

LA SEMPLIFICAZIONE DEL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI.

di Fabio, Martino BATTISTA, Segretario Generale di Provincia

di Gaetano Di Vito, Avvocato

di Pasquale Eramo, dottore in Giurisprudenza

I numerosi interventi normativi succedutesi negli anni hanno apportato disorganiche e profonde modifiche al Codice dei contratti pubblici, per le quali si rende necessaria una rivisitazione dell'intero assetto codicistico. Il 9 Marzo 2022, il Senato della Repubblica, avvia l'iter di approvazione del disegno di legge delega in materia di contratti pubblici conclusosi con l'approvazione definitiva del testo, come modificato dalla Camera dei Deputati, il 14 giugno 2022, nel rispetto della normativa europea. L'attuazione della riforma costituisce anche un vero e proprio impegno assunto dal Governo con il PNRR. La semplificazione delle norme in materia di appalti e concessioni costituisce, infatti, un nodo essenziale per la ripresa economica del paese.

The numerous regulatory interventions that have taken place over the years have made unsystematic and profound changes to the Code of public contracts, for which a review of the entire code structure is necessary. On March 9, 2022, the Senate of the Republic starts the approval procedure of the draft law delegation on public contracts which ended with the definitive approval of the text, as amended by the Chamber of Deputies, on June 14, 2022, in compliance with European legislation. The implementation of the reform also constitutes a real commitment undertaken by the Government with the PNRR. The simplification of the rules on contracts and concessions constitutes, in fact, an essential node for the economic recovery of the country.

Sommario: 1. Premessa. 2. Normativa europea e divieto di *gold plating*. 3. Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza quale strumento di riforma del Codice dei contratti pubblici. 4. Le recenti deroghe e modifiche al codice dei contratti pubblici. 5. Alcuni aspetti problematici del vigente quadro normativo.

1. Premessa.

Il 9 Marzo 2022, il Senato della Repubblica, avvia l'iter di approvazione del disegno di legge delega in materia di contratti pubblici¹ conclusosi con l'approvazione definitiva del testo,² come modificato dalla Camera dei Deputati,³ il 14 giugno 2022.⁴ Tale nuova normativa si è resa necessaria al fine di permettere l'adeguamento della disciplina interna al diritto europeo, onde evitare l'avvio di nuove procedure di infrazione da parte della Com-

missione e per dare risoluzione alle procedure in corso.⁵ Tale legge delega trova riflesso nella precedente L. 28 gennaio 2016, n. 11, anch'essa recante la delega al governo per l'attuazione delle direttive del Parlamento Europeo in materia di contratti pubblici,⁶ ma si

¹ XVIII Legislatura, Atto S. 2330, www.senato.it.

² Di iniziativa governativa, Governo Draghi – I.

³ XVIII Legislatura, Atto C. 3514, consultabile in www.camera.it.

⁴ XVIII Legislatura, Atto S. 2330-B, ancora non pubblicato, consultabile in www.senato.it.

⁵ Commissione, procedura di infrazione n. 2018/2273. È stata invece archiviata la procedura d'infrazione 2017/2090 inerente la "Lotta contro i ritardi di pagamento nel settore degli appalti per la non conformità dell'articolo 77 del D.lgs. 19 aprile 2017, n. 56 con la direttiva 2011/7/UE", www.politiche-europee.gov.it.

⁶ L. 28 gennaio, n. 11, Deleghe al Governo per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua,

inserisce in un quadro sostanzialmente mutato, in fatto, alla luce delle esigenze derivanti dall'esecuzione degli impegni assunti con il Piano di ripresa e resilienza, e, in diritto, poiché i numerosi interventi normativi succedutesi negli anni hanno apportato disorganiche e profonde modifiche al Codice dei contratti pubblici, per le quali si rende necessaria una rivisitazione dell'intero assetto codicistico.

2. Normativa europea e divieto di *gold plating*.

Come recita il comma 1 dell'art. 1 della legge delega "il Governo adotta entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi recanti la disciplina dei contratti pubblici, anche al fine di adeguarla al diritto europeo e ai principi espressi dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale e delle giurisdizioni superiori, interne e sovranazionali [...]". In ambito comunitario, seppure non espressamente richiamate nella legge delega, l'esecutivo deve necessariamente attenersi ai principi sanciti dalle direttive 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, 2014/24/UE recante la disciplina nei cd. settori ordinari, 2014/25/UE inerente la disciplina sulle procedure di appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e infine, alla direttiva 2009/81/CE relativa agli appalti nei settori della difesa e della sicurezza. L'approccio euro-unitario scaturito dalle summenzionate direttive si basa su un sistema che si pone in controtendenza all'assetto normativo previgente:⁷ in passato, il predetto assetto tutelava in maniera preponderante il principio della concorrenza; ora, invece, il nuovo sistema tutela pur sempre l'esigenza competitiva ma, giustamente, calibrata con gli stretti limiti di spesa in cui versano le amministrazioni, i principi di parità di trattamento e non discriminazione, prestando particolare attenzione alla partecipazione delle PMI nonché all'applicazione dei canoni sociali e ambien-

dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, G.U. del 29 gennaio 2016, n. 23.

⁷ Direttiva 17/2004/CE, Direttiva 18/2004/CE.

tali, temi oggi molto sentiti. Lo strumento legislativo usato dall'Unione Europea, quello della direttiva, ripartisce il potere normativo tra l'Unione e gli Stati membri. L'art. 284 T.F.U.E. contiene una riserva di competenza a favore di questi ultimi, a cui spetta la scelta in merito alla forma e ai mezzi con cui raggiungere gli obiettivi posti dalla direttiva. Da ciò si desume che tale fonte, per poter spiegare gli effetti all'interno di uno Stato membro, abbisogna dell'intervento delle autorità nazionali alle quali spetta il potere di recepimento della medesima. Il fatto che tale atto normativo europeo richieda una mediazione degli organi nazionali non esclude che talune di esse, le direttive cd. *self-executing*, possano produrre effetti indipendentemente dal loro recepimento. Quest'ultime, corroborate da una serie di caratteristiche⁸ sono, al ricorrere di particolari condizioni,⁹ suscettibili di applicazione immediata. Per le direttive non *self-executing*, il legislatore nazionale, nel recepirle, e in particolar modo nel settore dei contratti, deve attenersi al cd. divieto di *gold plating*, affinché non si addivenga ad una legislazione che nel complesso possa limitare la concorrenza nazionale e delle imprese italiane. Nel caso *de quo* l'esecutivo deve perseguire gli obiettivi in "stretta aderenza alle direttive europee, mediante l'introduzione o il mantenimento di livelli di regolazione corrispondenti a quelli minimi richiesti dalle direttive stesse".¹⁰ Tale principio, di matrice non europea, come ha avuto modo di chiarire la Corte Costituzionale,¹¹ trova fondamento nei commi 24 *bis*, *ter* e *quater* dell'art. 14 della L. 28 novembre

⁸ Le norme contenute nelle direttive devono avere un contenuto sufficientemente chiaro e preciso, non condizionato o subordinato, per quanto riguarda la sua osservanza o i suoi effetti, all'emanazione di atti ulteriori da parte delle istituzioni delle Unioni o degli Stati membri, R. Adam, A. Tizzano, Manuale di diritto dell'Unione Europea, Torino, 2017, p. 176.

⁹ Condizione essenziale per l'applicazione diretta è che sia scaduto il termine di recepimento, R. Adam, A. Tizzano, Manuale di diritto dell'Unione Europea, cit., p. 176.

¹⁰ Art. 1, co. 2, lett. a) della legge delega, AS 2330-B, cit., www.senato.it.

¹¹ Corte Cost., sent. 100/2020, www.cortecostituzionale.it.

2005, n. 246.¹² Tali livelli minimi sono definiti nel comma 24 *ter* e così individuati:

- a) “l’introduzione o il mantenimento di requisiti, standard, obblighi e oneri non strettamente necessari per l’attuazione delle direttive”;
- b) “l’estensione dell’ambito soggettivo o oggettivo di applicazione delle regole rispetto a quanto previsto dalle direttive, ove comporti maggiori oneri amministrativi per i destinatari”;
- c) “l’introduzione o il mantenimento di sanzioni, procedure o meccanismi operativi più gravosi o complessi di quelli strettamente necessari per l’attuazione delle direttive”.

Il comma 24 *quater* permette alle amministrazioni, valutato il ricorrere di eventuali circostanze eccezionali, il superamento della soglia di livello minimo di regolazione europea.

Pertanto, il divieto di *gold plating* ha una matrice proconcorrenziale; infatti, mira ad impedire l’introduzione, in via legislativa, di oneri amministrativi e tecnici ulteriori rispetto a quelli previsti dalla normativa dell’Unione, che possano ridurre la concorrenza di operatori economici e cittadini che si rapportino con la pubblica amministrazione.

Nella stesura della nuova disciplina, l’esecutivo dovrà tenere conto anche di quanto rilevato nella procedura d’infrazione 2018/2273, la quale ha indotto la Commissione ad emettere la seconda lettera complementare di costituzione in mora ai sensi dell’art. 258 T.F.U.E.¹³ La Commissione ha contestato all’Italia l’incompatibilità di alcune disposizioni del Codice dei contratti pubblici rispetto a quanto disposto dalle direttive europee sulle concessioni (direttiva 2014/23/UE), sugli appalti pubblici nei settori ordinari e nei settori speciali (direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE). Nello specifico ha rilevato:

- l’incompatibilità del divieto di subappaltare

¹² Il divieto di *gold plating* è stato introdotto dall’art. 15, co. 2, lett. b) della L. 12 novembre 2011, n. 183 attraverso l’inserimento di tre nuovi commi nell’art. 14 della L.28 novembre 2005, n. 246 recante disposizioni per la “Semplificazione e riassetto normativo per l’anno 2005”, www.normattiva.it.

¹³ Per una più ampia disamina sulla procedura d’infrazione si veda R. Adam, A. Tizzano, *Manuale di diritto dell’Unione Europea*, cit., pp. 259 ss.

oltre il 30% di un contratto pubblico;¹⁴

- il divieto generale sul cd. subappalto a catena;
- il divieto di sub-avvalimento;
- il divieto di avvalimenti per contratti aventi ad oggetto opere super specialistiche;
- la mancata previsione del potere di esclusione di un operatore economico che si sia reso autore di violazione della normativa sugli obblighi di pagamento di imposte e contributi previdenziali;
- l’individuazione del numero minimo di offerte ammesse oltre il quale si prevede l’applicazione dell’esclusione automatica delle offerte anormalmente basse per gli appalti sotto soglia.¹⁵

In tema di concessioni, l’esecutivo deve altresì tenere conto della giurisprudenza costituzionale¹⁶ che ha dichiarato l’illegittimità delle previsioni codicistiche concernenti l’obbligo, a carico dei titolari di concessioni affidate direttamente, di affidare all’esterno mediante appalto a terzi e a società in *house* lavori, servizi e forniture in percentuale equivalente rispettivamente all’80% e al 20%. Per la Consulta tali disposizioni, se pur perseguono un fine lodevole quale quello di consentire l’apertura del mercato e garantire la concorrenza, costituiscono violazione del principio di iniziativa economica privata di cui all’art. 41 Cost. Infatti, il concessionario, non potendo conservare a sé neanche un minimo di attività imprenditoriale, risolverebbe il proprio operato in quello di un soggetto preposto allo svolgimento di mera attività burocratica di affidamento di commesse.¹⁷

3. Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza quale strumento di riforma del Codice dei contratti pubblici.

¹⁴ Cfr. anche Corte Giust., sent. 26 settembre 2019, c-63/18, *Vitali Spa c/Autostrade per l’Italia Spa*, in eur-lex.europa.eu.

¹⁵ XVIII Legislatura, Camera dei Deputati, Dossier AT041, Contenzioso UE in materia di subappalto, Procedura di infrazione n. 2018/2273, in www.camera.it.

¹⁶ Corte Cost., sent. 218/2021, www.cortecostituzionale.it.

¹⁷ XVII Legislatura, Camera dei deputati, Dossier 185, Delega al governo in materia di contratti pubblici A.C. T.U. 3514, *Elementi per la valutazione degli aspetti di legittimità costituzionale*, www.camera.it

L'attuazione della riforma costituisce un vero e proprio impegno¹⁸ assunto dal Governo con il PNRR. La semplificazione delle norme in materia di appalti e concessioni costituisce un nodo essenziale per la ripresa economica del paese. Sono due le fasi previste per raggiungere tale obiettivo. La prima fase, il cui termine perentorio era individuato nell'anno 2021, è stata caratterizzata dall'adozione di una serie di misure urgenti al fine di semplificare, digitalizzare le procedure dei centri di committenza e ridurre i tempi tra pubblicazione del bando e aggiudicazione.¹⁹ Le prime disposizioni in questo senso sono state adottate con il D.lg. 31 maggio 2021, n. 77; gli artt. 47 – 53 infatti, hanno snellito le procedure inerenti gli affidamenti dei concessionari, il subappalto, l'esecuzione dei contratti pubblici e le procedure di acquisto di beni e servizi informatici strumentali all'attuazione del Piano.²⁰ In particolar modo il decreto ha introdotto una disciplina volta a fronteggiare gli aumenti eccezionali dei prezzi dei materiali da costruzione, i quali, per i contratti in corso di esecuzione, determinavano un forte squilibrio a carico dell'esecutore.²¹ La seconda fase prevede una terna di termini: entro il primo semestre del 2022, le Camere approvano la legge delega per la revisione della L. 18 aprile 2016, n. 50; entro il primo trimestre del 2023, deve essere approvato il D. lgs. attuativo della delega; infine, entro il quarto trimestre del 2023, deve essere pienamente operativo il si-

¹⁸ Presidenza del Consiglio dei Ministri – Segretariato Generale, Attuazione delle misure del PNRR, in www.governo.it

¹⁹ Misure M1C1 – 69 e M1C1 – 71 del Piano di attuazione del PNRR, cit., p. 2.

²⁰ XVIII Legislatura, Dossier sul D.lg. 77/2021 “Governance del PNRR e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure”, in www.senato.it, p. 148 ss. Cfr. anche XVIII Legislatura, Dossier PNRR, Monitoraggio dell'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza, i traguardi e gli obiettivi da conseguire entro il 30 giugno 2022, www.camera.it.

²¹ Art. 1 *septies* del D.lg. 31 maggio 2021, n. 77 così come modificato dal D.lg. 10 settembre 2021, n. 121 e dal co. 398 della legge di bilancio 2022. Cfr. anche Ministero delle infrastrutture e delle mobilità sostenibili, D.M. 30 settembre 2021 recante le modalità di utilizzo del Fondo per l'adeguamento dei prezzi di materiali da costruzione, G.U. del 28 ottobre 2021, n. 256.

stema nazionale di *e-procurement*.²²

Quest'ultima fase sarà caratterizzata anche da riforme finalizzate a ridurre la frammentazione delle stazioni appaltanti con conseguente attribuzione di poteri di controllo all'ANAC.

4. Le recenti deroghe e modifiche al codice dei contratti pubblici.

Come si è visto nei paragrafi precedenti, principale obiettivo del legislatore delegato, ai sensi dell'articolo 1, comma 1, della legge 21 giugno 2022, n. 78, è razionalizzare, riordinare e semplificare la disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture²³.

Tale esigenza di riforma organica, a pochi anni dall'entrata in vigore del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, oltre a costituire un presupposto imprescindibile per la piena e corretta attuazione del PNRR, è strettamente legata al bisogno, reale ed impellente, di ridurre drasticamente le norme nazionali, uniformandole al diritto euro-unitario.

Il corpo iniziale del codice dei contratti pubblici, infatti, è stato diffusamente modificato nel corso degli ultimi anni, in maniera non sempre ordinata e sistematica. Ciò, in special modo, è avvenuto con gli innumere-

²² Strumento finalizzato a digitalizzare i processi di approvvigionamento delle PA per una migliore efficienza amministrativa. I requisiti funzionali e tecnologici dei sistemi informatici del *e-procurement* pubblico sono stati adottati con il D.M. 12 agosto 2021, n. 148 contenente il “Regolamento recante modalità di digitalizzazione delle procedure dei contratti pubblici”, G.U. del 26 ottobre 2021, n. 256.

²³ Si ricorda, ancora, che ai sensi dell'articolo 1, comma 1, della legge 21 giugno 2022, n. 78: “Il Governo è delegato ad adottare, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi recanti la disciplina dei contratti pubblici, anche al fine di adeguarla al diritto europeo e ai principi espressi dalla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori, interne e sovranazionali, e di razionalizzare, riordinare e semplificare la disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, nonché al fine di evitare l'avvio di procedure di infrazione da parte della Commissione europea e di giungere alla risoluzione delle procedure avviate”. Le finalità della legge di delega sono illustrate anche nella relazione illustrativa e nel documento di accompagnamento di analisi di impatto della regolamentazione (AIR) allegati all'iniziale disegno di legge di delega.

voli provvedimenti d'urgenza emanati per fronteggiare la pandemia da COVID-19.²⁴

Questa frenetica e stratificata produzione normativa, tuttavia, in molti casi ha creato vere e proprie legislazioni “speciali” e derogatorie, distinte tra loro per ambito applicativo temporale ed oggettivo.

Come ha dichiarato il Presidente del Consiglio di Stato Franco Frattini nel suo discorso di insediamento del 22 febbraio 2022, si tratta di una legislazione spesso ipertrofica e confusa nelle previsioni, quanto debole nelle capacità attuative, che richiede uno sforzo mirato di semplificazione e codificazione che va guidato dal centro.

Inoltre, siffatto coacervo di norme, a dispetto delle dichiarate ragioni ispiratrici di semplificazione amministrativa e normativa, rischia concretamente di aumentare il diffondersi di fenomeni corruttivi nel settore dei contratti pubblici.

Le principali difficoltà per gli operatori del diritto discendono, certamente, ed in primo luogo, dal groviglio normativo prodotto dal più importante provvedimento legislativo adottato nell'ultimo periodo in questo settore, ossia il decreto legge 31 maggio 2021, n. 77 (recante: “Governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di

²⁴ Si fa riferimento, in particolare, ai seguenti provvedimenti: decreto legge 8 aprile 2019, n. 32, convertito con modificazioni dalla legge 14 giugno 2019, n. 55; decreto legge 17 marzo 2020, n. 18, convertito con modificazioni dalla legge 24 aprile 2020, n. 27; decreto legge 19 maggio 2020, n. 34, convertito con modificazioni dalla legge 17 luglio 2020, n. 77; decreto legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito con modificazioni dalla legge 11 settembre 2020, n. 120; decreto legge 25 maggio 2021, n. 73 (v. l'articolo 1-septies), convertito con modificazioni dalla legge 23 luglio 2021, n. 106; decreto legge 31 maggio 2021, n. 77, convertito con modificazioni dalla legge 29 luglio 2021, n. 108; decreto legge 10 settembre 2021, n. 121, convertito con modificazioni dalla legge 9 novembre 2021, n. 156; legge 23 dicembre 2021, n. 238 (v. l'articolo 10); decreto legge 27 gennaio 2022, n. 4 (v. l'articolo 29), convertito con modificazioni dalla legge 28 marzo 2022, n. 25; decreto legge 1 marzo 2022, n. 17 (v. l'articolo 25), convertito con modificazioni dalla legge 27 aprile 2022, n. 34; decreto legge 21 marzo 2022, n. 21 (v. l'articolo 23), convertito con modificazioni dalla legge 20 maggio 2022, n. 51; decreto legge 17 maggio 2022, n. 50 (v. gli articoli 26 e 27), in corso di conversione.

accelerazione e snellimento delle procedure”).

Esso, infatti, intervenendo sul regime derogatorio già previsto dai decreti legge 16 luglio 2020, n. 76, e 8 aprile 2019, n. 32, ha reso ulteriormente tortuosa una disciplina per molti versi complicata.

5. Alcuni aspetti problematici del vigente quadro normativo.

L'ANAC ha recentemente sottolineato, nello schema di Piano Nazionale Anticorruzione 2022-2024,²⁵ che questo complesso ed articolato corpo normativo può generare gravi ripercussioni nelle fasi di affidamento e di esecuzione dei contratti.

Nella fase di affidamento, anzitutto:

- a) può esserci un uso distorto ed elusivo delle procedure di affidamento diretto dei contratti, inclusi gli incarichi di progettazione;²⁶
- b) è possibile il rischio di frazionamento, oppure di alterazione del calcolo del valore stimato dell'appalto, in modo tale da non superare la soglia degli importi degli affidamenti prevista dall'ordinamento;²⁷

²⁵ Lo schema di Piano Nazionale Anticorruzione 2022-2024 è in consultazione sul sito dell'ANAC dal 24 giugno 2022. Il termine per la presentazione delle osservazioni è fissato alle ore 24 del 15 settembre 2022. Per una disamina completa ed esaustiva delle modifiche e delle deroghe apportate alla vigente normativa in materia di contratti pubblici, si rinvia all'Allegato n. 5 dello schema di PNA 2022, recante “Indice ragionato delle deroghe e delle modifiche alla disciplina dei contratti pubblici”, ed al dossier del 30 maggio 2022 dell'Ufficio studi del Senato della Repubblica e della Camera dei deputati sulla “Delega al Governo in materia di contratti pubblici”.

²⁶ L'articolo 51 del decreto legge 31 maggio 2021, n. 77, intervenendo su diverse disposizioni del decreto legge 16 luglio 2020, n. 76, ha prorogato fino al 30 giugno 2023 le procedure di affidamento diretto, o, comunque, semplificato di appalti pubblici al di sotto di determinati importi di valore (cd. procedure sottosoglia). In particolare, è ammesso l'affidamento diretto per lavori di importo inferiore a 150.000 euro e per servizi e forniture, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione, di importo inferiore a 139.000 euro.

²⁷ L'ANAC, con la delibera n. 34 del 26 gennaio 2022, ha affermato che “la sussistenza di una situazione di necessità ed urgenza non costituisce una ragione oggettiva, ai sensi dell'art. 35 comma 6 del d.lgs. n. 50/2016, per disporre il frazionamento di un affidamento che, in base all'art. 35 comma 9 del d.lgs. n. 50/2016, deve essere considerato unitariamente, anche

c) può essere violato il principio di rotazione nelle procedure negoziate;²⁸

d) in caso di ricorso al c.d. “appalto integrato” (ossia all’affidamento congiunto della progettazione e dell’esecuzione di lavori), potrebbero aversi proposte progettuali elaborate più per il conseguimento dei guadagni dell’operatore economico che per il soddisfacimento dei bisogni dei cittadini, che potrebbero determinare varianti suppletive, sia in sede di redazione del progetto esecutivo che nella successiva fase realizzativa, con conseguenti maggiori costi e tempi di realizzazione.²⁹

Nella fase di esecuzione, invece, sono stati individuati i seguenti profili di maggior rischio:

a) per ottenere guadagni più elevati, in assenza di adeguati controlli, potrebbero essere realizzate indebite modifiche e varianti contrattuali, a danno anche della qualità della

quando suddiviso in lotti, ai fini del calcolo della soglia di rilevanza”. La Corte di Cassazione, Sez. VI, con la sentenza n. 26610 dell’11 giugno 2018, ha stabilito che risponde del reato di abuso di ufficio il responsabile unico del procedimento che, al fine di procedere all’affidamento diretto a favore di un’impresa di sua conoscenza, frazionava l’appalto unitario in più contratti, violando le norme del codice degli appalti.

²⁸ La costante giurisprudenza amministrativa considera il principio di rotazione un valido strumento per impedire il consolidamento di rendite di posizione in favore del gestore uscente, rappresentando un efficace contrappeso alla discrezionalità riconosciuta alla stazione appaltante nel decidere gli operatori economici da invitare alle procedure negoziate (cfr.: Cons. Stato, V, 28/02/2022, n. 1421, Cons. Stato, V, 22/02/2021, n. 1515, Cons. Stato, V, 12/09/2019, n. 6160, Cons. Stato, VI, 04/06/2019, n. 3755, Cons. Stato, V, 15/12/2020, n. 8030; Cons. Stato, V, 31/03/2020, n. 2182). Sull’argomento, cfr. pure le Linee Guida dell’ANAC n. 4, approvate con delibera n. 1097 del 26 ottobre 2016.

²⁹ Il divieto del ricorso al c.d. appalto integrato, previsto dall’art. 59 del codice dei contratti pubblici, è stato sospeso fino al 30 giugno 2023 dall’articolo 52, comma 1, del decreto legge 31 maggio 2021, n. 77. Altresì, l’articolo 48, comma 5, del medesimo decreto legge, ha dato nuova linfa a questo istituto con riferimento agli interventi finanziati dal PNRR, dal PNC e dai programmi cofinanziati dai fondi strutturali dell’Unione europea, ammettendo l’affidamento di progettazione ed esecuzione dei relativi lavori anche sulla base del progetto di fattibilità tecnica ed economica.

prestazione dedotta in contratto³⁰;

b) la disapplicazione di talune norme, limitatamente alla fase di esecuzione, potrebbe creare incertezza nei casi di risoluzione del contratto e dei controlli³¹ sulla sua corretta

³⁰ L’articolo 1, comma 2, lettera u), della legge 21 giugno 2022, n. 78, fissa il seguente principio e criterio direttivo: “ridefinizione della disciplina delle varianti in corso d’opera, nei limiti previsti dall’ordinamento europeo, in relazione alla possibilità di modifica dei contratti durante la fase dell’esecuzione”. In tema di modifiche contrattuali, il TAR Firenze, Sez. I, con la sentenza n. 228 del 25 febbraio 2022, ha chiarito che “Il principio di immodificabilità del contratto non ha carattere assoluto. Corte di Giustizia UE, sez. VIII, nella sentenza del 7 settembre 2016, in C. 549-14, ha chiarito che il principio di parità di trattamento e l’obbligo di trasparenza che ne derivano ostano a che, dopo l’aggiudicazione di un appalto pubblico, l’amministrazione aggiudicatrice e l’aggiudicatario apportino alle disposizioni di tale appalto modifiche tali che tali disposizioni presentino caratteristiche sostanzialmente diverse da quelle dell’appalto iniziale. Ciò avviene, ha stabilito la Corte, solo quando le modifiche previste hanno l’effetto: a) di estendere l’appalto, in modo considerevole, ad elementi non previsti; b) di alterare l’equilibrio economico contrattuale in favore dell’aggiudicatario; c) di rimettere in discussione l’aggiudicazione dell’appalto, nel senso che, «se esse fossero state previste nei documenti disciplinanti la procedura di aggiudicazione originaria, sarebbe stata accolta un’altra offerta oppure avrebbero potuto essere ammessi offerenti diversi. I principi affermati dalla Corte di Giustizia hanno trovato attuazione nelle direttive e poi nella disciplina interna prevista dal codice dei contratti pubblici il quale, in particolare, all’art. 106 ha fra l’altro esemplificato quelle che sono le modifiche sostanziali incompatibili con la trasparenza e la par condicio e ammesso in via generale quelle modifiche il cui valore resti al di sotto del 10% salvo che alterino la natura complessiva del contratto. È noto poi che la disciplina delle concessioni prevede una elasticità ancora maggiore in tema di rinegoziazione delle condizioni contrattuali. Il fatto che la concessione determini il trasferimento in capo al concessionario del rischio operativo non vale a connotarne la causa come aleatoria (Consiglio di Stato sez. IV - 19/08/2016, n. 3653); operano quindi anche in riferimento a tale tipologia contrattuale i rimedi volti a ricalibrare il rapporto qualora siano intervenuti fatti obiettivi che alterino in misura significativa l’equilibrio fissato dal piano economico finanziario, fra i quali è espressamente contemplata la revisione del contratto (art. 165 comma 6 D.lgs. 50/2016)”.

³¹ Il comma 1, lettera c), del decreto legge 31 maggio 2021, n. 77, modificando l’articolo 3 del decreto legge 16 luglio 2020, n. 76, ha prorogato fino al 30 giugno 2023 le disposizioni di semplificazione in materia di verifiche antimafia e protocolli di legalità che consen-

esecuzione (con riguardo agli affidamenti di cui all'articolo 2, comma 4, del decreto legge 16 luglio 2020, n. 76);

c) in relazione al subappalto,³² è forte il rischio di accordi collusivi tra gli operatori economici concorrenti, volti a manipolarne gli esiti per distribuire i vantaggi dell'accordo ad altri concorrenti.

Per tali motivi, l'ANAC ha messo a disposizione delle stazioni appaltanti degli strumenti di controllo (si tratta di cinque *check-list*) per la preparazione e la verifica successiva degli atti di specifiche tipologie di affidamento (cfr. l'Allegato 8 allo schema di PNA 2022).

Le *check-list*, integrabili e adattabili dalle singole amministrazioni, sono state predisposte per le procedure appresso indicate che, a causa dei più ampi spazi di discrezionalità concessi dalla normativa, possono comportare maggiori rischi corruttivi:

- a) affidamento diretto;
- b) procedura negoziata per i servizi;
- c) procedura negoziata per i lavori;
- d) procedure in deroga;
- e) procedure attinenti alla modifica dei contratti e alle varianti in corso d'opera.

Proprio sulla discrezionalità dei pubblici funzionari, è ineludibile il richiamo, per le sue evidenti ripercussioni nel settore dei contratti pubblici ai fini della realizzazione delle

tono alle pubbliche amministrazioni di corrispondere agli operatori agevolazioni o benefici economici.

³² L'articolo 49 del decreto legge 31 maggio 2021, n. 77, intervenendo sulla disciplina di cui all'articolo 105 del codice dei contratti pubblici, ha previsto, dal 1 novembre 2021, che: a) l'affidamento di lavori in subappalto non sia più limitato al 30% dell'importo del contratto, fermo restando il divieto di affidamento a terzi dell'integrale esecuzione delle prestazioni contrattuali; b) le stazioni appaltanti devono indicare nei documenti di gara, previa adeguata motivazione, le prestazioni o lavorazioni da eseguire a cura dell'aggiudicatario; c) il subappaltatore deve attestare il possesso dei requisiti speciali di qualificazione in relazione alla prestazione subappaltata; d) il contraente principale ed il subappaltatore rispondono solidalmente nei confronti della stazione appaltante della corretta esecuzione delle prestazioni del contratto di subappalto; e) il subappaltatore, per le prestazioni affidate in subappalto, deve garantire gli stessi standard qualitativi e prestazionali previsti nel contratto di appalto e riconoscere ai lavoratori un trattamento economico e normativo non inferiore a quello che avrebbe garantito il contraente principale.

misure di rilancio, sviluppo e ripresa economica del Paese, alla recente sentenza 12 gennaio 2022, n. 8, della Corte costituzionale.³³

La Corte costituzionale, invero, pronunciandosi sulla legittimità costituzionale della nuova struttura del reato di abuso d'ufficio (cfr., in particolare, l'articolo 323, comma 1, c.p.), per come modificato dall'articolo 23, comma 1, del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, ha evidenziato, segnatamente, che esso si configura soltanto in caso di violazione di regole specifiche, previste in modo espresso da fonti primarie e non regolamentari, che non lascino al funzionario pubblico spazi di discrezionalità³⁴.

Ed ancora, la giurisprudenza ha ribadito che le stazioni appaltanti dispongono di ampia discrezionalità nella determinazione della base d'asta e del contenuto del bando di gara, potendo effettuare le scelte riguardanti gli strumenti e le misure più adeguati, opportuni, congrui, efficienti ed efficaci per il corretto ed effettivo perseguimento dell'interesse pubblico concreto, oggetto dell'appalto da affidare. Inoltre, tali scelte, per la loro ampia discrezionalità, si sottraggono al sindacato del giudice amministrativo, salvo che non siano *ictu oculi* manifestamente irragionevoli, irrazionali, arbitrarie o sproporzionate, specie avuto riguardo alla specificità dell'oggetto e all'esigenza di non restringere la platea dei potenziali concorrenti e di non precostituire situazioni di privilegi.³⁵

³³ La Corte costituzionale, in particolare, con la citata pronuncia, ha dichiarato "non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 23, comma 1, del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76 (Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale), convertito, con modificazioni, nella legge 11 settembre 2020, n. 120, sollevata, in riferimento all'art. 77 della Costituzione, dal Giudice dell'udienza preliminare del Tribunale ordinario di Catanzaro con l'ordinanza indicata in epigrafe" e "inammissibili le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 23, comma 1, del D.lg. n. 76 del 2020, come convertito, sollevate, in riferimento agli artt. 3 e 97 Cost., dal Giudice dell'udienza preliminare del Tribunale ordinario di Catanzaro con l'ordinanza indicata in epigrafe".

³⁴ Cfr. M. Barberio, Semplificazione normativa e PNRR, riflessioni sullo stato dell'arte, in www.giustiziaamministrativa.it, 22 giugno 2022.

³⁵ Cfr. Consiglio di Stato, Sez. III, sentenza n. 8359 del 26 novembre 2020.

Per queste ragioni, nel vigente quadro normativo (ampiamento derogatorio), fondamentale importanza riveste nelle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici il responsabile unico del procedimento (RUP).

Al RUP, difatti, a causa dell'elevato pericolo di fenomeni corruttivi, è demandato l'arduo compito di individuare, con decisioni connotate da ampia discrezionalità (che, perciò, devono fondarsi su di una motivazione soddisfacente, capace di giustificare il ricorso a procedure in deroga), e nel rispetto dei principi generali di cui all'articolo 30 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, le procedure semplificate più idonee a velocizzare l'affidamento e l'esecuzione dei contratti.

Ed è, probabilmente, per assicurare maggiore tutela amministrativa ai pubblici funzionari nell'applicazione di norme così fortemente derogatorie ed acceleratorie, che il legislatore, con l'articolo 51, comma 1, lettera h), del decreto legge 31 maggio 2021, n. 77, intervenendo sull'articolo 21, comma 2, del decreto legge 16 luglio 2020, n. 76, in materia di responsabilità erariale, ha prorogato fino al 30 giugno 2023 la norma che limita ai soli casi di danno prodotto con dolo (la limitazione di responsabilità non si applica per i danni cagionati da omissione o inerzia) la responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica per l'azione di responsabilità.