

I regimi derogatori negli appalti pubblici tra accelerazione delle procedure ed efficienza

Simone Rodolfo Masera

SOMMARIO: 1. Premesse. Verso la “generalizzazione” dei regimi di deroga? – 2. Le previsioni derogatorie del d.l. n. 76/2020. – 3. I regimi commissariali per la ricostruzione *post sisma*. – 4. La “capacità amministrativa” alla prova. – 5. La gestione dei contratti pubblici “per principi”. – 6. Alcune riflessioni finali. Accelerazione *versus* discrezionalità?

1. *Premesse. Verso la “generalizzazione” dei regimi di deroga?*

È opinione diffusa che gli interventi legislativi dettati per la nota emergenza sanitaria abbiano determinato, fra le altre cose, una sorta di “sospensione” nell’applicazione del vigente codice dei contratti pubblici¹. Molto frequente è pure l’affermazione secondo cui l’attuale momento, anche in ragione della pressante necessità di porre le condizioni per una rapida ripresa economica, rappresenti l’occasione per ri-formulare, in chiave decisamente semplificatoria², la nor-

¹ D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, adottato sulla base della legge delega 28 gennaio 2016, n. 11, per l’attuazione delle direttive UE nn. 23, 24 e 25 del 2014. Per la disamina delle direttive e della disciplina italiana cfr. A. Sandulli, *Il codice dei contratti pubblici tra resistenze nazionali e spinte europee*, in *Munus*, 2019, 969; M. Clarich, *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, 2019; L. Torchia, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: regole, procedimento, processo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 605; L. Torchia, *La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari*, in *Dir. amm.*, 2015, 291, e A. Pajno, *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell’economia e contrasto alla corruzione*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2015, 1127. Per un inquadramento più generale del tema cfr. G. Napolitano, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, 2014, 247 ss.; G.D. Comporti, *Problemi e tendenze dell’assetto regolatorio degli appalti pubblici*, in *Dir. econ.*, 2012, 575.

² Le ragioni della semplificazione sono, usualmente, ricondotte all’esigenza di migliorare l’efficienza dell’operato amministrativo, a vantaggio dei cittadini e delle imprese; sulla portata del principio della semplificazione, e sulla sua rilevanza nei processi di riforma dell’amministrazione pubblica, non solo nel nostro ordinamento, cfr. A. Travi, *Le complicazioni della semplificazione amministrativa*, in *Aa.Vv., Procedimento e servizi pubblici nel diritto amministrativo in trasformazione*, a cura di G. Sala, G. Sciuolo, Napoli, 2017, 3; A. Travi, *La semplificazione amministrativa come strumento per far fronte alla crisi economica*, in *Giustamm.*, n. 5/2016; M.

mativa in materia di appalti pubblici, considerata la sua indubbia natura strategica³, quasi che tale legislazione settoriale costituisca lo snodo cruciale per un nuovo impulso alla ripresa del Paese. Questi due profili (della sospensione del codice e della necessità di una sua incisiva riforma) sono solo in apparenza tra loro svincolati, poiché invero costituiscono elementi in grado di interferire reciprocamente, nel senso che si cercherà di chiarire.

Il legislatore è intervenuto con una legislazione definita emergenziale, la quale è andata ad incidere sulla normativa vigente⁴. Ci si riferisce, in particolare, al d.l. 16 luglio 2020, n. 76⁵, al d.l. 31 dicembre 2020, n. 183⁶, alla l. 30 dicembre 2020, n. 178, nonché al d.l. 31 maggio 2021, n. 77⁷. In estrema sintesi, con tali provvedimenti si è voluto progressivamente ampliare l'ambito di applicazione delle peculiari regole volute a partire dal 2020 per fronteggiare la crisi, estendendone peraltro l'efficacia temporale.

Come emergerà dall'esame puntuale di alcune disposizioni, l'obiettivo della semplificazione è perseguito tramite la previsione di un regime derogatorio, *melius* di differenti regimi di deroga della vigente legislazione; infatti, questi sono diversificati a seconda che i contratti da affidare siano "sotto" o "sopra" soglia comunitaria, o comunque in ragione del settore coinvolto, ritenuto bisognoso di interventi rapidi. Peraltro, rispetto alle opere di particolare rilievo strategico, al regime derogatorio si affianca, in una logica anch'essa derogatoria, la previsione della nomina di un commissario straordinario.

Occorre, inoltre, ricordare che simili regimi (di deroga e commissariali) non rappresentano una novità nel nostro ordinamento⁸, in quanto il Governo era già

Clarich, *Riforme amministrative e sviluppo economico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, 159. Per le problematiche nel settore specifico cfr. M. Occhiena, *Gli appalti pubblici e la semplificazione impossibile*, in *Dir. econ.*, 2013, 521. Sul dibattito innescato dai recenti provvedimenti per una riforma del settore, in conseguenza dell'attuale momento storico, cfr. M.A. Sandulli, *Addenda 2021 a «Principi e regole dell'azione amministrativa»*, in www.giustiziainsieme.it, 09/2021; G. Napolitano, *Il diritto amministrativo dalla pandemia alla resilienza*, in *Giorn. dir. amm.*, 2021, 145, in part. 149.

³ Si tratta di un profilo sottolineato dal parere del Cons. Stato, ad. commissione speciale, 1° aprile 2016, n. 855, sullo schema di decreto legislativo recante «Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione». In particolare, il Consiglio di Stato osserva che le tre direttive comunitarie (nn. 23, 24 e 25 del 2014), poi recepite dal codice, si pongono tra i vari obiettivi anche quello di «fare un uso strategico degli appalti pubblici, come strumento di politica economica e sociale, promuovendo l'innovazione tecnologica, la crescita sostenibile, la tutela ambientale, obiettivi sociali, quali la tutela dei lavoratori impiegati nell'esecuzione dei contratti pubblici e l'impiego nel lavoro dei soggetti svantaggiati» (parere cit., 8).

⁴ Per completezza va anche ricordato che il vigente codice già prevedeva alcune specifiche disposizioni per fronteggiare situazioni emergenziali, come, ad esempio, quella riferita alle procedure di somma urgenza e protezione civile (art. 163), che tuttavia fuoriescono dal tema specifico delle presenti note.

⁵ Decreto c.d. semplificazioni convertito, con modificazioni, dalla l. 11 settembre 2020, n. 120.

⁶ Decreto c.d. milleproroghe 2021 convertito, con modificazioni, dalla l. 26 febbraio 2021, n. 21.

⁷ Decreto c.d. semplificazioni 2021, convertito, con modificazioni, dalla l. 29 luglio 2021, n. 108.

⁸ Sul fenomeno della c.d. legislazione emergenziale, e sulla sua diffusione nel nostro ordinamento, cfr. Aa.Vv., *Il diritto amministrativo dell'emergenza*, in *Annuario AIPDA*, Milano, 2005.

intervenuto, ad esempio nel 2016 e nel 2019, introducendo misure analoghe per far fronte a situazioni di emergenza.

Più precisamente, nel 2019 vi era stata l'adozione di misure finalizzate alla semplificazione del quadro normativo (ed anche amministrativo⁹) riferito alla materia dei contratti pubblici, con lo specifico scopo di assicurare l'accelerazione degli affidamenti (d.l. 18 aprile 2019, n. 32)¹⁰. In particolare, con l'espressa finalità di garantire un tempestivo utilizzo delle risorse finanziarie destinate ad interventi infrastrutturali indefettibili, si introducevano due misure: la sospensione dell'applicazione di alcune disposizioni del codice, in via sperimentale, "a termine" e comunque in vista di una riforma del settore (art. 1)¹¹; la possibilità di nominare commissari straordinari per la realizzazione di due categorie di interventi, quelli infrastrutturali caratterizzati da un elevato grado di complessità progettuale, esecutiva o attuativa, e con rilevante impatto sul tessuto socio – economico (art. 4)¹², e quelli per la ricostruzione nelle aree colpite dagli eventi sismici del 2018 (art. 6)¹³. La disciplina dei due regimi commissariali comunque non coincideva del tutto, in quanto solo nel primo caso veniva espressamente riconosciuto il potere di agire in deroga al codice, fatti salvi alcuni limiti (codice c.d. antimafia e vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea)¹⁴.

Peraltro, anche il menzionato decreto del 2019, laddove prevedeva un regime commissariale, sostanzialmente ricalcava quanto era già stato in precedenza previsto per garantire la ricostruzione nei territori colpiti dagli eventi calamitosi del 2016 (d.l. 17 ottobre 2016, n. 189)¹⁵. In tal caso, per lo meno inizialmente

⁹ Sulla distinzione tra semplificazione normativa e semplificazione amministrativa, in materia di appalti pubblici, e sulle reciproche interferenze cfr. A. Travi, *Le complicazioni della semplificazione amministrativa*, cit., 8, in part. nota n. 11.

¹⁰ Decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32, recante «Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici». A commento di tale disciplina, cfr. R. De Nictolis, *Le novità sui contratti pubblici recate dal D.L. n. 32/2019 "Sblocca cantieri"*, in *Urb. app.*, 2019, 443.

¹¹ L'art. 1 del d.l. n. 32/2019 cit., oltre ad apportare alcune modifiche al codice dei contratti pubblici, dispone la sospensione sperimentale dell'efficacia di alcune disposizioni in materia di appalti pubblici, e ciò espressamente al fine di rilanciare gli investimenti pubblici e di facilitare la realizzazione delle opere pubbliche, «nelle more della riforma complessiva del settore», e comunque nel rispetto «dei principi e delle norme sancite dall'Unione europea, in particolare delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE».

¹² Le disposizioni sono volte a stabilire percorsi di accelerazione e di semplificazione procedurale per la realizzazione o il completamento degli interventi, con il conferimento ai commissari di strumenti idonei per l'efficace ed efficiente esecuzione dei lavori (art. 4, d.l. n. 32/2019).

¹³ Eventi che hanno interessato il Molise e l'area Etnea (artt. 6 e seguenti, d.l. n. 32/2019).

¹⁴ Mentre, rispetto al regime *post* sisma, ci si limitava a prevedere che i commissari provvedessero nel rispetto della Costituzione e dei principi generali dell'ordinamento giuridico (art. 7, comma 2, d.l. n. 32). Del resto, non può configurarsi come deroga in senso stretto la regola che consente ai commissari in questione l'utilizzo della procedura negoziata senza pubblicazione del bando, *ex* art. 63 del codice, per la realizzazione degli interventi inseriti in appositi piani (art. 13, comma 3).

¹⁵ Decreto-legge 17 ottobre 2016, n. 189, convertito, con modificazioni dalla legge 15 dicembre 2016, n. 229, recante «Interventi urgenti in favore delle popolazioni colpite dagli eventi sismici del 2016». Sul punto

te, non era stato introdotto un regime di deroga in senso stretto al codice, venendo più che altro puntualizzati i presupposti per l'utilizzo di alcuni istituti¹⁶, entro precisi parametri (Costituzione, principi generali dell'ordinamento giuridico e norme dell'ordinamento europeo, *ex art. 2*, comma 2, d.l. n. 189).

Su tali testi normativi i recenti decreti incidono in modo significativo, con la precisazione che i modelli già delineati nel 2016 e nel 2019, con riferimento al regime commissariale ed ai relativi poteri derogatori, vengono riproposti, ed in certo qual modo "generalizzati"; a tale generalizzazione si affianca, al contempo, la loro "messa a punto", nel senso di una più precisa indicazione dei limiti alle possibili deroghe. Non mancano, tuttavia, come si vedrà, difficoltà di coordinamento tra le varie norme: ovviamente il proliferare di regole, non sempre di facile lettura, rappresenta un fattore di "complicazione", che si riverbera sull'applicazione di un quadro regolatorio già di per sé "complesso", con possibili riflessi sul contenzioso, e quindi in grado di rallentare i procedimenti di affidamento dei contratti¹⁷.

Fra le varie ragioni di interesse di tale recente legislazione, una prima riguarda ciò: le deroghe previste dai provvedimenti governativi, in particolare dal d.l. n. 76/2020, si riferiscono, per lo più, a istituti giuridici usualmente considerati come "qualificanti" il sistema per una corretta (ed efficiente) aggiudicazione degli appalti pubblici, in vista del perseguimento degli scopi indicati dalla legislazione di settore, di derivazione comunitaria; si pensi, ad esempio, ai differenti criteri di aggiudicazione od alle (diversificate) procedure di affidamento, la cui disciplina, a seconda di come sia strutturata, è idonea ad incidere sul grado di apertura di un mercato.

In tale ottica, la legislazione derogatoria merita particolare attenzione, quale possibile "momento" di passaggio (di evoluzione) del quadro positivo di riferimento in un settore strategico.

Peraltro, se inizialmente l'operatività temporale della legislazione emergenziale di cui al d.l. n. 76 era limitata al 31 dicembre 2021, tale termine è stato

cfr. M. Dugato, *Terremoto, ricostruzione e regole degli appalti*, in *Munus*, 2017, 485, il quale sottolinea la complessità degli interessi e dei valori in gioco, raramente in armonia tra loro, la cui mediazione determina le soluzioni concretamente assunte; tra tali interessi, oltre all'efficienza ed alla rapidità della ricostruzione, vanno annoverati anche quelli alla concorrenza e prevenzione della corruzione.

¹⁶ Come, ad es., nel caso dell'affidamento diretto o della procedura negoziata per specifiche tipologie di incarichi, di cui all'art. 2, comma 2-bis, all'art. 4-bis, commi 4 e 5, o all'art. 14, comma 3-bis, del d.l. n. 189, cit.

¹⁷ Si tratta di un rischio sempre presente, tant'è che già il Consiglio di Stato, nel parere sullo schema di codice, nel delineare il quadro normativo nazionale alla vigilia della nuova codificazione, osservava che la «stratificazione e frammentazione normativa, in una con il difetto di congruo periodo di riflessione e decantazione normativa, ha comportato il sovrapporsi di regimi transitori, il determinarsi di incertezza applicativa, l'aumento del contenzioso e dei costi amministrativi per imprese, soprattutto piccole e medie» (parere n. 855/2016, cit., 6). Inoltre, la codificazione implica e impone una tecnica di legislazione impegnativa, sul piano tecnico e politico, che «guarda al futuro» e non alla sola regolazione contingente (parere n. 855/2016 cit., 24); lo sguardo rivolto al futuro implica anche che la codificazione mira ad evitare la «riproliferazione di normative extravaganti». Quanto agli effetti sul contenzioso cfr. per tutti G. Greco, *Il contenzioso degli appalti pubblici tra deflazione e complicazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2016, 971.

prorogato al 30 giugno 2023 (analogamente è accaduto per la sospensione, in via sperimentale, di alcune norme del codice *ex art. 1, d.l. n. 32/2019*)¹⁸; il che potrebbe implicare il consolidamento di un complesso di regole derogatorie in grado di porsi come disciplina “alternativa” rispetto a quella oggetto di deroga, e ciò specie qualora tale legislazione si dimostri in grado di raggiungere effettivamente gli obiettivi di semplificazione e di maggiore efficienza dell’azione amministrativa. In questa prospettiva, un contributo potrebbe essere fornito dalla giurisprudenza che inevitabilmente andrà a formarsi in applicazione di tale legislazione, eventualmente con l’elaborazione di principi innovativi o la ri-modulazione degli istituti giuridici coinvolti, e dunque con l’introduzione di regole giurisprudenziali potenzialmente idonee ad anticipare o comunque incidere sui futuri interventi del legislatore in materia¹⁹.

2. *Le previsioni derogatorie del d.l. n. 76/2020*

Passando all’esame delle disposizioni di legge, volutamente svolto per sommi capi, e nella misura in cui sia utile ad introdurre alcuni temi di approfondimento, gli artt. 1 e 2 del d.l. n. 76/2020 disciplinano, con l’intento di incentivare gli investimenti pubblici durante il periodo emergenziale, le procedure finalizzate all’aggiudicazione di contratti pubblici, rispettivamente, “sotto” e “sopra” soglia, qualora il procedimento sia avviato entro il 30 giugno 2023. Ciascun articolo introduce differenti deroghe alla vigente normativa, dotate di diversa intensità, con le quali si pone un complesso di regole (per l’appunto, derogatorie) non sempre di agevole lettura.

L’art. 1 stabilisce, per i contratti c.d. sotto-soglia, le procedure da seguire per l’affidamento delle attività di esecuzione di lavori, servizi e forniture, nonché dei servizi di ingegneria e architettura, inclusa l’attività di progettazione. Tali procedure sono svolte in deroga ad alcune disposizioni codicistiche; in particolare, non trovano applicazione gli artt. 36, comma 2, e 157, comma 2, riferiti alle procedure ordinarie. Peraltro, il comma 2 dell’art. 157 cit. impone il rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e traspa-

¹⁸ Cfr. artt. 51 e 52, d.l. n. 77/2021. Che, rispetto a quanto previsto dal d.l. n. 32 cit., si trattasse di una sperimentazione applicativa è confermato dalla regola che prevedeva che il Governo presentasse al Parlamento una relazione sugli effetti della sospensione, onde consentire al legislatore le opportune valutazioni (art. 1, comma 2, d. l. n. 32/2019, poi abrogato dall’art. 52 del d.l. n. 77/2021; peraltro, il significato dell’abrogazione risulta ambiguo poiché disposta contestualmente alla proroga del regime di sospensione di alcune norme del codice).

¹⁹ Esempi di questo tipo, nel diritto amministrativo, non mancano (S. Cassese, *Il contributo dei giudici allo sviluppo del diritto amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, 341). Del resto, con specifico riferimento alla legislazione emergenziale *post sisma*, è stato osservato che, in passato, alcune delle misure originariamente «speciali», e *post-emergenziali*, sono state poi generalizzate e trasformate in regole stabili: così M. Dugato, *op. cit.*, 491.

renza, i quali devono comunque essere osservati: ciò in quanto la riferita deroga non include anche il comma 1 dell'art. 36 cit., in forza del quale l'affidamento e l'esecuzione si svolgono, fra l'altro, nel rispetto dei principi dell'art. 30 del codice, che -come è noto- impone l'osservanza dei principi fondamentali in materia²⁰.

Sempre in forza del comma 1 dell'art. 36 cit. s'impone l'osservanza del principio di rotazione, dell'art. 50 del codice (sulle clausole sociali del bando di gara), ed altresì degli artt. 34 e 42 sempre del codice, dedicati, rispettivamente, all'onere per le stazioni appaltanti di contribuire al conseguimento degli obiettivi ambientali, ed a quello di prevedere adeguate misure per evitare frodi, corruzione o situazioni di conflitto d'interesse. Infine, trovano in ogni caso applicazione gli artt. 37 e 38 del codice, che si occupano, rispettivamente, dei casi in cui è possibile procedere direttamente all'acquisizione di forniture e servizi di importo minimo, e della qualificazione delle stazioni appaltanti per contratti di un certo importo²¹.

Rispetto alle procedure, in primo luogo, è prevista la possibilità dell'affidamento diretto, anche senza consultazione di più operatori economici (art. 1, comma 2, lett a). Dopo le integrazioni alla disposizione in commento volute dal d.l. n. 183/2020, all'affidamento diretto è possibile ricorrere nelle aree colpite dagli eventi sismici del 2016, e ciò fino all'effettiva ultimazione dei lavori (art. 1, comma 2, lett. a-bis); in tal modo si prevede l'operatività di un regime di deroga sostanzialmente svincolato da una scadenza temporale.

È, inoltre, consentito un utilizzo "generalizzato" della procedura negoziata senza bando, ex art. 63 del codice, che cessa dunque di rivestire i caratteri di procedura eccezionale; in particolare, è possibile utilizzarla (art. 1, comma 2, lett. b) previa consultazione di almeno cinque o dieci operatori economici (a seconda della tipologia e dell'importo del contratto), ma comunque nel rispetto del criterio di rotazione²². Occorre rilevare che quest'ultima procedura è semplificata sotto il profilo degli oneri di pubblicità²³ e del criterio di aggiudicazione, dal momento che – come si esprime il decreto, tuttavia, con una terminologia non

²⁰ Dunque, a diversa conclusione (non applicabilità dei principi) non sembra potersi giungere per il fatto che l'art. 30 è espressamente richiamato solo per una delle procedure disciplinate dall'art. 1 (comma 2, lett. a). Si tratta dei principi di economicità, efficacia, tempestività, libera concorrenza e non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, nonché di economicità; quest'ultimo, peraltro, può essere subordinato a criteri ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute, dell'ambiente, del patrimonio culturale e alla promozione dello sviluppo sostenibile.

²¹ È, infine, prevista dall'art. 1 cit. una deroga alla necessità di richiedere le garanzie provvisorie dell'art. 93 del codice, salvo particolari esigenze.

²² Sulla portata di tale criterio cfr. L. Bertonazzi, *Indagini di mercato e principio di rotazione*, in Aa.Vv., *Aspetti della transizione nel settore dell'energia: gli appalti nei settori speciali, il market desing e gli assetti di governance*, a cura di E. Brutti Liberati, M. De Focatiis, A. Travi, Milano-Padova, 2018, 168; nonché R. Giani, *Il principio di rotazione nell'aggiudicazione degli appalti pubblici*, in Aa.Vv., *Contratti delle pubbliche amministrazioni. Questioni attuali*, a cura di G.M. Caruso, D. D'Alessandro, D. Pappano, Torino, 2019, 55.

²³ Infatti, le stazioni appaltanti danno evidenza dell'avvio delle procedure negoziate tramite pubblicazione di un avviso nei rispettivi siti internet istituzionali; e l'avviso sui risultati della procedura di affidamento, la

più attuale²⁴ – le stazioni appaltanti hanno la possibilità di scegliere fra il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa e quello del prezzo più basso, fatte salve alcune tipologie di contratto la cui aggiudicazione avviene in base al primo dei menzionati criteri²⁵. Peraltro, qualora si opti per il criterio del prezzo più basso, è sancita l’esclusione automatica delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata in forza delle specifiche regole (art. 97 del codice), e ciò anche qualora il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque; viene, dunque, estesa l’operatività della esclusione automatica²⁶, che, anche quando consentita dall’art. 97 cit., solitamente non è comunque ammessa quando il numero delle offerte è inferiore a dieci.

All’affidamento dei contratti c.d. sopra-soglia, ed alla disciplina dell’esecuzione del relativo contratto, è dedicato l’art. 2 del d.l. n. 76 cit., il quale in particolare valorizza procedure flessibili; è consentito alle stazioni appalti l’utilizzo della procedura aperta, ristretta, competitiva con negoziazione o del dialogo competitivo, peraltro con la riduzione dei termini procedurali (normalmente consentita solo in casi di urgenza)²⁷.

Ma è un’altra previsione dell’art. 2 in commento ad introdurre un regime derogatorio di particolare interesse; infatti, è previsto che nei casi di urgenza provocati dall’emergenza sanitaria²⁸, ed in taluni settori (evidentemente ritenuti bisognosi di interventi urgenti, come ad es. edilizia scolastica, universitaria, sanitaria, giudiziaria e penitenziaria), le stazioni appaltanti, per quanto non espressamente disciplinato dal medesimo art. 2, operano in deroga ad ogni disposizione di legge diversa da quella penale, fatto salvo il rispetto delle disposizioni del codice del-

cui pubblicazione nel caso di cui alla lett. a) dell’articolo in commento non è obbligatoria per affidamenti inferiori ad euro 40.000, contiene anche l’indicazione dei soggetti invitati.

²⁴ Sebbene l’art. 1, d.l. n. 76 cit., in commento, si esprima in termini di criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa in contrapposizione al criterio del prezzo più basso, tali espressioni non paiono più del tutto coerenti con quanto stabilito dal vigente art. 95 del codice; quest’ultimo, infatti, prevede la possibilità di aggiudicazione sulla base del criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo o sulla base dell’elemento prezzo o del costo.

²⁵ L’art. 1, d.l. n. 76 cit., infatti, fa espressamente salvo il comma 3 dell’art. 95 del codice, che si riferisce all’aggiudicazione tramite criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa per taluni contratti (ad esempio, quelli relativi ai servizi sociali e di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica, nonché ai servizi ad alta intensità di manodopera; all’affidamento dei servizi di ingegneria e architettura e degli altri servizi di natura tecnica e intellettuale di importo pari o superiore a 40.000 euro).

²⁶ Tale previsione andrebbe confrontata con la giurisprudenza comunitaria che, sotto la previgente disciplina, aveva svolto varie censure sulla possibilità di una esclusione automatica (sul punto cfr. R. De Nictolis, *I nuovi appalti pubblici*, Bologna, 2017, 1396 ss.).

²⁷ Per una dettagliata analisi delle singole procedure si rinvia a C. Contessa, *Le novità del “Decreto semplificazioni”, ovvero: nel settore dei contratti pubblici esiste ancora un “Codice”?*, in *Urb. app.*, 2020, 757.

²⁸ Il riferimento è al comma 3 dell’art. 2, in commento, in forza del quale, tra l’altro, la procedura negoziata per i settori ordinari e per i settori speciali può essere utilizzata, previa pubblicazione dell’avviso di indizione della gara, nel rispetto di un criterio di rotazione, nella misura strettamente necessaria quando, per ragioni di estrema urgenza derivanti dagli effetti negativi della crisi causata dalla pandemia da Covid-19, i termini previsti dalle procedure ordinarie non possono essere rispettati.

le leggi antimafia e delle misure di prevenzione²⁹; sono altresì fatti salvi i vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea, ivi inclusi quelli derivanti dalle direttive nn. 24 e 25 del 2014³⁰, i principi di cui agli articoli 30, 34 e 42 del codice, sopra richiamati, nonché le disposizioni in materia di subappalto³¹.

L'intendimento del legislatore sarebbe, dunque, di assicurare la diretta applicazione delle direttive comunitarie in materia, e ciò in una ottica semplificatoria, in quanto le direttive non prevederebbero talune complicazioni riscontrabili invece nel sistema delle regole delineato dal nostro codice; per altro verso, verrebbe favorita una convergenza più marcata tra regole eurolunitarie e nazionali³².

Occorre anche segnalare che una deroga simile è quella consentita dall'art. 9 del d.l. n. 76 cit., riferito alle misure di accelerazione di interventi infrastrutturali, per i quali in particolare si prevede la possibilità per il Governo di nominare uno o più commissari straordinari³³. L'art. 9 cit. va a modificare l'art. 4 del d.l. n. 32/2019, sopra richiamato, disponendo che i commissari straordinari possono essere abilitati ad assumere direttamente le funzioni di stazione appaltante (funzioni esercitabili anche a mezzo di ordinanze), ed operare quindi – grazie alla riferita modifica – in un regime di deroga analogo a quello previsto dall'art. 2, d.l. n. 76³⁴.

La portata della recente modifica alla disposizione del 2019 si comprende appieno tramite il confronto con la sua formulazione originaria: precisamente, secondo la previsione iniziale dell'art. 4 cit. i commissari straordinari potevano operare in deroga alle disposizioni di legge in materia di contratti pubblici, fatto salvo il rispetto delle disposizioni del codice c.d. antimafia, nonché dei vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea. Vi era, dunque, una deroga (che poteva apparire) sostanzialmente incondizionata al codice (mancando, fra l'altro, il riferimento al suo art. 30), la quale tuttavia mal si conciliava con

²⁹ D.Lgs. 6 settembre 2011, n. 159.

³⁰ Si noti il mancato riferimento alla direttiva n. 23/2014 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione.

³¹ Per completezza va aggiunto che la riferita previsione riguarda anche gli interventi per la messa a norma o in sicurezza degli edifici pubblici destinati ad attività istituzionali, al fine di sostenere le imprese ed i professionisti del comparto edile, anche operanti nell'edilizia specializzata sui beni vincolati dal punto di vista culturale o paesaggistico, nonché di recuperare e valorizzare il patrimonio esistente.

³² R. Dipace, *Manuale dei contratti pubblici*, Torino, 2021, 190 ss., 253 ss.

³³ In particolare, con una formulazione che sostanzialmente ricalca quella dell'art. 4, d.l. n. 32/19, già ricordato, la disposizione riguarda gli interventi 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.

³⁴ Comunque la formulazione delle riferite norme derogatorie non è identica, mancando nell'art. 4, d.l. n. 32 cit. il riferimento alla legge penale; precisamente l'art. 4, comma 3, d.l. n. 32/2019, dopo le recenti modifiche, prevede la possibilità di operare «in deroga alle disposizioni di legge in materia di contratti pubblici, fatto salvo il rispetto dei principi di cui agli articoli 30,34 e 42 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, nonché delle disposizioni del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, e dei vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea, ivi inclusi quelli derivanti dalle direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE, e delle disposizioni in materia di subappalto».

il limite, poco dopo affermato, dell'osservanza dei vincoli dell'ordinamento europeo. I limiti, inoltre, sembravano meno stringenti se posti a confronto con il regime dettato dall'art. 1 del medesimo decreto, il quale introduceva, in vista di una riforma del settore, (solo) la sospensione temporanea dell'applicazione di alcune disposizioni codicistiche, ma comunque nella espressa osservanza delle direttive nn. 24 e 25 (ed anche n. 23) del 2014 (ci si riferisce al testo dell'art. 1 cit. dopo la conversione in legge del decreto).

La nuova formulazione della disposizione di legge, dunque, perfeziona il regime derogatorio grazie all'esplicito riferimento agli artt. 30, 34 e 42 del codice, alle direttive comunitarie in materia, nonché alla normativa del subappalto. Inoltre, grazie ad apposita previsione (art. 9, comma 3, d.l. n. 76), la sfera di operatività del regime derogatorio in commento viene ampliato sotto un duplice profilo: da un lato, esso opera senza puntuali limiti temporali, ma fino alla ultimazione dei lavori, e, dall'altro, si estende a tutti i commissari straordinari nominati in forza di specifiche leggi col fine di realizzare interventi infrastrutturali (in tal modo il legislatore dichiara di voler anche garantire l'uniformità nelle gestioni commissariali)³⁵.

In realtà, poi, lo stesso d.l. n. 76 (art. 9, comma 3) introduce una clausola restrittiva, nel senso che esclude dall'ambito di applicazione dell'art. 4, d.l. n. 32 alcuni regimi commissariali previsti da specifiche disposizioni di legge, ivi espressamente compresi i commissari nominati per l'attuazione di interventi di ricostruzione a seguito di eventi sismici. Si tratta di una precisazione in grado di creare problemi interpretativi, e ciò anche in ragione del fatto che lo stesso art. 9 cit. fa comunque salva l'applicazione dell'art. 11 del d.l. n. 76 cit., di cui si dirà a breve, norma quest'ultima riferita alle misure specificamente previste per le aree colpite da sisma.

Volendo trarre alcune indicazioni di carattere generale si può osservare che i regimi diversificati introdotti dal d.l. n. 76 cit., laddove questo prevede deroghe a singole disposizioni codicistiche (art. 1), o, in modo più ampio, al codice (art. 2), ovvero laddove regola il regime commissariale (art. 9), traggono spunto dai modelli a suo tempo delineati dai provvedimenti governativi del 2016 e del 2019; a ciò corrisponde però, anche, un perfezionamento della relativa disciplina grazie alla "ricalibrazione" delle prerogative derogatorie, il che vale anche per

³⁵ Per completezza va aggiunto che le deroghe consentite dal comma 3 dell'art. 3, d.l. n. 32 cit. sono estese (*ex art. 9, comma 1, lett. d), d.l. n. 76 cit.*) agli interventi dei commissari straordinari per il dissesto idrogeologico, dei commissari per l'attuazione degli interventi idrici, del commissario unico nazionale per la depurazione, e dei commissari per la bonifica dei siti di interesse nazionale. Sul punto, tuttavia, occorre osservare che rispetto a tali regimi commissariali si prevedono regole particolari, con una parziale esclusione dal regime derogatorio di cui all'art. 4; tale esclusione sembra in grado di ingenerare difficoltà di lettura, poiché viene a delineare regimi in parte differenti: in particolare, per questi ultimi commissari non opera la previsione (*ex art. 4, comma 2, cit.*) secondo cui l'approvazione dei progetti (da parte dei commissari) sostituisce, ad ogni effetto di legge, ogni autorizzazione, parere, visto e nulla osta normalmente necessario per i lavori, anche in caso di procedimenti coinvolgenti beni culturali o paesaggistici.

i regimi commissariali già esistenti (ad es. cfr. le modifiche apportate all'art. 4, d.l. n. 32 cit.).

In altri termini, l'obiettivo della semplificazione viene perseguito con un complesso di regole che si uniforma a quello già previsto per precedenti i regimi commissariali, il quale era (significativamente) indirizzato all'accelerazione delle procedure di aggiudicazione tramite una sostanziale "rinuncia" all'applicazione del codice³⁶: ovviamente, fatti salvi alcuni vincoli ritenuti inderogabili in materia, e comunque nell'osservanza di norme strumentali a garantire la legalità nella gestione degli appalti (es. codice c.d. antimafia, disciplina del subappalto).

3. *I regimi commissariali per la ricostruzione post sisma*

Il d.l. n. 76 cit., all'art. 11, comma 1, cui si è in precedenza fatto un cenno, ed inserito in apposito capo del decreto dedicato alle misure semplificatorie per la ricostruzione nelle aree colpite da eventi sismici, prevede che le disposizioni dello stesso decreto relative alle semplificazioni procedurali ed ai maggiori poteri commissariali (ivi compresi quelli inerenti all'affidamento dei contratti) trovano applicazione per le gestioni commissariali relative alle aree colpite da eventi sismici; ciò, tuttavia, «senza pregiudizio» per i poteri, anche in deroga, già previsti dalla legislazione specificamente rivolta a tali gestioni: il riferimento è, anzitutto, a quanto previsto dal d.l. n. 189/2016 (art. 1, comma 3; art. 2), e dal d.l. n. 32/2019 (artt. 6 ss.).

Si tratta, dunque, di una clausola che fa salvo, in caso di contrasto tra norme (derogatorie), quanto specificamente previsto per le singole gestioni commissariali, e che, tuttavia, potrebbe porre talune criticità interpretative, anche in ragione del fatto che la disposizione sembra estendere ai commissari per la ricostruzione *post sisma* tutte le prerogative riconosciute per i regimi commissariali dal d.l. n. 76, ivi compresi quelle regolate dall'art. 9, sopra illustrato.

Una prima difficoltà di lettura riguarda già il comma 2 dell'art. 11, in forza del quale il commissario straordinario di cui al d.l. n. 189 cit. – «senza pregiudizio» rispetto a quanto previsto dal precedente comma 1 – individua gli interventi urgenti coi poteri dell'art. 2, comma 2, del d.l. n. 189, esercitabili in deroga a ogni disposizione di legge diversa da quella penale, fatto salvo il rispetto del codi-

³⁶ Infatti, il ricorso a deroghe ed eccezioni può essere anche il frutto dell'eccessiva pesantezza e macchiosità delle regole ordinarie (così L. Torchia, *La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari*, cit., 291); si pone allora il dubbio che l'introduzione di un regime derogatorio "segni" il fallimento della disciplina derogata. Tema correlato è quello della crisi che i regimi derogatori possono provocare sull'impianto codicistico nel suo complesso (in argomento cfr. M. Ramajoli, *A proposito di codificazione e modernizzazione del diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, 347).

ce c.d. antimafia, del codice dei beni culturali e del paesaggio, nonché dei vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea, ivi espressamente inclusi quelli delle direttive nn. 24 e 25 del 2014.

L'art. 11, comma 2, va, dunque, ad integrare quanto già previsto dall'art. 2, d.l. n. 189, in forza del quale il commissario provvede nel rispetto della Costituzione, dei principi generali dell'ordinamento giuridico italiano e delle norme dell'ordinamento europeo; vi è, quindi, una maggiore puntualizzazione delle prerogative commissariali, ancorché la previsione derogatoria non replica puntualmente quanto previsto per i regimi commissariali per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali (art. 9, d.l. n. 76; art. 4, d.l. n. 32).

E le differenze paiono non trascurabili, difettando nel primo caso qualsivoglia riferimento al codice (persino ai principi dell'art. 30), lacuna solo in parte colmata dal rinvio alle direttive comunitarie o ai principi generali dell'ordinamento giuridico (art. 2, d.l. n. 189); così come manca il richiamo al limite dell'osservanza della normativa del subappalto, che – come è noto – rappresenta una specificità del nostro ordinamento. Inoltre, solo per la gestione commissariale di cui al d.l. n. 189 cit. vi è un espresso richiamo al codice dei beni culturali, che invece non si riscontra per gli altri regimi commissariali, anche se, per questi ultimi, tale lacuna potrebbe essere colmata con uno sforzo interpretativo, grazie al rinvio all'art. 30 del codice previsto dalla relativa disciplina³⁷.

Per giungere ad una diversa conclusione, e delineare una uniformità delle discipline, si potrebbe invocare l'inciso contenuto nello stesso comma 2 dell'art. 11, secondo cui i riferiti poteri sono esercitati «senza pregiudizio» di quanto previsto dal precedente comma 1 dello stesso art. 11; come a dire che i poteri derogatori appena descritti (comma 2) andrebbero comunque, a loro volta, integrati grazie al rinvio effettuato dal primo comma dell'art. 11 alle prerogative commissariali riconosciute, in modo ampio, dal d.l. n. 76 (art. 9). Il che, tuttavia, difficilmente si coordina con l'esclusione disposta dall'art. 9, comma 3, d.l. n. 76, sopra illustrato, che circoscrive la portata applicativa del regime derogatorio ivi previsto, espressamente escludendo i commissari straordinari nominati per gli interventi di ricostruzione *post* sisma (tra l'altro, di tutti tali commissari, senza distinzione). Tale esclusione, del resto, è rafforzata dalla clausola contenuta nello stesso art. 9, comma 3, che fa salvo quanto previsto dall'art. 11 in commento (peraltro, anche tale rinvio all'art. 11 risulta ambiguo, proprio perché i suoi primi due commi appaiono, per quanto detto, contraddittori)³⁸.

³⁷ Infatti, un richiamo alla protezione dei beni culturali pare comunque possibile in virtù dell'art. 30 del codice, nella misura in cui quest'ultimo consente che il principio di economicità, ivi sancito, possa essere subordinato a criteri ispirati, fra l'altro, a esigenze del patrimonio culturale.

³⁸ Analoghe difficoltà interpretative si pongono rispetto al regime commissariale *post* sisma del d.l. n. 32/2019 cit. (art. 6 ss.), poiché anche in questo caso l'esclusione disposta dall'art. 9, comma 3, sembra in grado

Se questa ricostruzione è corretta, di un certo rilievo sono le conseguenze, in quanto, al di là delle intenzioni semplificatorie ed acceleratorie, le riferite complicazioni interpretative sono in grado di pregiudicare l'effettivo raggiungimento dei dichiarati obiettivi, oltre a porsi come ostacolo per una disciplina uniforme dei regimi commissariali (prerogative uniformi non accomunano neppure i regimi commissariali *post sisma*³⁹).

A riguardo, circa alcune discrepanze riscontrabili nel quadro delineato, in particolare a causa del mancato riferimento alla materia del subappalto, quale disciplina non derogabile nell'ambito del regime commissariale *post sisma*, vale la pena di svolgere alcune osservazioni; infatti, in prospettiva, vi sono elementi per ritenere che, anche laddove tale limite continui ad essere previsto, la possibilità di utilizzo dell'istituto è destinata ad ampliarsi, così riducendosi, pur senza obliterarsi del tutto, talune discrasie. Un cenno alla tematica del subappalto è utile, nelle presenti note, anche per mostrare la rilevanza che nel settore assumono taluni principi, quali quello della proporzionalità⁴⁰, o il divieto del c.d. *gold plating* (vale a dire, ad una disciplina più gravosa di quella prevista in sede comunitaria).

Si è detto che per il tramite del regime derogatorio dell'art. 2, d.l. n. 76 cit., il legislatore avrebbe perseguito, fra l'altro, l'intento di dare immediata applicazione alle direttive comunitarie in materia, in chiave semplificatoria. All'ampiezza della deroga fanno da contraltare poi limiti, come quello rappresentato dalle disposizioni in materia di subappalto, che invero, come è noto, non trovano riscontro nel diritto euro-unitario, e che anzi questo guarda con sospetto per i riflessi negativi sulla concorrenza⁴¹. Peraltro, sono ben note le ragioni che nel nostro ordinamento hanno condotto alla previsione di limiti stringenti alla possibilità di ricorrere al subappalto, tant'è che, in ragione delle specificità del conte-

di (sostanzialmente) neutralizzare l'estensione a tali commissari (*ex art. 11, comma 1*) delle peculiari prerogative commissariali riconosciute dal d.l. n. 76/2002. Peraltro, rispetto al regime commissariale *post sisma* in questione si prevede unicamente che per l'esercizio delle loro funzioni, i commissari provvedono con propri atti, nel rispetto della Costituzione e dei principi generali dell'ordinamento giuridico (art. 7, comma 2, d.l. n. 32/2019).

³⁹ Infatti, la disciplina dell'art. 11, comma 2, d.l. n. 76, riguarda unicamente il commissario di cui al d.l. n. 189.

⁴⁰ Corte Giustizia UE, sez. V, sent. 26 settembre 2019, causa C-63/2018, in *Riv. it. dir. pubbl. Comun.*, 2019, 869; cfr. altresì le ordinanze di rimessione alla Corte di Giustizia, di TAR Lombardia, Milano, sez. I, 19 gennaio 2018, n. 148, in *Riv. giur. edilizia*, 2018, 2, I, 263, nonché di Cons. Stato sez. VI, 11 giugno 2018, n. 3553, in *Riv. giur. edilizia*, 2018, 4, I, 857). Si ricordi anche che, con lettera del 24 gennaio 2019, rivolta al Governo italiano, la Commissione europea ha contestato sotto vari profili la disciplina posta dal codice in materia di subappalto (in particolare dall'art. 105), in quanto in contrasto con alcuni principi fondamentali, tra cui quello di proporzionalità, e quindi in grado di pregiudicare la promozione della concorrenza, specie con riferimento alle piccole e medie imprese. Per l'inquadramento del tema cfr. M. Dugato, *Il subappalto*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, 737.

⁴¹ In altri termini, se risulta agevolmente spiegabile la (ampia) portata della deroga, con il limite dei vincoli inderogabili derivanti dal diritto UE (condizione imprescindibile per poter aspirare a raggiungere gli obiettivi della legislazione settoriale, *in primis* la promozione della concorrenza), appare contraddittoria la non derogabilità (in ogni caso) della normativa relativa all'istituto del subappalto.

sto italiano, l'obiettivo della promozione della concorrenza viene coniugato con l'esigenza della prevenzione delle infiltrazioni criminali⁴².

Si tratta, dunque, di porre un quadro regolatorio che sia in grado di trovare un adeguato punto di equilibrio tra varie esigenze: sul punto il Consiglio di Stato ha affermato che la scelta di maggior rigore compiuta a suo tempo dal codice in tema di subappalto rispondeva a «valori prevalenti» rispetto al divieto di aggravio degli oneri procedurali; valori superiori che, in tal caso, hanno giustificato il ridimensionerebbero della portata applicativa del divieto⁴³.

Per converso, però, non sfugge neppure la circostanza che tali limiti (ribaditi anche per il regime derogatorio dell'art. 2, d.l. n. 76 cit.) possono rappresentare un ostacolo per un pieno allineamento della normativa nazionale in materia rispetto alle indicazioni del diritto europeo: invero, la spinta ad un (graduato) allineamento è fornita dai recenti provvedimenti governativi. Ed appare significativo che le modifiche incidenti sulla sfera di operatività del subappalto, via via ampliata, siano intervenute in forza di decreti dichiaratamente indirizzati ad accelerare l'esecuzione dei contratti: quasi che la diffusione di tale istituto agevoli il raggiungimento di quell'obiettivo (la prospettiva appare, dunque, parzialmente diversa da quella propria del diritto euro-unitario, per il quale l'istituto in questione è precipuamente teso a favorire la concorrenza⁴⁴)⁴⁵.

⁴² Così si esprime il Cons. Stato, ad. commissione speciale nel parere n. 855/2016 cit., 4.

⁴³ Cons. Stato, ad. commissione speciale, parere n. 855/2016 cit., 16 e 138). Vero è anche che il Consiglio di Stato non escludeva neppure la possibilità di ripristinare *tout court* il prevalente limite del 30% per il subappalto, purché l'AIR (Analisi di Impatto della Regolazione) indicasse, con adeguata motivazione, l'interesse pubblico (tutela della trasparenza e del lavoro) in tal modo perseguito (possibilità prevista dalla stessa legge delega n. 11/2016, ex art. 1, comma 1, lett. a), per il tramite del richiamo all'art. 14, comma 24-*quater*, legge n. 28 novembre 2005, n. 246).

⁴⁴ Corte Giust. UE, sez. V, 5 aprile 2017, C-298/15, in *Foro amm.*, 2017, 4, 811.

⁴⁵ Anche che la necessità di assicurare la legalità nella gestione degli appalti non è però trascurabile nel nostro ordinamento, sicché pare del tutto ragionevole la cautela dimostrata dal legislatore nell'estendere in modo progressivo l'ambito di utilizzo del subappalto, forse anche in ragione dell'opportunità di verificare, sempre gradualmente, l'efficacia degli strumenti predisposti a garanzia della legalità. Tale gradualità si ricava dalle disposizioni progressivamente introdotte sul punto. Infatti, l'iniziale formulazione dell'art. 1, comma 18, d.l. n. 32/2019 disponeva che, nelle more di una complessiva revisione del codice dei contratti pubblici, si derogasse in parte alla disciplina del subappalto (art. 105, comma 2, del codice), e ciò fino al 31 dicembre 2020, in particolare prevedendo la possibilità del subappalto fino alla quota del 40% dell'importo complessivo del contratto, fatto salvo quanto previsto dal codice per le opere che richiedono interventi di rilevante complessità tecnica (art. 105, comma 5). Veniva altresì sospesa, fino alla medesima data, l'applicazione delle regole sui controlli e sulla necessità di indicare una terna di eventuali subappaltatori (rispettivamente ai sensi degli artt. 8, 105 e 174 del codice). L'iniziale termine previsto per l'operatività della deroga veniva, successivamente, posticipato al 30 giugno 2021 per effetto del d.l. 31 dicembre 2020, n. 183 (art. 13, comma 2, lett. b), il quale peraltro estendeva fino al 31 dicembre 2021 anche l'iniziale termine della sospensione delle menzionate regole su controlli e terna di eventuali subappaltatori. Tale periodo di sospensione veniva ulteriormente prolungato fino al 31 dicembre 2023, per effetto del d.l. n. 77/2021 (art. 49, comma 1; art. 52, comma 1). Quest'ultimo decreto ha, altresì, prolungato fino al 31 ottobre 2021 il periodo di deroga già previsto circa il limite della quota percentuale dell'importo del contratto suscettibile di essere subappaltato, percentuale che viene anche incrementata fino al 50%. Dall'esame delle modifiche via via intervenute si osserva che viene estesa la possibilità di ricor-

4. *La “capacità amministrativa” alla prova*

Le previsioni derogatorie, sopra descritte, pongono il tema del grado auspicabile di discrezionalità amministrativa da riservare a chi compie le scelte che incidono sull'affidamento dei contratti; ma prima ancora pongono l'interrogativo su quale debba o possa essere la portata applicativa da riconoscere ai regimi derogatori in questione⁴⁶: il problema è stato sollevato, in particolare modo, rispetto all'art. 2, d.l. n. 76, ma si pone in termini analoghi anche rispetto alle altre previsioni derogatorie.

Prendendo le mosse da quest'ultimo profilo critico, si è posto il dubbio che pressoché tutte le regole codicistiche debbano essere applicate nell'osservanza dei principi enunciati dall'art. 30 del codice, con la conseguenza che il regime derogatorio previsto dall'art. 2 cit. sarebbe destinato a non produrre alcun effetto concreto (ed utile)⁴⁷. Il rischio va correlato probabilmente anche alla inclinazione, spesso riscontrata nella prassi burocratica, a non assumere scelte (magari innovative), specie quando queste implicano l'applicazione di norme “complesse”, o meglio di un quadro normativo (reso) estremamente “complicato”; tale ritrosia, altrettanto spesso, scaturisce dal timore dei funzionari di assumersi la responsabilità che ad ogni scelta si accompagna⁴⁸.

Tuttavia, che la carica innovativa delle previsioni derogatorie debba essere sostanzialmente neutralizzata non pare essere un esito scontato; e ciò in quanto i principi non coincidono con il complesso delle regole che da quelli possono essere ricavate, nel senso che non tutte le disposizioni di un codice costituiscono una (più o meno) immediata applicazione di principi generali: infatti, questi ultimi costituiscono «valori o finalità teleologiche del sistema», ponendosi come «criteri di valutazione immanenti all'ordine giuridico», che quindi si distinguono da «singole e specifiche disposizioni», pure «riconducibili» ai primi: la non coincidenza

rere al subappalto, e ciò anche grazie alla regola che, dopo il 31 ottobre 2021, consentirà di estendere l'operatività dell'istituto, a condizione che il subappaltatore fornisca adeguate garanzie. Infatti, dal 1° novembre 2021, entrerà in vigore una nuova disciplina del subappalto, con una nuova formulazione dell'art. 105 del codice (art. 49, d.l. n. 76 cit.), la quale si segnala, in sintesi, anche perché prevede (con una regola già vigente nel d.l. n. 76 cit.) che il subappaltatore debba garantire gli stessi standard qualitativi e prestazionali previsti dal contratto (art. 105, comma 14, così come sostituito dall'art. 49, d.l. n. 76), peraltro con la previsione della responsabilità solidale del contraente principale e del subappaltatore (del resto, la direttiva n. 25 del 2014, ex art. 88, consentiva agli Stati membri di prevedere in capo al subappaltatore la responsabilità diretta per l'esecuzione dell'appalto).

⁴⁶ Profilo differente è se, pur in presenza dei poteri derogatori, la norma che ne consente l'utilizzo vada intesa nel senso che si conservi per le stazioni appaltanti la possibilità di optare, in ogni caso, per lo svolgimento delle procedure ‘ordinarie’.

⁴⁷ Il dubbio è sollevato da C. Contessa, *Le novità del “Decreto semplificazioni”, ovvero: nel settore dei contratti pubblici esiste ancora un “Codice”?*, *op. cit.*, 757.

⁴⁸ In tema cfr. M. Cafagno, *Contratti pubblici, responsabilità amministrativa e burocrazia difensiva*, in *Dir. econ.*, 2018, 625; R. Dipace, *op. cit.*, 193; S. Valaguzza, *Governare per contratto. Come creare valore attraverso i contratti pubblici*, Napoli, 2018, 27 ss.

tra principi e regole (ad es. procedurali) è alla base della consapevolezza che i primi possono svolgere una funzione «nomogenetica»⁴⁹.

Considerazioni in parte analoghe valgono anche quando si tratti di stabilire la portata dell'obbligo di osservare i vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea, e così delineare la sfera operativa dei regimi derogatori che tale limite contemplano.

Pare ovvio che margini di azione estremamente limitati residuerebbero, nell'esercizio dei poteri derogatori, qualora ogni ragionamento prendesse le mosse dalla affermazione che (pressoché) tutte le disposizioni codicistiche siano il frutto del (fedele) recepimento delle direttive. Tuttavia, in disparte la circostanza che così non è, se non altro perché tali direttive riconoscono comunque talune opzioni facoltative agli Stati membri, per riconoscere un ambito operativo al suindicato regime (e, dunque, per attribuire un senso alla relativa previsione normativa) potrebbe valorizzarsi una lettura delle norme per cui i richiamati vincoli inderogabili impongono, prima ancora del rispetto di un dato complesso di regole procedurali, il raggiungimento di taluni obiettivi (si porrebbero, in altre parole, anzitutto, come vincoli di scopo).

Peraltro, il limite dei vincoli inderogabili connessi all'appartenenza all'Unione implica anche l'osservanza delle direttive comunitarie sugli appalti, ma con una puntualizzazione: infatti, stante la specificazione delle previsioni derogatorie nel richiamare, segnatamente, sia i vincoli derivanti dall'appartenenza all'Unione che quelli delle direttive, è ragionevole concludere che assumano rilievo non solo i principi in materia di contratti pubblici, ma più in generale quelli fondamentali del diritto eurounitario⁵⁰; e ciò sia per il carattere di «trasversalità» della materia dei contratti pubblici⁵¹, sia per la circostanza che nella gestione di tali contratti (proprio grazie al diritto eurounitario) assumono rilievo anche 'valori' diversi da quelli tradizionalmente ricondotti allo specifico 'settore' degli appalti (es. sviluppo sostenibile, obiettivi sociali, e così via), rispetto ai quali il riferimento al complesso dei menzionati vincoli inderogabili può assumere un preciso significato: ad esempio, alla luce degli strumenti argomentativi delineati per quei contesti, diversi dal settore degli appalti. In sintesi, il riferimento ai vincoli dell'Unione sembra "evocare" i "modelli" di regolazione elaborati su principi che non si esauriscono

⁴⁹ Cons. Stato, ad. plen., 7 maggio 2013, n. 13, in *Giur. it.*, 2013, 2369, con nota di R. Caranta, *I principi «dettagliati» e le concessioni di servizi*, ed ivi in particolare cfr. il richiamo all'insegnamento di E. Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (Teoria generale e dogmatica)*, Milano, 1949, 211. In argomento cfr. anche M.A. Sandulli, *Principi e regole dell'azione amministrativa: riflessioni sul rapporto tra diritto scritto e realtà giurisprudenziale*, in *federalismi.it*, 2017, 20.

⁵⁰ La distinzione tra i principi generali derivanti dal Trattato e quelli eurocomunitari in materia di contratti pubblici è evocata da Cons. Stato, ad. plen., n. 13/2013 cit.

⁵¹ Il settore degli appalti pubblici riveste un carattere di «trasversalità» che lambisce vari settori del diritto, non solo di quello amministrativo (Cons. Stato, parere n. 855/2016 cit., 4).

no in quelli propri del settore degli appalti pubblici, il che comporta la rilevanza non solo della giurisprudenza comunitaria riferita a quest'ultimo contesto settoriale, ma anche di quella formatasi sui principi fondanti di altre materie, che peraltro potrebbero rispondere a "logiche" non del tutto coincidenti⁵². A favore di tale soluzione va anche considerato che non tutte le previsioni derogatorie sopra illustrate contengono un espresso riferimento al codice, nemmeno al suo art. 30⁵³: per questa ragione diventa indispensabile il rinvio al complesso dei principi.

L'attenzione verrebbe così focalizzata sulla realizzazione degli obiettivi perseguiti dal diritto europeo in materia, piuttosto che sugli "strumenti" a tal fine utilizzabili, vale a dire le regole procedurali, le quali, peraltro, possono essere diversificate in ragione delle specificità dei singoli ordinamenti nazionali⁵⁴.

Questa prospettiva pare possibile fra l'altro anche in ragione dell'esigenza di valorizzare al massimo grado la "flessibilità" delle procedure di affidamento, in coerenza con quanto auspicato dalle direttive in materia⁵⁵; proprio il riferimento alla flessibilità dovrebbe consentire di riconoscere una sfera di operatività alle previsioni derogatorie, in quanto quella implica delle opzioni circa i "mezzi" impiegabili, nel rispetto dei ricordati vincoli, in vista della promozione della concorrenza⁵⁶. Del resto, va considerato che la stessa disciplina posta dalle direttive in mate-

⁵² Si consideri, ad esempio, che il valore della promozione della concorrenza assume un preciso significato nel settore degli appalti pubblici, e tuttavia nei contesti regolati sulla base di tale obiettivo si sono progressivamente estesi strumenti giuridici volti alla tutela di altri "valori" (V. Scilla, F. Fabrizio, *I contratti pubblici come strumento dello sviluppo ambientale*, in *Riv. dir. amb.*, 2020, 4; M. Clarich, *La tutela dell'ambiente attraverso il mercato*, in *Dir. pubbl.*, 2007, 219). Sul fenomeno del ricorso a certi termini giustificata in una logica 'evocativa', e diretta a richiamare il livello di argomentazione di un dato contesto, cfr. A. Travi, *La lingua nella giurisprudenza amministrativa*, in Aa.Vv., *Lingua e processo. Le parole del diritto di fronte al giudice*, Accademia della Crusca, Firenze 2016, 133; l'Autore si riferisce, in particolare, all'utilizzo dei termini (ad es. di quelli stranieri) nella giurisprudenza, con argomenti che, mi pare, possano essere utilmente richiamati anche in questa sede, per la rilevanza che nel settore degli appalti assume l'elaborazione giurisprudenziale fondata sulle categorie del diritto eurounitario.

⁵³ Ad es. cfr. art. 11, comma 2, d.l. n 76 cit.

⁵⁴ Così le procedure diverrebbero, effettivamente, gli strumenti per conseguire gli scopi della legislazione di settore, in coerenza coi vincoli inderogabili del diritto europeo (capovolgendo, in certo senso, le priorità finora registratesi, per cui la forma prevale sulla sostanza; su quest'ultimo punto cfr. S. Valaguzza, *op. cit.*, 32). Il che sembra necessario anche in ragione del fatto che gli scopi perseguiti si sono arricchiti nell'evoluzione della legislazione, ad esempio, con il riferimento a tutela dell'ambiente, promozione dello sviluppo sostenibile, innovazione tecnologica, e così via.

⁵⁵ Ma la questione si pone da tempo in dottrina; ad es. cfr. M. Cafagno, *Flessibilità e negoziazione. Riflessioni sull'affidamento dei contratti complessi*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2013, 991.

⁵⁶ È ben nota la diversità della prospettiva del diritto europeo rispetto all'originaria legislazione italiana in materia di procedure per l'affidamento dei contratti pubblici, dato che l'esigenza di contenimento della spesa pubblica, un tempo preponderante nel nostro ordinamento, ha lasciato via via spazio al diverso valore della promozione della concorrenza tra operatori economici interessati ad un certo mercato (M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2019, 426; M. D'Alberti, *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2008, 297). Da ultimo il raggiungimento di tale obiettivo è favorito con la piena valorizzazione di una maggiore flessibilità delle procedure, nonché tramite metodi di selezione del contraente che promuovano nella misura più elevata il coinvolgimento del soggetto privato già nella fase della negoziazione.

ria è, di per sé, destinata a mutare nel tempo, in ragione del graduale avanzamento verso gli obiettivi perseguiti; in altre parole, anche gli strumenti previsti come possibili in tali direttive sono (naturalmente) suscettibili di progressivo aggiornamento (il codice del 2016, del resto, si è reso necessario a causa della implementazione delle nuove direttive del 2014, dando corso ad un nuovo ciclo regolatorio).

Attribuire, in tal modo, un margine operativo al suddetto regime derogatorio implica, per altro verso, un cambio di prospettiva auspicato (maggiore flessibilità per un elevato grado di efficienza), in quanto l'utilizzo dei poteri di scelta sottesi alle previsioni derogatorie rappresenta l'occasione per una più marcata affermazione della «capacità amministrativa» dei soggetti incaricati di svolgere le procedure di gara, ritenuta indispensabile per una corretta gestione del settore; tale impostazione sarebbe, peraltro, coerente con il c.d. divieto di *gold plating*, cioè nella misura in cui si riconosce che tale divieto pone limiti rivolti non tanto e non solo al legislatore, quanto piuttosto alle amministrazioni pubbliche coinvolte nell'affidamento dei contratti, nel rispetto – appunto – dei vincoli europei⁵⁷.

5. *La gestione dei contratti pubblici “per principi”*

L'interesse verso le previsioni derogatorie, di cui si è detto, si spiega in quanto il raggiungimento degli obiettivi perseguiti dalla legislazione emergenziale presuppone l'identificazione di un punto di equilibrio, non sempre agevolmente ravvisabile nelle norme, tra legalità, concorrenza, accelerazione delle procedure ed efficienza dell'azione amministrativa.

Peraltro, la circostanza che il sistema delle deroghe operi, per così dire, “a termine” potrebbe costituire un fattore di complicazione, in ragione degli inevitabili dubbi interpretativi che il complesso delle regole derogatorie/derogate ovvia-

ne del contenuto del contratto; il profilo è sottolineato dal Cons. Stato, ad. commissione speciale, nel parere n. 855/2016 cit., 8, nonché dalle Linee Guida ANAC 26 ottobre 2016, n. 4, poi aggiornate in data 1° marzo 2018. In dottrina cfr. M. Clarich, *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici e concorrenza nel diritto europeo e nazionale*, in *Dir. amm.*, 2016, 71; F. Trimarchi Banfi, *Il “principio di concorrenza”: proprietà e fondamento*, in *Dir. amm.*, 2013, 15; A. Police, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri. Profili di diritto amministrativo nella disciplina antitrust*, Torino, 2007.

⁵⁷ Significativamente l'art. 11 del d.l. n. 77/2021 è dedicato al «Rafforzamento della capacità amministrativa delle stazioni appaltanti»; negli stessi termini cfr. altresì la parte II del medesimo decreto. Sul punto, già parte della dottrina esprimeva l'esigenza di affinare la «capacità amministrativa» in materia di contratti pubblici, e ciò anche nell'ottica -che pare interessante nell'ambito delle presenti note- di affrontare il recepimento delle direttive meno come un processo legislativo e più come un processo amministrativo (così L. Torchia, *La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari*, cit., 291, alla quale si rinvia anche per la portata del divieto di *gold plating*). Sull'opportunità di creare condizioni per «governare» tramite contratti, cioè in ragione delle specificità dei casi concreti che formano la realtà complessa del settore in questione, coi benefici auspicati (incremento dell'efficienza, responsabilizzazione dei funzionari amministrativi, e così via) cfr. S. Valaguzza, *op. cit.*, 134 ss.

mente porta con sé, magari inducendo le stazioni appaltanti ad una situazione di stallo⁵⁸. Vi è, poi, da chiedersi se la previsione di un regime derogatorio “a termine” sia in grado di pregiudicare la “qualità” del quadro regolatorio, e ciò anche in ragione del fatto che gli effetti conseguenti all’applicazione di tale regime paiono destinati a perdurare nel tempo⁵⁹. Inoltre, non è neppure scontato l’esito semplificatorio più in generale perseguito dai recenti provvedimenti governativi, in ragione del rischio di un (inutile) appesantimento dell’apparato normativo, con una sovrapposizione di disposizioni di legge, in grado, appunto, di produrre effetti negativi sulla auspicata semplificazione procedimentale⁶⁰.

Al di là dei riferiti profili critici, vi è però anche la possibilità che la legislazione in commento dimostri, alla fine, di essere in grado di porre una disciplina “alternativa”, per alcuni aspetti importanti, rispetto a quella derogata⁶¹. Infatti, la ricerca di un punto di equilibrio tra esigenze semplificatore (ed acceleratorie) ed incremento dell’efficienza amministrativa potrebbe, per certi versi, essere favorita da una consapevole applicazione dei regimi derogatori, sopra illustrati, anche in ragione del fatto che questi presuppongono un conveniente impiego dei principi fondamentali della materia.

Il regime delle deroghe, laddove fa salvi, fra l’altro, i principi dell’art. 30 del codice, potrebbe allora favorire l’affermarsi di una “regolazione per principi” della materia, dalla quale poi far derivare un complesso di regole, almeno parzialmente innovative rispetto a quelle codicistiche (funzione «nomogenetica» dei princi-

⁵⁸ Tale rischio appare, invero, ridimensionato per i regimi di deroga riferiti a specifici interventi relativi a eventi sismici, ove le deroghe operano fino all’ultimazione dei lavori, come già illustrato nel testo in precedenza.

⁵⁹ Ben nota è l’importanza di garantire la qualità delle regole, specie in settore connotati da forte tecnicismo, come quello degli appalti pubblici, per assicurare l’effettivo conseguimento degli scopi auspicati dal legislatore (cfr., per tutti, cfr. M. De Benedetto, M. Martelli, N. Rangone, *La qualità delle regole*, Bologna, 2011). In prospettiva analoga, si pone la necessità di verificare i risultati conseguiti con l’applicazione di una data disciplina per valutarne l’efficacia; il che pare difficile in presenza di regimi sistematicamente modificati (o anche solo transitori) senza adeguata ponderazione dei risultati prodotti (in argomento cfr. M. Cafagno, *Spunti per una riflessione empirica sulla disciplina degli appalti pubblici*, cit., 11). Sotto altro punto di vista, la previsione normativa di un regime a termine andrebbe anche valutata alla luce dei canoni della c.d. *better regulation*, i quali ad esempio richiedono al legislatore di non intervenire con norme ‘avulse’ dal contesto codicistico, o comunque di chiarire la portata modificativa (e l’impatto sulla vigente disciplina) di una nuova disposizione di legge (a riguardo cfr. Cons. Stato, ad. commissione speciale, parere n. 855/2016 cit.).

⁶⁰ Sul punto cfr. ANAC, *Esame e commento degli articoli del decreto-legge 17 luglio 2020, n. 76, «misure urgenti per la semplificazione e l’innovazione digitale» in tema di contratti pubblici, trasparenza e anticorruzione*, 13 ss.

⁶¹ Una nuova disciplina potenzialmente in grado di sostituirsi a quella che – e potrebbe essere un paradosso – era stata a suo tempo posta in un’ottica di sistemazione (anche in chiave semplificatoria) di talune materie (non solo di quella dei contratti pubblici). Del resto, la materia dei contratti pubblici presenta carattere di «trasversalità e di incursione» da un lato in altri ambiti codificati dal diritto amministrativo, dall’altro lato in ambiti regolatori diversi dal diritto amministrativo in senso stretto (Cons. Stato, ad. commissione speciale, parere n. 855/2016 cit., 4). Peraltro, costituisce condizione indispensabile per garantire l’osservanza dei canoni di *better regulation* che la disciplina del codice sia coerente con gli istituti lambiti dal codice, e dotati di una disciplina organica in altri testi (ad es. t.u. espropriazione, t.u. edilizia, codice dei beni culturali e del paesaggio); si tratta della c.d. coerenza sostanziale esterna cui si riferisce il Consiglio di Stato (parere n. 855/2016 cit., 28).

pi); il che, peraltro, implica anche che l'operatività del regime derogatorio non sia relegato ad un ambito ristretto, esclusivamente ispirato alla logica del contingente. La piena valorizzazione delle previsioni derogatorie si porrebbe, allora, come indice di una nuova strategia di azione nel settore degli appalti pubblici (anche al di là di una piena consapevolezza del legislatore), resa necessaria per ovviare alle conseguenze negative della iper-regolazione⁶².

Questo modo di ragionare conduce a porsi una catena di interrogativi, e cioè, anzitutto, se lo sforzo di "ragionare" per principi, al quale l'interprete è costretto dal riferimento, ad esempio, all'art. 30 del codice, conduca ad una ulteriore valorizzazione del principio di proporzionalità⁶³, che in varie occasioni ha orientato nell'applicazione della legislazione di settore⁶⁴, e quindi all'enucleazione di oneri che si pongano come "comun denominatore" delle diverse opzioni procedurali, coi margini che residuano nel rispetto del divieto di *gold plating*⁶⁵. Interrogativo conseguente è, poi, se in tal modo si giunga a elidere il rischio della proliferazione di procedure differenti dai modelli comunitari: fenomeno rilevato dal Consiglio di Stato, e stigmatizzato in quanto foriero di incertezza⁶⁶ (si ripropone così la tematica della c.d. supremazia del diritto comunitario, accelerandosi, anche per tal via, il processo di integrazione europea⁶⁷).

⁶² Infatti, è opinione condivisa in dottrina che un eccessivo formalismo, nella prassi burocratica, fortemente condizionata dal proliferare di norme, non sempre ben coordinate, sia ostacolo al raggiungimento degli interessi pubblici che connotano il mercato dei contratti pubblici. Da qui l'esigenza, auspicata da molti, di avviare una nuova fase della strategia legislativa in materia. In questa prospettiva, si ricordi l'ampio dibattito sulla utilità della c.d. *soft regulation* nel settore degli appalti pubblici, e degli strumenti flessibili di regolazione (in argomento cfr. F. Fracchia, P. Pantalone, *La fisionomia delle linee guida: abbozzo di una traiettoria evolutiva con specifico riferimento al settore dei contratti pubblici*, in *Dir. econ.*, 2021, 11; G. Morbidelli, *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli?*, in *Dir. amm.*, 2016, 273).

⁶³ Infatti, «l'applicazione del principio di proporzionalità consente [quindi] di misurare l'intervento pubblico e calibrarlo esattamente in funzione dell'esigenza specifica»: così M. Clarich, *Alle radici del paradigma regolatorio dei mercati*, in *Riv. regolaz. mercati*, 2020, 230; sulla rilevanza del principio cfr. A. Sandulli, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998; D.U. Galetta, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998.

⁶⁴ Come nel caso della Corte di giustizia rispetto ai limiti italiani in materia di subappalto, di cui si è riferito.

⁶⁵ Sulla diffusa opinione che una nuova disciplina del settore dovrebbe prevedere «prescrizioni minime» in conformità alle direttive europee, cfr. G. Napolitano, *Il diritto amministrativo dalla pandemia alla resilienza*, cit., 149. Sulla rilevanza dei principi fondamentali nell'operato concreto dell'amministrazione pubblica cfr. Aa.Vv., *Principi e regole dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. Sandulli, Milano, 2020; Aa.Vv., *Studi sui principi di diritto amministrativo*, a cura di M. Renna, F. Saitta, Milano, 2012.

⁶⁶ Così Cons. Stato, ad. commissione speciale parere n. 855/2016 cit., 7.

⁶⁷ In tema cfr. S. Cassese, *Il diritto comunitario della concorrenza prevale sul diritto amministrativo nazionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 1132 ss.; M.P. Chiti, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2011, 121; S. Civitarese Matteucci, G. Gardini, *Il primato del diritto comunitario e l'autonomia processuale degli Stati membri: alla ricerca di un equilibrio sostenibile*, in *Dir. pubbl.*, 2013, 1; E. Ferrari, *Convergenze e divergenze del diritto amministrativo dell'Unione europea. Osservazioni sulla base delle figure dell'atto amministrativo e dell'aggiudicazione di contratti pubblici in Germania ed in Italia*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2017, 1.

6. *Alcune riflessioni finali. Accelerazione versus discrezionalità?*

Il progressivo affinamento della «capacità amministrativa», anche grazie alle potenzialità dei particolari regimi recentemente introdotti, pone l'accento sulla rilevanza di adeguati margini di scelta discrezionale attribuiti a chi ha la responsabilità di gestire l'affidamento dei contratti pubblici; discrezionalità ritenuta condizione per assicurare l'efficienza dell'operato amministrativo in materia⁶⁸. Opportuni margini di azione, del resto, si correlano alla flessibilità delle regole procedurali, in vario modo favorita dal diritto europeo. Il che conduce a valutare la coerenza con tale quadro di alcune recenti regole che sembrano, per certi versi ed almeno in parte, ridimensionare tale discrezionalità; si pensi, ad esempio, alla valorizzazione del criterio del prezzo più basso⁶⁹.

Il punto merita un breve approfondimento, in quanto le direttive del 2014 e la legge delega italiana esprimevano una chiara preferenza per il diverso criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, *melius* per il criterio fondato sul rapporto qualità/prezzo, tant'è che il Consiglio di Stato auspicava una sua chiara declinazione «evitando elusioni e fughe nel più semplice, ma più "controverso" metodo del prezzo più basso»⁷⁰. Tale preferenza, del resto, ribadita anche dalla Adunanza Plenaria⁷¹, appare coerente con il diritto europeo teso ad incrementare la concorrenza⁷².

⁶⁸ L. Torchia, *La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari*, cit., 291; S. Valaguzza, *op. cit.*, 79 ss. Il tema non riveste carattere settoriale, in quanto coinvolge, in vario modo, profili critici del procedimento amministrativo (per tutti cfr. G. Pastori, *Il procedimento amministrativo tra vincoli formali e regole sostanziali*, in *Scritti scelti*, vol. I, Napoli, 2010, 361, in part. cfr. 373 ss.).

⁶⁹ Per valutare la portata della regola, ed i suoi riflessi, si consideri che, secondo la prima giurisprudenza in materia, l'art. 1, comma 3, d.l. n. 76 del 2020 – che prevede l'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi dell'art. 97 del codice, anche qualora il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque – ha introdotto una disciplina emergenziale, temporanea e derogatoria del codice applicabile «a tutte le gare e non solo a quelle legate all'emergenza sanitaria» (T.A.R. Piemonte, sez. I, 17 novembre 2020, n. 736); la stessa giurisprudenza giudica anche che l'applicazione dell'esclusione automatica dalla gara non deve essere enunciata e motivata negli atti di gara e ciò in quanto, diversamente, si minerebbe l'obiettivo, che è alla base della regola, di celerità delle procedure: con il che, però, si pone il tema della sindacabilità delle scelte a riguardo compiute dall'amministrazione.

⁷⁰ Così Cons. Stato, parere n. 855/2016 cit., 47. In forza dell'attuale codice, e con una terminologia maggiormente precisa, le stazioni appaltanti procedono all'aggiudicazione sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo o sulla base dell'elemento prezzo o del costo, seguendo un criterio di comparazione costo/efficacia quale il costo del ciclo di vita (art. 95, comma 2). Il favore espresso per il criterio del miglior rapporto qualità/prezzo si ricava dal combinato disposto dei commi 3, 4 e 5 dell'art. 95 del codice. Osserva il Cons. Stato che il nuovo art. 95, in modo coerente con le direttive, «attribuisce alla formula offerta economicamente più vantaggiosa un significato profondamente diverso (e più ampio, perché comprende, ora, anche i criteri basati sul prezzo più basso, oltre a quelli incentrati sul rapporto tra qualità e prezzo) rispetto a quello affermatosi nel sistema precedente (quando tale criterio riguardava esclusivamente criteri incentrati sulla valutazione qualitativa dell'offerta)» (parere n. 855/2016 cit., 123).

⁷¹ Cons. Stato, ad. plen., 21 maggio 2019, n. 8, in *Foro it.*, 2019, III, 365, con nota di A. Travi.

⁷² In questo senso cfr. Cons. Stato, ad. commissione speciale, parere n. 855/2016 cit., 8. Vale, allora, la pena ricordare che è grazie all'influenza del diritto euro-comunitario che, a partire dagli anni '90 del secolo scorso, si è giunti alla piena valorizzazione del menzionato criterio, in quanto ritenuto maggiormente coerente con l'esigenza

Ciò detto, l'estensione dell'operatività del criterio del prezzo più basso (art. 1, d.l. n. 76 cit.) se, da un lato, comporta una semplificazione (accelerazione) nella scelta del contraente⁷³, dall'altro sembra porsi in controtendenza rispetto alla evoluzione fin qui registrata; infatti, comporta un certo ridimensionamento dei margini di discrezionalità, accentuato dalla regola dell'esclusione automatica in caso di offerta anomala⁷⁴. Tale soluzione, però, sembra dovuta a ragioni differenti da quelle richiamate a giustificazione in passato (e riconducibili ad una sorta di pregiudizio negativo nei confronti di una estesa discrezionalità, almeno nel settore che qui ci occupa⁷⁵): vi è oggi soprattutto l'esigenza di accelerare gli affidamenti dei contratti e la loro esecuzione: quasi che la discrezionalità in questo settore implichi, necessariamente, complicazioni procedurali, ed il suo riconoscimento rappresenti una sorta di ostacolo alla celere attribuzione degli incarichi nell'interesse pubblico.

Tale soluzione andrebbe, però, confrontata con la tendenza, fino ad oggi registratasi, di favorire il diverso criterio fondato sul rapporto qualità/prezzo, specie allorquando la valutazione dell'offerta coinvolge profili tecnici, nella consapevolezza che ciò sia necessario per favorire un vero confronto concorrenziale tra gli operatori. Detto in altri termini, l'esigenza di accelerazione delle procedure rischia di entrare in rotta di collisione con la logica concorrenziale, che è propria della legislazione in materia di contratti pubblici, considerata nel suo complesso.

Inoltre, la soluzione di ridurre la discrezionalità, al limite giustificabile in tempi di emergenza per accelerare gli affidamenti, pone il tema della verifica della sua

di promozione della concorrenza fra operatori e di selezione della migliore offerta; criterio che, peraltro, nelle più recenti direttive è stato ulteriormente arricchito della funzione di valorizzare parametri ambientali e sociali per la valutazione dell'offerta. Sul punto cfr. il considerando n. 95 della direttiva 2014/24/UE, nonché Cons. Stato, ad. plen. 21 maggio 2019, n. 8, e Linee Guida ANAC 21 settembre 2016, n. 2. In dottrina cfr. L. Torchia, *La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari*, cit., 291, e A. Pajno, *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, cit., 1127. Il cambio di prospettiva, conseguente appunto al diritto europeo, ha rappresentato una significativa innovazione, alla quale si è comunque giunti per gradi. Infatti, mentre ancora la legge n. 109/1994 disponeva, per note ragioni, la preferenza per il criterio del prezzo più basso, sotto il previgente codice del 2006 veniva affermata la sostanziale equivalenza fra i criteri di aggiudicazione, spettando all'amministrazione la relativa scelta, compiuta con apprezzamento discrezionale nel bando di gara, in relazione alle caratteristiche dell'appalto (e, ovviamente, con il limite della adeguatezza, della logicità e ragionevolezza). L'originaria legislazione, affermata con il regolamento di contabilità del 1924 (art. 73), e confermata fino alla legge n. 109/1994, affermava la prevalenza del criterio del prezzo più basso, che, in quanto criterio automatico, era ritenuto maggiormente coerente con il principale obiettivo perseguito all'epoca, quello del contenimento della spesa pubblica.

⁷³ Che l'esclusione automatica dell'offerta anomala sia strumento semplificatorio è evocato dal Cons. Stato (parere n. 855/2016 cit., 128).

⁷⁴ Inoltre, come già anticipato, tale previsione andrebbe confrontata con la giurisprudenza comunitaria che, sotto la previgente disciplina, aveva svolto varie censure sulla possibilità di una esclusione automatica delle offerte.

⁷⁵ Infatti, in origine, l'obiettivo ambito era rappresentato dal risparmio economico per l'amministrazione pubblica, e successivamente, in particolare, dall'eliminazione di occasione di corruzione (in ragione del contenimento dei margini di scelta riservata): risultato sperato che, però, non sempre si è verificato, producendosi anzi, talvolta, inefficienze.

adeguatezza una volta cessate le condizioni contingenti che hanno provocato il varo della legislazione emergenziale; infatti, esigenze di semplificazione non dovrebbero, di per sé, comportare il venir meno della rilevanza di adeguate scansioni procedurali, che nella materia degli appalti risultano spesso importanti per il corretto esercizio delle valutazioni tecniche⁷⁶. Anche sotto questo profilo si pone l'esigenza di evitare il sacrificio della logica concorrenziale, rischio riconducibile a regole (derogatorie) tali da far trasmodare valutazioni discrezionali in scelte di mero arbitrio: come nel caso di un uso distorto della regola, sopra illustrata, che consente l'esclusione automatica delle offerte giudicate anomale⁷⁷; soluzione che però andrebbe confrontata con la citata giurisprudenza della Corte di Giustizia che ha manifestato perplessità sul punto, già sotto il vigore della precedente normativa italiana.

Il tema ha risvolti anche sul profilo della sindacabilità delle scelte compiute dall'amministrazione⁷⁸, rispetto al quale, peraltro, la legislazione emergenziale pone seri interrogativi, sotto il profilo strettamente processuale: le garanzie di un'effettiva tutela giurisdizionale rischiano, infatti, di essere sacrificate in favore dell'esigenza di accelerare il raggiungimento dei risultati prestabiliti nella situazione contingente⁷⁹. In una prospettiva analoga andrebbe valutata anche la previsione che consente di derogare agli usuali oneri di pubblicità (art. 1, d.l. n. 76 cit.); tale possibilità, se al limite giustificabile nella riferita situazione emergenziale, in vista di una accelerazione delle procedure, potrebbe negativamente incidere sotto il profilo della trasparenza e prevenzione della corruzione⁸⁰, da un lato, e, dall'altro, anche rispetto alla promozione della concorrenza tra operatori economici.

Se questa lettura è corretta, il quadro che emerge appare singolare, visto che un incremento della discrezionalità è spesso indicata come fattore idoneo a migliorare l'operato in materia dell'amministrazione; e considerato che alla riduzione della discrezionalità non sempre ha fatto riscontro un concreto miglioramento dell'efficienza amministrativa⁸¹: del resto, le criticità talvolta rilevate

⁷⁶ Ovviamente il mantenimento di un adeguato complesso di regole procedurali non pregiudica il rispetto del divieto di *gold plating*, e ciò anche a prescindere dalla previsione che consente comunque un ridimensionamento della portata di quest'ultimo in presenza di valori ritenuti, di volta in volta, prevalenti rispetto al divieto di aggravio degli oneri. Sulla portata divieto di *gold plating*, cfr. L. Torchia, *La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari*, cit., 291.

⁷⁷ Infatti, di regola, l'amministrazione conserva margini di discrezionalità in occasione dell'eventuale giudizio di anomalia dell'offerta (R. De Nictolis, *op. cit.*, 1397 ss.).

⁷⁸ Cfr. T.A.R. Piemonte, sez. I, n. 736/2020 cit.

⁷⁹ M.A. Sandulli, *Addenda 2021 a «Principi e regole dell'azione amministrativa»*, cit.

⁸⁰ Sulla pressante esigenza di coniugare trasparenza e celerità nel settore degli appalti pubblici, cfr. G. Leone, *Coronavirus, sorte del paese e ...appalti a sorte*, in *Federalismi, Osservatorio Emergenza Covid-19*, 5 maggio 2020.

⁸¹ G. Fidone, *La corruzione e la discrezionalità amministrativa: il caso dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 325; R. Cantone, E. Carloni, *Corruzione e anticorruzione. Dieci lezioni*, Milano, 2018. In termini più generali, sul carattere «inevitabilmente discrezionale dell'attività amministrativa necessaria per l'attuazio-

rispetto ad una efficiente azione amministrativa non sono, sempre e comunque, imputabili ad un «modello ‘procedurale’ del diritto amministrativo»⁸².

In una prospettiva ricostruttiva, punto di partenza delle riflessioni è rappresentato dalla considerazione che nelle materie in cui la legislazione è ispirata, almeno nelle intenzioni, al principio di semplificazione (anzitutto normativa), quest’ultimo viene assunto come «un carattere del ‘nuovo’ modello amministrativo»⁸³; così, nella misura in cui tale principio richiede di operare una selezione fra diversi ordini di interessi (ad esempio, focalizzando l’attenzione vero le esigenze del cittadino), la semplificazione «non corrisponde solo a una ‘tecnica’, ma coinvolge anche scelte e valutazioni propriamente politiche»: i riflessi su una legislazione che voglia essere effettivamente in grado di incentivare investimenti privati sono, allora, indubbi, e ciò sul presupposto che un “dato” quadro normativo può essere maggiormente attrattivo di altri (nella logica della concorrenza fra ordinamenti).

Quanto appena riferito risulta particolarmente vero per il settore dei contratti pubblici, nel contesto del “mercato” europeo, a riprova della pressante esigenza di identificare un punto di equilibrio tra legalità, concorrenza, accelerazione delle procedure ed efficienza dell’azione amministrativa: ciò tramite una lettura della legislazione (anche emergenziale) di settore che valorizzi una gestione dei contratti “per principi”, in vista di un futuro “consolidamento” del quadro regolatorio che non sia relegato in una logica del contingente; in altri termini, l’occasione che oggi è data di rafforzare la “capacità amministrativa” potrebbe costituire il banco di prova per un nuovo modello di amministrazione.

È stato, infatti, osservato che gli interventi legislativi degli ultimi anni, ancorché evocanti esigenze di semplificazione, siano stati spesso finalizzati a rimediare ad inefficienze degli apparati amministrativi, tramite una regolamentazione di eccessivo dettaglio⁸⁴. Per converso, l’affermazione di regimi derogatori, sostanzialmente fondati sull’applicazione di principi, nel rispetto dei “vincoli di scopo” che il diritto europeo pone in certi ambiti, come si è inteso proporre nelle presenti note, potrebbe costituire un significativo cambio di prospettiva, anche al di là di una piena consapevolezza del legislatore.

ne della normativa europea» cfr. E. Chiti, *L’evoluzione del sistema amministrativa europeo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, 683.

⁸² G. Napolitano, *Il diritto amministrativo dalla pandemia alla resilienza*, cit., 145. Sull’esigenza di un costante aggiornamento professionale dei funzionari amministrativi, che è presupposto per il successo di ogni disciplina, cfr. M. Cafagno, *Spunti per una riflessione empirica sulla disciplina degli appalti pubblici*, cit., 11.

⁸³ Così A. Travi, *Le complicazioni della semplificazione amministrativa*, cit., 3.

⁸⁴ Le conseguenze negative, e le ragioni ultime, della previsione di «discipline minute», sono mostrate da A. Travi, *Le complicazioni della semplificazione amministrativa*, cit., 12.

I regimi derogatori negli appalti pubblici tra accelerazione delle procedure ed efficienza

La recente legislazione emergenziale, provocata dalla crisi sanitaria, disciplina diversificati regimi in deroga al Codice dei contratti pubblici, onde favorire l'accelerazione degli affidamenti degli appalti, con l'auspicio di una ripresa economico-sociale del Paese. I regimi derogatori introducono un complesso di regole che possono rappresentare l'occasione per un rafforzamento della «capacità amministrativa», condizione indispensabile per garantire l'efficienza nel settore degli appalti pubblici, favorendo peraltro una «regolazione per principi» della materia, potenzialmente alternativa a quella codicistica. Tali regimi derogatori, tuttavia, prevedono anche regole che, limitando la discrezionalità amministrativa, sembrano porsi in controtendenza rispetto all'evoluzione della normativa di settore fin qui registratasi.

Derogation regimes of public contracts: acceleration and efficiency

The recent emergency legislation, caused by the health crisis, regulates regimes in derogation from the Code of public contracts. The derogation regimes introduce a set of rules that can represent an opportunity for strengthening the "administrative capacity", an indispensable condition for guaranteeing efficiency, also favoring a «regulation based on principles» of the matter. These derogatory regimes, however, also provide for rules which, by limiting discretionary powers, seem to contradict the evolution of the sector legislation.