DL "Semplificazioni", in merito alle procedure previste all'art. 36, comma 2, del Codice.

Tale articolato, quindi, pur rimanendo in vigore, sembrerebbe di fatto inutilizzabile per le future procedure.

Ove, invece, la stazione appaltante avesse già avviato una formale indagine di mercato, con avviso pubblicato prima dell'entrata in vigore del decreto- legge, potrà valutarne l'attualità in termini sempre di interesse pubblico, disponendone in caso contrario la revoca.

Laddove, invece, l'indagine si sia già conclusa con l'individuazione degli operatori economici da invitare, la procedura potrà completarsi, anche nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza, con la successiva fase di confronto.

***III. Fino al 31 dicembre 2021, cosa cambia per gli affidamenti diretti?***

Il DL "Semplificazioni", ha innalzato fino a 150 mila euro, la possibilità di utilizzare l'affidamento diretto dei lavori.

Al contempo, non è stata riprodotta la locuzione "**anche senza previa consultazione di due o più operatori**", contenuto nell'art. 36 c. 2, del Codice.

La conseguenza potrebbe essere quindi che, che, fino al 31 dicembre 2021 anche in caso di affidamento diretto, debba aver luogo un minimo confronto concorrenziale, per l'individuazione dell'affidatario

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

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, il provvedimento, a seguito della conversione, prevede l'applicazione delle **procedure di affidamento e la disciplina dell'esecuzione** del contratto di seguito descritte, **qualora la determina a contrarre o altro atto di avvio del procedimento equivalente sia adottato entro il 31 dicembre 2021** – termine inizialmente fissato, dal decreto, al 31 luglio 2021.

In ogni caso, salvo che la procedura sia sospesa per provvedimenti del giudice, **l'aggiudicazione o l'individuazione definitiva del contraente deve avvenire entro SEI mesi dall'avvio del procedimento**; il mancato rispetto di tale termine, nonché la tardiva stipulazione del contratto o anche il tardivo avvio dell'esecuzione **possono essere** valutati ai fini della responsabilità erariale del RUP; se invece il ritardo è imputabile all'operatore, **costituisce causa di esclusione dalla procedura o di risoluzione del contratto, dichiarata, senza indugio, dalla stazione appaltante.**

### Valutazione

Quanto al tema della **responsabilità erariale e del rispetto del termine per l'aggiudicazione e/o stipulazione contratto**, per incentivare realmente la politica del "fare", sarebbe stato necessario prevedere che il mancato rispetto di tali tempistiche per l'espletamento delle procedure di gara e per la stipulazione del contratto fosse valutata sempre ai fini della responsabilità erariale, così da eliminare ogni possibile "alibi".

Venendo alle procedure "derogatorie", la norma dispone quanto segue.

#### A. **OPERE "ORDINARIE" (Commi 2 e 3)**

Le stazioni appaltanti procedono mediante:

- a) **procedura aperta o ristretta**
- b) o, previa motivazione dei presupposti di legge, mediante **competitiva con negoziazione** (in tale caso, solo gli operatori invitati possono presentare un'offerta in seguito alla valutazione delle informazioni fornite - *rectius* i requisiti minimi - l'offerta costituisce la base per la successiva negoziazione. Per limitare il numero di operatori da invitare, la stazione appaltante può utilizzare il meccanismo della cd "forcella"; in tal caso, il numero minimo degli invitati non può essere inferiore a 3). In fase di conversione, accanto a tali procedure, è stata aggiunta la possibilità di ricorrere al **dialogo competitivo** di cui all'art. 64 del Codice.
- c) **procedura negoziata senza bando, con invito a 5 operatori**, "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" (**COMMA 3**).

La procedura, a seguito delle modifiche introdotte in fase di conversione, come auspicato da ANCE, può essere utilizzata solo previa pubblicazione dell'avviso di indizione della gara o di altro atto equivalente. Quando optino per tale procedura le stazioni appaltanti, **operano**, per quanto non espressamente regolato dall'articolo in commento, **in deroga** ad ogni disposizione di legge **diversa da quella penale, fatto salvo il rispetto del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione (d.lgs. 159/11)** nonché dai vincoli inderogabili derivanti da EU, ivi inclusi quelli derivanti dalle direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE, **dei principi di cui agli articoli 30, 34 e 42 del Codice degli appalti e delle disposizioni in materia di subappalto.**

La procedura negoziata può essere utilizzata anche in caso di singoli operatori economici con sede operativa collocata in aree di preesistente crisi industriale complessa ai sensi dell'articolo 27 del decreto-legge 22 giugno 2012, n. 83, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 2012, n. 134, che, con riferimento a dette aree ed anteriormente alla dichiarazione dello stato di emergenza sanitaria da COVID-19 del 31 gennaio 2020, abbiano stipulato con le pubbliche amministrazioni competenti un accordo di programma ai sensi dell'articolo 252-bis del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152 (ipotesi, questa, introdotta in sede di conversione)

In tutti i casi, si prevedono i **termini ridotti, previsti dal Codice in caso d'urgenza.**

## **B. SETTORI "IN DEROGA" (comma 4)**

Per gli interventi da realizzare in alcuni settori, le stazioni appaltanti **godono di ampi poteri derogatori.**

Si tratta dei lavori nell'ambito nelle seguenti comparti:

- a) **edilizia scolastica, universitaria, sanitaria, giudiziaria e penitenziaria**, infrastrutture per attività di ricerca scientifica e per la sicurezza pubblica, dei trasporti e delle infrastrutture stradali, ferroviarie, portuali, aeroportuali, lacuali e idriche;
- b) gli interventi inseriti nei **contratti di programma ANAS-Mit 2016- 2020 e RFI-Mit 2017 – 2021** e relativi aggiornamenti;
- c) b) gli interventi funzionali alla realizzazione del **Piano nazionale integrato per l'energia e il clima (PNIEC)**, e per i contratti relativi o collegati ad essi;
- d) c) interventi per la **messa a norma o in sicurezza degli edifici pubblici destinati ad attività istituzionali**, al fine di sostenere le imprese ed i professionisti del comparto edile, anche operanti nell'edilizia specializzata sui beni vincolati dal punto di vista culturale o paesaggistico, nonché di recuperare e valorizzare il patrimonio esistente.

**Per tali settori, le stazioni appaltanti operano "in deroga" ad ogni disposizione di legge, fatto salvo il rispetto delle seguenti normative:**

- **leggi penali;**
- **codice delle leggi antimafia e misure di prevenzione (d.lgs. 159/11);**
- vincoli inderogabili derivanti da EU, ivi inclusi quelli derivanti dalle direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE,
- **principi di cui agli articoli 30, 34 e 42 del Codice degli appalti;**

- **disposizioni in materia di subappalto.**

Le deroghe incontrano anche il limite di **“quanto non espressamente regolato dal medesimo” articolo 2.**

In ragione di ciò, ne consegue che, per gli interventi da realizzare in tali settori, le stazioni appaltanti potranno utilizzare, ai fini dell'affidamento, sia le procedure “ordinarie” di cui al comma 2 dell'articolo in commento, sia la procedura negoziata senza bando di cui al comma 3, nei limiti soprandicati.

### **Valutazione**

#### **A) OPERE ORDINARIE (COMMI 2 e 3)**

Norma di limitata utilità, dal momento che non aggiunge molto rispetto a quanto già disposto dal Codice sull'utilizzo delle procedure di gara.

Da evidenziare che è stato superato l'obbligo di motivazione per ricorso a procedure aperte, previsto nelle bozze iniziali del decreto in esame.

Negativo il fatto che, quando le stazioni appaltanti fanno ricorso al modulo della procedura negoziata senza bando prevista al comma 3, le stesse possono godere degli ampi poteri derogatori connessi al “Modello Genova” di cui al comma 4 (vedi anche oltre).

#### **B) SETTORI “IN DEROGA” (COMMA 4)**

Gli ampi poteri derogatori connessi al “Modello Genova” - cui la norma è ispirata – sarebbero stati positivi per “la fase a monte” degli affidamenti, mentre sono assolutamente **negativi ove applicati alla fase del confronto concorrenziale.**

Parimenti, non è assolutamente condivisibile, la lunga esemplificazione contenuta nell'articolato in commento – esemplificazione, peraltro, ampliata in fase di conversione - **che consente di applicare tali procedure a tutti gli interventi (verosimilmente anche sotto soglia)** relativi all'**edilizia scolastica, universitaria, sanitaria, giudiziaria e penitenziaria**, alle infrastrutture per attività di ricerca scientifica e 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 per gli interventi funzionali alla realizzazione del **Piano nazionale integrato per l'energia e il clima (PNIEC)**, e per i contratti relativi o collegati ad essi

A ciò, si aggiunga l'eliminazione del Dpcm per la delimitazione delle “opere di rilevanza nazionale” – previsto nelle bozze precedenti del decreto; fatto, questo, che ha peggiorato il quadro di indeterminatezza, lasciando la scelta delle opere “emergenziali” alla totale discrezionalità delle stazioni appaltanti.

Il risultato, nefasto, è che, per un numero indefinito di opere, viene istituzionalizzata una procedura “a concorrenza ridotta” per non dire “esigua”, con il rischio di effetti fortemente lesivi della concorrenza e della trasparenza.

**Anche per queste opere, peraltro, il regime derogatorio beneficerà di fatto di un notevole “cd**

**effetto trascinamento” rispetto alla data del 31 dicembre 2021 (vedi commento sub art. 1).**

La chiusura della concorrenza e del mercato è oltremodo accentuata dalla presenza delle opere commissariate ex art. 9 del decreto, che, a loro volta, vanno in deroga agli obblighi di gara

Va evidenziato che, in fase di conversione, è stato quantomeno introdotto l'**obbligo** per le stazioni appaltanti di dare evidenza dell'avvio delle procedure *de quibus* **tramite pubblicazione dell'avviso di indizione della gara o di altro atto equivalente, garantendo il rispetto del principio di rotazione.**

Si tratta di una modifica fortemente voluta da ANCE al fine di garantire maggiore trasparenza, concorrenza e rotazione degli inviti, trattandosi di procedure, quelle negoziate, che per definizione sono a concorrenza limitata.

Tale modifica consentirà pertanto una maggiore apertura del mercato, permettendo alle imprese, tra le altre cose, di presentare offerta in raggruppamento temporaneo.

Questa possibilità è stata peraltro espressamente chiarita anche dall'art. 2 bis – vedi paragrafo successivo - introdotto in fase di conversione.

## **Art. 2 - QUESTIONI INTERPRETATIVE e/o APERTE**

### **I. Quanto alla procedura negoziata senza bando, di cui al comma 3, cosa cambia rispetto a quella disciplinata all'art 63 del Codice 50?**

Per quanto concerne le opere affidate con la procedura negoziata senza bando di cui al comma 3 – che a sua volta richiama l'art. 63 e 125 del Codice, la definizione dell'estrema urgenza “*derivante dagli effetti negativi della crisi causata da “emergenza COVID”*” è sembra più ampia rispetto a quella prevista dalle norme codicistiche, tale da generalizzarla, sì da prefigurare quasi una motivazione “*ope legis*”

Al contempo, la procedura negoziata di cui al comma 3 viene basata sul *format* di cui comma 2, lett. c) dell'art. 63, espressamente richiamato.

Da ciò consegue che, in tal caso, la stazione appaltante dovrà svolgere la procedura seguendo quanto previsto al comma 6 dell'art. 63, (che, com'è noto, prevede **il confronto competitivo con invito ad almeno cinque operatori, individuati mediante indagine di mercato o estrazione da elenchi.**)

Peraltro, come sopra ricordato, è stato introdotto anche l'**obbligo** di dare evidenza dell'avvio delle procedure *de quibus* **tramite pubblicazione dell'avviso di indizione della gara o di altro atto equivalente, garantendo il principio di rotazione.**

Può comunque affermarsi che la procedura di cui al comma 3 costituisce comunque un modulo utilizzabile non “ordinariamente”, ma a fronte dell'impossibilità di fare ricorso alle procedure ordinarie, per tempistiche di acquisizione molto ridotte, seguendo lo schema prefigurato dalla Commissione Ue nelle sue Comunicazioni relative all'applicazione delle direttive nelle procedure di affidamento di appalti

durante il periodo emergenziale.

## **II. Qual è l'ambito applicativo dei poteri derogatori per le opere nei settori "in deroga" di cui al comma 4?**

La norma prevede, come già evidenziato, che le stazioni appaltanti operano in deroga ad ogni disposizione di legge diversa da quella penale, fatto salvo, tra le altre cose, il rispetto del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione (d.lgs. 159/11), nonché dai **vincoli inderogabili derivanti da EU, ivi inclusi quelli derivanti dalle direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE.**

Ora, le disposizioni relative al procedimento di affidamento, nei loro caratteri essenziali, rispecchiano il contenuto normativo previsto dalle stesse direttive; conseguentemente, la previsione di tali poteri derogatori potrebbe avere un impatto più limitato, almeno per quel che riguarda la fase del procedimento.

Inoltre, le deroghe incontrano anche il limite di **"quanto non espressamente regolato dal medesimo" articolo 2.**

In ragione di ciò, ne consegue che, per gli interventi da realizzare in tali settori, le stazioni appaltanti potranno utilizzare, ai fini dell'affidamento, sia le procedure "ordinarie" di cui al comma 2 dell'articolo in commento, sia la procedura negoziata senza bando di cui al comma 3, nei limiti soprandicati.

Oggetto di dibattito è stato anche il tema se le deroghe siano consentite con riferimento alla sola normativa in materia di appalti pubblici ovvero si estendano anche a quella relativa a concessioni e PPP.

Tale dubbio era originato dal fatto che il decreto n. 76/2020, nel definire le norme che non potevano essere derogate (ossia, quelle fatte salve dal comma 4 dell'articolo in commento), cita, tra le altre cose, i vincoli inderogabili derivanti da EU, ivi inclusi, esclusivamente, quelli derivanti dalle direttive 2014/24/UE, non richiamando, invece, la direttiva 25/2014/UE, che regola le concessioni.

In fase di conversione, il riferimento alla direttiva 25 è stato però introdotto. Ciò sembrerebbe deporre a favore di una estensione delle deroghe a tutte le norme che regolano la materia dei contratti pubblici, siano essi appalti o concessioni.

Altra questione è se i poteri derogatori possano riguardare **anche i requisiti generali, di cui all'art. 80, e speciali** (per i lavori rappresentati, per gli affidamenti sopra i 150.000, dall'obbligo di possesso dell'attestazione **SOA**) previsti dal Codice per la partecipazione alla gara.

Al quesito, sembra potersi dare risposta negativa: infatti, in fase di conversione, è stato espressamente chiarito che la verifica di quei requisiti vada sempre effettuata e che, nel frattempo (ma fino al 31 dicembre 2021), è sempre autorizzata la consegna dei lavori in via d'urgenza (art. 8, comma 1 lettera a).

A tale conclusione, peraltro, è giunta anche l'ANAC\*\*, secondo la quale l'art. 58 della Dir. 24/2014/UE espressamente obbliga le stazioni appaltanti a prevedere una qualificazione delle imprese, attraverso criteri di selezione che attengono, tra le altre cose, alla capacità economica e finanziaria, nonché alle

capacità tecniche e professionali.

L'Italia ha dato attuazione a tale articolo, optando per un sistema di qualificazione di tipo convenzionale, attraverso le SOA, almeno per la fascia di affidamenti che va da 150 mila euro a 20 milioni di euro.

Non viene, quindi, consentita alle stazioni appaltanti una qualificazione degli operatori "gara per gara", se non per lavori di importo inferiore ai 150 mila euro e sopra i 20 milioni di euro; peraltro, in tale caso, i requisiti da valutare "gara per gara" si sommano, e non si sostituiscono, alla SOA.

Il legislatore nazionale ha, quindi, ritenuto che il sistema SOA, stante la sua natura convenzionale, fosse il più idoneo a garantire sia l'interesse della PA ad un rapido svolgimento delle procedure di gara sia l'interesse del mercato ad una maggiore concorrenza possibile.

Peraltro, il ricorso alla qualificazione SOA va esattamente incontro alle esigenze di celerità e semplificazione sottese all'intero provvedimento. Diversamente, si determinerebbe un irragionevole aggravio di tempi ed oneri, non in linea con la *ratio* ispiratrice del provvedimento in commento.

Da ultimo, l'ANAC si è posto il problema se le deroghe si estendano anche al potere di impugnativa dell'ANAC e al potere di emanazione di parere motivato, ai sensi dell'art. 211, commi 1-bis e 1-ter, del Codice.

Ciò, anche considerato che il regime di deroga potrebbe, comunque, rendere privo di una normativa di riferimento l'eventuale controllo; peraltro, la riduzione dei termini previsti per lo svolgimento delle procedure di gara potrebbe, in ogni caso, rendere priva di utilità la funzione consultiva dell'Autorità.

\*\*Testo scritto presentato dal Presidente f.f. dell'ANAC, Prof. Francesco Merloni, in occasione dell'audizione presso le Commissioni riunite 8^ Lavori pubblici, comunicazioni e 1^ Affari costituzionali del Senato della Repubblica sul DL Semplificazioni

### **III. Qual è la normativa sul subappalto da rispettare?**

Nel definire i limiti dei poteri derogatori concessi alle stazioni appaltanti, la norma fa salve, tra le altre cose, le disposizioni in materia di **subappalto**.

Sul punto, non è chiaro se tale richiamo si riferisca alla disciplina comunitaria – considerato che lo stesso comma 4 sottrae dal potere derogatorio, tutto ciò che rappresenti un vincolo inderogabile derivanti da EU, ivi inclusi quelli derivanti dalle direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE - o a quella nazionale, già oggetto di procedura di infrazione (n. 2018/2273) della Commissione Europea, e più volte censurata dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

## **Art. 2-bis – Raggruppamenti temporanei di imprese**

In fase di conversione, è stato introdotto l'articolo in commento che toglie ogni dubbio in merito alla possibilità per gli operatori economici di partecipare in forma di RTI alle procedure "derogatorie" previste dal provvedimento in commento, sia per quanto riguarda gli affidamenti "sotto soglia" (art. 1), sia per quelli "sopra-soglia" (art. 2).

**Valutazione: positiva**

Tale articolo ha l'obiettivo di garantire una maggiore apertura del mercato poiché chiarisce la possibilità per le imprese di presentare offerta, non solo come operatori singoli, ma anche sotto forma di raggruppamento temporaneo, aumentando così le chance di partecipazione alle procedure "derogatorie" previste agli artt. 1 e 2 del provvedimento in esame.

Possibilità, questa, consentita dal Codice dei contratti pubblici, che, tuttavia, stante la mancata previsione, nel decreto n. 76/2020, dell'obbligo di dare evidenza dell'avvio delle procedure derogatorie di cui agli articoli 1 e 2, poteva essere, *de facto* limitata, se non addirittura esclusa.

La legge di conversione n. 120/2020 ha, invece, espressamente previsto, sia per gli affidamenti "sotto-soglia" sia per quelli "sopra-soglia", l'obbligo per le stazioni appaltanti di pubblicazione dell'avviso di indizione della gara o di altro atto equivalente, così consentendo alle imprese di partecipare come operatore sia singolo sia plurisoggettivo.

Ad ulteriore conferma di tale possibilità, è stato introdotto, sempre in fase di conversione, l'articolo in commento che ha ribadito tale principio.

**Art. 2 – bis - QUESTIONI INTERPRETATIVE e/o APERTE**

**La disposizione fa riferimento alla sola categoria dei raggruppamenti temporanei. Si può ritenere estesa anche ai consorzi?**

E' senza dubbio vero che l'art. 2 bis non menziona le altre forme di partecipazione alla gara di tipo "plurisoggettivo", quali i consorzi tra operatori economici ex art. 2602 c.c.

Tuttavia, non sembra ragionevole dedurre da tale mancanza una volontà del legislatore di escludere detta categoria, non essendo precluso agli stessi, in alcuna disposizione, di manifestare interesse alla partecipazione alle procedure di gara indette in tale fase di emergenza.

Peraltro, una restrizione in tale senso apparirebbe oltremodo iniqua e discriminatoria, oltreché limitativa della concorrenza.

### **Art. 3 - Verifiche antimafia e protocolli di legalità**

Per le verifiche antimafia riguardanti l'affidamento e l'esecuzione di contratti pubblici, in fase di conversione, è stata estesa al **31 dicembre 2021** (rispetto al previgente 31 luglio 2021), la procedura che consente di procedere al rilascio della **informativa liberatoria provvisoria**, immediatamente conseguente alla consultazione della BDNA ed alle risultanze delle ulteriori banche dati disponibili, anche quando l'accertamento è eseguito per un soggetto che risulti non censito.

L'informativa 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 i trenta giorni.

Qualora la documentazione successivamente pervenuta accerti la sussistenza di una delle cause interdittive previste dalla normativa, le stazioni appaltanti 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.

In ogni caso, con decreto del Ministro dell'interno, da adottare entro quindici giorni dalla data di entrata in vigore del decreto in commento, possono essere individuate **ulteriori misure di semplificazione** relativamente alla competenza delle Prefetture in materia di rilascio della documentazione antimafia ed ai connessi adempimenti.

Infine, il Ministero dell'Interno può sottoscrivere – tra le altre cose, anche con le associazioni di categoria maggiormente rappresentative o con le imprese di rilevanza strategica - protocolli o altre intese comunque denominate, per la prevenzione ed il contrasto dei fenomeni di criminalità organizzata, prevedendo, tra le altre cose, modalità di rilascio della documentazione antimafia, anche su richiesta di soggetti privati (per il commento vedi anche oltre).

Il comma 7 dell'articolo in commento, introduce, poi, un nuovo articolo 83-bis al Codice delle Leggi Antimafia, con il quale prevede che il Ministero dell'interno possa sottoscrivere Protocolli di Legalità – o altre intese comunque denominate - anche allo scopo di estendere convenzionalmente il ricorso alla documentazione antimafia.

Tali Protocolli possono essere sottoscritti anche con imprese di rilevanza strategica per l'economia nazionale e con associazioni di categoria maggiormente rappresentative a livello nazionale e possono prevedere il rilascio della documentazione antimafia anche su richiesta di soggetti privati.

La norma precisa, inoltre, che le stazioni appaltanti "prevedono" nei bandi, avvisi e lettere di invito che il mancato rispetto dei Protocolli di Legalità costituisce causa di esclusione dalla gara o di risoluzione del contratto.

Il meccanismo dell'informativa liberatoria provvisoria è **senz'altro positivo** dal punto di vista dell'accelerazione delle tempistiche per la stipula, autorizzazione e approvazione dei contratti e subcontratti.

## QUESTIONI INTERPRETATIVE/APERTE

### **I. Il meccanismo dell'informativa liberatoria si applica anche alla comunicazione antimafia?**

Non è chiaro se la semplificazione procedurale derivante dall'informativa liberatoria provvisoria – che consente di stipulare in via immediata sotto condizione risolutiva, anche per soggetti non censiti – sia applicabile esclusivamente per l'informativa antimafia vera e propria, ovvero sia estendibile anche alla comunicazione antimafia.

Ora, se dovesse prevalere una interpretazione strettamente letterale della norma, l'applicazione del meccanismo semplificatorio risulterebbe fortemente limitata, dovendo essere circoscritta alle sole verifiche antimafia propedeutiche alla stipula di contratti di importo superiore alla soglia UE. Si tratterebbe, quindi, di un risultato paradossale, oltre che irragionevole, che produrrebbe l'effetto di mantenere invariate le attuali tempistiche delle verifiche antimafia proprio per quegli appalti che, in ragione del loro modesto importo, necessitano particolarmente di snellimenti procedurali.

Per tale ragione sembra preferibile un'interpretazione di tipo estensivo della norma, che, tenendo conto della finalità ad essa sottesa, consenta - durante il periodo transitorio - di dare massima applicazione alle semplificazioni introdotte, utilizzandole non solo per il rilascio dell'informazione antimafia in senso stretto, ma anche per le comunicazioni antimafia.

### **II. Qual è l'ambito di applicazione temporale della disposizione?**

Non è chiaro se le semplificazioni antimafia introdotte possano trovare applicazione - oltre che nel caso di procedure avviate dopo l'entrata in vigore del decreto (17 luglio u.s.) - anche nel caso di procedure avviate anteriormente a tale data, laddove i contratti non siano ancora stati stipulati ovvero i subappalti non siano ancora stati autorizzati.

La norma, infatti, non definisce un regime transitorio specifico, rimettendo così la questione – di non facile soluzione - agli interpreti che dovranno applicarla.

Al riguardo, è opportuno ricordare che, nell'ambito dei procedimenti amministrativi, la successione delle leggi nel tempo è regolata dal principio generale del *“tempus regit actum”*, ai sensi del quale la normativa applicabile è quella in vigore al momento di avvio del procedimento stesso.

Va altresì evidenziato che, secondo un indirizzo giurisprudenziale, laddove nel procedimento amministrativo siano individuabili più fasi coordinate ma fra loro autonome, la normativa sopravvenuta può trovare applicazione anche rispetto alle fasi procedurali che, all'atto di entrata in vigore della novella normativa, siano ancora in via di definizione.

In base a tale indirizzo ermeneutico, quindi, sembrerebbe ipotizzabile l'applicazione delle semplificazioni antimafia anche alle procedure bandite prima del 17 luglio u.s., a condizione che la fase di stipula del

contratto ovvero di autorizzazione del subappalto non si sia ancora conclusa.

Ciò, peraltro, sembrerebbe sostenibile anche alla luce degli effetti derivanti dalla norma, che non comporta alterazioni sostanziali nelle regole di partecipazione alla gara, ma ha il solo scopo di consentire una accelerazione dei tempi di stipula. La sua applicazione anche alle procedure in corso, quindi, non sembrerebbe produrre effetti negativi per nessuno dei partecipanti alla procedura.

Fermo restando quanto sopra indicato, al fine di sgombrare il campo da ogni incertezza applicativa che possa limitare gli effetti positivi derivanti dalla norma – che, si ricorda, sono comunque transitori - è auspicabile che venga fornito un chiarimento interpretativo al riguardo.

### I protocolli di legalità

L'articolo 3, comma 7, introduce, poi, un nuovo articolo 83-bis al Codice delle Leggi Antimafia, con il quale prevede che il Ministero dell'interno possa sottoscrivere Protocolli di Legalità – o altre intese comunque denominate - anche allo scopo di estendere convenzionalmente il ricorso alla documentazione antimafia.

Tali Protocolli possono essere sottoscritti anche con imprese di rilevanza strategica per l'economia nazionale e con associazioni di categoria maggiormente rappresentative a livello nazionale e possono prevedere il rilascio della documentazione antimafia anche su richiesta di soggetti privati.

La norma precisa, inoltre, che le stazioni appaltanti “prevedono” nei bandi, avvisi e lettere di invito che il mancato rispetto dei Protocolli di Legalità costituisce causa di esclusione dalla gara o di risoluzione del contratto.

### Valutazione

La norma è senz'altro positiva nella parte in cui consente ai Protocolli di Legalità di prevedere il rilascio della documentazione antimafia anche su richiesta dei privati.

Va ricordato, infatti, che con l'entrata in vigore del Codice Antimafia è stato abolito il certificato camerale con dicitura antimafia e ciò ha prodotto effetti fortemente negativi per le aziende, esposte al rischio di lavorare con controparti contrattuali inaffidabili, non avendo la possibilità di accertarne preventivamente la posizione antimafia.

La norma, quindi, sembra aver ripristinato la possibilità di svolgere i controlli antimafia anche nei rapporti tra privati, anche se non in via generale, ma mediata dall'esistenza di un Protocollo di Legalità che lo preveda.

La disposizione appare, invece, negativa nella parte in cui stabilisce che le Amministrazioni “prevedono” nella documentazione di gara che il mancato rispetto dei Protocolli di Legalità è causa di esclusione dalla gara e di risoluzione del contratto.

La previsione, infatti, è stata rafforzata rispetto alla sua precedente versione inserita all'articolo 1, comma 17, della Legge anticorruzione, in cui si stabiliva che le stazioni appaltanti “possono prevedere” che il mancato rispetto delle clausole contenute nei Protocolli costituisca causa di

esclusione dalla gara.

La diversa formulazione della norma sembra aver cancellato ogni margine di discrezionalità per le Amministrazioni, con il conseguente obbligo di includere nella *lex specialis* di gara tale causa di esclusione.

La previsione suscita notevole perplessità alla luce del principio sulla tassatività delle cause di esclusione inserito all'articolo 83, comma 6, del Codice Appalti, secondo il quale «*I bandi e lettere di invito non possono contenere a pena di esclusione ulteriori prescrizioni rispetto a quelle previste dal presente Codice e da altre disposizioni di legge vigenti*». I Protocolli, infatti, non sono equiparabili a disposizioni di legge vigenti, in quanto hanno natura pattizia.

Inoltre, va segnalato che la norma non entra nel merito dei contenuti inseribili nei Protocolli di Legalità, prevedendo una sorta di delega in bianco.

Anche tale circostanza risulta fortemente critica per le imprese, che potrebbero riscontrare nelle gare la presenza di regole di partecipazione eterogenee a causa dei diversi Protocolli applicati, con alterazione dei principi di parità di trattamento e conseguente rischio di esplosione del contenzioso.

#### **Art. 4 - Conclusione dei contratti pubblici e ricorsi giurisdizionali**

Tale articolo introduce alcune modifiche al Codice dei Contratti pubblici (D.lgs. 50/2016) e al Codice del processo amministrativo (D.lgs. 104/2010), nell'ottica di accelerare la sottoscrizione dei contratti, una volta aggiudicata la gara, anche in caso di ricorso giurisdizionale.

In particolare, viene previsto che **la stipula del contratto deve** (e non può, come precedentemente previsto) **avvenire entro 60 giorni** da quando l'aggiudicazione è divenuta efficace; il differimento di tale deve essere motivato con specifico riferimento all'interesse della stazione appaltante e a quello nazionale alla sollecita esecuzione del contratto e **viene valutato ai fini della responsabilità erariale** e disciplinare del dirigente preposto.

A tal fine, **non costituisce giustificazione adeguata la pendenza di un ricorso giurisdizionale**, nel cui ambito non sia stata disposta o inibita la stipulazione del contratti.

In caso di ricorso avverso le procedure di cui agli articoli 1 (**procedure derogatorie «sotto-soglia»**) e art. 2, comma 2 (**opere «emergenziali»**), inoltre, si applicano delle disposizioni concernenti le infrastrutture strategiche, che "limitano" fortemente la possibilità di concessione di misure cautelari, nonché prevedono limiti alla caducazione del contratto in seguito alla accertata illegittimità della aggiudicazione

Vengono, infine, previste misure "a regime" di accelerazione del giudizio amministrativo in tema di contratti pubblici, intervenendo sull'art. 120 del Codice del processo amministrativo.

Nel specifico, viene previsto che, in caso di impugnazione di provvedimenti concernenti le procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture, il giudizio viene **di norma definito, in esito all'udienza cautelare, ove ne ricorrano i presupposti, e, solo in mancanza**, con sentenza in forma

semplificata ad una udienza fissata d'ufficio e da tenersi entro quarantacinque giorni dalla scadenza del termine per la costituzione delle parti diverse dal ricorrente.

A seguito alle modifiche intervenute in fase di conversione, la **definizione immediata del giudizio nell'udienza cautelare** viene consentita a condizione che le parti richiedano congiuntamente di limitare la decisione all'esame di un'unica questione, nonché in ogni altro caso compatibilmente con le esigenze di difesa di tutte le parti in relazione alla complessità della causa.

Viene, inoltre, ridotto a 15 (da 30) il termine entro cui il giudice deposita la sentenza con la quale definisce il giudizio, che decorre dall'udienza di discussione; solo quando la stesura della motivazione è particolarmente complessa, il giudice pubblica il dispositivo nel suddetto termine, indicando anche le domande eventualmente accolte e le misure per darvi attuazione, e poi deposita la sentenza entro trenta giorni dall'udienza.

#### **Valutazione**

**Positiva**

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

- 1) **Fino al 31 dicembre 2021** – termine inizialmente fissato, dal decreto, al 31 luglio 2021 - in deroga all'art. 107 del Codice degli appalti, la sospensione, volontaria o coattiva, delle opere pubbliche “**sopra-soglia**”, anche se già iniziate, può avvenire, esclusivamente e nel limite di tempo strettamente necessario al loro superamento, per le seguenti ragioni:
  - a) **cause previste da legge penali, codice antimafia e da vincoli inderogabili derivanti della UE.** In tale caso, ove non vi sia la possibilità di prosecuzione del contratto, la SA **dichiara senza indugio la risoluzione di diritto e provvede secondo le modalità di cui al successivo punto 3) lettere a), b) c) e d);**
  - b) gravi ragioni di **ordine pubblico, salute pubblica o di soggetti coinvolti nella realizzazione delle opere**, ivi incluse le misure adottate per contrastare l'emergenza sanitaria globale da COVID-19. In tale caso, la stazione appaltante propone - su determinazione del collegio consultivo tecnico, da adottarsi entro 15 giorni dalla comunicazione della sospensione allo stesso organo - alle autorità preposte l'autorizzazione alla prosecuzione, che deve essere concessa nei successivi 10 giorni, salvo assoluta e motivata incompatibilità tra causa della sospensione e prosecuzione dei lavori;
  - c) **gravi ragioni di ordine tecnico**, idonee ad incidere sulla realizzazione dell'opera a regola d'arte, in relazione alle modalità di superamento delle quali non vi è accordo tra le parti.

In tal caso, **il collegio consultivo tecnico**, entro 15 gg dalla comunicazione della sospensione ovvero dalla causa che potrebbe determinarla, adotta una determinazione con cui accerta l'esistenza di una causa tecnica di legittima sospensione, **dichiara la risoluzione del contratto e indica le modalità- tra quelle previste al successivo punto 3), lettere a) b), c) e d)** - con cui proseguire i lavori, con le eventuali modifiche necessarie

da apportare per la realizzazione dell'opera a regola d'arte. La stazione appaltante provvede conseguentemente nei successivi cinque giorni;

- d) **gravi ragioni di pubblico interesse**; in tale caso, la stazione appaltante propone, su determinazione del collegio consultivo tecnico - da adottarsi entro 15 giorni dalla comunicazione della sospensione allo stesso organo - alle autorità preposte l'autorizzazione alla prosecuzione, che deve essere concessa nei successivi 10 giorni, salvo assoluta e motivata incompatibilità tra causa della sospensione e prosecuzione dei lavori.

- 2) Nell'ipotesi in cui il **contratto**, per qualsiasi motivo, ivi incluse le situazioni di entrata in procedura fallimentare dell'impresa (anche in caso di concordato con continuità aziendale), **non possa proseguire** con il soggetto designato

**ovvero**

l'impresa sia in **ritardo non giustificato nella realizzazione dell'opera** (per un numero di giorni pari o superiore a 1/10 del tempo previsto e, comunque, pari ad almeno 30 giorni per ogni anno - e comunque da calcolarsi a decorrere dall'entrata in vigore della presente legge)

la S.A.

previo parere del Collegio consultivo tecnico, **dichiara senza indugio la risoluzione** del contratto;

**\*\*Eccezione:** ciò, salvo che non risulti preferibile, per gravi motivi tecnici ed economici, anche tenuto conto del parte del citato collegio, proseguire il lavoro con il medesimo soggetto

A seguito delle modifiche introdotte in fase di conversione, come auspicato da ANCE, la stazione appaltante potrà procedere alla risoluzione del contratto, in caso di **esecutore plurisoggettivo**, solo a condizione che non vi sia **altra impresa del raggruppamento designato, in possesso dei requisiti adeguati ai lavori ancora da realizzare, che possa proseguire i medesimi lavori.**

- 3) Successivamente alla risoluzione, la SA realizza i lavori attraverso una delle seguenti modalità:
- a) **esecuzione** dei lavori **in via diretta**, anche avvalendosi, nei casi consentiti, di altri enti o società pubbliche;
  - b) **interpello** degli altri soggetti in graduatoria se tecnicamente ed economicamente possibile e alle stesse condizioni **proposte dall'operatore economico interpellato**;
  - c) indizione di una **nuova procedura** di gara;
  - d) proposta di un commissario straordinario su nomina governativa come regolati dall'art. 4 del decreto "sblocca-cantieri (n. 32/19).
- 4) Fuori dai casi di sospensione di cui al precedente punto n. 1), non è consentito far valere l'inadempimento di controparte come causa di sospensione della prestazione
- 5) Sono previste, infine, misure che rendono estremamente residuale la concessione del provvedimento cautelare di sospensione dei lavori

### Valutazione

Norma farraginoso, poco comprensibile, di difficile lettura e applicazione stante il continuo ricorso alla tecnica del rinvio normativi;

Si percepisce comunque una “filosofia di fondo” vessatoria per le imprese, che, anziché superarla, peggiora l'attuale impostazione del rapporto “suddito-sovrano”, di stampo ottocentesco, che connota l'attuale regime dei contratti di appalto con la pa.

**Positivo**, tuttavia, il fatto che l'interpello degli altri soggetti in graduatoria, se tecnicamente ed economicamente possibile, avvenga alle stesse condizioni proposte dall'operatore economico interpellato (e non a quelle offerte dall'originario aggiudicatario).

Così operando, si garantisce che la prosecuzione dei lavori avvenga a regola d'arte e nei termini previsti, con un notevole risparmio, sia economico sia di tempo, per la stazione appaltante.

Positiva, infine, la modifica, introdotta in fase di conversione, che consente alla stazione appaltante di procedere alla risoluzione del contratto, in caso di **esecutore plurisoggettivo**, solo a condizione che non vi sia **altra impresa del raggruppamento designato, in possesso dei requisiti adeguati ai lavori ancora da realizzare, che possa proseguire i medesimi lavori.**

### Art. 6 - Collegio consultivo tecnico

In fase di conversione, viene prevista l'operatività di tale istituto fino al **31 dicembre 2021** (non più al 31 luglio 2021, originariamente previsto dal decreto) con le seguenti modalità.

- **IN FASE DI ESECUZIONE**

**La costituzione del Collegio Consultivo Tecnico**, prima dell'avvio dell'esecuzione, o comunque entro 10 giorni da tale data, con funzioni di **assistenza per la rapida risoluzione delle controversie o delle dispute tecniche** di ogni natura suscettibili di insorgere nel corso dell'esecuzione del contratto stesso, è:

- 1) **obbligatoria** le opere di importo pari o superiore alla **soglia comunitaria**;
- 2) **facoltativa** per le opere diverse.

Per i contratti già in esecuzione, il collegio è nominato entro il termine di trenta giorni dall'entrata in vigore del provvedimento

- **NELLA FASE “A MONTE”**

**La costituzione del Collegio Consultivo Tecnico è facoltativa** per risolvere problematiche tecniche o giuridiche di ogni natura, suscettibili di insorgere anche **nella fase antecedente alla esecuzione del contratto**, ivi comprese le determinazioni delle caratteristiche delle opere e le altre clausole e

condizioni del bando o dell'invito nonché la verifica del possesso dei requisiti di partecipazione, dei criteri di selezione e di aggiudicazione.

#### **COME FUNZIONA:**

- 1) il collegio è costituito da 3 o 5 componenti (in caso di motivata complessità dell'opera e di eterogeneità delle professionalità richieste e solo se in fase esecutiva) a scelta delle parti, dotati di esperienza e qualificazione professionale adeguata alla tipologia dell'opera tra ingegneri, architetti, giuristi ed economisti con comprovata esperienza nel settore degli appalti delle concessioni e degli investimenti pubblici.
- 2) I componenti del collegio possono essere scelti dalle parti di comune accordo, ovvero le parti possono concordare che ciascuna di esse nomini uno o due componenti e che il terzo o il quinto componente, con funzioni di presidente, sia scelto dai componenti di nomina di parte. Nel caso in cui le parti non trovino accordo sulla nomina, questo è designato entro i successivi cinque giorni dal MIT per le opere di interesse nazionale, dalle regioni, dalle province autonome di Trento e Bolzano o dalle città metropolitane per le opere di rispettivo interesse.
- 3) L'inosservanza delle determinazioni del collegio consultivo tecnico viene valutata ai **fini della responsabilità del funzionario per danno erariale e costituisce, salvo prova contraria, grave inadempimento** degli obblighi contrattuali; l'osservanza delle determinazioni del collegio consultivo tecnico è causa di esclusione della responsabilità del funzionario per danno erariale, salvo il dolo.
- 4) Le determinazioni del collegio consultivo tecnico hanno la **natura del lodo contrattuale** salva diversa e motivata volontà espressamente manifestata in forma scritta dalle parti; sono adottate con atto scritto recante le sottoscrizioni della maggioranza dei componenti entro il termine di quindici giorni decorrenti dalla data della comunicazione dei quesiti, con succinta motivazione che può essere integrata nei successivi quindici giorni;
- 5) I componenti del collegio consultivo tecnico hanno diritto a un **compenso** a carico delle parti e proporzionato al valore dell'opera, al numero, alla qualità e alla tempestività delle determinazioni assunte
- 6) Infine, sono abrogate le disposizioni del DL "Sblocca-cantieri" (n. 32/2019) sul tema.

#### **Valutazione**

Sarebbe stato necessario prevedere l'obbligatorietà della nomina del Collegio Consultivo Tecnico non solo per il sopra soglia, ma anche per il "sottosoglia".

All'estensione dell'istituto ai contratti in corso di esecuzione non ha fatto seguito, neanche in fase di conversione, la previsione di alcune norme di raccordo e coordinamento per i contratti ante Codice 50, per i quali sono previste le commissioni per gli accordi bonari ex art. 240 del Codice n. 163/2006.

Resta comunque fermo che il Collegio possa esprimersi su qualunque questione e controversia, ivi incluse le riserve iscritte dall'appaltatore; ciò è avvalorato dalla natura delle determinazioni assunte, che, in linea di principio, è quella di lodo contrattuale ex art. 808 ter del c.p.c., salva diversa e motivata volontà delle parti, espressa in forma scritta.

## Art. 7 - Fondo per la prosecuzione delle opere pubbliche

Viene istituito, presso il MIT, un fondo per la prosecuzione delle opere pubbliche “**sopra soglia**” finalizzato ad evitare che tali opere si blocchino per la mancanza temporanea di risorse pubbliche, causate da “*maggiori fabbisogni finanziari dovuti a sopravvenute esigenze motivate nel rispetto della normativa vigente, ovvero per temporanee insufficienti disponibilità finanziarie annuali.*”

Il Fondo non può finanziare nuove opere e l'accesso non può essere reiterato ad esclusione del caso in cui la carenza delle risorse derivi da un'accelerazione della realizzazione delle opere rispetto al cronoprogramma aggiornato.

Rispetto alle precedenti versioni, il Fondo viene alimentato con stanziamenti *ad hoc* (non più attraverso il versamento di un contributo pari allo 0,5 per cento del valore del ribasso offerto dall'aggiudicatario delle gare di appalti pubblici di lavori, nel caso di importo a base d'appalto pari o superiore alle soglie di rilevanza comunitaria).

In particolare, per il 2020, lo stanziamento è di 30 milioni di euro. Per gli anni successivi, con il disegno di legge di bilancio, è iscritto sul Fondo un importo corrispondente al 5 per cento delle maggiori risorse stanziare nella prima delle annualità del bilancio, nel limite massimo di 100 milioni di euro.

Il Fondo è altresì alimentato:

- a) dalle risorse disponibili in bilancio anche in conto residui, destinate al finanziamento dell'opera e non più necessarie in quanto anticipate a valere sul Fondo;
- b) dalle somme corrispondenti ad eventuali anticipazioni del Fondo alla stazione appaltante per residui passivi caduti in perenzione.

Le concrete modalità operative di accesso e utilizzo del Fondo e i criteri di assegnazione delle risorse dovranno essere individuate con decreto del MIT, di concerto con il MEF, da adottarsi entro 30 giorni dalla data di entrata in vigore del decreto in commento.

In fase di conversione, l'articolo non ha subito modifiche rilevanti rispetto a quanto già previsto dal decreto.

### **Valutazione**

**Positiva**, anche se si sarebbe dovuto estendere l'operatività del fondo alle opere “sotto-soglia”.

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

L'articolo in esame interviene sulla normativa in materia di lavori pubblici su 4 differenti piani, prevedendo le seguenti misure:

- a) **PER LE GARE IN CORSO ALLA DATA DI ENTRATA IN VIGORE DEL DECRETO E PER QUELLE INDETTE FINO AL 31 DICEMBRE 2021** (termine, questo, esteso in fase di conversione, rispetto al 31 luglio 2021, originariamente previsto dal decreto)

1. è sempre autorizzata **consegna in via d'urgenza**;
2. l'obbligo di **sopralluogo** è possibile solo ove sia **strettamente indispensabile** in ragione della tipologia, del contenuto o della complessità dell'appalto da affidare;
3. in relazione alle procedure ordinarie, si applica la riduzione dei termini per ragioni di urgenza, senza necessità di motivazione alcuna;
4. le procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture possono essere avviate anche in mancanza di una specifica previsione nei documenti di programmazione già adottati, a condizione che vengano aggiornati entro 30 giorni. In fase di conversione, è stato precisato che tale termine decorre dalla data di entrata in vigore della legge di conversione;
5. Per le procedure per le quali sia scaduto il termine per la presentazione delle offerte **entro il 22 febbraio 2020**, le stazioni appaltanti devono procedere ad aggiudicazione **entro 31 Dicembre 2020**;
6. Per gli **accordi quadro efficaci** alla data di entrata in vigore del decreto, le stazioni appaltanti provvedono, nei limiti delle risorse disponibili, **entro il 31 dicembre 2020**, all'aggiudicazione degli appalti ovvero all'esecuzione degli stessi (stipulazione contratti).

#### **Valutazione**

##### **Positiva.**

Con riferimento alle misure di cui punti 5 e 6, rispetto alla precedente versione del DL in commento, viene ulteriormente procrastinato, da ottobre a dicembre, il termine per dare attuazione alle stesse.

La situazione di emergenza e crisi che stanno vivendo le imprese non consente di posticipare ulteriormente le tempistiche per dare attuazione a quelle misure che possono immettere sul mercato quella liquidità necessaria a rimettere in moto l'economia del Paese.

Sarebbe stato opportuno, quindi, prevedere un termine temporale più breve, per evitare il rischio del collasso totale del settore.

#### **b) PER I LAVORI IN CORSO ALLA DATA DI ENTRATA IN VIGORE DEL DECRETO:**

1. **emissione di un SAL d'emergenza (entro 15 giorni, 5 per certificato di pagamento e 15 per pagamento)**, anche se non sono stati effettuati gli interventi necessari, secondo le previsioni contrattuali, per emissione SAL;
2. **rimborso maggiori costi** derivanti dall'attuazione delle misure di **contenimento COVID-19**, a valere sulle somme a disposizione della stazione appaltante indicate nei quadri economici dell'intervento, utilizzando anche le economie derivanti dai ribassi d'asta; il rimborso di detti oneri avviene 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;

3. il **rispetto delle misure di contenimento**, ove impedisca di realizzare a regolare d'arte i lavori, i servizi o le forniture costituisce **causa di forza maggiore** e, qualora impedisca di ultimarli, anche solo parzialmente, nel termine contrattualmente previsto, costituisce **circostanza non imputabile** all'esecutore, ai fini della proroga di detto termine.

#### **Valutazione**

##### **Positiva.**

Quanto alla questione dei maggiori oneri, per i lavori, pubblici e privati, in corso di esecuzione e nell'ottica di evitare il collasso delle imprese di costruzioni, la norma avrebbe dovuto prevedere **il pagamento di tutti i maggiori oneri, diretti e indiretti, connessi all'emergenza sanitaria** relativa alla diffusione del virus COVID-19, ivi inclusi quelli riconducibili all'adesione ai protocolli sanitari siglati in funzione anticontagio, che hanno generato una sottoproduzione del cantiere.

#### **c) MODIFICHE "A REGIME" AL CODICE DEI CONTRATTI:**

1. possibilità di escludere l'operatore economico se la S.A. è a conoscenza e può adeguatamente dimostrare che lo stesso **non ha ottemperato al pagamento di imposte Tasse e contributi previdenziali non definitivamente accertati qualora tale mancato pagamento costituisca una grave violazione;**
2. consentito al privato di proporre concessioni anche per opere presenti negli strumenti di programmazione approvati dalla amministrazione (oggi consentito solo per opere non presenti negli strumenti);

In fase di conversione del decreto, sono state apportare le seguenti modifiche:

- a) è stato introdotto l'obbligo - e non più la possibilità, come previsto in precedenza dal Codice dei contratti pubblici - per le stazioni appaltanti di applicare, **ai fini dell'affidamento dei contratti di importo inferiore alla soglie di rilevanza comunitaria**, le disposizioni di cui all'art. 50 del Codice, che prevedono, al ricorrere di determinate condizioni, l'inserimento, nei bandi di gara, avvisi e inviti, di **specifiche clausole sociali** volte a promuovere la stabilità occupazione del personale impiegato.
- b) per quanto attiene alla disciplina dei consorzi, è stato previsto, a fronte dell'obbligo di indicare, in sede di offerta, per quali consorziati il consorzio concorre, che, qualora il concorrente designato sia anch'esso un consorzio, quest'ultimo dovrà, a sua volta, indicare, sempre in sede di offerta, i consorziati per i quali concorre.
- c) Infine, in considerazione dell'emergenza sanitaria da COVID-19, per le **grandi opere infrastrutturali e di architettura di rilevanza sociale, aventi impatto sull'ambiente**, sulle città o sull'assetto del territorio, **sino al 31 dicembre 2023**, su richiesta delle amministrazioni aggiudicatrici, viene consentito alle regioni, ove ritengano le suddette opere di particolare interesse pubblico e rilevanza sociale, previo parere favorevole della maggioranza delle amministrazioni provinciali e comunali interessate, di autorizzare la deroga alla procedura di dibattito pubblico, consentendo alle medesime amministrazioni aggiudicatrici di procedere

direttamente agli studi di prefattibilità tecnico-economica nonché alle successive fasi progettuali.

### **Valutazione**

**Negativa per quanto riguarda la modifica di un al punto 1, positiva, invece, quella di cui al punto 2 .**

Da evidenziare che, rispetto alle precedenti versioni del decreto, sono venute meno le disposizioni in tema di subappalto.

Sul punto, sembra – ma non è chiarissimo - quindi restare vigente l'attuale assetto normativo, che però è oggetto di procedura di infrazione da parte della Commissione Europea(n. 2018/2273), oltre ad essere stata più volte censurata dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

Peraltro, il provvedimento in esame non contiene, come invece per altre disposizioni del decreto "sblocca-cantieri", la proroga della disposizione che eleva (dal 30) al 40 per cento il limite massimo per il ricorso al sub-appalto e che sospende l'operatività della terna dei subappaltatori in gara.

Ciò, con l'effetto che, a decorrere dal 1 gennaio 2021, tornerà a rivivere la disciplina del subappalto censurata della CGUE, in quanto in contrasto con la normativa comunitaria, e che, peraltro, è stata anche oggetto di infrazione da parte della Commissione Europea.

Da ultimo, non si può non evidenziare la disparità di trattamento che il Governo sta attuando per ovviare alle censure da parte delle istituzioni UE.

Infatti, per quanto riguarda le procedure d'infrazione mosse dalla UE a tutela degli operatori economici (quali quelle in tema di pagamenti o di subappalto, come sopra detto), Il Governo è ancora fermo.

Quando invece si è trattato di procedure a tutela delle casse dello Stato (come per il tema della causa di esclusione per violazioni degli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali anche non definitivamente accertate) la risposta del Governo è stata assolutamente tempestiva.

Sulla criticità di quest'ultima previsione - che espone le imprese al rischio di essere estromesse dalle gare per irregolarità fiscali/contributive non definitivamente accertate e, quindi, potenzialmente infondate - l'Ance sta adottando una serie di iniziative di contrasto. L'obiettivo è quello di far emergere l'irragionevolezza e sproporzionalità della misura, alla luce delle caratteristiche del sistema tributario e contributivo nazionale in cui, almeno per le irregolarità fiscali, operano sovente meccanismi di accertamento presuntivo i cui risultati sono contestati in un'alta percentuale di casi.

In ogni caso, è in corso di definizione un "Focus di approfondimento" dell'Ance sulle criticità della norma, anche al fine di fornire indicazioni operative alle imprese, soprattutto con riferimento alla formulazione delle autodichiarazioni da rendere in gara.

**Positivo** il fatto che, rispetto alle precedenti bozze, non viene più abrogato:

1. il tetto massimo del 30 per cento per incidenza prezzo, in caso di OEPV.
2. l'obbligo di motivare ricorso affidamenti "in house" di un contratto.

**d) PROROGHE AL DECRETO "SBLOCCA-CANTIERI":**

1. proroga sino al 31 dicembre 2021 della sospensione del divieto di appalto integrato;
2. proroga sino al 31 dicembre 2021 della sospensione dell'obbligo di scegliere i commissari tra gli esperti iscritti all'Albo istituito presso l'Autorità nazionale anticorruzione;
3. proroga sino al 31 dicembre 2021 della sospensione dell'obbligo, per i comuni non capoluogo di provincia, di ricorrere alle centrali di committenza o agli soggetti qualificati di cui all'art. 37, comma 4, del Codice, nei casi previsti.
4. proroga sino al 31 dicembre 2021 della possibilità di inversione procedurale apertura offerte e verifica requisiti anche per i settori ordinari;
5. elevato, da 70 a 100 mln, fino al 31 dicembre 2021, l'importo minimo del progetto definitivo oltre il quale è obbligatorio il parere dello stesso Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici; **per i lavori pubblici di importo inferiore a 50 milioni di euro si prescinde dall'acquisizione di detto parere (novità);**

Viene infine prorogata sino al **31 dicembre 2022** anche la previsione che, per gli interventi ricompresi tra le infrastrutture strategiche, consente ai soggetti aggiudicatori di approvare direttamente le eventuali varianti, qualora non superino del **50 per cento** il valore del progetto approvato; in caso contrario, dovranno tornare al **CIPE** per l'approvazione.

Detta proroga è disciplinata all' art. 42 del decreto in commento, cui si fa rinvio per il relativo commento.

**Valutazione**

**Positive**, salvo le proroghe sino al 31 dicembre 2021:

- 1) della possibilità di inversione procedurale apertura offerte e verifica requisiti anche per i settori ordinari, che se non accompagnata quantomeno da un inasprimento delle sanzioni in caso di false dichiarazioni degli operatori economici, apre ad effetti distorsivi.
- 2) della sospensione dell'obbligo di scegliere i commissari tra gli esperti iscritti all'Albo istituito presso l'Autorità nazionale anticorruzione. Ciò, rischia di compromettere definitivamente l'entrata in vigore di tale importante novità legislativa che garantisce trasparenza e correttezza nell'affidamento delle gare, specialmente nei casi in cui venga utilizzato il criterio dell'OEPV.

#### **Art. 8 Comma 5 lett. d) – Project financing (Proposta spontanea per opere in programmazione)**

La norma interviene sull'articolo 183, comma 15, del Codice dei contratti (D.Lgs. 50/2016), estendendo la possibilità per i soggetti privati di presentare proposte spontanee per la realizzazione in Partenariato Pubblico Privato di interventi già previsti nella programmazione triennale dell'ente (facoltà oggi prevista solo per interventi non presenti negli strumenti di programmazione approvati dall'amministrazione aggiudicatrice).

**Valutazione: Positiva**

#### **Art. 8, Comma 7 lett. d) - Parere Consiglio Superiore dei Lavori pubblici**

Il comma in commento prevede, in deroga al Codice degli appalti e fino al 31 dicembre 2021, che il Consiglio superiore dei lavori pubblici esprima il parere obbligatorio 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, le competenze del Consiglio superiore sono esercitate dai comitati tecnici amministrativi presso i Provveditorati interregionali per le opere pubbliche.

Per i lavori pubblici di importo inferiore a 50 milioni di euro non è previsto alcuna parere.

**Valutazione: Positiva**

La modifica normativa va nel senso auspicato dalla proposta dell'Ance, prevedendo un innalzamento della soglia (che passa da 75 milioni a 100 milioni) e il riferimento al progetto di fattibilità tecnica ed economica, in luogo del progetto definitivo per il parere obbligatorio.

Si evidenzia, inoltre, come elemento positivo l'esclusione per i lavori pubblici di importo inferiore a 50 milioni di euro dell'acquisizione di alcun parere.

La durata della deroga, fissata al 31 dicembre 2021, appare troppo limitata per garantire una velocizzazione delle procedure realizzative. Sarebbe stato opportuno un ripensamento del legislatore volto a stabilizzare la norma in commento.

#### **Art. 9 - Misure di accelerazione degli interventi infrastrutturali**

Viene riformulato l'articolo 4 del decreto 32/19 (cd "sblocca-cantieri"), prevedendo la nomina - con un o più DPCM, da adottarsi entro il 31 dicembre 2020 - di commissari straordinari 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"*.

In relazione agli interventi infrastrutturali di rilevanza esclusivamente regionale o locale, i decreti sono adottati, ai soli fini dell'individuazione di tali interventi, previa intesa con il Presidente della Regione interessata.

La necessità di nominare del Commissario può essere motivata sia dall'esigenza di realizzare un nuovo intervento aventi le suddette caratteristiche sia da quella di completare un intervento già esistente.

Con uno o più decreti successivi, da adottarsi entro il 30 giugno 2021, il Presidente del Consiglio dei Ministri può, inoltre, individuare ulteriori interventi per i quali disporre la nomina di Commissari straordinari.

Da notare, rispetto al comma 1 dell'art. 4 del D.L. 32/2019, l'eliminazione dell'obbligatorietà del parere delle Commissioni parlamentari, laddove viene previsto che tale parere deve essere reso entro 20 giorni dalla richiesta e che, decorso inutilmente tale termine, si prescinde dall'acquisizione del parere stesso.

Per l'esecuzione degli 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**.

Viene inoltre resa possibile l'apertura di apposite contabilità speciali intestate ai commissari, su cui confluiscono le risorse per le spese di funzionamento e di realizzazione degli interventi nel caso svolgano le funzioni di stazione appaltante, nonché l'introduzione di una serie di disposizioni di carattere contabile in ragione delle quali il commissario, nei limiti delle risorse impegnate in bilancio, può avviare le procedure di affidamento dei contratti anche nelle more del trasferimento delle risorse sulla contabilità speciale.

A fronte di tali poteri, sono introdotte una serie di disposizioni volte a regolare il controllo dei provvedimenti e dell'attività dei commissari, sottoponendoli al controllo preventivo della Corte dei conti, nonché alla pubblicazione nella Gazzetta ufficiale, dei provvedimenti di natura regolatoria, ad esclusione di quelli di natura gestionale, adottati dai commissari.

Al fine di garantire l'uniformità nelle gestioni commissariali finalizzate alla realizzazione di opere pubbliche o interventi infrastrutturali, tali poteri "derogatori" vengono estesi a **tutti i commissari nominati per tali finalità sulla base di specifiche norme di legge**.

Sono comunque previste diverse eccezioni, tra cui i commissari della protezione civile (art. 25, d.lgs. 1/2018), i commissari straordinari del Governo (art. 11, L. 400/1998), Sindaci e Presidenti delle province e delle città metropolitane con i poteri dei commissari per interventi di edilizia scolastica.

Proprio con riferimento a questi ultimi, si registra un non perfetto coordinamento delle norme, perché nell'art. 7-ter DL 22/2020 (convertito con modificazioni dalla L. 41/2020) viene previsto che al fine di garantire la rapida esecuzione di interventi di edilizia scolastica - fino al 31 dicembre 2020 - i sindaci e i presidenti delle province e delle città metropolitane operano con una serie di poteri, ivi inclusi i poteri dei commissari di cui all'articolo 4, commi 2 e 3, del D.L. 32/2019, modificato da ultimo proprio dal decreto "Semplificazioni".

Prima dell'avvio degli interventi, il Commissario Straordinario convoca le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative a livello nazionale.

In fase di conversione, l'articolo non ha subito modifiche rilevanti rispetto a quanto già previsto dal decreto.

### **Valutazione**

Come già evidenziato in tema di opere "emergenziali" (sub articolo 2), per realizzare celermente gli interventi infrastrutturali prioritari o le opere da "sbloccare", sarebbero stato positivo limitare l'operatività delle deroghe per le procedure "a monte" della gara, relative alle fasi di programmazione e approvazione dei relativi progetti, analogamente a quanto avvenuto, a livello nazionale, per il Commissario per la tratta dell'Alta Velocità Napoli-Bari.

La fase di affidamento e di realizzazione delle opere, invece, dovrebbe avvenire nel pieno rispetto delle procedure previste dal Codice dei contratti e dalla legislazione ad esso connessa, in omaggio al principio di concorrenza ed a garanzia di una corretta esecuzione.

Non può quindi, assolutamente condividersi la previsione di andare in deroga alla materia degli appalti, che di fatto, comporta una forte *deregulation* per le gare, analoga a quella del modello "Genova".

Infine, la formulazione troppo generica della tipologia di interventi "commissariabili" (vedi definizione in corsivo sub punto 1), rende replicabile tale modello su un numero non definito di opere, con il rischio di produrre effetti fortemente lesivi della concorrenza e della trasparenza.

Pertanto, gli interventi commissariabili possono essere individuati anche con un più decreti successivi, da adottare fino al 30 giugno 2021.

Così operando, tali deroghe non troveranno un'applicazione limitata nel tempo, bensì potranno essere applicate per l'esecuzione di opere ben oltre il 2021, essendo funzionali a realizzare tutti gli interventi commissariati a prescindere da quando questi saranno affidati. In sostanza, quindi, si consente ai commissari di operare in deroga ad ogni legge, ivi incluso il Codice dei contratti, senza alcun limite.

Vieppiù, le deroghe e i poteri attribuiti ai commissari previsti dall'articolo 4 del decreto 32/19 (cd "sblocca-cantieri") vengono estesi a tutti i commissari nominati per la realizzazione di opere pubbliche o interventi infrastrutturali, sulla base di specifiche norme di legge.

Unito anche alle deroghe previste per gli interventi di cui al comma 2, è difficile comprendere quali siano gli interventi che saranno appaltanti nel rispetto delle procedure di gara del Codice e delle vigenti direttive comunitaria, la cui applicazione diviene, de facto, residuale ed eccezionale, invece, che ordinaria.

In attesa di compiere valutazioni puntuali sugli effetti sul mercato delle opere pubbliche, è innegabile che la presente norma, unita alle deroghe di cui all'articolo 2 del decreto in commento, comporterà una deregolamentazione per gran parte del mercato.

## Art. 11 - Accelerazione e semplificazione della ricostruzione pubblica nelle aree colpite da eventi sismici

Tale articolo - contenuto nel capo II del titolo I del decreto in commento - attribuisce al Commissario straordinario per la ricostruzione post sisma 2016 il compito di individuare, con propria ordinanza, gli interventi e le opere urgenti e di particolare criticità, anche relativi alla ricostruzione dei centri storici dei comuni maggiormente colpiti, per i quali i poteri di ordinanza (ex articolo 2, comma 2, del decreto-legge n. 189 del 2016) **sono esercitabili in deroga a 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.

Sul punto, si ricorda che l'art. 2 del decreto n. 189/2016 prevede che detto commissario, per l'esercizio delle sue funzioni, provvede anche a mezzo di ordinanze, nel rispetto della Costituzione, dei principi generali dell'ordinamento giuridico e delle norme dell'ordinamento europeo (comma 2).

Una volta predisposto, l'elenco degli interventi e delle opere è comunicato al Presidente del Consiglio dei Ministri, che può impartire direttive.

La norma, infine, precisa che i lavori di competenza delle diocesi e degli enti ecclesiastici civilmente riconosciuti, **di importo non superiore alla soglia comunitaria per singolo lavoro**, seguono le procedure previste per la **ricostruzione privata** sia per l'affidamento della progettazione che dei lavori.

Infine, la norma precisa che tali disposizione, 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.

## Art. 11 bis- Modifiche al decreto-legge 17 ottobre 2016, n. 189, recante interventi urgenti in favore delle popolazioni colpite dal sisma del 24 agosto 2016

In fase di conversione, sono state introdotte alcune modifiche all'art. 14 del decreto 189/2016 – convertito, con modificazioni, dalla legge 15 dicembre 2016, n. 229 - recante le procedure per la ricostruzione pubblica post-sisma Centro-Italia del 2016.

Per quanto di interesse, il comma 3 bis dell'articolo in commento consente, per gli interventi funzionali alla realizzazione dei piani finalizzati al recupero degli immobili di proprietà pubblica, ripristinabili con miglioramento sismico entro il 31 dicembre 2018, per essere destinati alla soddisfazione delle esigenze abitative delle popolazioni dei territori interessati dagli eventi sismici verificatisi dal 24 agosto 2016.

Procedura, questa, applicabile, ai sensi del successivo comma 3-bis.1, anche agli interventi che il Commissario straordinario per la ricostruzione post-terremoto ha ritenuto rivestire un'importanza essenziale ai fini della ricostruzione nei territori colpiti dal sisma, sempre se di importo contenuto entro i limiti della soglia di rilevanza europea di cui all'articolo 35 del Codice.

Ora, in tali casi, il comma 3 bis prevedeva che l'invito, contenente l'indicazione dei criteri di aggiudicazione dell'appalto, doveva essere rivolto agli operatori, sulla base del progetto definitivo.

In fase di conversione, è stato soppresso il riferimento al progetto definitivo.

Ciò, sembrerebbe consentire ai soggetti attuatori di mettere in gara, in tali casi, il livello progettuale ritenuto più opportuno, in base alle specificità dell'intervento.

## Art. 21 - Responsabilità erariale

Su tale tema, le novità del decreto impattano sotto un duplice profilo:

### 1. " A REGIME"

Viene chiarito che, ai fini della configurazione della responsabilità erariale dei dipendenti pubblici, la prova del dolo richiede la dimostrazione della volontà dell'evento dannoso.

Per accreditare la sussistenza del "dolo erariale" **non basterà la prova della consapevole violazione degli obblighi di servizio** che regolano e disciplinano l'esercizio delle funzioni amministrative, **servirà**, altresì, dimostrare la **consapevolezza e volontà di causare**, con l'azione o l'omissione *contra legem*, le **conseguenze dannose** per le finanze pubbliche.

### 2. FINO AL 31 DICEMBRE 2021

La responsabilità erariale, per i fatti commessi dall'entrata in vigore della disposizione e fino al 31 dicembre 2021 – in fase di conversione, è stato esteso il termine rispetto al 31 luglio 2021, previsto originariamente nel decreto - è limitata al solo profilo del dolo (e non per colpa grave). La modifica di carattere transitorio, si sostanzia in una sorta di "scudo erariale" previsto a partire dal 17 luglio 2020: data di entrata in vigore del "provvedimento" (il DL n. 76/2000) che ha introdotto tale disposizione.

Tale limitazione non si applica per i danni cagionati da omissione ed inerzia del pubblico funzionario.

#### Valutazione

**Positiva**, in linea con quanto da ANCE auspicato, poiché rappresenta un primo importante segnale per porre fine alla c.d. "burocrazia difensiva".

Ciò accade in speciale modo con la previsione di cui al n. 2, che rappresentano la maggior parte dei casi di condanna. È, infatti, più che condivisibile l'obiettivo di rendere più rischioso, per i pubblici dipendenti, il non fare (omissioni e inerzie) piuttosto che il fare, dove la responsabilità viene limitata al dolo.

Riguardo la previsione di cui al punto 1, l'estensione dell'onere probatorio del dolo rende **più difficile affermare la responsabilità del funzionario/dirigente**.

## Art. 22 - Controllo concomitante della corte dei conti sugli interventi di sostegno e di rilancio dell'economia nazionale

Viene introdotta una nuova forma di **controllo concomitante** della Corte dei conti, anche su richiesta del Governo o delle competenti commissioni parlamentari, sui principali piani, programmi e progetti relativi agli **interventi di sostegno e di rilancio dell'economia nazionale**.

L'eventuale accertamento di gravi irregolarità gestionali, ovvero di rilevanti e ingiustificati ritardi nell'erogazione di contributi secondo le vigenti procedure amministrative e contabili, è immediatamente trasmesso all'amministrazione competente ai fini della responsabilità dirigenziale.

La disposizione non ha subito alcuna modifica in fase di conversione del decreto.

#### **Da valutare**

Non è chiaro quale sia la portata applicativa di tale controllo che potrebbe, tuttavia, comportare dei rallentamenti nella fase di approvazione dei singoli provvedimenti.

Infatti, appare anzitutto di difficile delimitazione il perimetro dell'attività di controllo concomitante, poiché prevedendo che lo stesso si espliciti nei confronti dei "principali piani, programmi e progetti", da un lato, vuole presumibilmente includere qualsiasi fenomeno pianificatorio, dall'altro, limitare l'analisi a quei fenomeni che abbiano adeguata rilevanza.

Inoltre, seppure la disposizione sembra riferirsi ai soli atti amministrativi (piani, programmi), questi sono espressione di un complesso iter di programmazione, che spesso si suddivide in diverse fasi; ciò con possibile identificazione di una pluralità di nodi da sciogliere, anche in relazione alla quantità di enti ed amministrazioni coinvolte.

Sarebbe stato opportuno, quindi, prevedere una disciplina il più possibile snella e veloce.

#### **Art. 23 - Abuso d'ufficio**

Viene definita in maniera più compiuta la fattispecie di reato, attribuendo rilevanza alla **violazione**, nello svolgimento delle pubbliche funzioni, non più di qualunque norma di legge o di regolamento bensì di **specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità**.

Esulano, quindi, dall'area penalmente rilevante dell'art. 323 c.p. la trasgressione di norme di rango secondario, regolamentare o subprimario, ovvero l'ipotesi di norme di rango primario, laddove da queste ultime non siano ricavabili regole di condotta specifiche ed espresse per il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio.

In ogni caso, per la realizzazione del delitto la norma continua a richiedere la configurazione di due eventi alternativi: un ingiusto vantaggio patrimoniale, che il pubblico agente procura a sé o ad altri, oppure un danno ingiusto arrecato a qualcuno.

Resta invariata la punibilità per il delitto di abuso d'ufficio nel caso di inosservanza da parte del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio dell'obbligo di astensione in caso di conflitto di interessi.

La disposizione non ha subito alcuna modifica in fase di conversione del decreto.

### Valutazione

La *ratio* dell'intervento, che è quella di definire in maniera più compiuta la fattispecie di reato - per intervenire sul fenomeno della paura della firma - è senza dubbio condivisibile.

Al contempo, sarebbe stato opportuno legare la condotta di abuso al compimento di un atto dell'ufficio. Il legame con l'atto dell'ufficio infatti, avrebbe consentito di escludere la penale rilevanza di attività meramente materiali o comunque non inserite in un contesto procedimentale volto alla emanazione di un atto, limitando il (possibile) giudizio di responsabilità soltanto al compimento dell'atto finale, produttivo di effetti giuridici.

Sarebbe comunque opportuno reintervenire per introdurre una maggiore specificazione del requisito della necessaria "violazione di norma di legge o di regolamento".

Le norme violate, infatti, dovrebbero essere anche formalmente identificate (esclusi dunque i casi di mero eccesso o sviamento di potere) e rivolte alla specifica disciplina della funzione o del servizio (non dunque norme di principio o programmatiche).

In allegato, il provvedimento in esame.