

Il lato oscuro della semplificazione

Carenze e rischi del Decreto legge che agevola
le procedure di appalto in pandemia

A cura di

Avv.ti Nicola Pietrantonì, Giulia Mari e Matteo Pozzi
Studio Isolabella di Milano

THE *good* LOBBY

Premessa

Il decreto legge 16/7/2020, n. 76 (“*Misure urgenti per la semplificazione e l’innovazione digitale*”), il c.d. “decreto Semplificazioni”, per contenuti e finalità dichiarate, si pone in evidente continuità con tutti i provvedimenti emergenziali sino ad ora adottati per far fronte all’emergenza Covid-19. L’obiettivo annunciato, infatti, è il rilancio dell’economia nazionale attraverso l’accelerazione degli investimenti e delle infrastrutture, la semplificazione delle procedure in materia di contratti pubblici e di edilizia, nonché la semplificazione in materia di responsabilità del personale delle amministrazioni.

A differenza della normativa emergenziale precedente (in particolare, i decreti Liquidità e Rilancio), però, il decreto in questione, così come modificato in sede di conversione con il maxiemendamento, non si limita ad introdurre specifiche deroghe e semplificazioni alle procedure ordinarie, ma **delinea e introduce, con un respiro molto più ampio, una sorta di regime normativo alternativo, “sulla carta” più snello e veloce, valido e applicabile sino al 31 dicembre 2021, ad interi settori (infrastrutture, edilizia e servizi pubblici)** con ricadute significative in tema di controlli (le verifiche antimafia, soprattutto) e di responsabilità dei funzionari pubblici (soppressione temporanea della responsabilità erariale per “colpa grave” e nuova formulazione del delitto di abuso d’ufficio ex art. 323, codice penale).

Tuttavia, alcune disposizioni del decreto sembrano non essere proprio coerenti con la finalità di introdurre una *semplificazione e accelerazione* delle procedure “*senza pregiudizio per i presidi di legalità*”. Il provvedimento in esame, infatti, offre un quadro normativo poco chiaro, in alcune parti quasi confuso e difficilmente in grado (aspetto, questo, di estrema rilevanza critica) di prevenire eventuali fenomeni di natura illecita, come ha osservato anche ANAC in occasione della recente audizione presso le Commissioni riunite *Lavori pubblici e Affari costituzionali* del Senato. Non sarebbe, secondo noi, esagerato affermare che un sistema così strutturato possa, addirittura, **attrarre comportamenti illeciti di varia natura.**

In nome di una emergenza che rischia di compromettere seriamente gli equilibri economici del nostro Paese, la cui oggettiva gravità è sotto gli occhi di tutti, è stato infatti strutturato un **vero e proprio sistema alternativo di aggiudicazione dei**

contratti pubblici, con scadenza 31 dicembre 2021, in cui molto, se non tutto, sembrerebbe essere concesso, snellendo, o meglio superando, la disciplina ordinaria e derogatoria già previste dal Codice degli appalti (d. lgs. 18/4/2016, n. 50). Si pensi, a titolo esemplificativo, all'art. 2, comma 4, del decreto Semplificazioni (aggiudicazione contratti pubblici sopra soglia) che consente, in buona sostanza, alla pubblica amministrazione, di affidare una serie rilevante di attività di progettazione e di esecuzione di lavori, servizi e forniture **"in deroga ad ogni disposizione di legge diversa da quella penale"** (fatto salvo il rispetto di alcune disposizioni tra cui quelle del codice antimafia e dei vincoli inderogabili dell'UE), oppure all'art. 9, comma 2 (misure di accelerazione degli interventi infrastrutturali) che abilita - attribuendo loro poteri amplissimi - i **Commissari straordinari ad assumere direttamente le funzioni di "stazione appaltante"** ed operare, fatte salve alcune eccezioni, **"...in deroga alle disposizioni di legge in materia di contratti pubblici"**, con l'evidente **obiettivo di replicare ed estendere, su scala nazionale, il c.d. "Modello Genova"**.

Una simile impostazione, fortemente incentrata su un vero e proprio **meccanismo derogatorio** di varie disposizioni di legge vigenti, in particolare del Codice degli appalti, porta a **due inevitabili e pericolose conseguenze**: da una parte, al **depotenziamento del fondamentale sistema dei controlli**, in particolare delle c.d. "verifiche antimafia", finalizzati proprio a far emergere eventuali patologie di aggiudicazione degli appalti pubblici; dall'altra, a una sensibile **deresponsabilizzazione dei funzionari pubblici**, la cui ampia operatività potrebbe essere, in taluni casi, più facilmente inquadrabile (e, dunque, trovare giustificazione) nella categoria della **discrezionalità**. In più semplici parole, la "semplificazione" declinata in tal modo, unita all'indebolimento dei controlli e alla deresponsabilizzazione dei pubblici funzionari, induce a pensare che il Governo abbia voluto mandare, alla stessa pubblica amministrazione, un messaggio del tipo **"agisci pure, in deroga a tutto, tanto non ne rispondi"**.

La stessa ANAC ha formalizzato alcune - condivisibili - critiche sul testo del decreto, soprattutto nella parte che prevede il frequente ricorso allo strumento della **deroga**, sottolineando, tra i diversi effetti negativi, anche possibili **violazioni del diritto euro-unitario**, dal momento che la contrattualistica pubblica è materia disciplinata, *in primis*, da direttive europee.

In tale contesto, il rischio principale è che siano proprio le **imprese criminali** a sfruttare le “maglie larghe” offerte dalla normativa emergenziale, facendo leva altresì sul **depotenziamento dei controlli antimafia**. Anche a voler immaginare scenari meno gravi, la grande **incertezza e vaghezza del nuovo quadro normativo** potrebbe facilmente contribuire al compimento di “errori” nell’applicazione del decreto, più o meno gravi (e non chiaramente perseguibili, si pensi all’abrogazione della responsabilità erariale per colpa grave), con conseguente **spreco di risorse pubbliche**.

Infine, considerata la **temporaneità** della disciplina, potrebbero sorgere, tra meno di un anno, problemi di coordinamento tra la concreta gestione degli appalti (affidati entro il 31 dicembre 2021) e l’impianto normativo ordinario.

Nei paragrafi che seguono, abbiamo deciso di evidenziare, in chiave critica, solo alcuni aspetti disciplinati dal decreto in esame: in particolare, le semplificazioni relative all’affidamento ed esecuzione dei contratti pubblici, le correlate disposizioni in materia di verifiche antimafia e il nuovo regime di responsabilità, penale e erariale, dei funzionari pubblici.

* * *

I. Semplificazione in materia di contratti pubblici

Il decreto, “*al fine di incentivare gli investimenti pubblici nel settore delle infrastrutture e dei servizi pubblici, nonché al fine di far fronte alle ricadute economiche negative a seguito delle misure di contenimento e dell’emergenza sanitaria globale del COVID-19*”, ha creato un sistema per l’aggiudicazione e la stipula, fino al 31 dicembre 2021, di contratti pubblici (di valore inferiore e superiore alla soglia euro-unitaria), attraverso importanti deroghe al Codice degli appalti (d. lgs. 50/2016).

Ecco, in sintesi, alcune delle novità più critiche:

- **CONTRATTI PUBBLICI SOTTO SOGLIA:** sono state **ridotte le tipologie di affidamento**, da quattro (affidamento diretto, affidamento diretto previa consultazione del mercato, procedura negoziata senza pubblicazione di bando, procedura aperta) a sostanzialmente due (**affidamento diretto e procedura negoziata senza pubblicazione di bando**). Più nello specifico, la nuova norma consente alle pubbliche amministrazioni di assegnare, **con affidamento diretto**, lavori **fino a 150.000 Euro** e servizi e forniture (compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione) di importo inferiore a 75.000 Euro, in deroga al limite previsto dal Codice degli appalti (40.000 Euro), situazione che rischia di **violare, seppur in maniera attenuata dopo la recente approvazione del maxi emendamento, il principio di trasparenza dell'attività amministrativa e non garantire un livello minimo di confronto con il mercato**. Sul punto, ANAC ha osservato che *"...nel 2019 la fascia di procedure comprese fra 40.000 e 150.000 ha rappresentato il 54% del totale e che pertanto oltre la metà di esse, con la modifica normativa prevista, sarebbero sottratte a un confronto concorrenziale"*. Si consideri, inoltre, che il decreto prevede espressamente la non obbligatorietà dell'"avviso sui risultati della procedura di affidamento" per gli affidamenti inferiori a 40.000 Euro. La nuova disciplina, a ben vedere, potrebbe addirittura alimentare **fenomeni corruttivi** o comunque illeciti, anche in considerazione del fatto che **la norma non ha previsto alcun obbligo rigoroso di motivare la scelta dell'affidatario individuato discrezionalmente**.
- **CONTRATTI PUBBLICI SOPRA SOGLIA:** il decreto sembrerebbe prevedere, per questa tipologia di appalti, l'affidamento attraverso le **procedure ordinarie** (procedura aperta o ristretta a scelta della stazione appaltante, procedura competitiva con negoziazione), anche se la formulazione dell'art. 2 appare poco chiara (in particolare, il richiamo ad alcune disposizioni del Codice degli appalti) con la conseguenza di generare dubbi interpretativi e difficoltà sul piano applicativo. È poi stata prevista una **deroga molto ampia** in relazione all'affidamento delle attività di progettazione e di esecuzione di lavori, servizi e forniture nei settori dell'edilizia scolastica, universitaria, sanitaria, giudiziaria e penitenziaria, delle infrastrutture per la attività di ricerca scientifica e per la sicurezza pubblica, dei trasporti e delle infrastrutture stradali, ferroviarie, portuali, lacuali e idriche (art. 2, comma 4). In tutti questi

casi, le stazioni appaltanti “...**operano in deroga ad ogni disposizione di legge diversa da quella penale**”, “...fatto salvo il rispetto” di alcune norme (leggi antimafia, misure di prevenzione, vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'UE) e dei principi “cardine” enunciati dallo stesso Codice degli appalti (libera concorrenza, assenza di discriminazioni, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, nonché contrasto a frodi, corruzioni e conflitti di interessi). Il meccanismo individuato, applicabile a contratti sopra soglia in settori estremamente sensibili e di rilevanza nazionale, potrebbe avere effetti addirittura criminogeni, in quanto consente – di fatto – alla stazione appaltante di scegliere, **in quasi totale libertà**, sia il proprio contraente che le modalità di esecuzione del contratto. La previsione di termini ridotti per la presentazione delle offerte, inoltre, applicabile in via generale (seppur temporanea, fino al 31 dicembre 2021) a tutti gli acquisti sopra soglia (trattandosi di appalti di valore superiore alle soglie comunitarie, quindi, di sicuro interesse transfrontaliero), “*potrebbe avere effetti negativi in termini di minore partecipazione*” di soggetti stranieri “...alle procedure di gara e, quindi, determinare un restringimento della concorrenza in tale ambito” (Cfr. audizione ANAC). Ciò potrebbe comportare la “nazionalizzazione”, o ancor peggio, una “fidelizzazione” con conseguente esposizione della pubblica amministrazione a rischi non trascurabili sotto il profilo corruttivo (limitare la concorrenza equivale a favorire in una certa misura procedure di affidamento più “oscure” e incentivare canali privilegiati). In più, la **norma consente alle stazioni appaltanti di rilevare, con maggiore facilità, quelle “ragioni di urgenza” che consentono la riduzione dei termini procedurali e la celere conclusione delle procedure di aggiudicazione anche di appalti complessi, con il rischio di comprimere la libera concorrenza e gli interessi transfrontalieri.**

- **POTERI QUASI ILLIMITATI AI COMMISSARI STRAORDINARI: il decreto ha potenziato notevolmente ruolo e funzioni dei commissari straordinari** nominati per gli interventi infrastrutturali connotati da elevata complessità progettuale, particolare difficoltà esecutiva o attuativa, complessità delle procedure tecnico-amministrative ovvero che comportano un rilevante impatto sul tessuto socio-economico nazionale, regionale o locale (art. 9, comma 1, lett. b). La nuova disciplina, che interviene sul decreto “sblocca cantieri” (d.l. n. 32/2019), prevede che **i commissari straordinari possano assumere**

direttamente la funzione di stazione appaltante per l'esecuzione di tali interventi e operare "in deroga alle disposizioni di legge in materia di contratti pubblici". Sul punto, appare pienamente condivisibile il rilievo critico di ANAC, che ha fermamente ribadito "...la propria contrarietà all'utilizzo della figura del Commissario in maniera generalizzata, in quanto la presenza dello stesso - quale soggetto unico nella gestione delle procedure di gara - non consente alle stazioni appaltanti di raggiungere livelli di competenza professionale adeguata per lo svolgimento della gestione in autonomia delle procedure di gara. Il rischio è, anche in questo caso, la creazione di una sorta di amministrazione parallela". L'utilizzo dell'espressione "**amministrazione parallela**" evidenzia anche tutti i rischi penali correlati alla strutturazione di un complesso e articolato sistema di affidamento di lavori (dal significato economico potenzialmente illimitato) che ruota sostanzialmente attorno ad un solo soggetto (il commissario straordinario) i cui poteri di deroga risultano, sempre secondo ANAC, "sproporzionati e controproducenti".

II. Le nuove e più "snelle" verifiche antimafia. L'introduzione della c.d. "informativa liberatoria provvisoria"

Il decreto, all'art. 3, introduce una serie di **deroghe alle verifiche antimafia** sia in caso di **erogazione di benefici economici** (comma 1) sia in relazione all'**affidamento ed esecuzione di contratti pubblici** (comma 2 e ss.).

Con riferimento al primo caso, il decreto consente alla pubblica amministrazione di procedere nell'erogazione dei benefici "**anche in assenza di informazione antimafia**" e sotto condizione risolutiva in caso di emersione di una causa ostativa (applicazione misure di prevenzione o tentativi di infiltrazione), introducendo una presunzione di sussistenza del requisito di urgenza (fino al 31 dicembre 2021) che rappresenta uno dei presupposti per l'applicazione di questa disciplina derogatoria già prevista all'art. 92, comma 3, d. lgs. 159/2011 (Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione). La norma poi prosegue, aggiungendo che questa procedura è ammessa qualora l'informazione non sia immediatamente conseguente alla

consultazione della **banca dati**, fatto salvo quanto previsto dagli articoli 1 bis e 13 del decreto Liquidità nonché dagli articoli 25, 26 e 27 del decreto Rilancio. Le disposizioni “fatte salve” dal decreto prevedono, in taluni casi espressamente indicati, che venga allegata alla richiesta di erogazione del beneficio una **autodichiarazione di assenza di applicazione di misure di prevenzione antimafia previste dall’art. 67, d. lgs. 159/2011**

Oltre ai rischi connessi di per sé all’introduzione di una **presunzione di urgenza per tutti i contributi erogati dalle pubbliche amministrazioni sino al 31 dicembre 2021** (che, di fatto, consente di superare ogni controllo preventivo), a creare confusione è il richiamo generico e vago all’**autocertificazione** prevista dai decreti Liquidità e Rilancio. Non è chiaro, infatti, quale sia l’ambito di applicabilità di questo rinvio (e quale sia la sua estensione).

Le perplessità maggiori, tuttavia, riguardano il secondo caso. Il comma 2 introduce un nuovo istituto, “**l’informativa liberatoria provvisoria, concedibile**, dopo aver consultato la banca dati nazionale unica (e non è chiaro quali “*tutte le ulteriori banche dati disponibili*” di cui al comma 3), **a tutte le imprese, anche a quelle non censite**, a condizione che “*non emergano nei confronti dei soggetti sottoposti alle verifiche antimafia le situazioni di cui agli articoli 67 e 84, comma 4 lettere a), b) e c) del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159*”, dunque misure di prevenzione e tentativi di infiltrazione, condizione del tutto inefficace per i casi più sensibili, ossia per le **imprese non censite**, posto che le stazioni appaltanti dovrebbero ricorrere al “sentito dire” non essendoci banche dati da cui estrapolare queste informazioni.

Inoltre, non è chiaro, e il decreto non lo specifica, come si coordina la norma in esame con l’art. 80 del d. lgs. 50 del 2016 che prevede, tra i motivi di esclusione, proprio la sussistenza di cause ostative di cui all’art. 67 e 84 del d. lgs. 159 del 2011. L’effetto dell’informativa liberatoria provvisoria, per così dire “**generalizzata**”, è la **possibilità, per le pubbliche amministrazioni, di stipulare tutti i contratti, sotto condizione risolutiva, senza effettuare alcun controllo antimafia preventivo**, “fermo restando le ulteriori verifiche che ai fini del rilascio della documentazione antimafia da completarsi entro 60 giorni”. **Il problema riguarda proprio le imprese non censite (non già presenti nelle banche dati), sconosciute alle stazioni appaltanti e al prefetto, che automaticamente e senza controlli potrebbero conseguire l’informativa antimafia provvisoria, stipulare il contratto e confidare nei ritardi (probabilissimi) nell’effettuazione, ex post, dei controlli** (l’emendamento appena

approvato in Senato estende il periodo per i controlli da 30 giorni a 60 giorni). In aggiunta, e non è una novità del decreto, le stazioni appaltanti sono comunque **tenute a pagare il valore delle opere già eseguite** e il rimborso delle spese sostenute, con conseguenti notevoli **sprechi di denaro pubblico**.

Da ultimo, l'equiparazione tra il censimento in banca dati e l'iscrizione nelle **White List** (equiparazione già regolata) e l'iscrizione nell'Anagrafe antimafia di cui al d. l. 189/2016, che effettivamente potrebbe accelerare l'acquisizione delle informazioni antimafia senza dover consultare la banca dati, è stata inserita nell'ambito dell'articolo che regola i **protocolli di legalità e le altre intese** "per la prevenzione e il contrasto dei fenomeni di criminalità organizzata", **non obbligatori ma facoltativi**, generando ancora dubbi interpretativi sul suo ambito applicativo.

Ebbene, la formulazione dell'articolo 3 non può che dar adito a diverse **incertezze interpretative** che contribuiscono, da un lato, ad indebolire, ancor di più, i (già indeboliti) controlli antimafia e, dall'altro, a complicare, invece di chiarire, il quadro normativo di riferimento che certamente richiederà (ancora una volta rallentando invece di accelerare) ulteriori delucidazioni e chiarimenti, anche attraverso il ricorso a circolari interpretative.

III. Il nuovo regime di responsabilità (penale e erariale) dei funzionari pubblici e della pubblica amministrazione

Il decreto ha introdotto anche un nuovo regime in materia di **responsabilità erariale e penale** degli amministratori pubblici, con la chiara finalità di attenuare (se non, addirittura, eliminare) i rischi di un coinvolgimento degli appartenenti alla PA in accertamenti giudiziari di natura erariale e penale (artt. 21 e 23).

L'obiettivo della nuova disciplina, nella situazione di attuale emergenza, è quello di sbloccare "sempre e comunque" l'immobilismo che spesso caratterizza la complessa macchina amministrativa. In poche parole, si vuole che il pubblico funzionario (più in generale, la pubblica amministrazione) agisca ("si dia da fare"), assicurandolo sul fatto che - ora - è molto contenuto il rischio di incorrere in eventuali contestazioni penali e di natura erariale. Emblematica, sul punto, la conferenza stampa con cui il

nostro Presidente del Consiglio ha presentato il decreto Semplificazioni (parlando di “piccola rivoluzione”) e proiettato anche due slide che non hanno certo bisogno di interpretazioni: “**funzionari pubblici: basta paure conviene sbloccare**” e “**stop alla paura della firma: i funzionari pubblici devono poter sbloccare lavori e spese (es. riforma abuso ufficio)**”.

Una pubblica amministrazione che si attiva in tempi rapidi ed efficaci, ovviamente, non può che essere virtuosa e, dunque, auspicabile. Quello che invece preoccupa sono gli effetti correlati alla nuova impostazione normativa di attenuazione dei profili di responsabilità con la contestuale esortazione di “agire sempre e comunque” che rischia di estendere eccessivamente il campo d’azione riservato ai funzionari pubblici, con gli inevitabili riflessi in termini di condotte delittuose, *in primis*, di corruzione.

- **MODIFICHE SU RESPONSABILITÀ ERARIALE:** il decreto ha modificato l’attuale disciplina secondo cui la responsabilità erariale “...è personale e limitata ai fatti e alle omissioni commessi con dolo o colpa grave, ferma restando l’insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali” (art. 1, legge n. 20/1994). Il decreto Semplificazioni, con riferimento alla **prova del dolo**, richiede ora “...**la dimostrazione della volontà dell’evento dannoso**”, il cui accertamento risulta certamente più complesso e difficile. La modifica più rilevante, però, riguarda la **soppressione, dall’entrata in vigore del decreto sino al 31 dicembre 2021, della responsabilità erariale per “colpa grave**”. Ciò significa che il pubblico funzionario, nel periodo citato, non potrà rispondere “per colpa grave”, ma solo nei casi in cui “...la produzione del danno conseguente alla condotta del soggetto agente è da lui dolosamente voluta” e “...per i danni cagionati da omissione o inerzia del soggetto agente”. Considerata la rilevanza della categoria della “colpa grave” nell’accertamento della responsabilità erariale, la nuova disciplina costituisce, a tutti gli effetti, un vero e proprio “**scudo erariale**”.
- **MODIFICHE SU RESPONSABILITÀ PENALE:** sul versante penale, il decreto è intervenuto sulla fattispecie di “**abuso d’ufficio**” (art. 323, c.p.), prevedendo la responsabilità del pubblico ufficiale e dell’incaricato di pubblico servizio che, nello svolgimento delle funzioni o del servizio, abbia posto in essere condotte in violazione – **non più di “norme di legge o di regolamento**” – ma “solo” di

“specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità”. Anche in questo caso, è chiara la volontà di “proteggere” il pubblico funzionario dal rischio penale, limitando la sua responsabilità alle sole violazioni di regole specifiche ed espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge (fonti primarie), tenuto anche conto degli eventuali “margin di discrezionalità”. Un significativo effetto correlato all’eventuale approvazione, in questi termini, del delitto di abuso d’ufficio, sarebbe inoltre **l’irrelevanza penale dei fatti commessi, prima dell’entrata in vigore del decreto, in violazione di regolamenti, di norme che non individuano specifiche ed espresse condotte, nonché di regole che lasciano un margine di discrezionalità.** L’art. 2, comma 2, c.p., infatti, dispone che **“nessuno può essere punito per un fatto che, secondo una legge posteriore, non costituisce reato; e, se vi è stata condanna, ne cessano l’esecuzione e gli effetti penali”.** La conseguenza, in termini concreti, è l’archiviazione dei procedimenti in fase di indagine, il proscioglimento degli imputati nella fase dibattimentale e la revoca delle sentenze passate in giudicato.

Contatti

Federico Anghelè

Direttore ufficio italiano

federico@thegoodlobby.it

+39 349 52 80 928

Salvatore Papa

Policy officer

salvatore@thegoodlobby.it

+39 349 602 4127