



CITTA' DI AFRAGOLA
Città Metropolitana di Napoli

SEGRETARIO GENERALE

Ai Dirigenti:

Dott.ssa Alessandra Iroso
Ing. Nunzio Boccia
Ing. Domenico Maiello
Dott.ssa Maria Pedalino
Dott. Michele Orlando

e p c al Sindaco Claudio Grillo

SEDI

Oggetto: D.L.16 luglio 2020, n. 76 pubblicato in GU Serie Generale n.178 del 16-07-2020 - Suppl. Ordinario n. 24 – **Decreto Semplificazioni**. Comunicazione.

In riferimento all'oggetto, come sicuramente sarà noto alle SS.VV., è entrato in vigore, in data 16/07/2020, il D.L.16 luglio 2020, n. 76, cd. Decreto Semplificazioni, pertanto, con la presente, si coglie l'occasione di invitare le SS.VV. ad un'attenta ed accurata lettura del detto testo, al fine di garantire una coordinata e corretta applicazione di quest'ultimo.

Il testo costituisce un intervento organico volto alla semplificazione dei procedimenti amministrativi, all'eliminazione e alla velocizzazione di adempimenti burocratici, alla digitalizzazione della pubblica amministrazione.

Tra le altre novità, il dl semplificazioni apporta diverse modifiche al codice degli appalti e dei contratti pubblici ed in particolare interviene sulle 1) Modalità di affidamento dei lavori, servizi e forniture – 2) Certificazione antimafia in via d'urgenza – 3) Ricorsi giurisdizionali e sospensione delle opere ecc.

Tali misure sono **straordinarie**, poiché, direttamente collegate all'emergenza COVID-19 ed alle sue dirette ricadute sull'economia italiana, e **temporanee**, poiché, riguardano in prima applicazione unicamente le procedure avviate **fino al 31 luglio 2021**.

Si allega alla presente, per comodità di consultazione il documento di sintesi contenente le novità di maggior rilievo e si resta a disposizione per fornire ogni delucidazione in ordine alle intervenute modifiche.

Si ringrazia per la collaborazione.

Afragola li 20.7.2020

Il Segretario Generale
Dott.ssa **Giuseppina D'Ambrosio**



CITTA' DI AFRAGOLA
Città Metropolitana di Napoli

SEGRETARIO GENERALE

Ai Dirigenti:

Dott.ssa Alessandra Iroso
Ing. Nunzio Boccia
Ing. Domenico Maiello
Dott.ssa Maria Pedalino
Dott. Michele Orlando

e p c al Sindaco Claudio Grillo

SEDI

Oggetto: D.L.16 luglio 2020, n. 76 pubblicato in GU Serie Generale n.178 del 16-07-2020 - Suppl. Ordinario n. 24 – Decreto Semplificazioni. Comunicazione.

In riferimento all'oggetto, come sicuramente sarà noto alle SS.VV., è entrato in vigore, in data 16/07/2020, il D.L.16 luglio 2020, n. 76, cd. Decreto Semplificazioni, pertanto, con la presente, si coglie l'occasione di invitare le SS.VV. ad un'attenta ed accurata lettura del detto testo, al fine di garantire una coordinata e corretta applicazione di quest'ultimo.

Il testo costituisce un intervento organico volto alla semplificazione dei procedimenti amministrativi, all'eliminazione e alla velocizzazione di adempimenti burocratici, alla digitalizzazione della pubblica amministrazione.

Tra le altre novità, il dl semplificazioni apporta diverse modifiche al codice degli appalti e dei contratti pubblici ed in particolare interviene sulle 1) Modalità di affidamento dei lavori, servizi e forniture – 2) Certificazione antimafia in via d'urgenza – 3) Ricorsi giurisdizionali e sospensione delle opere ecc.

Tali misure sono **straordinarie**, poiché, direttamente collegate all'emergenza COVID-19 ed alle sue dirette ricadute sull'economia italiana, e **temporanee**, poiché, riguardano in prima applicazione unicamente le procedure avviate **fino al 31 luglio 2021**.

Si allega alla presente, per comodità di consultazione il documento di sintesi contenente le novità di maggior rilievo e si resta a disposizione per fornire ogni delucidazione in ordine alle intervenute modifiche.

Si ringrazia per la collaborazione.

Afragola li 20.7.2020

Il Segretario Generale
Dott.ssa Giuseppina D'Ambrosio

Le principali novità del decreto semplificazioni in materia di Contratti pubblici

di **Alessandra Coiante**

Focus del 19 luglio 2020

Focus di Alessandra Coiante

È in gazzetta ufficiale il d.l. 16 luglio 2020, n. 76 “Misure urgenti per la semplificazione e l’innovazione digitale”, che prevede (nel Titolo I, Capo I) diversi regimi derogatori e modifiche (anche a regime) all’ordinaria disciplina in materia di contratti pubblici

SOMMARIO: 1. 1.Premessa: il regime derogatorio - 2. 2. Le deroghe alle procedure sotto soglia - 3. 2.2. Le

deroghe alle procedure sopra soglia - 4. 3. Il Collegio consultivo tecnico e la sospensione dell'esecuzione dell'opera - 5. 4. Le verifiche antimafia e i protocolli di legalità - 6. 5. Le nuove "incisioni" sulla tutela giurisdizionale" - 7. 6. Le "altre disposizioni urgenti" - 8. 7. La nuova disciplina dell'abuso d'ufficio - 9. 8. Prime e brevi considerazioni

1. 1. Premessa: il regime derogatorio Il tanto atteso decreto semplificazioni, *“Ritenuta la straordinaria necessità e urgenza di realizzare un’accelerazione degli investimenti e delle infrastrutture attraverso la semplificazione delle procedure in materia di contratti pubblici”*, ha introdotto, nel Capo I, una serie di disposizioni di carattere prevalentemente temporaneo (operanti dalla data in vigore del decreto fino al 31 luglio 2021) finalizzate al raggiungimento del suddetto obiettivo. Ai primi due articoli, in particolare, al dichiarato fine di *“incentivare gli investimenti pubblici nel settore delle infrastrutture e dei servizi pubblici e a far fronte alle ricadute economiche negative a seguito delle misure di contenimento e dell’emergenza sanitaria globale del COVID-19”*, viene previsto un **regime derogatorio** per le procedure sotto soglia (art. 1 *“Procedure per l’incentivazione degli investimenti pubblici durante il periodo emergenziale in relazione all’aggiudicazione dei contratti pubblici sotto soglia”*) e sopra soglia comunitaria (art. 2 *“Procedure per l’incentivazione degli investimenti pubblici in relazione all’aggiudicazione dei contratti pubblici sopra soglia”*), applicabile a tutte le procedure in cui la determina a contrarre o «altro atto di avvio del procedimento equivalente» venga adottata entro il **31 luglio 2021**. L’art. 3 delinea una disciplina derogatoria e semplificata in materia di controlli antimafia e detta disposizioni a regime sui Protocolli di legalità, mentre l’art. 4 introduce tutta una serie di disposizioni che vanno ad incidere, anche a regime, sulla fase di conclusione dei contratti e sul codice del processo amministrativo (per un’analisi approfondita di tali modifiche, con riferimento alla bozza del decreto, si rinvia al contributo di M. Lipari, *La proposta di modifica del rito appalti: complicazioni e decodificazioni senza utilità?*, 3 luglio 2020). L’art. 5 detta, invece, un regime derogatorio all’art. 107 c.c.p., sulla sospensione dell’esecuzione delle opere pubbliche. A parziale e ipotetico bilanciamento di tale riduzione di garanzie, l’art. 6 introduce, un nuovo “organismo” con cui le Stazioni appaltanti e gli operatori economici dovranno imparare a rapportarsi: il Collegio consultivo tecnico. L’art. 7 istituisce un «Fondo per la prosecuzione delle opere pubbliche» con il fine di *«garantire la regolare e tempestiva prosecuzione dei lavori diretti alla realizzazione delle opere pubbliche di importo pari o superiore alle soglie di cui all’articolo 35 del decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50, nei casi di maggiori fabbisogni finanziari dovuti a sopravvenute esigenze motivate nel rispetto della normativa vigente, ovvero per temporanee insufficienti disponibilità finanziarie annuali (...)»* L’art. 8 prevede invece *«altre disposizioni urgenti»* che si applicheranno non solo alle procedure che saranno avviate dalla data di entrata in vigore del decreto fino al 31 luglio 2021, ma a tutte le procedure pendenti i cui bandi o avvisi sono già stati pubblicati alla data di entrata in vigore del decreto. L’art. 9, norma di chiusura del Capo I, detta alcune *«Misure di accelerazione degli interventi infrastrutturali»*, tra le quali rientra quella di individuare *“con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, da adottare entro il 31 dicembre 2020, su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, sentito il Ministro dell’economia e delle finanze, previo parere delle competenti Commissioni parlamentari, sono individuati gli interventi infrastrutturali caratterizzati da un elevato grado di complessità progettuale, da una particolare difficoltà esecutiva o attuativa, da complessità delle procedure tecnico - amministrative ovvero che comportano un rilevante impatto sul tessuto socio-economico a livello nazionale, regionale o locale, per la cui realizzazione o completamento si rende necessario la nomina di uno o più Commissari straordinari che è disposta con i medesimi decreti”*. Altro punto di rilievo è la riforma in materia di responsabilità erariale e di abuso d’ufficio a cui sono stati dedicati gli artt. 21 e 23.

2. 2. Le deroghe alle procedure sotto soglia Per l’affidamento di lavori, servizi e forniture nonché dei servizi di ingegneria e architettura, inclusa l’attività di progettazione, di **importo inferiore alle soglie di cui all’articolo 35 c.c.p.** le stazioni appaltanti devono procedere, in deroga a quanto previsto dall’art. 36, comma 2, e 157, comma 2, c.c.p. come segue:

Con l'**affidamento diretto** per lavori, servizi e forniture di **importo inferiore a 150.000 euro** (e comunque per servizi e forniture nei limiti delle soglie di cui all'art. 35 c.c.p.)

Con la **procedura negoziata senza bando** (art 63 c.c.p.) nel rispetto del **principio di rotazione degli inviti**:

a) per l'affidamento di **servizi e forniture di importo pari o superiore a 150.000 euro e fino alle soglie** di cui all'articolo 35 c.c.p., previa consultazione di almeno 5 operatori economici (ove esistenti); b) per l'affidamento di **lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 350.000 euro**, previa consultazione di almeno 5 operatori economici (ove esistenti); c) per **lavori di importo pari o superiore a 350.000 euro e inferiore a un milione di euro**, previa consultazione di almeno 10 operatori economici; d) per l'affidamento di **lavori di importo pari o superiore a un milione di euro e fino alle soglie di cui all'articolo 35 c.c.p.**, previa consultazione di almeno 15 operatori economici (ove esistenti).

Disciplina dell'art. 36 c.c.p. Modifiche del decreto semplificazioni Affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro: affidamento diretto

Affidamenti di importo inferiore a 150.000 euro: **affidamento diretto** Affidamenti di importo pari o superiore a 40.000 (e inferiore a 150.000): affidamento diretto + previa consultazione di almeno 3 preventivi (lavori) e almeno 5 (servizi e forniture) Affidamenti di importo pari o superiore a 150.000 e inferiore a 350.000 euro: procedura negoziata di cui all'art. 63 c.c.p. + previa consultazione di almeno 10 operatori

Procedura negoziata di cui all'art. 63 c.c.p. + previa consultazione di 5 operatori ove esistenti

Affidamenti di importo pari o superiore a 350.000 euro e inferiore a 1 milione di euro: procedura negoziata di cui all'art. 63 c.c.p. + ove esistenti 15 operatori

Procedura negoziata di cui all'art. 63 c.c.p. + previa consultazione di 10 operatori ove esistenti

Affidamenti di importo pari o superiore a 1 milione di euro e fino alle soglie di cui all'art. 35 c.c.p. : procedura aperta ex art. 60 c.c.p.

Procedura negoziata di cui all'art. 63 c.c.p. + previa consultazione di 15 operatori ove esistenti

Per le suddette procedure viene inoltre precisato che, salve le ipotesi in cui la procedura sia sospesa per effetto di provvedimenti dell'autorità giudiziaria[1], l'aggiudicazione o l'individuazione definitiva del contraente avviene entro il termine di **due mesi** dalla data di adozione dell'atto di avvio del procedimento, aumentati a **quattro mesi** nei casi in cui deve essere applicata la procedura negoziata di cui all'art. 63 c.c.p. **Il mancato rispetto di tali termini**, la mancata tempestiva stipula del contratto e il tardivo avvio dell'esecuzione dello stesso: a) possono essere valutati: ai fini della responsabilità del RUP per **danno erariale**;

b) se invece risultano imputabili all'operatore economico, costituiscono **causa di esclusione** dalla procedura o di **risoluzione del contratto per inadempimento** che viene dichiarata dalla stazione appaltante e opera di diritto. Viene poi precisato che gli affidamenti diretti possono essere realizzati tramite determina a contrarre, o atto equivalente che contenga gli elementi di cui all'art. 32, comma 2, c.c.p. Per la procedura di negoziazione senza previa pubblicazione del bando viene stabilito, invece, che le SA procedono a **loro scelta** (pur se nel rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e

di parità di trattamento) all'aggiudicazione dei relativi appalti, sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ovvero del prezzo più basso. In caso di aggiudicazione con il criterio del prezzo più basso le SA devono procedere all'**esclusione automatica** delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia (di cui dell'articolo 97, comma 2, 2 *-bis* e 2 *-ter*, del decreto c.c.p) **anche qualora il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque**. Il quarto comma introduce una disciplina derogatoria anche per la **garanzia provvisoria** di cui all'art. 93 c.c.p. Viene previsto, infatti, che la stessa non venga richiesta dalle SA salvo che ricorrano particolari esigenze in considerazione della tipologia e della specificità della singola procedura che devono essere specificate dalla SA nell'avviso di indizione della gara o in altro atto equivalente. Nell'ipotesi in cui sussistano i presupposti motivati per la richiesta, la garanzia è comunque dimezzata rispetto all'ammontare previsto dall'art. 93 c.c.p. Il quinto comma precisa, inoltre, che tutta la disciplina derogatoria stabilita da questo primo articolo si applichi anche alle procedure per l'affidamento dei servizi di organizzazione, gestione e svolgimento delle prove dei concorsi pubblici di cui agli articoli 247 e 249 del d.l. 19 maggio 2020, n. 34, fino all'importo di cui alla lettera *d*), comma 1, dell'articolo 35 c.c.p. (750.000 euro).

[1] Disposizione da raccordare con l'art. 32 c.c.p. (per come modificato dal decreto) secondo cui *"Non costituisce giustificazione adeguata per la mancata stipulazione del contratto nel termine previsto, salvo quanto previsto dai commi 9 e 11, la pendenza di un ricorso giurisdizionale, nel cui ambito non sia stata disposta o inibita la stipulazione del contratto"*. Si veda *infra*.

3. 2.2. Le deroghe alle procedure sopra soglia L'art. 2 del decreto è dedicato invece alle **procedure sopra soglia comunitaria**. Il secondo comma dispone che, salvo quanto previsto dal comma 3, le SA procedono all'affidamento delle attività di esecuzione di lavori, servizi e forniture nonché dei servizi di ingegneria e architettura, inclusa l'attività di progettazione, di importo pari o superiore alle soglie di cui all'articolo 35 c.c.p., mediante **procedura aperta, ristretta o, previa motivazione** sulla sussistenza dei presupposti previsti dalla legge, mediante la **procedura competitiva con negoziazione** di cui agli artt. **61 e 62 del c.c.p.** (e di cui agli articoli 123 e 124, per i settori speciali) con i termini ridotti di cui all'articolo 8, comma 1, lettera *c*) del medesimo decreto[1]. Al terzo comma viene stabilita invece la possibilità di applicare la **procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara**, di cui all'art. 63 c.c.p. (art. 125 per i settori speciali) nella misura **strettamente necessaria** quando, per **ragioni di estrema urgenza**, derivanti dagli effetti negativi della crisi causata dalla pandemia COVID-19 o dal periodo di sospensione delle attività determinato dalle misure di contenimento adottate per fronteggiare la crisi, i termini, anche abbreviati, previsti dalle procedure ordinarie non possono essere rispettati.

Il quarto comma dispone peraltro che, nei casi di cui al terzo comma (*recte*: in caso di applicazione della procedura di cui all'art. 63 c.c.p.) e “*nei settori dell’edilizia scolastica, universitaria, sanitaria e carceraria, delle infrastrutture per la sicurezza pubblica, dei trasporti e delle infrastrutture stradali ferroviarie, portuali, aeroportuali, lacuali e idriche, ivi compresi gli interventi inseriti nei contratti di programma ANAS-Mit 2016-2020 e RFI-Mit 2017 – 2021 e relativi aggiornamenti, nonché gli interventi funzionali alla realizzazione della transizione energetica*”, per quanto non espressamente disciplinato dallo stesso art. 2, le stazioni appaltanti, per l’affidamento delle attività di esecuzione di lavori, servizi e forniture nonché dei servizi di ingegneria e architettura, inclusa l’attività di progettazione, e per l’esecuzione dei relativi contratti, **operano**:

in deroga ad ogni disposizione di legge diversa da quella penale; fatto salvo il rispetto delle **disposizioni del codice delle leggi antimafia** e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159; nonché dei **vincoli inderogabili derivanti dall’appartenenza all’Unione europea**, ivi inclusi quelli derivanti dalle direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE, dei principi di cui agli articoli 30, 34 e 42 del c.c.p. e delle disposizioni in materia di subappalto.

In linea generale e similmente a quanto previsto per le procedure sotto soglia, viene stabilito per le procedure sopra soglia che, salva 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 **sei mesi** dalla data di adozione dell’atto di avvio del procedimento. Anche qui viene specificato che il mancato rispetto dei termini, la mancata tempestiva stipulazione del contratto e il tardivo avvio dell’esecuzione dello stesso possono essere valutati ai fini della **responsabilità del responsabile unico** del procedimento per danno erariale e, qualora imputabili all’operatore economico, costituiscono causa di **esclusione dell’operatore dalla procedura o di risoluzione del contratto per inadempimento** che viene dichiarata dalla stazione appaltante e opera di diritto.

[1] Si veda *infra*.

4. 3. Il Collegio consultivo tecnico e la sospensione dell’esecuzione dell’opera Un’altra importante novità introdotta dal decreto semplificazioni **per i lavori** tesi alla realizzazione delle opere pubbliche di importo pari o superiore alle soglie di cui all’art. 35 c.c.p.[1] è l’istituzione di un *Collegio consultivo tecnico*[2], organo finalizzato, da quanto si evince anche dalla Relazione illustrativa, “*a prevenire controversie relative all’esecuzione dei contratti pubblici*” e operante anche quest’ultimo fino al 31 luglio 2021 (**art. 6**). La costituzione del Collegio, ai sensi dell’art. 6, comma 2, del decreto, è **obbligatoria**, presso ogni SA, **prima dell’avvio dell’esecuzione**, o comunque non oltre dieci giorni da tale data, con i compiti previsti dall’articolo 5e 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. Viene inoltre previsto che, per i contratti la cui esecuzione sia già iniziata alla data di entrata in vigore della novella presente, il Collegio deve essere nominato entro il termine di trenta giorni decorrenti dalla medesima data. Il comma 5 prevede, peraltro, che le SA, tramite il loro responsabile unico del procedimento, possano costituire un collegio consultivo tecnico formato da tre componenti per risolvere **problematiche tecniche o giuridiche di ogni natura** suscettibili di insorgere anche nella fase antecedente

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[3]. Le disposizioni dettate dall'art. 6 vanno lette in combinato disposto anche con quanto previsto dallo stesso decreto all'art. 5, rubricato "*Sospensione dell'esecuzione dell'opera pubblica*", che disciplina i compiti del Collegio consultivo nel caso di sospensione dell'esecuzione dell'opera. Con riguardo alla **sospensione** viene previsto, in deroga all'art. 107 c.c.p., che la sospensione, dell'esecuzione di lavori diretti alla realizzazione delle opere pubbliche di importo pari o superiore alle soglie di cui all'articolo 35 c.c.p., anche se già iniziati, può avvenire, esclusivamente, per il tempo strettamente necessario al loro superamento, unicamente per: **a)** cause previste da disposizioni di legge penale, dal codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, nonché da vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea. In tal caso, viene previsto che si debba provvedere "ai sensi del comma 4": nel caso in cui la prosecuzione dei lavori, per qualsiasi motivo (ivi incluse la crisi o l'insolvenza dell'esecutore anche in caso di concordato con continuità aziendale ovvero di autorizzazione all'esercizio provvisorio dell'impresa) non possa proseguire con il soggetto designato, la stazione appaltante, **previo parere del collegio consultivo tecnico**, salvo che per gravi motivi tecnici ed economici sia comunque, anche in base al citato parere, possibile o preferibile proseguire con il medesimo soggetto, dichiara senza indugio (in deroga alla procedura di cui all'articolo 108, commi 3 e 4) del c.c.p. la risoluzione del contratto, che opera di diritto, e provvede secondo le modalità alternative previste dallo stesso comma. **b)** gravi ragioni di ordine pubblico, salute pubblica o dei soggetti coinvolti nella realizzazione delle opere, ivi incluse le misure adottate per contrastare l'emergenza sanitaria globale da COVID-19; **c)** gravi ragioni di ordine tecnico, idonee a incidere sulla realizzazione a regola d'arte dell'opera, in relazione alle modalità di superamento delle quali non vi è accordo tra le parti. In questa ipotesi è stabilito che **il collegio consultivo tecnico** "*entro quindici giorni dalla comunicazione della sospensione dei lavori ovvero della causa che potrebbe determinarla, adotta una determinazione con cui accerta l'esistenza di una causa tecnica di legittima sospensione dei lavori e indica le modalità, tra quelle di cui al comma 4, con cui proseguire i lavori e le eventuali modifiche necessarie da apportare per la realizzazione dell'opera a regola d'arte. La stazione appaltante provvede nei successivi cinque giorni*" **d)** gravi ragioni di pubblico interesse. Per le ipotesi di cui comma 1, lettere *b)* e *d)* è previsto che su determinazione del **collegio consultivo tecnico**, le SA o le autorità competenti, "*previa proposta della stazione appaltante, da adottarsi entro il termine di quindici giorni dalla comunicazione allo stesso collegio della sospensione dei lavori, autorizzano nei successivi dieci giorni la prosecuzione dei lavori nel rispetto delle esigenze sottese ai provvedimenti di sospensione adottati, salvo assoluta e motivata incompatibilità tra causa della sospensione e prosecuzione dei lavori*". Di particolare rilievo risulta poi il comma 6 ove è stabilito che "*Salva l'esistenza di uno dei casi di sospensione di cui al comma 1, le parti non possono invocare l'inadempimento della controparte o di altri soggetti per sospendere l'esecuzione dei lavori di realizzazione dell'opera ovvero le prestazioni connesse alla tempestiva realizzazione dell'opera*". Al secondo periodo viene precisato che in sede giudiziale, sia nella fase cautelare che in quella di merito, il giudice deve tenere conto "*delle probabili conseguenze del provvedimento stesso per tutti gli interessi che possono essere lesi, nonché del preminente interesse nazionale o locale alla sollecita realizzazione dell'opera*". Inoltre, l'accoglimento della domanda cautelare viene sottoposto alla previa valutazione circa ai "la

irreparabilità del pregiudizio per l'operatore economico, il cui interesse va comunque comparato con quello del soggetto pubblico alla celere realizzazione dell'opera".

lamministrativista.it - 19.07.2020 © Copyright Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A. 2020. Tutti i diritti riservati. P.IVA 00829840156
Focus di Alessandra Coiante

[1] Le Stazioni appaltanti possono decidere di istituire il Collegio consultivo anche per le opere diverse dalle suddette con tutti i compiti previsti dall'art. 6 o anche solo alcuni di essi (comma 4).

[2] Ai sensi dell'art. 6, comma 2, è previsto che *"Il collegio consultivo tecnico è formato, a scelta della stazione appaltante, da tre componenti, o cinque in caso di motivata complessità dell'opera e di eterogeneità delle professionalità richieste, 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, anche in relazione allo specifico oggetto del contratto e alla specifica conoscenza di metodi e strumenti elettronici quali quelli di modellazione per l'edilizia e le infrastrutture (BIM), maturata per effetto del conseguimento di un dottorato di ricerca ovvero di una dimostrata pratica professionale per almeno cinque anni nel settore di riferimento"*.

[3] In tale caso due componenti sono nominati dalla stazione appaltante e il terzo componente è nominato dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti per le opere di interesse nazionale, dalle regioni, dalle province autonome di Trento e Bolzano o dalle città metropolitane per le opere di interesse locale.

5. 4. Le verifiche antimafia e i protocolli di legalità Come anticipato, l'art. 3 del decreto reca disposizioni derogatorie temporanee in materia di controlli e documentazione antimafia e disposizioni **a regime sui protocolli di legalità**. Il comma 1 prevede la generalizzazione del sistema del rilascio della documentazione antimafia in via d'urgenza, nei procedimenti avviati su istanza di parte, che hanno ad oggetto l'erogazione di benefici economici comunque denominati, erogazioni, contributi, sovvenzioni, finanziamenti, prestiti, agevolazioni e pagamenti da parte di pubbliche amministrazioni, qualora il rilascio della documentazione non sia immediatamente conseguente alla consultazione della banca dati nazionale unica della documentazione antimafia di cui all'articolo 96 del Codice antimafia (d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159). Al secondo e terzo comma viene stabilito che per le verifiche antimafia riguardanti l'affidamento e l'esecuzione dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture, debba procedersi al rilascio di informativa liberatoria provvisoria immediatamente conseguente alla consultazione della banca dati nazionale unica della documentazione antimafia nonché tramite l'immediata acquisizione degli esiti delle interrogazioni di tutte le ulteriori banche dati disponibili. L'informativa liberatoria provvisoria consente di stipulare contratti o altri atti sotto condizione

risolutiva. Qualora la documentazione successivamente pervenuta accerti poi la sussistenza di una delle cause interdittive, i soggetti che secondo il Codice antimafia (art. 83, commi 1 e 2) sono tenuti all'acquisizione della documentazione antimafia, sono legittimate a recedere 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" (comma 4). Il comma 5 stabilisce che con decreto del Ministro dell'interno, da adottare entro **quindici giorni** dalla data di entrata in vigore del presente decreto, possono essere individuate **ulteriori misure di semplificazione** relativamente alle Prefetture competenti al rilascio della documentazione antimafia e ai connessi adempimenti. Al comma 6 è precisato che, per quanto non espressamente disciplinato dai commi precedenti, si applicano le disposizioni del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159.

In merito ai **protocolli di legalità**, viene previsto l'inserimento di un **nuovo articolo (art. 83 bis)** all'interno del Codice antimafia ove è stabilito che:

lamministrativista.it - 19.07.2020 © Copyright Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A. 2020. Tutti i diritti riservati. P.IVA 00829840156
Focus di Alessandra Coiante

"Il Ministero dell'interno può sottoscrivere protocolli, o altre intese comunque denominate, per la prevenzione e il contrasto dei fenomeni di criminalità organizzata, anche allo scopo di estendere convenzionalmente il ricorso alla documentazione antimafia di cui all'articolo 84. I protocolli di cui al presente articolo possono essere sottoscritti anche con imprese di rilevanza strategica per l'economia nazionale nonché con associazioni maggiormente rappresentative a livello nazionale di categorie produttive, economiche o imprenditoriali, e possono prevedere modalità per il rilascio della documentazione antimafia anche su richiesta di soggetti privati, nonché determinare le soglie di valore al di sopra delle quali è prevista l'attivazione degli obblighi previsti dai protocolli medesimi. I protocolli possono prevedere l'applicabilità delle previsioni del presente decreto anche nei rapporti tra contraenti, pubblici o privati, e terzi, nonché tra aderenti alle associazioni contraenti e terzi".

6. 5. Le nuove "incisioni" sulla tutela giurisdizionale" L'art. 4 detta tutta una serie di modifiche che vanno a incidere sulla conclusione dei contratti pubblici e sul codice del processo amministrativo[1]. Al primo comma viene prevista la modifica dell'art. 32, comma 8, c.c.p. come segue: **Art. 32, comma 8, c.c.p. (primo periodo) Art. 32, comma 8, c.c.p. (primo periodo) come**

modificato dal decreto semplificazioni Divenuta efficace l'aggiudicazione, e fatto salvo l'esercizio dei poteri di autotutela nei casi consentiti dalle norme vigenti, la stipulazione del contratto di appalto o di concessione **ha luogo** entro i successivi sessanta giorni, salvo diverso termine previsto nel bando o nell'invito ad offrire, ovvero l'ipotesi di differimento espressamente concordata con l'aggiudicatario.

Divenuta efficace l'aggiudicazione, e fatto salvo l'esercizio dei poteri di autotutela nei casi consentiti dalle norme vigenti, la stipulazione del contratto di appalto o di concessione **deve avere luogo** entro i successivi sessanta giorni, salvo diverso termine previsto nel bando o nell'invito ad offrire, ovvero l'ipotesi di differimento espressamente concordata con l'aggiudicatario, **purché comunque giustificata dall'interesse alla sollecita esecuzione del contratto. La mancata stipulazione del contratto nel termine previsto deve essere motivata con specifico riferimento all'interesse della stazione appaltante e a quello nazionale alla sollecita esecuzione del contratto e viene valutata ai fini della responsabilità erariale e disciplinare del dirigente preposto. Non costituisce giustificazione adeguata per la mancata stipulazione del contratto nel termine previsto, salvo quanto previsto dai commi 9 e 11, la pendenza di un ricorso giurisdizionale, nel cui ambito non sia stata disposta o inibita la stipulazione del contratto. Le stazioni appaltanti hanno facoltà di stipulare contratti di assicurazione della**

propria responsabilità civile derivante dalla conclusione del contratto e dalla prosecuzione o sospensione della sua esecuzione.

La disposizione così modificata prevede dunque come obbligatoria la stipula del contratto entro i **60 giorni** successivi all'aggiudicazione, fatto salvo: a) l'eventuale esercizio dei poteri di autotutela; b) l'indicazione di un diverso termine all'interno del bando (o dell'invito ad offrire); c) l'ipotesi di differimento espressamente

lamministrativista.it - 19.07.2020 © Copyright Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A. 2020. Tutti i diritti riservati. P.IVA 00829840156

Focus di Alessandra Coiante

concordata con l'aggiudicatario. Quest'ultima ipotesi tuttavia è sottoposta alla condizione che sia comunque giustificata dall'**interesse (pubblico) alla sollecita esecuzione del contratto**. Viene poi previsto che l'eventuale mancata stipula del contratto nel termine previsto deve essere **motivata** con specifico riferimento sia all'interesse della stazione appaltante che a quello "nazionale" alla sollecita esecuzione del contratto e viene **valutata ai fini della responsabilità erariale e disciplinare del dirigente preposto**. A tale proposito, viene peraltro specificato che **la pendenza di un ricorso giurisdizionale** non costituisce giustificazione adeguata alla mancata stipula del contratto nel termine previsto, salvo quanto previsto dall'art. 32, commi 9 e 11 c.c.p. (sul **c.d. stand still** sostanziale e processuale), ovvero che essa sia frutto di una **inibitoria giurisdizionale**. Non è chiaro il senso del termine "disposto", ma è verosimile che il legislatore intendesse fare riferimento alla sospensione della procedura e, nella fretta, abbia "troncato" la frase prima del complemento oggetto (il testo della legge è troncato alla parola "disposto", ma è verosimile si tratti di un errore materiale) o inibito detta stipula. Viene inserita, peraltro, la possibilità per le SA di stipulare contratti di assicurazione della propria responsabilità civile derivante dalla conclusione e dalla prosecuzione o sospensione dell'esecuzione del contratto fuori dalle suddette inibitorie *ex lege* o *iussu iudicis*[2]. Modifiche di particolare rilievo vengono previste anche per il rito speciale appalti[3]. Anzitutto, l'art. 4, comma 2, dispone che in caso di impugnazione degli atti relativi alle procedure di affidamento di cui agli articoli 1 (procedure sottosoglia) e 2, comma 2, (procedure sopra soglia aperta, ristretta e negoziata di cui agli artt. 61 e 62 c.c.p) "*qualora rientranti nell'ambito applicativo dell'articolo 119, comma 1, lettera a) del c.p.a.*"[4] si applica l'articolo 125, comma 2, del medesimo codice. Quest'ultima disposizione stabilisce un particolare onere motivazionale della decisione cautelare, inteso a verificare l'impatto della pronuncia sull'interesse pubblico legato alla celere realizzazione dell'appalto che verrebbe dunque estesa addirittura anche alle procedure sottosoglia. Al comma 3 del medesimo articolo viene prevista, inoltre l'integrale applicazione dell'art. 125 c.p.a. in caso di impugnazione degli atti relativi alle procedure di affidamento di cui all'art. 2, comma 3, (procedure negoziate nel sopra soglia), compresa, quindi, la previsione riguardante i limiti alla caducazione del contratto a seguito dell'accertata illegittimità dell'aggiudicazione (sui limiti di tale scelta si rinvia ancora una volta al contributo di M. Lipari *La proposta di modifica del rito appalti: complicazioni e decodificazioni senza utilità?*).

Ulteriori modifiche (a regime) sono state apportate anche all'art. 120 c.p.a.: **Art 120 c.p.a. Art. 120 c.p.a. per come modificato dal decreto**

semplificazione comma 6: Il giudizio, ferma la possibilità della sua definizione immediata nell'udienza cautelare ove ne ricorrano i presupposti, viene comunque definito 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.

comma 6: Il giudizio è **di norma definito, anche in deroga al comma 1, primo periodo dell'articolo 74, in esito all'udienza cautelare ai sensi dell'articolo 60, ove ne ricorrano i presupposti, e, in mancanza**, viene comunque definito 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.

comma 9: Il Tribunale amministrativo regionale deposita la sentenza con la quale definisce il giudizio entro trenta giorni dall'udienza di discussione; le parti possono chiedere l'anticipata pubblicazione del

comma 9: **Il giudice** deposita la sentenza con la quale definisce il giudizio entro **quindici giorni dall'udienza di discussione. Quando la stesura della motivazione è particolarmente complessa, il**

lamministrativista.it - 19.07.2020 © Copyright Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A. 2020. Tutti i diritti riservati. P.IVA 00829840156

Focus di Alessandra Coiante

dispositivo, che avviene entro due giorni dall'udienza. **giudice pubblica il dispositivo nel termine di cui**

al primo periodo, indicando anche le domande eventualmente accolte e le misure per darvi attuazione, e comunque deposita la sentenza entro trenta giorni dall'udienza.

Da tale modifica si evince un chiaro e definitivo *favor* (quasi a tutti i costi) per la sollecita definizione del merito in sede cautelare. Nonostante l'art. 120 c.p.a. già prevedesse non solo che il giudizio venisse comunque definito in forma semplificata ma anche la possibilità di definizione immediata nell'udienza cautelare, ciò non è sembrato sufficiente, bensì si è optato per una **ordinaria anticipazione del momento decisivo alla fase cautelare**. Trascurando, tuttavia, che tale fase, per sua natura e per i tempi strettissimi intercorrenti tra l'udienza e il deposito dei documenti e degli scritti difensivi, non permette di avere una "*cognita causa*". A ciò si aggiungano le difficoltà che potrebbero incontrare, nel tentare di garantire tale tutela, sezioni specializzate nella materia degli appalti (si pensi alla V sezione del Consiglio di Stato) gravate da un elevato quantitativo di questioni da dover definire all'esito di una valutazione *ad horas*. Sia per le modifiche al comma 6 ma anche per quelle apportate al comma 9, vale sempre la considerazione per cui una tutela "celere" (sempre più celere, in un rito già accelerato all'interno di un processo, quello amministrativo, già particolarmente veloce) non sempre sta a significare la garanzia di una tutela "piena ed effettiva"[5] soprattutto quando, come è stato evidenziato in diverse occasioni, le lentezze e le lungaggini che "paralizzano" gli appalti pubblici non risiederebbero né nella garanzia della concorrenza, né tanto meno nella garanzia del giudice amministrativo, bensì risiederebbero a monte, soprattutto nelle fasi di programmazione e progettazione e non anche (o almeno non solo) in quella di scelta del contraente né in quella giurisdizionale, meramente eventuale [6]. Sarebbe stato forse più utile cogliere quest'opportunità di "semplificazione" per sciogliere, ad esempio, l'annosa questione che vede protagonista proprio l'art. 120 c.p.a. che, al comma 5, fa decorrere il *dies a quo* per l'impugnazione degli atti (sia per la proposizione del ricorso principale che dei motivi aggiunti) dalla "*dalla ricezione della comunicazione di cui all'articolo 79 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163*" (...) ovvero "*in ogni altro caso, dalla conoscenza dell'atto*". L'intera previsione, come anche solo il richiamo all'art. 79 del precedente codice, ha creato non pochi problemi interpretativi[7], alcuni dei quali sono stati affrontati da una recentissima pronuncia dell'Adunanza Plenaria (n. 12/2020)[8]. Il Massimo Consesso della Giustizia Amministrativa, dirimendo i quesiti interpretativi che gli erano stati sottoposti, ha poi trasmesso copia della pronuncia alla Presidenza del Consiglio dei Ministri, "*affinché sia disposta una modifica legislativa ispirata alla necessità che vi sia un 'sistema di termini di decadenza sufficientemente preciso, chiaro e prevedibile', disciplinato dalla legge con disposizioni di immediata lettura da parte degli operatori cui si rivolgono le direttive dell'Unione Europea*". La possibilità di garantire maggiore certezza alla disciplina della decorrenza di cui all'art. 120, comma 5, c.p.a. è stata invece del tutto ignorata dal decreto.

[1] Sulle criticità della normativa "emergenziale" nel processo amministrativo v. *ex multis*: M.A. Sandulli, *Cognita causa*, rielaborazione della Relazione al webinar del 30 giugno/1 luglio 2020 su *L'emergenza Covid e i suoi riflessi sul processo amministrativo. Principi processuali e tecniche di tutela tra passato e futuro*, in *giustiziansieme*, 6 luglio 2020 e ivi gli ulteriori richiami. Il webinar è visionabile ai seguenti link: <https://www.youtube.com/watch?v=8fBPo-RfN8s&t=20s>; <https://www.youtube.com/watch?v=Jz6Tv-fGk6E>.

[2] Sulla inadeguatezza di alcune delle scelte compiute in sede di riforma v. M. A. Sandulli, *L'Adunanza Plenaria n. 12/2020 esclude i "ricorsi al buio" in materia di contratti pubblici, mentre il legislatore amplia le zone grigie della tutela*, Focus in questo Portale, 16 luglio 2020, ora anche in *giustiziainsieme.it*, ove ha il sistema che verrebbe a delinearsi dalla scelta di estendere la portata dell'art. 125, ma anche di quella di prevedere un'ipotesi specifica di responsabilità erariale e disciplinare a carico dei funzionari che, anche in pendenza di contenziosi, non procedono tempestivamente alla stipula e all'avvio dell'esecuzione dei contratti o, se il ritardo è imputabile all'operatore economico, l'esclusione di dritto di quest'ultimo dalla procedura o la risoluzione del contratto per suo inadempimento. Da tali possibilità conseguirebbe, infatti, che "gli affidamenti *contra legem* per i quali il soggetto leso non sia riuscito a superare i riferiti ostacoli frapposti all'accoglimento dell'istanza cautelare producono indisturbati i loro effetti, con pregiudizio irreparabile dei concorrenti (soprattutto le PMI) illegittimamente esclusi o mal valutati e degli utenti (esposti anche a rischi di sicurezza) e, soprattutto, della legalità. Si tratta di danni seri e gravi, che si aggiungono a quello del rischio del risarcimento gravante sulla stazione appaltante e, di risulta, sulla collettività, che il decreto avrebbe cercato di attenuare riconoscendo la possibilità delle stazioni appaltanti di stipulare (evidentemente a caro prezzo) appositi contratti di assicurazione (!)".

[3] Le modifiche realizzate sembrerebbero confermare i timori avanzati da S. Cogliani nella sua relazione nel Webinar "Emergenza sanitaria, diritti e (in)certezza delle regole" del 30 aprile 2020 (introdotto e coordinato da M.A. Sandulli e visionabile al link: <https://www.youtube.com/watch?v=o8vebWv7iKw&t=10s>) ove poneva l'attenzione sulla possibilità che il periodo emergenziale venisse utilizzato come "cavallo di Troia" per inserire definitivamente norme speciali e accelerate all'interno del processo amministrativo.

[4] Tale richiamo sarebbe del tutto inutile, in quanto il rito di cui all'art. 125 presuppone l'applicabilità degli articoli 119 e 120 e anche fuorviante, perché lascia supporre che le innovazioni sostanziali portate dal decreto in itinere potrebbero riferirsi a procedure di scelta del contraente non soggette al rito speciale. Così M. Lipari, op. cit.

[5] Su queste tematiche e sulla deriva verso una prevalenza del processo breve sul processo giusto v. M.A. Sandulli, *Il tempo del processo come bene della vita*, in *federalismi.it*, 1 ottobre 2014.

[6] A. Pajno, nel Webinar "Ripresa economica e riforma dei contratti pubblici: quali problemi per quali soluzioni?" del 4 maggio 2020, ha ricordato che la fase più lunga sarebbe quella della progettazione e che ulteriori ritardi procedurali sono dovuti ai diversi momenti di "traghetamento" da una fase all'altra.

[7] Si richiama anche la questione sottoposta dal TAR Puglia, Lecce, (ord. 2 marzo 2020, n.297) alla Corte costituzionale sempre in merito all'art. 120, comma 5, c.p.a. e alla disciplina della decorrenza in esso contenuta. Il TAR, infatti, ha proposto q.l.c. in merito all'art. 120, comma 5, c.p.a. nella parte in cui fa decorrere il termine di trenta giorni per la proposizione dei motivi aggiunti dalla ricezione della comunicazione dell'aggiudicazione di cui all'art. 79 del d.lgs. n. 163 del 2006, per contrasto con il diritto di difesa e il principio di effettività della tutela giurisdizionale di cui all'art. 24 Cost.

[8] Per un'analisi della pronuncia v. S. Tranquilli, *L'Adunanza Plenaria sul dies a quo per impugnare l'aggiudicazione: il mancato coordinamento tra Codice e c.p.a. non deve pregiudicare il diritto di difesa*,

News, 3 luglio 2020.

7. 6. Le “altre disposizioni urgenti” L'art. 8 del decreto è la penultima norma del capo I dedicato ai contratti pubblici. Tra le previsioni contenute al suo interno, merita segnalare il primo comma ove viene prevista tutta una serie di disposizioni da applicare sia per **le procedure che saranno avviate dalla data di entrata in vigore del decreto fino al 31 luglio 2021, ma anche** pe tutte le procedure **pendenti** i cui bandi o avvisi sono già stati pubblicati alla data di entrata in vigore del presente decreto, nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, alle procedure in cui, alla medesima data, siano già stati inviati gli inviti a presentare le offerte o i preventivi, ma non siano scaduti i relativi termini. Per tali procedure: *a) è sempre autorizzata la consegna dei lavori in via di urgenza e, nel caso di servizi e forniture, l'esecuzione del contratto in via d'urgenza ai sensi dell'articolo 32, comma 8, del decreto legislativo n. 50 del 2016, fermo restando quanto previsto dall'articolo 80 del medesimo decreto legislativo; b) le stazioni appaltanti possono prevedere, a pena di esclusione dalla procedura, l'obbligo per l'operatore economico di procedere alla visita dei luoghi, nonché alla consultazione sul posto dei documenti di gara e relativi allegati ai sensi e per gli effetti dell'articolo 79, comma 2, decreto legislativo n. 50 del 2016. esclusivamente laddove detto adempimento sia strettamente indispensabile in ragione della tipologia, del contenuto o della complessità dell'appalto da affidare; c) in relazione alle procedure ordinarie, si applicano **le riduzioni dei termini proceduraliper ragioni di urgenza** di cui agli articoli 60, comma 3, 61, comma 6, 62 comma 5, 74, commi 2 e 3, del decreto legislativo n. 50 del 2016. Nella motivazione del provvedimento che dispone la riduzione dei termini non è necessario dar conto delle **ragioni di urgenza**, che si considerano **comunque sussistenti**; d) le procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture possono essere avviate anche in mancanza di una specifica previsione nei documenti di programmazione di cui all'articolo 21 del decreto legislativo n. 50 del 2016, già adottati, a condizione che entro trenta giorni decorrenti dalla data di entrata in vigore del presente decreto si provveda ad un aggiornamento in conseguenza degli effetti dell'emergenza COVID-19. Di particolare rilievo anche la modifica prevista dall'art. 8, comma 5, lett. b)all'articolo 80, comma 4, c.c.p. E' stato previsto, infatti, che il quinto periodo di tale ultima disposizione sia*

sostituito dalla seguente previsione: *“Un operatore economico può essere escluso dalla partecipazione a una procedura d'appalto se la stazione appaltante è a conoscenza e può adeguatamente dimostrare che lo stesso non ha ottemperato agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali non definitivamente accertati qualora tale mancato pagamento costituisca una grave violazione ai sensi rispettivamente del secondo o del quarto periodo”*.

Viene così introdotta una nuova causa di esclusione per irregolarità contributive **non definitivamente accertate**. Viene poi precisato che l'irregolarità che legittima l'esclusione debba essere una “grave violazione” ossia un'irregolarità fiscale o contributiva pari ad almeno 5.000 euro (art. 48 commi 1 e 2 bis del d.p.r. 602/1973). Tale previsione, tuttavia, non si applica *“quando l'operatore economico ha ottemperato ai suoi obblighi pagando o impegnandosi in modo vincolante a pagare le imposte o i contributi previdenziali dovuti, compresi eventuali interessi o multe, ovvero quando il debito tributario o previdenziale sia comunque integralmente estinto, purché l'estinzione, il pagamento o l'impegno si siano perfezionati anteriormente alla scadenza del termine per la presentazione delle domande.”*.

8. 7. La nuova disciplina dell'abuso d'ufficio Altra modifica alla disciplina attualmente vigente che dovrebbero condurre a una velocizzazione delle decisioni pubbliche (anche in materia di contratti pubblici) è quella sulla responsabilità erariale e sull'abuso

iamministrativista.it - 19.07.2020 © Copyright Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A. 2020. Tutti i diritti riservati. P.IVA 00829840156

Focus di Alessandra Cotante

d'ufficio a cui sono dedicati gli artt. 21 e 23 del decreto semplificazioni. L'art. 21 sulla *“Responsabilità erariale”* prevede che all'art. 1, comma 1, della legge 14 gennaio 1994, n. 20, dopo il primo periodo venga inserito il seguente:

“La prova del dolo richiede la dimostrazione della volontà dell'evento dannoso.” **Art 1, comma 1, l. 20/1994 Art 1, comma 1, l. 20/1994 come modificato** La responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica è personale e limitata ai fatti e alle omissioni commessi con dolo o colpa grave, ferma restando l'insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali. In ogni caso è esclusa la gravità della colpa quando il fatto dannoso tragga origine dall'emanazione di un atto vistato e registrato in sede di controllo preventivo di legittimità, limitatamente ai profili presi in considerazione nell'esercizio del controllo.

La responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica è personale e limitata ai fatti e alle omissioni commessi con dolo o colpa grave, ferma restando l'insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali. **La prova del dolo richiede la dimostrazione della volontà dell'evento dannoso.** In ogni caso è esclusa la gravità della colpa quando il fatto dannoso tragga origine dall'emanazione di un atto vistato e registrato in sede di controllo preventivo di legittimità, limitatamente ai profili presi in considerazione nell'esercizio del controllo.

Inoltre, viene previsto, al secondo comma, che per i fatti commessi dalla data di entrata in vigore del presente decreto e fino al 31 luglio 2021, *“La responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica per l'azione di responsabilità di cui all'articolo 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20, è limitata ai casi in cui la produzione del danno conseguente alla condotta del soggetto agente è da lui dolosamente voluta. La limitazione di responsabilità prevista dal primo periodo non si applica per i danni cagionati da omissione o inerzia del soggetto agente.”* Emerge dunque una normativa che, da un lato, riduce le ipotesi di responsabilità erariale commissiva e, dall'altro, tale limitazione di responsabilità non viene applicata all'omissione e all'inerzia dei decisori[1]. Nell'ottica di velocizzazione degli appalti pubblici tale disposizione si raccorda, ad esempio, con quanto è stato previsto agli artt. 1 e 2 del decreto sulla responsabilità del RUP per la mancata tempestiva stipula del contratto. Sulla stessa linea si pongono le modifiche previste (art. 23) per il reato di abuso

d'ufficio di cui all'art. 323 c.p. Viene previsto, infatti, che *“all'articolo 323, primo comma, del codice penale, le parole “di norme di legge o di regolamento,” sono sostituite dalle seguenti: “di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità”*.

Art. 323, primo comma, c.p. Art. 323, primo comma, come modificato dal decreto semplificazioni Salvo che il fatto non costituisca un più grave reato, il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, nello svolgimento delle funzioni o del servizio, in violazione **di norme di legge o di regolamento**, ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto, è punito con la reclusione da uno a quattro anni.

Salvo che il fatto non costituisca un più grave reato, il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, nello svolgimento delle funzioni o del servizio, in violazione **di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità**, ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un

lamministrativista.it - 19.07.2020 © Copyright Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A. 2020. Tutti i diritti riservati. P.IVA 00829840156

Focus di Alessandra Coiante

danno ingiusto, è punito con la reclusione da uno a quattro anni.

[1] Per un'approfondita analisi della tematica e delle modifiche previste nel decreto, si rinvia al Webinar del 13 luglio 2020 *“Abuso d'ufficio e responsabilità amministrativa: il difficile equilibrio tra legalità ed efficienza”*, introdotto e coordinato da M.A. Sandulli e visionabile al link: <https://www.youtube.com/watch?v=1IgaLDRdCU8&t=8s>. ; e anche al contributo di V. Manes, *Semplificare l'abuso d'ufficio. “Bene il governo, ma la discrezionalità è sempre dei Pm, ilfoglio.it*, 15 luglio 2020.

9. 8. Prime e brevi considerazioni Da tale breve disamina della normativa derogatoria che dovrà essere applicata (almeno in parte) solo fino al 31 luglio 2021 può forse ipotizzarsi che la semplificazione tanto attesa forse, anche stavolta, tanto semplice non sarà. Dai primi articoli traspare una prima tendenza: la concorrenza, la massimizzazione della partecipazione degli operatori economici alle procedure, la preferenza per procedure aperte, trasparenti e con più operatori rallentano gli appalti pubblici. Da qui la preferenza (in gran parte nel sotto soglia) per affidamenti diretti e procedure negoziate senza previa pubblicazione del bando di gara. Ma è davvero così? È davvero la tutela della concorrenza a rallentare gli appalti pubblici? Si pensi, ad esempio, alle opere pubbliche. In media nel nostro Paese la realizzazione di un'opera pubblica dura circa 4,4 anni. La fase di progettazione dell'opera è (in media) la fase più lunga e da sola rappresenta più della metà della durata complessiva media (2,5 anni). In media, invece, si impiegano 0,6 anni per la fase di affidamento dei lavori e 1,3 per la loro esecuzione. Sui tempi di realizzazione incidono, tuttavia, i c.d. “tempi di attraversamento” ossia i tempi intercorrenti tra la fine di una fase procedurale e l'inizio di quella successiva oppure addirittura tra le sottofasi (es. tra la progettazione preliminare e quella definitiva), che equivarrebbero in media circa al 54% della durata complessiva della realizzazione di un'opera (valore che sale al 60% se si prende in considerazione la sola fase della progettazione)[1]. L'allungamento di questi tempi sarebbe dovuto in gran parte a “inefficienze amministrative” quali, ad esempio, lungaggini burocratiche e incertezze negli *iter* autorizzativi. Sulla base di tali considerazioni, l'aver agito **unicamente** diminuendo la

partecipazione degli operatori economici alle procedure di gara, porterà davvero a una velocizzazione del procedimento di realizzazione delle opere pubbliche? L'interesse "nazionale" alla celere realizzazione delle opere, ma anche "l'interesse della stazione appaltante" sono stati inseriti con una certa costanza in diverse disposizioni e sono spesso stati delineati come interessi che devono prevalere ad ogni costo: che sia un ritorno alla visione c.d. contabilistica della normativa in materia di appalti pubblici? Quest'altra tendenza sarà valida solo fino al 31 luglio 2021? Sempre nell'ottica di "velocizzare" la realizzazione delle opere pubbliche viene riconosciuto un ruolo di primaria importanza alla figura del "Commissario straordinario" (art. 9 del decreto), a conferma del fatto che l'Amministrazione "ordinaria" viene considerata inadeguata a garantire, tramite procedure non straordinarie, il perseguimento dell'interesse pubblico. Da qui il paradosso che vede le regole dell'evidenza pubblica piegate o forzate proprio laddove (nell'ambito della realizzazione di opere strategiche per lo sviluppo del Paese), invece, dovrebbero dispiegare la loro massima efficacia. Si conferma così il tendenziale *favor* per l'Amministrazione straordinaria. Eppure, le premesse non sembravano puntare tutte in questa direzione. Si pensi alla proposta di riforma che era stata presentata, nel mese di giugno, al Presidente del Consiglio dal "Comitato di esperti in materia economica e sociale" (Per approfondimenti sia consentito rinviare a A. Coiante, *Il futuro del Codice dei contratti pubblici al vaglio del Comitato di esperti per il rilancio dell'economia italiana nel periodo post emergenza*, News del 10 giugno 2020) ove veniva sconsigliato uno

spasmodico utilizzo dell'Amministrazione commissariata in favore invece: a) nel breve periodo, dell'applicazione delle Direttive UE (con possibilità di minime integrazioni per le parti non direttamente applicabili) alle opere di interesse strategico; b) nel lungo periodo, della riforma integrale del Codice dei contratti pubblici. Il regime derogatorio delineato in questi primi articoli del decreto nasce teso alla semplificazione, eppure tale obiettivo sembrerebbe doversi raggiungere tramite **nuovi organismi**, esterni all'amministrazione, ma che probabilmente comporteranno anche costi ulteriori per la stessa. Nuovi organismi che portano con sé, come visto, nuove competenze e nuovi ruoli che andranno ad inserirsi all'interno di una "macchina", quella amministrativa, che dovrà comunque imparare a funzionare con "il nuovo", a recepirlo e ad integrarlo. Cosa che, data anche solo la formulazione delle disposizioni richiamate, non sembra un'impresa di poco conto. Tutto questo in un tempo ristretto, nell'arco di circa un anno. Simile discorso è stato fatto, già in sede di commento alla bozza del decreto, anche in merito alle disposizioni analizzate in materia di processo amministrativo. Anche in tal caso è stato ricordato che "un intervento legislativo che assume l'ambiziosa etichetta della semplificazione deve sempre ricordare che l'opzione zero è quasi sempre la migliore"[2]. Norme che richiedevano, invece, chiarimenti e semplificazioni sono rimaste intoccate mentre si è andato ad incidere su disposizioni che forse non avevano bisogno di rimaneggiamenti e che invece sono state modificate a regime. A ciò si aggiunga che il processo amministrativo è di per sé un **processo celere**, specie nel rito (appunto, accelerato) in materia di contratti pubblici. Velocizzare ancora di più il processo attraverso il *favor* per la decisione del merito in sede cautelare, a scapito probabilmente di una tutela piena ed effettiva, abbreviare i tempi del processo e, in particolar modo, quelli della decisione, saranno davvero questi interventi che garantiranno di realizzare "un'accelerazione degli investimenti e delle infrastrutture" e raggiungere così l'obiettivo della riforma?

[1] Dati e considerazioni ricavate dal Paper della Banca D'Italia "*Questioni di Economia e finanza. Capitale e investimenti pubblici in Italia: effetti macroeconomici, misurazione e debolezze regolamentari*", 19 ottobre 2019 n. 520,

[2] M. Lipari, op. cit.