CAPITOLO I

Il contratto pubblico

SOMMARIO: 1. Un ossimoro solo apparente. – 2. I principi generali dell'attività contrattuale della pubblica amministrazione. – 3. La tormentata evoluzione della normativa in materia di contratti pubblici: dalla legge di contabilità di Stato del 1923 al Codice del 2016. – 3.1. La portata della riforma attuata con il codice del 2016. – 3.2. Le semplificazioni dell'“epoca pandemica” nell'impianto codicistico. – 3.2.1. La Prima Semplificazione “antipandemica”: il decreto legge 76/2020 conv. dalla legge 120/2020. – 3.2.2. La Seconda Semplificazione “Draghi”: il decreto legge n. 77/2021 (convertito dalla legge n. 108/2021). 4. La legge delega n. 78/2022: verso un nuovo codice? – 5. Cos'è il contratto pubblico? – 6. (*Segue*) Il profilo soggettivo del contratto pubblico: la necessaria “soggettività” pubblica. – 6.1. La necessaria intersoggettività sostanziale del contratto pubblico. – 7. I criteri oggettivi di classificazione dei contratti pubblici. – 7.1. Contratti attivi e passivi. – 7.2. Concessioni e appalti pubblici. – 7.3. La nozione di contratto di appalto pubblico. – 7.4. Il contratto di concessione. – 7.5. Le forme contrattuali di confine tra appalto e concessione. – 8. La forma del contratto pubblico. – 9. Il regime giuridico del contratto pubblico.

1. Un ossimoro solo apparente

La nozione “contratto pubblico” è da sempre **un ossimoro, una contraddizione misteriosa**, la conciliazione di poli antitetici. Si mettono insieme il concetto privatistico per antonomasia – “il contratto”, espressione di autonomia negoziale, di auto-regolamento, di libertà economica e individuale – e un aggettivo (“pubblico”) che evoca la negazione del diritto privato, il *public power* unilaterale, l'imperatività, l'autoritarità, i muscoli con i quali le pubbliche amministrazioni sono capaci di imporsi sui privati senza bisogno di cercare il loro consenso e di procurarsi il loro beneplacito.

Eppure la discrasia è solo apparente.

Bisogna muovere dal rilievo che **la pubblica amministrazione è una e doppia, gode di due capacità**. È l'antica e sempre attuale lezione della *doppia personalità* dei soggetti pubblici. Ogni pubblica amministrazione è, nel nostro disegno pluralistico, un'autorità che può usare gli strumenti autoritativi del diritto pubblico, ma anche un soggetto di diritto comune, un cittadino dell'ordinamento

generale che, al pari di ogni altro attore del diritto, può adoperare gli strumenti del diritto privato avvalendosi dell'universale capacità giuridica e di agire. Questa seconda eventualità si verifica, per l'appunto, quando una pubblica amministrazione stipula un contratto, dismette i comodi panni del potere autoritativo e decide di agire *iure privatorum*.

I contratti degli agenti pubblici sono pubblici solo in senso soggettivo, ma per il resto – quanto a natura, essenza e disciplina – sono atti integralmente privatistici. In questo si differenziano, in modo decisivo, dagli accordi di cui agli articoli 11 e 15 della legge 241/1990, che si presentano quali provvedimenti concordati di diritto pubblico, ossia alla stregua di moduli consensuali e concertati di esercizio del potere pubblicistico.

La disciplina dei contratti pubblici contiene regole di diritto pubblico per la procedura che precede il contratto (vedi capitolo 2), mentre **il contratto in sé è integralmente privatistico**.

“Contratto pubblico” è, quindi, un ossimoro apparente, visto che la p.a. è anche un soggetto di diritto comune, titolare di una generale capacità privatistica (“l’attività privatistica ha carattere istituzionale”, osserva Giannini); e, quindi, gode di una diffusa autonomia negoziale che non è sottoposta a generali limiti quantitativi o tipologici, ma solo, oltre che a norme speciali limitative (cd “riduttive della capacità”) *ex* articolo 1418, primo comma c.c., al limite teleologico del “vincolo di scopo” (“*nec ultra vires*”). **Più che di “contratto pubblico”, si dovrebbe parlare di “contratto del soggetto pubblico”,** onde chiarire, plasticamente, che l’unico profilo pubblicistico è la qualità del contraente, mentre, sul piano oggettivo, il contratto non è atto di diritto pubblico (non esiste il “contratto di diritto pubblico”) ma negozio di diritto privato, soggetto al codice civile *ex* articolo 30, ultimo comma, del codice dei contratti pubblici (cd “principio della neutralità della qualità pubblica del contraente”, come di quella del socio e del datore di lavoro rispettivamente nelle società a partecipazione pubblica e nel lavoro privatizzato).

È ormai pacifico, in definitiva, che **la pubblica amministrazione**, prima ancora che autorità dotata di una supremazia speciale, **è un soggetto di diritto comune che può usare gli strumenti giuridici concessi agli altri soggetti di diritto**. La diffidenza mostrata dal legislatore nei confronti di un’amministrazione che si ammantava di vesti privatistiche è ormai un retaggio dal passato – nel 1898 A. Bonomi parlava di *amministrazioni costrette ad avere rapporti contrattuali* –, cancellato da una tendenza, per certi versi opposta, a privilegiare, in omaggio ai principi europei di proporzionalità e sussidiarietà, strumenti giuridici privati, meno invasivi della sfera giuridica dei cittadini, e costituenti, al pari degli accordi *ex art.* 11 della legge 241/1990 cit., una generale alternativa alla clava del potere *iure imperii*.

È ormai acquisito che **la capacità di diritto privato della pubblica amministrazione è una categoria generale**. È del tutto superata l'opposta tesi della sussistenza di una limitazione generale della capacità negoziale della P.A. Oltre ai negozi previsti dalla legge, la p.a. può stipulare anche altri contratti. **La libertà contrattuale della p.a. si può quindi esplicitare in tutte le sue declinazioni**. È libertà di concludere o di non concludere il contratto; di scegliere il contraente; di determinare il contenuto del contratto; di stipulare contratti tipici, atipici o misti. **Non è, naturalmente, una libertà assoluta**, in quanto è limitata dai vincoli pubblicistici, di derivazione comunitaria e nazionale, che riguardano l'individuazione del contraente. **Questa libertà "condizionata" è ribadita dall'articolo 11 c.c.**, secondo cui *«le province e i comuni nonché gli enti pubblici riconosciuti come persone giuridiche, godono dei diritti secondo le leggi e gli usi osservati come di diritto pubblico»*.

Si pensi ai limiti e divieti relativi alla costituzione o partecipazione a società, o al diritto di concludere contratti di tipo finanziario ad alto rischio. Numerosi limiti sono posti poi da leggi che limitano opere pubbliche per ragioni di equilibrio di bilancio.

I contratti pubblici sono, quindi, uno strumento quotidiano e fondamentale dell'azione amministrativa; rappresentano una delle voci principali della spesa pubblica (oltre il 15% del prodotto interno lordo degli Stati europei) e costituiscono, per molte imprese, una fonte rilevante del fatturato.

Per questo **il public procurement è uno snodo essenziale della funzione pubblica e il diritto privato dei contratti un fondamentale diritto di libertà**.

Per dirla con Massimo Severo Giannini, *«con l'avvento dello Stato pluriclasse i moduli convenzionali sono talmente aumentati in quantità e qualità che si può parlare di un diverso modo di amministrare»*. L'*«amministrare per contratti»* e la *«ricerca del consenso»* sono strade maestre dell'agire pubblico.

Il ricorso a strumenti consensuali in luogo di quelli imperativi è coerente anche con quelle teorie economiche che postulano il primato delle soluzioni negoziali in tutti i casi in cui non vi siano elevati costi di transazione. Il ricorso a queste soluzioni è infatti efficiente in senso paretiano, perché aumenta il benessere di entrambi i contraenti, siano essi pubblici e privati, i quali, in caso contrario, non presterebbero il consenso. Più in particolare, secondo il **teorema di COASE**, la contrattazione tra gli agenti è in grado di condurre ad un'allocazione ottimale di risorse a prescindere da come sono assegnati inizialmente i diritti e dall'eventuale presenza di esternalità negative. Come nelle transazioni tra privati, anche nei rapporti tra P.A. e interlocutore privato, il potere pubblico è disposto solo a privarsi di beni cui il mercato riconosce un valore superiore a quello attribuito dall'amministrazione; la pubblica amministrazione è portata ad acquistare beni essenziali allo svolgimento delle sue funzioni e all'erogazione di servizi pubblici pagando il prezzo a ciò necessario nel

presupposto che il valore per la collettività di tali beni sia di norma superiore a quello assegnato loro dal privato.

Certo non si può generalizzare, concludendo trionfalisticamente che “il privato è bello”. Non sarebbe serio neanche predicare la generale superiorità dello strumento negoziale rispetto a quello autoritativo anche quando si curano interessi pubblici. In molti casi, infatti, i costi di negoziazione sono elevati e l'amministrazione non può attingere a risorse illimitate pur di raggiungere l'accordo con il privato. Spesso la pubblica amministrazione non dispone neanche delle capacità negoziali necessarie per trattare efficacemente con i privati. E vi è il rischio che possa colludere con questi ultimi a danno dell'interesse pubblico. Eppure, una valutazione in termini di efficienza economica spinge a esplorare la possibilità di impiegare strumenti contrattuali con maggiore ampiezza di quanto non sarebbe disposta ad ammettere la tradizione amministrativa incentrata sul primato dell'armamentario pubblicistico di tipo autoritativo. L'amministrazione è tenuta sempre a una valutazione costi-benefici, i cui esiti devono essere esplicitati in sede motivazionale, nel decidere come procurarsi le risorse necessarie per raggiungere i fini istituzionali. Deve valutare e spiegare se sia meglio comprare o espropriare, stipulare un contratto di locazione o requisire, dare vita a una servitù negoziale o a una coattiva, usare i muscoli o tendere la mano insomma. In una diversa prospettiva, il ricorso allo strumento contrattuale per l'approvvigionamento di beni e servizi è la conseguenza della rinuncia all'*in house production*, ossia alla possibilità di produrli direttamente. Questo tipo di attività contrattuale presuppone, infatti, una scelta tra il fare e il comprare (*make or buy*), tra l'uso di risorse interne e il ricorso al mercato (l'*outsourcing* o esternalizzazione).

Forse è presto per parlare di preferenza per il diritto privato, ma è certo che **la via del potere imperativo e autoritativo non è più l'unica e non è più necessariamente la migliore** per il perseguimento del benessere collettivo e della “felicità pubblica”.

Lo conferma anche il legislatore con l'**articolo 1, comma 1-bis, della legge n. 241/1990**, norma ambigua e dal non chiaro tenore precettivo, secondo cui *«la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente»*.

A tali temi dobbiamo quindi dedicare la giusta attenzione, analizzando le novità principali introdotte dal nuovo codice, in questo universo instabile, perennemente in bilico tra *public law* e regole privatistiche, tra mercato nazionale e istanze europee, tra diritto ed economia, tra concorrenza e legalità.

2. I principi generali dell'attività contrattuale della pubblica amministrazione

Si possono così sintetizzare i principi dell'attività contrattuale dei pubblici poteri:

- a) l'amministrazione può sempre fare ricorso al mezzo privatistico e consensuale per perseguire il fine pubblico, laddove **verifichi e dimostri, con ade-**

- guata motivazione, le ragioni della migliore funzionalità della strada non autoritativa** (è stato così ammesso un contratto di acquisto di una cosa futura per la realizzazione di un edificio pubblico in alternativa al binomio pubblicistico espropriazione dell'area-appalto di opera pubblica);
- b) **il contratto della p.a. è un normale atto di diritto privato**, che, salve diverse norme speciali espresse (ad esempio di divieto o limitazione), soggiace alla *ordinary rule of contracts*, ossia a tutte le norme del codice civile e del diritto privato (art. 30, comma 8, codice contratti pubblici del 2016; articolo 1, comma 1 *bis*, legge n. 241/1990, già citato), con conseguente assoggettamento delle controversie relative alla sua stipulazione e alla sua esecuzione alla giurisdizione del giudice ordinario (così, *a contrario*, l'articolo 133, comma 1, lettera e, c.p.a., che prevede la giurisdizione esclusiva del G.A. per le sole controversie relative alla procedura amministrativa di scelta del contraente);
- c) **la stipulazione del contratto deve essere preceduta da un procedimento amministrativo** che si innesta e va a integrare le regole di diritto privato relative allo schema proposta-accettazione di cui all'articolo 1326 c.c. (cosiddetta *procedura d'evidenza pubblica*; in Francia si parla di *tutelle publique*). Detta procedura consta di una pluralità di atti di diritto pubblico a monte del contratto, volti a valutare l'interesse pubblico a un certo contratto (c.d. "determinazione a contrarre") e a scegliere il contraente che offre le condizioni migliori (procedura che si avvia con il bando di gara e culmina con il provvedimento di aggiudicazione);
- d) gli enti pubblici che stipulano un contratto, a differenza dei privati che sono pienamente liberi di scegliere le proprie controparti contrattuali, sono quindi soggetti a **regole speciali di natura pubblicistica** – limitative dell'ordinaria capacità di agire –, che mirano a tutelare l'interesse della stessa amministrazione alla scelta dell'interlocutore migliore e meno oneroso, anche per proteggere i valori comunitari della concorrenza e della *par condicio* tra i potenziali competitori;
- e) l'*assenza di un vero padrone* dal quale si attende fisiologicamente la tutela dell'interesse della propria organizzazione, impone, in via surrogatoria, l'applicazione, per i contratti pubblici, di **regole oggettive che limitino la discrezionalità dell'amministrazione** ed evitino patologie, distorsioni e collusioni;
- f) per la loro matrice comunitaria, i **principi fondamentali sottesi al codice dei contratti pubblici si applicano anche ai contratti e agli affidamenti eccettuati**, in tutto o in parte, dalla integrale applicazione della normativa in esame (i contratti attivi, gli altri contratti esclusi, le concessioni di beni, gli altri atti attributivi a operatori economici di benefici contendibili);

- g) **il nuovo codice** (articolo 32, comma 6: “l’aggiudicazione non equivale ad accettazione dell’offerta”) **respinge la lettura privatistica** (recepita dall’articolo 16, comma 4 del RD 2440/1923), secondo cui la procedura amministrativa di gara sarebbe anche un’attività privatistica di esercizio dell’autonomia negoziale; e qualifica la procedura di gara come **procedimento esclusivamente amministrativo che culmina con l’atto di scelta** del soggetto con cui stipulare il contratto all’esito della successiva fase negoziale, caratterizzata dalla libera e autonoma esplicazione della volontà negoziale delle parti; si tratta del cd. **principio di scissione**, di derivazione europea, tra gara e contratto (cd. *teoria del doppio grado*, accentuata dallo *stand still* sostanziale e processuale);
- h) **l’aggiudicazione non è, quindi, atto costitutivo a effetto negoziale**, ossia elemento costitutivo che integri, *ab intra*, la volontà o la capacità dell’ente, **ma atto presupposto, a carattere autorizzativo, ab externo**, che, a mò di fattore permissivo di legittimazione, **incide sul piano funzionale** del rapporto, non sul versante genetico dell’atto; **il collegamento non è strutturale (attizio), ma funzionale (effettuale)**;
- i) i contratti della P.A., dal punto di vista delle procedure di scelta, si dividono in **contratti passivi** (appalti di forniture, servizi e lavori e **concessioni di servizi e lavori**) e **contratti attivi** (con cui la P.A. riceve un corrispettivo contro una prestazione che essa eroga a vantaggio del privato: ad es. contratto di locazione o vendita in cui la p.a. funga da locatrice o venditrice);
- l) **in passato**, la collocazione della disciplina del procedimento di evidenza pubblica tra le norme di contabilità evidenziava **la precipua finalità perseguita, data dalla garanzia di una gestione sana, corretta ed economica del danaro pubblico**, con la preferenza per l’offerta meno onerosa e una tutela solo indiretta della *par condicio competitorum*; a partire dal recepimento delle direttive comunitarie degli anni ’70 e ’80, e con maggiore chiarezza a seguito della legge Merloni del 1994, del codice del 2006 (D.lgs., n. 163) e del nuovo codice di cui al decreto legislativo n. 50/2016, **l’impostazione della normativa è diventata chiaramente pro-concorrenziale** e mette, dunque, l’accento sull’apertura del mercato dei contratti pubblici alla concorrenza a livello europeo (art. 30 d.lgs. n. 50/2016) – in attuazione del principio di libera circolazione intracomunitaria delle merci e dei servizi –, sulla rimozione di ogni discriminazione nazionalistica, sulla piena trasparenza delle procedure e sulla garanzia rafforzata della *par condicio*;
- m) **la moderna procedura di evidenza mira quindi a combinare il tradizionale scopo contabilistico** del risparmio di spesa **con quello europeo finalizzato alla tutela della concorrenza attraverso regole oggettive** che correggono la **naturale estraneità del soggetto pubblico alle logiche e alla pressione**

del mercato; la *ratio* dell'evidenza pubblica è, quindi, quella di assicurare l'**efficiente allocazione delle risorse pubbliche** e la tutela rafforzata delle prerogative concorrenziali di partecipazione, in un sistema nel quale il diritto dei contratti pubblici è ormai, a tutti gli effetti, **una branca del diritto della concorrenza** ispirato dalle libertà economiche, dal divieto di barriere discriminatorie e dal mercato unico di matrice europea;

- n) in ossequio alle finalità pro-competitive perseguite dallo *ius commune europeum*, **l'obbligo di seguire una procedura trasparente** vige non solo in capo ai soggetti tradizionalmente pubblici ma **anche per i soggetti privati sottoposti a controlli amministrativi e influenze pubblicistiche** (organismi di diritto pubblico, imprese pubbliche, società *in house*: artt. 3 e 5 codice); onde evitare l'elusione dei principi comunitari, assume quindi rilievo la pubblicità sostanziale, e non quella formale, con la conseguente necessità di snidare la pubblicità reale che si nasconde dietro la veste formalmente privata (si rinvia, per la nozione variabile di ente pubblico e per la natura giuridica anfibia delle società pubbliche dopo il decreto legislativo n. 175/2016, alla Parte IV, Capitolo 2);
- o) a differenza della fase della formazione del contratto, retta da provvedimenti amministrativi e da norme di diritto pubblico, con conseguente giurisdizione del G.A., **la fase dell'esecuzione è regolata essenzialmente da norme di diritto privato, con conseguente radicamento della giurisdizione del giudice civile** (v. Capitolo 5).

Prima di passare all'esame della nozione di contratto pubblico, oggetto precipuo del presente capitolo, è opportuno tratteggiare l'evoluzione normativa conosciuta dalla materia, culminata nel varo del codice di cui al decreto legislativo n. 50/2016, seguito da svariati decreti correttivi, da due manovre di semplificazione del 2021 e da una pletera di linee guida, regolamenti e provvedimenti di attuazione.

3. La tormentata evoluzione della normativa in materia di contratti pubblici: dalla legge di contabilità di Stato del 1923 al Codice del 2016

La materia e il settore della contrattualistica pubblica sono stati caratterizzati – soprattutto negli ultimi anni – da una vera e propria superfetazione di norme che ha confermato l'importanza e la centralità che il settore ha assunto nell'economia nazionale.

Abbiamo già detto della **normativa di contabilità pubblica del 1923-1924**.

La rivoluzione si registra con l'avvento delle norme comunitarie degli anni '80, che hanno imposto una revisione integrale della normativa, con il passaggio dall'originario approccio contabilistico a un moderno disegno pro-concorrenziale.

Dopo la legge Merloni 109/1994 e i decreti legislativi successivi in tema di appalti di servizi e forniture, il legislatore italiano ha, dunque, emanato **il secondo codice dei contratti pubblici (il D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50)**, di «Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE».

3.1. La portata della riforma attuata con il codice del 2016

La dottrina e gli operatori si sono interrogati, da subito, sulla **portata di questo codice del 2016**.

Il nuovo codice dei contratti ha sancito **cinque cambiamenti di prospettiva**, illuminando con una luce nuova gli scenari delle gare in cui prendono a soffiare venti diversi:

- a) il passaggio da gare formali, in cui si premia l'offerta confezionata meglio, a **gare sostanziali ove trionfa l'offerta migliore** (sulla rilevanza del soccorso istruttorio per evitare esclusioni di offerte sostanzialmente valide solo per vizi meramente formali vedi, da ultimo, TAR Piemonte, sez. I, n. 354 del 14 luglio 2020);
- b) il passaggio da criteri meramente economicistici, che privilegiano i prezzi più bassi, ad **approcci qualitativi sedotti dall'utilità sostanziale** e dalla sostenibilità effettiva dell'offerta;
- c) il passaggio da una platea sterminata di microstazioni appaltanti tecnicamente inadeguate a una **platea ristretta di centrali di committenza capaci** di gestire procedure complesse con il faro della professionalità e della tecnica;
- d) il passaggio da gare che proseguono sotto la scure di contenziosi futuri a **gare in cui è necessario proporre subito ricorso avverso esclusioni e ammissioni**, con la conseguente definizione immediata del coacervo dei partecipanti;
- e) **il passaggio da un'Autorità di vigilanza con poteri limitati a un'ANAC che, in base a una pura logica giurisdicente**, assomma, in modo collaborativo e sinergico, poteri di regolazione, di vigilanza, di sanzione e di consulenza.

Ce n'era abbastanza per parlare di rivoluzione.

Rivoluzione sì, ma di carta.

Solo la vita pratica del codice avrebbe sancito la portata reale del vento di rinnovamento.

3.2. Le semplificazioni dell'“epoca pandemica” nell'impianto codicistico

Dopo due correttivi del 2017 e del 2018 e il decreto Sblocca-Cantieri 32/2019, **sono intervenute due riforme volte a fronteggiare l'emergenza pandemica**.

3.2.1. La Prima Semplificazione “antipandemica”: il decreto legge 76/2020 conv. dalla legge 120/2020

La necessità di assicurare la ripartenza del mercato delle commesse pubbliche dopo la crisi dovuta all'emergenza Covid ha spinto il Governo a varare il decreto “Semplificazioni” 76/2020, convertito dalla legge 120, per **accelerare le procedure, ampliare i margini per l'affidamento diretto e per le procedure negoziate e semplificate**, con modifiche a termine (relative ai soli appalti del periodo emergenziale) e interventi a regime sul codice.

Nel dettaglio:

a) è prevista l'**utilizzo, per gli appalti sottosoglia, dell'affidamento diretto per servizi, lavori e forniture fino a una soglia più elevata** di quella prima vigente e per tutte le altre procedure l'applicabilità della **procedura negoziata senza bando con consultazione di almeno cinque o dieci operatori**, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, con individuazione degli operatori in base a indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici;

b) l'**aggiudicazione o l'individuazione definitiva del contraente deve avvenire entro un termine preciso da 2 a 4 mesi dalla data di adozione dell'atto di avvio del procedimento**; e che il mancato rispetto del precedente termine, la mancata tempestiva stipulazione del contratto e il tardivo avvio dell'esecuzione del contratto, in quanto condotte omissive non giustificate dalla sospensione della procedura per atti dell'autorità giudiziaria, vengono valutati ai fini della responsabilità del RUP per danno erariale e, qualora imputabili all'operatore economico, costituiscono causa di esclusione dell'operatore dalla procedura o di risoluzione di diritto del contratto per inadempimento che viene senza indugio dichiarata dalla stazione appaltante;

c) è prorogata, anche nei settori ordinari, **la possibilità, per gli enti aggiudicatori, di decidere che le offerte siano esaminate prima della verifica dell'idoneità degli offerenti**;

d) **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) **possono essere applicate le riduzioni dei termini procedurali per ragioni di urgenza** di cui agli articoli 60, comma 3, 61, comma 6, 62 comma 5, 74, commi 2 e 3, del Codice dei contratti;

f) per l'affidamento delle attività di esecuzione di lavori, servizi e forniture nonché dei servizi di ingegneria e architettura urgenti, necessari per il superamento della fase emergenziale per i quali vi è una **situazione di estrema urgenza** tale da non consentire il rispetto dei termini, anche abbreviati, previsti dalle procedure ordinarie, **le stazioni appaltanti procedono mediante la procedura negoziata** di cui all'articolo 63 del Codice dei contratti, per i settori ordinari, e di cui all'articolo 125, per i settori speciali;

g) le stazioni appaltanti procedono all'affidamento delle attività di esecuzione di lavori, servizi e forniture nonché dei servizi di ingegneria e architettura, inclusa l'attività di progettazione, di importo pari o superiore alle soglie comunitarie, mediante la procedura aperta, ristretta o, previa motivazione sulla sussistenza dei presupposti previsti dalla legge, della procedura competitiva con negoziazione ed, in ogni caso, è **possibile**, in tale evenienza, **procedere**, così come disposto all'articolo 8, comma 1, lettera a) del decreto-legge "Semplificazioni" con la **consegna dei lavori in via d'urgenza** e nel caso di servizi e forniture con **l'esecuzione del contratto in via d'urgenza**, ai sensi dell'articolo 32, comma 8, del Codice dei contratti;

h) vengono **aggiornate le norme sulla nomina e i poteri dei commissari straordinari** previste nel decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32 (cosiddetto "Sblocca cantieri") convertito dalla legge 14 giugno 2019, n. 55;

i) **per le verifiche antimafia riguardanti l'affidamento e l'esecuzione dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture, si procede mediante il rilascio della informativa liberatoria provvisoria;**

l) con la sospensione dell'articolo 59, comma 1 del Codice dei contratti, si è **confermata la possibilità**, prevista dall'articolo 1, comma 1, lett. a del d.l. n. 32/2019 (cosiddetto "Sblocca cantieri") **di ricorrere all'appalto integrato in deroga**, appunto, alle previsioni del citato art. 59, comma 1 quarto periodo;

m) per i lavori diretti alla realizzazione delle opere pubbliche di importo pari o superiore alle soglie comunitarie, è **obbligatoria, presso ogni stazione appaltante, la costituzione di un collegio consultivo tecnico**, prima dell'avvio dell'esecuzione, o comunque non oltre 10 giorni da tale data, con i compiti previsti all'articolo 5 del decreto-legge "Semplificazioni" e con funzioni di assistenza per la rapida risoluzione delle controversie o delle dispute tecniche;

n) al fine di accelerare la realizzazione delle infrastrutture autostradali relative a una o più regioni, **l'affidamento in house delle concessioni autostradali e le procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture possano essere avviate anche in mancanza di una specifica previsione nei documenti di programmazione** di cui all'articolo 21 del Codice dei contratti;

o) sono apportate alcune **modifiche alla disciplina processuale del c.d. rito appalti**, di cui agli articoli 120 e seguenti del codice del processo amministrativo, prevedendo che, in sede di pronuncia cautelare, debba tenersi conto del preminente interesse alla sollecita realizzazione dell'opera e dell'interesse del soggetto aggiudicatore alla celere prosecuzione delle opere. In termini processuali si prevede ancora che, se ne ricorrono i presupposti, le cause rientranti nel c.d. rito appalti sono di regola definite con sentenza in forma semplificata in esito all'udienza cautelare e che deve essere pubblicato il dispositivo in tempi brevi. Si stabilisce, poi che, per gli appalti emergenziali, di cui all'articolo 2, comma 3, **la tutela giurisdizionale amministrativa si limita al profilo risarcitorio**, senza incidere sulla parte del contratto (si estende, quindi, la disciplina dell'art. 125 c.p.a. sulle spese strategiche);

p) si prevedono poi **modifiche a regime in diverse materie**, fra le quali la stipulazione del contratto in tempi certi; la qualificazione delle stazioni appaltanti e centrali di committenza; i motivi di esclusione; i criteri di selezione e soccorso istruttorio; il subappalto e la finanza di progetto.

3.2.2. La Seconda Semplificazione “Draghi”: il decreto legge n. 77/2021 (convertito dalla legge n. 108/2021)

A questo primo decreto, ha fatto seguito un ulteriore intervento del legislatore (decreto 31 maggio 2021, n. 77 “Semplificazioni-bis”). Dato infatti il permanere degli effetti economici pregiudizievoli sul mercato causati dallo stato emergenziale, il legislatore ha ritenuto opportuno dare nuova linfa al processo di semplificazione della materia dei contratti pubblici, in particolare prorogando i termini del regime derogatorio introdotto dal precedente decreto.

In senso più ampio, il decreto Semplificazioni-bis si inserisce nell’ambito della governance del **Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR)**, il quale ha interessato anche la materia degli appalti e delle concessioni. Si fa riferimento al titolo IV del decreto 77/2021, con particolare riguardo all’art. 48 rubricato proprio “Semplificazioni in materia di affidamento dei contratti pubblici PNRR e PNC”.

Elenchiamo sinteticamente le principali novità:

1) Il subappalto affronterà un processo di progressivo “aggiustamento” che dovrebbe ricondurlo in linea con la normativa UE. **Fino al 31 ottobre 2021, il tetto del subappalto sarà elevato al 50%** (fino ad ora era in vigore il limite al 40%).

2) Fino al 30 giugno 2023, sarà consentito l’affidamento diretto, anche senza consultazione di più operatori economici, per i lavori di importo inferiore a 150mila euro e per i servizi di ingegneria e architettura e le attività di progettazione di importo inferiore a 139mila euro (non più 75mila euro).

3) Per i servizi di ingegneria e architettura e le attività di progettazione di importo compreso tra 139mila euro e le soglie europee, si potrà utilizzare la procedura negoziata invitando almeno 5 operatori. È agevole notare che la soglia europea per le gare aggiudicate dalle Amministrazioni centrali ammonta proprio a 139mila euro, quindi in questo caso si può parlare di liberalizzazione totale, come qualcuno l’ha già definita. La soglia europea delle gare aggiudicate da altre Amministrazioni ammonta invece a 214mila euro. Per queste resta quindi una differenziazione delle procedure.

4) Si consente l’utilizzo della procedura negoziata, con invito a 5 operatori, anche per i lavori di importo compreso tra 150mila euro e un milione di euro. Nei lavori di importo compreso tra un milione di euro e le soglie europee (5,35 milioni), si dovranno invitare almeno 10 operatori.

4. La legge delega n. 78/2022: verso un nuovo codice?

È stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 146 del 24 giugno 2022, la legge 21 giugno 2022, n. 78. che **delega al Governo l'attuazione di una incisiva riforma in materia di contratti pubblici**. Il Governo è delegato ad adottare, entro sei mesi dal 9 luglio 2022 (data di entrata in vigore della legge), **uno o più decreti legislativi recanti la disciplina dei contratti pubblici** (con la riforma del codice vigente o il battesimo di un nuovo codice), anche al fine di **adeguarla al diritto europeo e ai principi espressi dalla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori**, interne e sovranazionali, e di **razionalizzare, riordinare e semplificare la disciplina vigente** in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, nonché al fine di evitare l'avvio di procedure di infrazione da parte della Commissione europea e di giungere alla risoluzione delle procedure avviate.

I decreti legislativi devono essere adottati nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi:

- a) perseguimento di **obiettivi di stretta aderenza alle direttive europee**;
- b) **revisione delle competenze dell'Autorità nazionale anticorruzione** in materia di contratti pubblici, al fine di rafforzarne le funzioni di vigilanza sul settore e di supporto alle stazioni appaltanti;
- c) ridefinizione e rafforzamento della **disciplina in materia di qualificazione delle stazioni appaltanti**, afferenti ai settori ordinari e ai settori speciali, al fine di **conseguire la loro riduzione numerica, nonché l'accorpamento e la riorganizzazione delle stesse**, anche mediante l'introduzione di incentivi all'utilizzo delle centrali di committenza e delle stazioni appaltanti ausiliarie per l'espletamento delle gare pubbliche; definizione delle modalità di monitoraggio dell'accorpamento e della riorganizzazione delle stazioni appaltanti; potenziamento della qualificazione e della specializzazione del personale operante nelle stazioni appaltanti, anche mediante la previsione di specifici percorsi di formazione, con particolare riferimento alle stazioni uniche appaltanti e alle centrali di committenza che operano a servizio degli enti locali;
- d) previsione, al fine di **favorire la partecipazione da parte delle micro e piccole imprese**, di criteri premiali per l'aggregazione di impresa, nel rispetto dei principi unionali di parità di trattamento e non discriminazione tra gli operatori economici, della **possibilità di procedere alla suddivisione degli appalti in lotti sulla base di criteri qualitativi o quantitativi**;
- e) **semplificazione della disciplina applicabile ai contratti pubblici di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea**, nel rispetto dei principi di pubblicità, di trasparenza, di concorrenzialità, di rotazione, di non discriminazione, di proporzionalità, nonché di economicità, di efficacia e di imparzialità dei procedimenti e della specificità dei contratti nel settore dei beni culturali, nonché previsione del divieto per le stazioni appaltanti di utilizzare, ai fini della selezione degli operatori da invitare alle procedure negoziate, il sorteggio o