



LE NOVITÀ DELL'ESTATE 2014 IN MATERIA DI CONTRATTI PUBBLICI RELATIVI A LAVORI, SERVIZI E FORNITURE

di

Rosanna De Nictolis

(Consigliere di Stato)

16 luglio 2014

Abstract: Il d.l. n. 66/2014 conv. in l. n. 95/2014 e il d.l. n. 90/2014, in via di conversione alla data di licenziamento del presente contributo, contengono numerose disposizioni in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture, che ridisegnano in modo significativo il sistema, e che possono schematicamente ricondursi a tre filoni: misure di contenimento della spesa pubblica, misure di trasparenza, misure di semplificazione e accelerazione dei procedimenti e dei processi.

1. Misure di contenimento della spesa pubblica.

Possono annoverarsi in tale ambito le previsioni in materia di:

- centrali di committenza e soggetti aggregatori (d.l. n. 66/2014);
- abolizione della pubblicità di bandi e avvisi sulla stampa quotidiana (d.l. n. 66/2014);
- eliminazione, per talune categorie soggettive, dell'incentivo di progettazione (d.l. n. 90/2014);
- soppressione dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici (d.l. n. 90/2014).

Al fine di ridurre il numero, spropositato, di stazioni appaltanti, sono state dettate disposizioni volte a ridurre il numero di "soggetti aggregatori", nuova categoria soggettiva, di cui fanno parte le centrali di committenza, ed è stato rafforzato l'obbligo di acquisizione di beni e servizi tramite tali soggetti aggregatori.

L'art. 9, d.l. n. 66/2014, dispone infatti che nell'ambito dell'anagrafe unica delle stazioni appaltanti già prevista dall'art. 33-ter d.l. n. 179/2012, operante presso l'Autorità per la

vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (per il futuro ANAC che vi è subentrata ai sensi del d.l. n. 90/2014), è istituito, senza maggiori oneri a carico della finanza pubblica, l'elenco dei soggetti aggregatori di cui fanno parte Consip S.p.A. e una centrale di committenza per ciascuna Regione, qualora costituita ai sensi dell'art. 1, c. 455, l. n. 296/2006. I soggetti diversi da Consip e dalle centrali di committenza regionali, che svolgano attività di centrale di committenza ai sensi dell'art. 33 codice appalti, richiedono all'Autorità l'iscrizione all'elenco dei soggetti aggregatori.

Se le Regioni non abbiano già in passato istituita una centrale di committenza, devono costituire o designare un soggetto aggregatore entro il 31 dicembre 2014.

In ogni caso, il numero massimo dei soggetti aggregatori operanti sul territorio nazionale non può eccedere i 35 (art. 9 c. 5, d.l. n. 66/2014).

I requisiti di iscrizione non sono ancora fissati, vengono infatti demandati a un decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, da emanarsi entro 60 giorni dalla data di entrata in vigore del d.l. n. 66/2014, previa intesa con la Conferenza unificata. Quali requisiti per l'iscrizione, che il d.p.c.m. dovrà prevedere, la legge elenca il carattere di stabilità dell'attività di centralizzazione, i valori di spesa ritenuti significativi per le acquisizioni di beni e di servizi con riferimento ad ambiti, anche territoriali, da ritenersi ottimali ai fini dell'aggregazione e della centralizzazione della domanda.

Con un ulteriore decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, da emanarsi entro 90 giorni dalla data di entrata in vigore del d.l. n. 66/2014, previa intesa con la Conferenza unificata, è istituito il Tavolo tecnico dei soggetti aggregatori, coordinato dal Ministero dell'economia e delle finanze, e ne sono stabiliti i compiti, le attività e le modalità operative.

Ferma restando la normativa già vigente in tema di ricorso alle convenzioni Consip, al mercato elettronico della p.a., a parametri qualità prezzo (art. 1, c.449, 450 e 455, l. n. 296/2006; art. 2, c. 574, l. n. 244/2007; art. 1, c. 7, art. 4, c. 3-quater, art. 15, c. 13, lett. d), d.l. n. 95/2012 conv. in l. n. 135/2012), con **un terzo** decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, da adottarsi, d'intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, sentita l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, entro il 31 dicembre di ogni anno, sulla base di analisi del Tavolo dei soggetti aggregatori e in ragione delle risorse messe a disposizione ai sensi del c. 9, sono individuate le categorie di beni e di servizi nonché le soglie al superamento delle quali le amministrazioni

statali centrali e periferiche, ad esclusione degli istituti e scuole di ogni ordine e grado, delle istituzioni educative e delle istituzioni universitarie, nonché le regioni, gli enti regionali, nonché loro consorzi e associazioni, e gli enti del servizio sanitario nazionale ricorrono a Consip S.p.A. o agli altri soggetti aggregatori di cui ai commi 1 e 2 per lo svolgimento delle relative procedure. Per le categorie di beni e servizi individuate da tale d.p.c.m., l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture non rilascia il codice identificativo gara (CIG) alle stazioni appaltanti che, in violazione degli adempimenti previsti dal presente c., non ricorrano a Consip S.p.A. o ad altro soggetto aggregatore. Con il decreto di cui al presente c. sono, altresì, individuate le relative modalità di attuazione.

Si amplia, dunque, l'obbligo di ricorso a Consip e altri soggetti aggregatori, con la consueta clausola di stile, peraltro, secondo cui è comunque fatta salva la possibilità di acquisire, mediante procedura di evidenza pubblica, beni e servizi, qualora i relativi prezzi siano inferiori a quelli emersi dalle gare Consip e dei soggetti aggregatori.

Viene anche, **per la quarta volta**, innovato il regime di ricorso a centrali di committenza da parte dei Comuni, mediante novella dell'art. 33, codice appalti.

Il primo intervento novellativo risale all'art. 23, c. 4, d.l. n. 201/2011, che introdusse un c. 3-bis nell'art. 33 codice, che obbligava i Comuni con popolazione non superiore a 5.000 abitanti ricadenti nel territorio di ciascuna Provincia ad affidare ad un'unica centrale di committenza l'acquisizione di lavori, servizi e forniture nell'ambito delle unioni dei comuni, di cui all'art. 32 d.lgs. n. 267/2000, ove esistenti, ovvero costituendo un apposito accordo consortile tra i comuni medesimi e avvalendosi dei competenti uffici.

In prosieguo, il d.l. n. 95/2012 aggiunse che in alternativa, gli stessi Comuni possono effettuare i propri acquisti attraverso gli strumenti elettronici di acquisto gestiti da altre centrali di committenza di riferimento, ivi comprese le convenzioni di cui all'art. 26 l. 23 dicembre 1999, n. 488, e il mercato elettronico della pubblica amministrazione di cui all'art. 328 d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207.

Con la l. n. 147/2013 fu introdotta una deroga a tali obblighi per le acquisizioni di lavori, servizi e forniture, effettuate in economia mediante amministrazione diretta, nonché nei casi di cui al secondo periodo del c. 8 e al secondo periodo del c. 11 dell'art. 125 codice appalti.

Ora, l'ultima novella amplia il novero soggettivo dei Comuni obbligati, perché si passa dai Comuni con popolazione non superiore ai 5.000 abitanti a tutti i Comuni che non siano capoluogo di Provincia. Tutti tali soggetti devono centralizzare gli acquisti di lavori servizi forniture mediante unioni dei comuni, o accordo consortile. Viene però ampliato lo strumentario a disposizione, perché oltre alle unioni di comuni o accordo consortile, si

prevede il ricorso a un soggetto aggregatore o alle province. Rimane l'alternativa di Consip o altro soggetto aggregatore. Viene prevista una specifica sanzione, stabilendosi che l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture non rilascia il codice identificativo gara (CIG) ai comuni non capoluogo di provincia che procedano all'acquisizione di lavori, beni e servizi in violazione degli adempimenti imposti.

Per quanto riguarda invece, le Regioni, esse hanno l'obbligo di costituire o designare un soggetto aggregatore; le Regioni hanno anche facoltà di costituire centrali di committenza anche unitamente ad altre regioni secondo quanto previsto all'art. 1, c. 455, l. n. 296/2006.

In alternativa a detto obbligo e ferma la suddetta facoltà, le regioni possono stipulare con il Ministero dell'economia e delle finanze apposite convenzioni per la disciplina dei relativi rapporti sulla cui base Consip S.p.A. svolge attività di centrale di committenza per gli enti del territorio regionale, ai sensi e per gli effetti dell'art. 1, c. 455, l. n. 296/2006 (art. 9, c. 5 e 6, d.l. n. 66/2014).

Quanto poi ai **prezzi di riferimento**, fermo restando quanto disposto dagli artt. 11 e 17, c. 1, lett. a), d.l. n. 98/2011, nelle more del perfezionamento delle attività concernenti la determinazione annuale dei costi standardizzati per tipo di servizio e fornitura da parte dell'Osservatorio presso l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, e anche al fine di potenziare le attività delle centrali di committenza, la predetta Autorità, a partire dal 1° ottobre 2014, attraverso la banca dati nazionale dei contratti pubblici, fornisce, tenendo anche conto della dinamica dei prezzi dei diversi beni e servizi, alle amministrazioni pubbliche un'elaborazione dei prezzi di riferimento alle condizioni di maggiore efficienza di beni e di servizi, tra quelli di maggiore impatto in termini di costo a carico della pubblica amministrazione, nonché pubblica sul proprio sito web i prezzi unitari corrisposti dalle pubbliche amministrazioni per gli acquisti di tali beni e servizi. I prezzi di riferimento pubblicati dall'Autorità e dalla stessa aggiornati entro il 1° ottobre di ogni anno, sono utilizzati per la programmazione dell'attività contrattuale della pubblica amministrazione e costituiscono prezzo massimo di aggiudicazione, anche per le procedure di gara aggiudicate all'offerta più vantaggiosa, in tutti i casi in cui non è presente una convenzione stipulata ai sensi dell'art. 26, c. 1, d.l. n. 488/1999, in ambito nazionale ovvero nell'ambito territoriale di riferimento. I contratti stipulati in violazione di tale prezzo massimo sono nulli (art. 9, c. 7).

In fase di prima applicazione, la determinazione dei prezzi di riferimento è effettuata sulla base dei dati rilevati dalle stazioni appaltanti che hanno effettuato i maggiori volumi di acquisto, come risultanti dalla banca dati nazionale dei contratti pubblici (art. 9, c. 8).

Sempre a fini di contenimento della spesa pubblica risponde una misura che da tempo si era tentato invano di introdurre, **la soppressione della (del tutto inutile) pubblicità di bandi e avvisi di gara sulla stampa quotidiana**. Si trattava di un adempimento diventato del tutto inutile dopo l'entrata in vigore del codice appalti, che ha previsto la pubblicazione di tutti i bandi e avvisi, oltre che *on line*, su una apposita serie speciale della G.U.R.I., di talché gli interessati sanno che per avere notizia di bandi e avvisi basta l'abbonamento alla serie speciale della G.U.R.I.

La pubblicità sulla stampa quotidiana, pertanto, era una inutile fonte di costo per la stazione appaltante (traslata in avanti sull'aggiudicatario), che meritoriamente il d.l. n. 66/2014 fa venir meno (art. 26, d.l. n. 66/2014; art. 66, c. 7 e art. 122, c. 5, codice appalti).

Peraltro, a fini di ulteriore contenimento della spesa, si stabilisce che:

- a) la pubblicazione di informazioni ulteriori, complementari o aggiuntive rispetto a quelle indicate nel codice appalti, e nel suo allegato IX A, avviene esclusivamente in via telematica e non può comportare oneri finanziari a carico delle stazioni appaltanti (art. 66, c. 7, e art. 122, c. 5, codice appalti);
- b) le spese per la pubblicazione sulla Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana, serie speciale relativa ai contratti pubblici, degli avvisi, dei bandi di gara e delle informazioni di cui all'allegato IX A sono rimborsate alla stazione appaltante dall'aggiudicatario entro il termine di sessanta giorni dall'aggiudicazione (art. 66, c. 7-bis, e art. 122, c. 5-bis, codice appalti).

La disciplina **tuttavia non è immediatamente efficace**: con la l. di conversione del d.l. n. 66/2014 si è stabilito che si applica a decorrere dal 1° gennaio 2016, ma con salvezza degli effetti derivanti dall'applicazione della nuova disciplina e prodottisi fino alla entrata in vigore della legge di conversione: in pratica, per i bandi e avvisi pubblicati durante la vigenza del d.l., correttamente è stata omessa la pubblicità sulla stampa quotidiana. In pratica sono differiti: l'eliminazione della pubblicità sulla stampa quotidiana, la pubblicità solo online di informazioni non previste dal codice, e l'onere a carico dell'aggiudicatario delle spese di pubblicità in GURI.

Risponde al contenimento della spesa pubblica pure la previsione, dettata dall'art. 13, d.l. n. 90/2014, che **elimina l'incentivo per la progettazione per il personale con qualifica dirigenziale**, in ragione della onnicomprensività del relativo trattamento economico (ed evidentemente anche in considerazione del tetto massimo retributivo introdotto dal dl. n. 66/2014) (art. 92, c. 6-bis, codice appalti, come novellato).

Sicuramente misura di forte impatto, non solo economico ed ordinamentale, ma anche massmediatico, è la **soppressione dell’Autorità di vigilanza sui contratti pubblici** di lavori, servizi e forniture, i cui compiti vengono attribuiti ad ANAC, Autorità nazionale anticorruzione.

Peraltro la soppressione viene accompagnata dalla decadenza dei relativi organi, sin dalla data di entrata in vigore del d.l., senza neppure attendere la legge di conversione (art. 19, c. 1, d.l. n. 90/2014).

I compiti e le funzioni da detta Autorità sinora svolti sono trasferiti all’Autorità nazionale anticorruzione e per la valutazione e la trasparenza (ANAC), prevista dall’art. 13, d.lgs. n. 150/2009, che è ridenominata Autorità nazionale anticorruzione.

Il concreto riassetto è peraltro demandato ad un piano di riordino, affidato al Presidente dell’ANAC, che dovrà essere presentato entro il 31 dicembre 2014 al Presidente del Consiglio dei Ministri. Tale piano dovrà contenere:

- a) il trasferimento definitivo delle risorse umane, finanziarie e strumentali, necessarie per lo svolgimento delle funzioni;
- b) la riduzione non inferiore al venti per cento del trattamento economico accessorio del personale dipendente, inclusi i dirigenti;
- c) la riduzione delle spese di funzionamento non inferiore al venti per cento (art. 19, c. 3, d.l. n. 90/2014).

Tale piano acquisterà efficacia a seguito dell’approvazione con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri (art. 19, c. 4, d.l. n. 90/2014).

2. Misure di trasparenza.

Possono annoverarsi in tale ambito le previsioni in materia di:

- vigilanza sulla centralizzazione della spesa (d.l. n. 66/2014);
- fatturazione elettronica;
- rafforzamento dei poteri dell’Autorità nazionale anticorruzione (d.l. n. 90/2014)

In concomitanza con le drastiche misure di centralizzazione della spesa, sono rafforzati i poteri e gli strumenti di vigilanza dell’Autorità preposta a garantire che gli obblighi di centralizzazione siano rispettati: vale a dire l’Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, secondo il d.l. n. 66/2014, ma subito dopo l’ANAC, ad essa subentrata in base al d.l. n. 90/2014.

Invero, l'art. 10, d.l. n. 66/2014 dispone che i compiti di vigilanza sulle attività finalizzate all'acquisizione di beni e servizi sono attribuiti all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori servizi e forniture, che li esercita secondo quanto previsto dal codice appalti. A tal fine l'Autorità:

- a) può avvalersi del supporto della Guardia di finanza, della Ragioneria Generale dello Stato, delle amministrazioni pubbliche, degli enti pubblici e degli organismi di diritto pubblico, sulla base di apposite convenzioni che possono prevedere meccanismi per la copertura dei costi per lo svolgimento delle attività di supporto;
- b) riceve dalle amministrazioni pubbliche i dati e i documenti di cui al c. 4, lett.a) e b);
- c) trasmette alle strutture, agli uffici e agli organi preposti alle funzioni di controllo delle amministrazioni pubbliche dati e circostanze ritenuti rilevanti ai fini dell'esercizio delle predette funzioni.

Il Ministro dell'economia e delle finanze individua, con proprio decreto, da emanarsi entro il 30 giugno 2014, le prestazioni principali in relazione alle caratteristiche essenziali dei beni e servizi oggetto delle convenzioni stipulate da Consip S.p.A. ai sensi dell'art. [26](#) l. n. 488/1999. cui è stato possibile ricorrere tra il 1° gennaio 2013 e la data di entrata in vigore del presente decreto. Entro 10 giorni dall'emanazione del decreto di cui al periodo precedente il Ministero pubblica sul proprio sito internet i prezzi relativi alle prestazioni individuate.

Entro il 30 settembre 2014, le amministrazioni aggiudicatrici di cui all'art. [3, c. 25](#), codice appalti trasmettono all'Osservatorio presso l'Autorità:

- a) i dati dei contratti non conclusi attraverso centrali di committenza di importo pari o superiore alla soglia di rilevanza comunitaria aventi ad oggetto una o più delle prestazioni individuate dal decreto di cui al c. 3 del presente art., in essere alla data del 30 settembre 2014;
- b) i dati dei contratti aventi ad oggetto beni o servizi di importo pari o superiore alla soglia di rilevanza comunitaria e relativa determina a contrarre, in essere alla data del 30 settembre 2014, stipulati a seguito di procedura negoziata ai sensi degli articoli 56 o 57 codice appalti, ovvero a seguito di procedura aperta o ristretta di cui all'art. 55 del medesimo codice in cui sia stata presentata una sola offerta valida.

Con deliberazione dell'Autorità sono stabilite le modalità di attuazione del c. 4 e individuati, in particolare, i dati oggetto della trasmissione.

In tema di **fatturazione elettronica**, già in vigore per alcune amministrazioni, e il cui termine di entrata in vigore per altre amministrazioni era fissato al 7 giugno 2015 dal d.m. 3 aprile

2013, viene prevista una piccola anticipazione, al 31 marzo 2015.. A tale data decorrono gli obblighi pure per le amministrazioni locali (art. 25, c. 1, d.l. n. 66/2014).

In una prospettiva di trasparenza, al fine di assicurare l'effettiva tracciabilità dei pagamenti da parte delle pubbliche amministrazioni, le fatture elettroniche emesse verso le stesse pubbliche amministrazioni riportano:

- a) il Codice identificativo di gara (CIG), tranne i casi di esclusione dell'indicazione dello stesso nelle transazioni finanziarie così come previsto dalla determinazione dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture 7 luglio 2011, n. 4, e i casi di esclusione dall'obbligo di tracciabilità di cui alla [l. n. 136/2010](#), previsti dalla tabella 1 allegata al d.l. n. 66/2014; detta tabella è aggiornata con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, sentita l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture;
- b) il Codice unico di Progetto (CUP), in caso di fatture relative a opere pubbliche, interventi di manutenzione straordinaria, interventi finanziati da contributi comunitari e ove previsto ai sensi dell'art. [11](#) l. n. 3/2003 (art. 25, c. 2, d.l. n. 66/2014).

Il CIG e il CUP sono inseriti a cura della stazione appaltante nei contratti relativi a lavori, servizi e forniture sottoscritti con gli appaltatori nell'ambito della clausola prevista all'art. [3, c. 8](#), l. n. 136/2010. Tale clausola riporta, inoltre, il riferimento esplicito agli obblighi delle parti derivanti dall'applicazione della presente norma.

3. Le pubbliche amministrazioni non possono procedere al pagamento delle fatture elettroniche che non riportano i codici CIG e CUP.

La tabella 1 allegata al d.l. n. 66/2014 considera sottratti all'obbligo di tracciabilità i seguenti contratti:

art. [19, c. 1, lett. a\)](#), [d.lgs. 163/2006](#), primo periodo (acquisto o locazione di terreni, fabbricati esistenti o altri beni immobili o riguardanti diritti su tali beni)

art. [19, c. 1, lett. c\)](#), [d.lgs. n. 163/2006](#) (servizi d'arbitrato e di conciliazione)

art. [19, c. 1, lett. d\)](#), [d.lgs. n. 163/2006](#) (servizi finanziari forniti dalla Banca d'Italia)

art. [19, c. 1, lett. e\)](#), [d.lgs. n. 163/2006](#) (contratti di lavoro)

art. [19, c. 2](#), [d.lgs. n. 163/2006](#) (appalti pubblici di servizi aggiudicati da un'amministrazione aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore ad un'altra amministrazione aggiudicatrice o ad un'associazione o consorzio di amministrazioni aggiudicatrici, in base ad un diritto esclusivo di cui esse beneficiano in virtù di disposizioni legislative, regolamentari o amministrative pubblicate, purché tali disposizioni siano compatibili con il trattato)

art. [25 d.lgs. n. 163/2006](#) - Appalti aggiudicati per l'acquisto di acqua e per la fornitura di energia o di combustibili destinati alla produzione di energia

Sponsorizzazione pura, ovvero ogni contributo, anche in beni o servizi, erogato con lo scopo di promuovere il nome, il marchio, l'immagine, l'attività o il prodotto del soggetto erogante

Prestazioni socio-sanitarie e di ricovero, di specialistica ambulatoriale e diagnostica strumentale erogate dai soggetti privati in regime di accreditamento, senza svolgimento di procedura di gara

Scelta del socio privato in società miste il cui apporto è limitato al solo finanziamento.

Quanto all'Autorità nazionale anticorruzione, oltre ad ereditare i poteri e le competenze dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, le vengono anche conferiti poteri e compiti speciali, nel mentre le vengono sottratte alcune competenze in tema di valutazione della performance. Come noto l'occasione è stata creata dalle vicende delle indagini penali sui cantieri EXPO e MOSE (art. 19, d.l. n. 90/2014).

L'Autorità nazionale anticorruzione:

a) riceve notizie e segnalazioni di illeciti, anche nelle forme di cui all'art. [54-bis](#) d.lgs. n. 165/2001;

b) salvo che il fatto costituisca reato, applica, nel rispetto delle norme previste dalla [ll.](#) n. 689/1981, una sanzione amministrativa non inferiore nel minimo a euro 1.000 e non superiore nel massimo a euro 10.000, nel caso in cui il soggetto obbligato ometta l'adozione dei piani triennali di prevenzione della corruzione, dei programmi triennali di trasparenza o dei codici di comportamento.

Le somme versate a titolo di pagamento delle sanzioni amministrative restano nella disponibilità dell'Autorità nazionale anticorruzione e sono utilizzabili per le proprie attività istituzionali.

Al fine di concentrare l'attività dell'Autorità nazionale anticorruzione sui compiti di trasparenza e di prevenzione della corruzione nelle pubbliche amministrazioni, le funzioni della predetta Autorità in materia di misurazione e valutazione della performance, di cui agli articoli [7](#), [10](#), [12](#), [13](#) e [14](#) d.lgs. n. 150/2009 sono trasferite al Dipartimento della funzione pubblica della Presidenza del Consiglio dei ministri, a decorrere dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del d.l. n. 90/2014.

Per converso, sono trasferite ad ANAC le funzioni del dipartimento funzione pubblica in materia di prevenzione della corruzione di cui all'art. 1, l. n. 190/2012.

Ad un regolamento da varare entro sei mesi si demanda di riordinare le funzioni in materia di misurazione e valutazione della performance, sulla base di specifici criteri direttivi.

Il controllo dell'ANAC si estende alle varianti in corso d'opera di cui al c. 1, lettere b), c) e d) dell'art. [132](#) codice appalti, che sono trasmesse, unitamente al progetto esecutivo, all'atto di

validazione e ad apposita relazione del responsabile del procedimento, all'Autorità nazionale anticorruzione e per la valutazione e la trasparenza delle amministrazioni pubbliche entro trenta giorni dall'approvazione da parte della stazione appaltante per le valutazioni e gli eventuali provvedimenti di competenza (art. 37, d.l. n. 90/2014).

Con specifico riferimento alla vicenda EXPO, si prevede che il Presidente dell'Autorità nazionale anticorruzione formula proposte al Commissario unico delegato del Governo per l'Expo Milano 2015 ed alla Società Expo 2015 p.a. per la corretta gestione delle procedure d'appalto per la realizzazione dell'evento (art. 19 c. 7, d.l. n. 90/2014).

Inoltre al Presidente dell'ANAC sono attribuiti compiti di alta sorveglianza e garanzia della correttezza e trasparenza delle procedure connesse alla realizzazione delle opere del grande evento EXPO Milano 2015. A tal fine si avvale di una apposita Unità operativa speciale composta da personale in posizione di comando, distacco o fuori ruolo anche proveniente dal corpo della Guardia di Finanza (art. 30, c. 1, d.l. n. 90/2014).

Per tali finalità, il Presidente dell'ANAC, avvalendosi della predetta Unità, in aggiunta ai compiti attribuiti all'ANAC in conseguenza della soppressione dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici:

a) verifica, in via preventiva, la legittimità degli atti relativi all'affidamento ed all'esecuzione dei contratti di lavori, servizi e forniture per la realizzazione delle opere e delle attività connesse allo svolgimento del grande evento EXPO Milano 2015, con particolare riguardo al rispetto delle disposizioni in materia di trasparenza della [legge 6 novembre 2012 n. 190](#), nonché, per la parte di competenza, il corretto adempimento, da parte della Società Expo 2015 p.a. e delle altre stazioni appaltanti, degli accordi in materia di legalità sottoscritti con la Prefettura di Milano;

b) dispone dei poteri ispettivi e di accesso alle banche dati già attribuiti alla soppressa Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture di cui al c. 9, dell'art. 6 del [decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163](#), ivi compresi poteri di accesso alla banca dati di cui all'art. 97, c. 1, del [decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159](#).

Il Presidente dell'ANAC può partecipare, altresì, alle riunioni della sezione specializzata del Comitato di coordinamento per l'alta sorveglianza delle grandi opere presieduta dal Prefetto di Milano.

E' poi disciplinato il **monitoraggio finanziario dei lavori relativi a infrastrutture strategiche e insediamenti produttivi** (art. 36, d.l. n. 90/2014).

Il controllo dei flussi finanziari di cui agli articoli 161, c. 6-bis e 176, c. 3, lett. e), del codice appalti è attuato secondo le modalità e le procedure, anche informatiche, individuate dalla

deliberazione 5 maggio 2011, n. 45, del Comitato Interministeriale per la Programmazione Economica (CIPE). A tal fine, a decorrere dalla data di entrata in vigore del d.l. n. 90/2014, le stazioni appaltanti adeguano gli atti generali di propria competenza alle modalità di monitoraggio finanziario di cui alla citata delibera n. 45 del 2011 del CIPE, nonché alle ulteriori prescrizioni contenute nella delibera dello stesso organismo da adottare ai sensi del c. 3.

Per i contratti stipulati anteriormente alla data di entrata in vigore del d.l. n. 90/2014, le modalità di controllo dei flussi finanziari sono adeguate alle indicazioni della citata deliberazione n. 45 del 2011 del CIPE entro sei mesi dalla predetta data.

Con delibera, adottata ai sensi del predetto art. 176, c. 3, lett. e), il CIPE aggiorna le modalità di esercizio del sistema di monitoraggio finanziario di cui alla deliberazione n. 45 del 2011 del CIPE al fine di dare attuazione alle nuove previsioni e ne definisce i tempi di attuazione, sulla base anche di quanto previsto dai d.lgs. n. 228/2011 e n. 229/2011 29 dicembre 2011, e dalla delibera CIPE n. 124 del 2012.

3. Misure di semplificazione e accelerazione dei procedimenti e dei processi.

Possono annoverarsi in tale ambito le previsioni in materia di:

- meccanismi acceleratori di definizione delle questioni di irregolarità formali in gara (d.l. n. 90/2014)
- regole processuali sugli appalti pubblici (d.l. n. 90/2014)

Come è noto, una grossa fetta del contenzioso sulle procedure di aggiudicazione riguarda la fase di ammissione ed esclusione, in cui, da un lato, non di rado si assiste ad esclusioni fondate su questioni di carattere puramente formale, apparendo incerto l'ambito del c.d. **potere di soccorso istruttorio** previsto dall'art. 46, codice appalti, e, dall'altro lato, non di rado si assiste a contestazioni, da parte degli altri concorrenti, di alcune ammissioni in gara, contestazioni del pari fondate su vizi meramente formali.

A tale deriva il legislatore e la giurisprudenza hanno da tempo cercato di porre un argine, attraverso l'introduzione del **principio di tassatività delle cause di esclusione** (art. 46, c. 1-bis, codice), e attraverso una interpretazione volta a **dequotare i vizi formali** e a individuare l'ambito del soccorso istruttorio e delle cause di esclusione tassative (Cons. St., ad. plen., 25 febbraio 2014 n. 9; Id., 13 giugno 2012 n. 22; Id., 7 giugno 2012 n. 21).

Una recentissima ordinanza di rimessione alla plenaria (Cons. St., sez. III, 29 aprile 2014 n. 2214) aveva anche prospettato la possibilità di dequotare i vizi formali: sarebbe causa di esclusione solo l'accertata esistenza di cause ostative; ad essa si potrebbe equiparare la

radicale assenza di una dichiarazione, pur generica, dell'inesistenza delle cause ostative; altrimenti, ove l'ente appaltante ritenesse necessario disporre di informazioni più dettagliate, dovrebbe avvalersi dello strumento di cui all'art. 46, comma 1, del codice dei contratti.

Tuttavia la giurisprudenza non poteva spingersi oltre certi confini, a fronte del dato normativo. Da più parti si auspicava che nel corso della gara vi fosse una apposita fase in cui, garantiti contraddittorio e *par condicio*, si concedesse ai concorrenti un termine per sanare le irregolarità.

Ora il legislatore ha appunto previsto questo, peraltro non in termini generali, ma con un ambito duplice, in parte specifico e in parte generico:

- **l'ambito specifico**, quale si desume dal dato testuale e dalla collocazione sistematica, sono le autodichiarazioni dei concorrenti circa il possesso dei requisiti di carattere generale (art. 38, c. 2-bis, codice appalti);

- **l'ambito generico**, che dovrà, all'evidenza, essere riempito di contenuto nell'applicazione pratica, sono le "dichiarazioni" in gara, ai sensi del nuovo art. 46, c. 1-ter, codice appalti.

In entrambi i casi, oggetto di sanatoria sono un novero tendenzialmente esaustivo di vizi che insorgono in gara:

- **mancanza della dichiarazione;**

- **incompletezza della dichiarazione;**

- **"irregolarità essenziale"**, espressione piuttosto atecnica, atteso che ciò che l'irregolarità, in genere, si contrappone alla illegittimità (degli atti amministrativi) e alla nullità/annullabilità (degli atti privati); ma è evidente che essendo la nozione di irregolarità riferita a dichiarazioni di privati, ed essendo qualificata con l'aggettivo "essenziale" con essa si intende definire l'intero genus dei possibili vizi degli atti privati, ivi comprese nullità, annullabilità, irregolarità mera, e verosimilmente anche quei vizi di scuola che possono qualificarsi come inesistenza.

Restano fuori dalla possibilità di sanatoria le mancanze, incompletezze, irregolarità essenziali di atti diversi dalle dichiarazioni, quali le certificazioni e i documenti.

Si pensi, per tutti, alla **attestazione SOA**.

Resta la questione se per "**dichiarazione**" sanabile il legislatore intenda solo le "**attestazioni di scienza**" o anche le "**manifestazioni di volontà**".

Sembrerebbe da escludere l'estensione dell'ambito alle "manifestazioni di volontà" che comprendono, infatti, *in primis*, **l'offerta in gara**, intesa sia come offerta del prezzo, sia come offerta tecnica con le sue componenti anche progettuali. Non si può infatti ritenere che si possa sanare, con assegnazione di un termine aggiuntivo, la mancanza, incompletezza,

irregolarità essenziale dell'offerta. E' evidente lo sconquasso che ne deriverebbe sulla regolarità e segretezza delle operazioni di gara.

Non è poi chiaro, nel silenzio della legge, quale sia la **collocazione temporale** di questa fase di regolarizzazione.

Sicuramente essa potrà costituire una subfase all'interno procedimento di verifica della integrità dei plichi e documenti.

Però sarà possibile anche quando si procede alla verifica del possesso dei requisiti a campione, ovvero alla verifica del possesso dei requisiti nei confronti dell'aggiudicatario e del secondo classificato (art. 48, codice appalti).

Ancora, uno spazio potrebbe esserci nella fase di apertura dei plichi contenenti le offerte, e di esame delle offerte medesime e loro allegati. Anche qui, eventuali dichiarazioni di scienza mancanti, incomplete, irregolari, potrebbero essere sanate.

Quanto al percorso procedimentale di sanatoria, viene operata una distinzione tra mancanza o incompletezza di dichiarazioni non indispensabili, e irregolarità inessenziali da una parte, e mancanza, incompletezza e irregolarità essenziali, delle dichiarazioni sostitutive.

Nel primo caso (irregolarità non essenziali, ovvero mancanza o incompletezza di dichiarazioni non indispensabili), la stazione appaltante non ne richiede la regolarizzazione, né applica alcuna sanzione.

Nel secondo caso (mancanza, incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale delle dichiarazioni sostitutive sul possesso dei requisiti generali (previste al c. 2 dell'art. 38 codice appalti) si obbliga il concorrente che vi ha dato causa al pagamento, in favore della stazione appaltante, della sanzione pecuniaria stabilita dal bando di gara, in misura non inferiore all'uno per mille e non superiore all'uno per cento del valore della gara e comunque non superiore a 50.000 euro, il cui versamento è garantito dalla cauzione provvisoria. In tale ipotesi, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. In caso di inutile decorso del termine di cui al secondo periodo il concorrente è escluso dalla gara.

Tale disciplina, dettata nell'art. 38, c. 2-bis, codice appalti, con riferimento alle dichiarazioni sostitutive relative al possesso dei requisiti generali, viene estesa, dall'art. 46, c. 1-ter, codice appalti, del pari introdotto dal d.l. n. 90/2014, a ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità delle dichiarazioni, anche di soggetti terzi, che devono essere prodotte dai concorrenti in base alla legge, al bando o al disciplinare di gara.

Il meccanismo dell'assegnazione di un termine per la sanatoria, è accompagnato, come visto, dalla previsione di una sanzione pecuniaria: lo scopo è chiaro, ed è quello di responsabilizzare i concorrenti a rendere dichiarazioni il più possibile complete. Infatti, una indiscriminata possibilità di sanatoria senza penalità per l'errore, avrebbe incoraggiato condotte scorrette. I concorrenti sono resi edotti che l'errore commesso gli sarà perdonato, ma questo avrà un costo. La penalità è commisurata al valore della gara e verrà fissato dal bando, vi è però un tetto massimo di 50.000 euro.

La misura della penalità è garantita dalla cauzione provvisoria, e questo induce a ritenere che la stazione appaltante, quando assegna il termine per regolarizzare, determina la penalità dovuta e incamera direttamente la cauzione provvisoria fino a concorrenza della penalità medesima.

Vale a dire che la sanzione pecuniaria è direttamente correlata alla circostanza che il concorrente ha omesso una dichiarazione, o ha presentato una dichiarazione incompleta o affetta da irregolarità essenziale, e che la stazione appaltante invita a regolarizzare. E dunque la sanzione è dovuta anche ove il concorrente decida di non rispondere all'invito a regolarizzare. Potrebbe però accadere che il vizio della dichiarazione, o la sua mancanza, emerga nella seduta pubblica in cui il seggio di gara verifica il possesso dei requisiti. In quel contesto, il concorrente presente alla seduta, potrebbe dichiarare di rinunciare a partecipare alla gara: e ciò esimerebbe la stazione appaltante dall'invito a regolarizzare, e conseguentemente dall'applicare la sanzione.

Si tratta ora di verificare **l'impatto della nuova disciplina, da un lato, sull'ambito del potere di soccorso istruttorio** come descritto nell'art. 46, c. 1, codice appalti, e, dall'altro lato, sull'ambito della **tassatività delle cause di esclusione**, prevista nel citato art. 46, c. 1-bis.

La nuova disciplina comporta un parziale superamento dell'art. 46, c. 1, codice appalti, sul potere di soccorso istruttorio, e sulla sua interpretazione.

Infatti l'art. 46, c. 1, codice, che non è stato toccato dalla novella, dispone che le stazioni appaltanti invitano, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati. Poiché la previsione si riferisce al completamento della documentazione, o ai chiarimenti, la giurisprudenza ha sempre ritenuto che con il potere di soccorso non si potesse rimediare alla mancata produzione di documenti o dichiarazioni o certificati previsti a pena di esclusione. Da ultimo la plenaria n. 9/2014 ha affermato che nelle procedure di gara disciplinate dal codice dei contratti pubblici, il "potere di soccorso" sancito dall'art. 46, c. 1, del medesimo codice -

sostanzandosi unicamente nel dovere della stazione appaltante di regolarizzare certificati, documenti o dichiarazioni già esistenti ovvero di completarli ma solo in relazione ai requisiti soggettivi di partecipazione, chiedere chiarimenti, rettificare errori materiali o refusi, fornire interpretazioni di clausole ambigue nel rispetto della par condicio dei concorrenti - non consente la produzione tardiva del documento o della dichiarazione mancante o la sanatoria della forma omessa, ove tali adempimenti siano previsti a pena di esclusione dal codice dei contratti pubblici, dal regolamento di esecuzione e dalle leggi statali.

Sia la portata dell'art. 46, c. 1, che la sua interpretazione declinata dalla plenaria n. 14/2014, sono parzialmente superate, con specifico riferimento alle dichiarazioni, sostitutive (art. 38, c. 2-bis) o di altro genere (art. 46, c. 1-ter). Infatti la loro mancanza, o la loro incompletezza o irregolarità formale "essenziale", prima ritenute insanabili, potranno ora essere sanate, entro il termine perentorio, non superiore a 10 giorni, che la stazione appaltante assegnerà. La esclusione sarà possibile solo in caso di inutile decorso del termine, da intendersi nel duplice senso di inerzia del concorrente, o di produzione di una dichiarazione che continua ad essere viziata.

Fuori da tale ipotesi, per certificati e documenti, la mancanza o irregolarità essenziale non potranno essere sanate.

E, d'altro canto, il potere di soccorso istruttorio diventerà superfluo per mancanze, incompletezze o irregolarità inessenziali, riferite a dichiarazioni, per le quali la stazione appaltante non dovrà richiedere la regolarizzazione.

La nuova disciplina incide dunque sull'art. 46, c. 1 quanto all'ambito di applicazione nel duplice senso che:

- la p.a. dovrà prestare il soccorso istruttorio anche in caso di dichiarazioni mancanti, o affette da vizi essenziali;
- la p.a. non dovrà prestare il soccorso istruttorio, perché superfluo, in caso di dichiarazioni la cui mancanza o incompletezza o irregolarità siano inessenziali.

La nuova disciplina incide sull'art. 46, c. 1 anche quanto al procedimento. Infatti nell'invito a regolarizzare, di cui all'art. 46, c. 1, le stazioni appaltanti dovranno seguire il procedimento di cui all'art. 38, c. 2-bis, codice, ossia assegnare un termine per la regolarizzazione, e applicare la sanzione prevista.

Chiarito il rapporto tra nuova disciplina e soccorso istruttorio, occorre verificare l'impatto della nuova disciplina sul principio di tassatività delle cause di esclusione.

La nozione di cause di esclusione tassative, come prevista dal codice e interpretata dalla giurisprudenza, conserva la sua attualità perché aiuta a delimitare mancanze, incompletezze e irregolarità essenziali rispetto a quelle non essenziali.

Giova ricordare che la plenaria n. 14/2014 aveva affermato che sono legittime ai sensi dell'art. 46, c. 1-bis, codice, le clausole dei bandi di gara che prevedono adempimenti a pena di esclusione, anche se di carattere formale, purché conformi ai tassativi casi contemplati dal medesimo c., nonché dalle altre disposizioni del codice dei contratti pubblici, del regolamento di esecuzione e delle leggi statali.

La nuova disciplina non impatta sulla individuazione delle cause di esclusione con criteri di tassatività, operando a valle di tale individuazione: ove vi sia una omissione, incompletezza, irregolarità di dichiarazione, che ha carattere essenziale (in applicazione della disciplina sulla tassatività), il procedimento non sfocia più inevitabilmente nella esclusione, atteso che si apre una subfase volta alla sanatoria e determinazione, irrogazione e incameramento della sanzione.

La previsione normativa che consente la sanatoria di ogni "irregolarità essenziale" delle dichiarazioni, pur non toccando, formalmente, l'ambito delle cause di esclusione, e il principio di tassatività, di fatto sdrammatizza e di molto il problema di individuare le cause di esclusione.

Infatti, d'ora in poi, il confine tra vizi a pena di esclusione e non, non è più il confine tra la morte e la vita, ossia tra la esclusione e la non esclusione (almeno in prima battuta), ma il confine tra necessità o meno di regolarizzare, tra debenza o meno della sanzione pecuniaria.

E' allora da prevedere che il contenzioso sui vizi formali e non della fase di ammissione in gara, cambierà qualità:

- non si discuterà più tanto di doveroso o mancato esercizio del potere di soccorso istruttorio, ovvero di vizio escludente o non escludente, ma di assolvimento o meno da parte della stazione appaltante dell'invito a sanare, di debenza o meno della pena pecuniaria.

E il contenzioso sarà attivato, come già oggi accade, sia dal concorrente che è incorso nel vizio della dichiarazione, sia dagli altri concorrenti.

Il primo, a fronte di un invito a regolarizzare, tenderà a sostenere che il vizio non è essenziale, per non pagare la sanzione pecuniaria.

Gli altri, tenderanno a sostenere che la stazione appaltante ha qualificato come non essenziale un vizio essenziale, ovvero ha ritenuto irrilevante una mancanza o incompletezza di dichiarazione.

Certo, questo tipo di contenzioso non potrà ostacolare il regolare corso delle gare come in passato: il concorrente che si duole solo di aver pagato una sanzione pecuniaria non dovuta, non solo non potrà ostacolare la gara, ma nemmeno spuntare una sospensione cautelare trattandosi solo di questione patrimoniale. Quanto agli altri concorrenti, che contestino, nei confronti dell'aggiudicatario, che non è stato invitato a regolarizzare una dichiarazione, con tale contestazione mai potranno ottenere una sospensione della gara: infatti un conto è, come sinora accaduto, contestare che l'aggiudicatario ha omesso una dichiarazione imposta a pena di esclusione, il che ne implicherebbe l'esclusione, un conto è contestare che l'aggiudicatario ha omesso una dichiarazione, quando, ove comprovato in esito al giudizio, l'unica conseguenza è che l'aggiudicatario vada invitato a regolarizzare.

Piuttosto, per evitare inutili complicazioni di giudicati che si limitino a dire che la stazione appaltante deve invitare il concorrente a regolarizzare, salvo poi a escluderlo se non regolarizza, si dovrà immaginare, a fronte di tali tipi di contestazioni in giudizio, che il giudice assegni, in corso di giudizio, un termine alla p.a. per invitare il concorrente a regolarizzare e verificare il corretto adempimento da parte del concorrente medesimo. Chiusa tale fase, il giudice verificherà se è cessata la materia del contendere o i ricorrenti ritengano di articolare motivi aggiunti.

Ulteriore regola di semplificazione è quella secondo cui ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte non rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte. Si tratta di una previsione apparentemente poco chiara, il cui scopo precipuo è prevenire contenziosi sollevati da concorrenti (diversi dal secondo e primo classificato) che impugnano l'altrui esclusione/dalla o ammissione/alla gara, al precipuo fine di far rideterminare medie e soglie di anomalia. In sostanza si dà un duro colpo al c.d. interesse strumentale (che è quello di chi impugna l'altrui ammissione o esclusione dalla gara con riferimento a soggetti diversi dall'aggiudicatario, non già perché in caso di vittoria si aggiudica direttamente la gara in quanto concorrente che segue in graduatoria l'aggiudicatario, ma perché così acquisisce una *chance* derivante dalla necessità di ricalcolare medie o rideterminare soglie di anomalia.

Tale regola, pertanto, disinnesci questo tipo di contenzioso.

Sul piano transitorio, la nuova disciplina si applicherà solo alle procedure di affidamento indette successivamente alla data di entrata in vigore del decreto legge. Tale opzione rallenterà di molto gli effetti benefici della disposizione, che non può essere applicata alle gare in corso. Sarebbe forse stato opportuno un regime transitorio diverso, che estendesse la

nuova disciplina anche alle gare in corso, che non fossero ancora giunte alla fase di verifica della completezza delle produzioni documentali (c.d. fase di apertura della busta A).

In una prospettiva *de iure condendo*, la nuova disciplina in qualche modo anticipa il recepimento delle nuove direttive comunitarie in materia di appalti, che introducono una nuova unica dichiarazione sostitutiva, denominata documento di gara unico europeo (DGUE) che consiste in un'autodichiarazione aggiornata come prova documentale preliminare in sostituzione dei certificati rilasciati da autorità pubbliche o terzi in cui si conferma che l'operatore economico in questione soddisfa le condizioni di partecipazione (art. 59, direttiva 2014/24).

4. Come accennato, viene ridisegnato il rito appalti con norme processuali acceleratorie.

Mentre la dequotazione dei vizi delle dichiarazioni con la possibilità di sanatoria è misura che merita plauso indiscusso, le novità sul rito appalti suscitano più di una perplessità.

Giova ricordare in modo sintetico che il rito appalti ha conosciuto vicende travagliate, essendo stato ritoccato più volte, sempre in nome di “emergenze” e bisogno di far presto.

Appartengono ormai al passato remoto sia le disposizioni processuali di cui all'art. 31-bis, l. Merloni sia il rito speciale di cui al d.l. n. 67/1997.

Appartiene al passato, sia pure prossimo, anche il rito dell'art. 23-bis, l. Tar, introdotto dalla l. n. 205/2000 e abrogato, per quanto riguarda gli appalti, dal d.lgs. n. 53/2010, recante recepimento della direttiva ricorsi, che ha novellato il d.lgs. n. 163/2006.

Ma a sua volta la novella processuale del d.lgs. n. 163/2006, se pure non è vissuta un solo giorno come le rose di una nota canzone, ha avuto comunque vita brevissima, dal 27 aprile al 15 settembre 2010, avendo subito un'abrogazione (sia pure travestita da modifica degli articoli) ad opera del codice del processo amministrativo (art. 3, c. 19, disp. coord. e abr., c.p.a.).

Se le disposizioni in tema di sorte del contratto, sanzioni alternative, tutela risarcitoria, hanno subito solo un trasloco con ritocchi minimi, dal d.lgs. n. 163/2006 al codice del processo amministrativo, invece il nuovo rito processuale sui pubblici appalti (già art. 245, d.lgs. n. 163/2006) dopo la sua vita brevissima dal 27 aprile 2010 al 15 settembre 2010, è stato trasferito dal d.lgs. n. 163/2006 al c.p.a. (art. 120) con sensibili modificazioni che ne hanno fatto un'entità profondamente diversa.

Ora il d.l. n. 90/2014 segna un parziale ritorno a quel regime introdotto dal d.lgs. n. 53/2010 e che visse, come visto, meno di cinque mesi.

Non può poi trascurarsi il dato di fondo che il regime delle controversie in materia di appalti è strettamente condizionato dall'ordinamento dell'Unione Europea, che, in deroga al principio generale comunitario di autonomia processuale degli Stati membri, a partire dal 1989 è intervenuto con norme processuali cogenti per garantire una tutela effettiva contro le violazioni comunitarie sulle procedure di affidamento, poste a tutela della concorrenza e del mercato.

Infatti le due “direttive ricorsi” 89/665/CEE e 92/13/CEE, poi modificate in modo pregnante dalla direttiva 2007/66/CE, hanno trovato attuazione in Italia sia con le disposizioni processuali sopra ricordate, sia, e in modo sistematico, con il citato d.lgs. n. 53/2010, trasfuso poi, con modificazioni, negli artt. 120 ss. c.p.a.

Sicché ogni intervento del legislatore italiano sul rito appalti e sulla tutela cautelare, deve necessariamente passare il vaglio della compatibilità comunitaria.

E' con tali coordinate ermeneutiche che andranno vagliate le norme, contenute nel d.l. n. 90/2014, in tema di temporalizzazione della tutela cautelare e di indefettibilità della cauzione.

Sul piano sistematico e della razionalità organizzativa, poi, il rito appalti era già un rito celere, le ulteriori misure previste difficilmente potranno renderlo più veloce, sia per l'oggettiva complessità del contenzioso, sia perché le risorse umane sono rimaste invariate, e i carichi di lavoro dei magistrati e del personale di segreteria difficilmente consentiranno una accelerazione ulteriore, se non a scapito o della qualità del lavoro, o della decisione tempestiva di altri tipi di contenzioso.

Se già in passato si criticava la creazione di “corsie preferenziali” per certi tipi di contenzioso, che inevitabilmente rallentano le altre materia, la critica oggi va riconfermata.

E' anche censurabile l'aver imposto termini stringatissimi per la decisione, e aver generalizzato la decisione “in forma semplificata”, senza aver imposto anche la “semplificazione del ricorso”, che doveva passare quanto meno per la imposizione rigorosa del principio di sinteticità degli scritti di parte.

E' vero che tale principio è enunciato in modo generale nel c.p.a. (art. 3), ma si tratta di principio non declinato in termini concreti di tecnica di redazione degli atti e di loro misura quantitativa, e soprattutto la violazione del principio non è sanzionata e sanzionabile. Sicché il principio è sino ad oggi rimasto lettera morta.

Una prima versione del d.l. prevedeva specificamente, nella novella del rito appalti, che gli atti di parte fossero sintetici, e demandava al Presidente del Consiglio di Stato il compito di fissare misure quantitative, sentiti il CNF e l'Avvocato generale dello Stato.

La previsione è scomparsa nel testo finale del d.l.

Sarebbe quanto mai auspicabile il reinserimento in conversione, con la precisazione che non è solo questione di “limiti quantitativi” dell’atto di parte, ma anche e soprattutto di corretta tecnica di redazione, secondo un *format* in cui sia ben chiara la distinzione tra fatto e diritto, e la individuazione delle questioni di rito e di merito, e delle specifiche domande del ricorrente. Venendo al commento specifico dell’articolato, le nuove regole processuali incidono, in una prospettiva acceleratoria, sui tempi di decisione e deposito della sentenza, e sulla fase cautelare.

Quanto ai tempi di decisione, la previsione sinora vigente stabilisce che se la causa non viene definita nel merito già nella fase cautelare, delle due l’una: o l’udienza di merito è fissata dal collegio della fase cautelare, ovvero viene fissata d’ufficio (dal presidente) “immediatamente e con assoluta priorità”.

Vi è già dunque un onere di fissare l’udienza di decisione con immediatezza e priorità assoluta. Ma si tratta ovviamente di termini ordinatori, che sono in concreto declinati tenendo conto dei ruoli e carichi di lavoro.

Si deve per memoria storica ricordare che l’art. 120 c.p.a. nella formulazione sopra ricordata è in vigore dal 16 settembre 2010 e sostituisce una previgente disciplina che era stata introdotta in quello stesso anno, il 2010, dal d.lgs. n. 53/2010 di recepimento della c.d. direttiva ricorsi n. 2007/66.

Ebbene questa previgente disciplina (era l’art. 245 codice appalti) era stata costruita nella stessa direzione in cui si muove oggi il d.l., ossia con fissazione di un termine certo entro cui l’udienza di merito dovesse essere celebrata. Si stabiliva infatti che *“il processo, ferma la possibilità della sua definizione immediata nell’udienza cautelare ove ne ricorrano i presupposti, viene comunque definito ad una udienza fissata d’ufficio e da tenersi entro sessanta giorni dalla scadenza del termine per la costituzione delle parti diverse dal ricorrente. Della data di udienza è dato avviso alle parti a cura della segreteria, anche a mezzo fax o posta elettronica, almeno venti giorni liberi prima della data dell’udienza. In caso di esigenze istruttorie o quando è necessario integrare il contraddittorio o assicurare il rispetto di termini a difesa, la definizione del merito viene rinviata, con l’ordinanza che dispone gli adempimenti istruttori o l’integrazione del contraddittorio o dispone il rinvio per l’esigenza di rispetto dei termini a difesa, ad una udienza da tenersi non oltre sessanta giorni”*.

Tale disciplina venne volutamente superata dal c.p.a. con la previsione più generica della fissazione della udienza immediatamente e con priorità assoluta, per garantire una maggiore flessibilità nella gestione dei carichi.

Ora l'odierno d.l. è un sostanziale ritorno al passato, perché ripristina esattamente questa disciplina, con la sola differenza che il termine di decisione passa da 60 a 30 giorni. Infatti stabilisce che se il giudizio non è definito immediatamente all'udienza cautelare, viene comunque definito con sentenza in forma semplificata ad una udienza fissata d'ufficio e da tenersi entro trenta giorni dalla scadenza del termine per la costituzione delle parti diverse dal ricorrente. Della data di udienza è dato immediato avviso alle parti a cura della segreteria, a mezzo posta elettronica certificata. In caso di esigenze istruttorie o quando è necessario integrare il contraddittorio o assicurare il rispetto di termini a difesa, la definizione del merito viene rinviata, con l'ordinanza che dispone gli adempimenti istruttori o l'integrazione del contraddittorio o dispone il rinvio per l'esigenza di rispetto dei termini a difesa, ad una udienza da tenersi non oltre trenta giorni.

Si deve osservare che il termine di 60 giorni previsto dal d.lgs. n. 53/2010 era più realistico di quello di 30 previsto dal d.l. n. 90/2014, perché teneva conto di quello che accade normalmente nella prassi del contenzioso appalti, ossia la quasi ineluttabilità che al ricorso principale seguano motivi aggiunti e ricorsi incidentali, che fanno slittare in avanti i termini a difesa.

Pertanto il termine di 30 giorni enunciato dal d.l. n. 90/2014, rischia di essere un mero **slogan pubblicitario da televendita “processo sugli appalti in 30 giorni”** che non avrà alcuna applicazione concreta.

Prima di parlare della forma della sentenza, enunciata sempre nel c. 6, per ragioni sistematiche è bene prima parlare dei tempi della sentenza, disciplinati nel c. 9.

Il sinora vigente c. 9 dispone che il dispositivo della sentenza è pubblicato entro sette giorni dalla data di deliberazione. A questo si aggiunge la regola generale sul dimezzamento di tutti i termini processuali (combinato disposto dell'art. 120 c. 3, dell'art. 119 c. 2 e dell'art. 89 c. 1, c.p.a.), in base alla quale il termine di redazione della sentenza è di 23 giorni dal giorno in cui la causa è decisa.

Il novellato c. 9 dispone che il Tribunale amministrativo regionale deposita la sentenza con la quale definisce il giudizio entro venti giorni dall'udienza di discussione, ferma restando la possibilità di chiedere l'immediata pubblicazione del dispositivo entro due giorni.

La formulazione *“ferma restando la possibilità di chiedere l'immediata pubblicazione del dispositivo entro due giorni”*, al di là della sua non del tutto perspicua espressione letterale, va intesa nel senso che ciascuna parte può chiedere che sia pubblicato il dispositivo, e in tal caso il giudice deve pubblicarlo entro due giorni dall'udienza di discussione. Non avrebbe senso logico una interpretazione letterale, in base alla quale “la parte chiede, entro due giorni,

l'immediata pubblicazione del dispositivo". E però, a voler cavillare, immediata pubblicazione e due giorni di tempo per la pubblicazione, non sono esattamente la stessa cosa. La pubblicazione del dispositivo, che era indefettibile sinora, diventa ora doverosa solo se c'è istanza di parte: si torna così al regime generale contenuto nell'art. 119 c.p.a. e applicabile nel giudizio di appello nel rito appalti.

Si riduce poi il termine per il dispositivo da sette a due giorni, e per la sentenza da 23 a 20 giorni.

La riduzione del termine per il dispositivo da sette a due giorni, in disparte il carattere ordinatorio di entrambi i termini, non tiene adeguato conto della complessità delle liti sugli appalti. Non sempre una controversia può essere decisa in due giorni, e comunque ciò avviene, a risorse umane invariate, a scapito di altri contenziosi. In ogni caso il margine di errore aumenta.

In termini più generali, è censurabile la frammentazione tra dispositivo e sentenza, che fa aumentare il margine di errore, ma questo è un vizio non del d.l. ma già degli artt. 119 e 120 c.p.a.

La riduzione dei tempi del dispositivo è però compensata dal fatto che la pubblicazione è doverosa solo se lo chiede una parte.

Cambia, poi, almeno formalmente, il *dies a quo*, e anche l'adempimento richiesto nel termine: infatti il termine per la sentenza decorre per regola generale dal passaggio della causa in decisione (art. 89 c.p.a.), la nuova disciplina formalmente prevede un *dies a quo* diverso, che è quello dell'udienza di discussione.

Ora, nella normalità dei casi i due momenti, vale a dire udienza di discussione e passaggio in decisione, coincidono. Può però verificarsi uno sfalsamento se il collegio, che delibera dopo l'udienza di discussione, ha in prosieguo un ripensamento e riporta la causa sul ruolo in decisione: è la c.d. doppia camera di consiglio.

Ora, questa prassi (che per dirla tutta talora ha avuto degenerazioni, essendo stata utilizzata per non incorrere nel ritardo nel deposito delle decisioni), non può essere eliminata per i casi in cui è realmente necessaria, ma va doverosamente messa su binari di legalità e trasparenza.

Nulla quaestio, ovviamente, se la doppia camera di consiglio si fa a distanza ravvicinatissima e non impedisce che la decisione sia presa entro il termine di 20 giorni.

Ma ove ciò fosse impossibile, per rispettare la regola che ancora il *dies a quo* della decisione alla udienza di discussione, occorrerà che il meccanismo della doppia camera di consiglio sia accompagnato dalla doppia udienza. Ossia, se il collegio ha, dopo la prima deliberazione, un

dubbio che impone di riunire nuovamente il collegio in camera di consiglio, dovrà anche fissarsi una nuova udienza di discussione con l'invito alle parti a partecipare.

Non sembra che questo *modus operandi* trovi ostacolo nella legge, che non impone che ci sia una sola udienza di discussione, sebbene questa dovrebbe essere la regola tendenziale.

Quanto, poi, a ciò che va fatto nel termine di 20 giorni, la regola generale è che nel termine assegnato al giudice per la sentenza, questa vada "redatta", che è cosa diversa dal "deposito".

Per redazione si intende, infatti, che il giudice relatore trasmetta (con il sistema informatico) la minuta al Presidente, e che il Presidente riveda la minuta e la trasmetta in segreteria. Il deposito, invece, implica la pubblicazione della sentenza (art. 89, c. 2 c.p.a.).

Ora la nuova disciplina richiede che nel termine di 20 giorni non ci sia solo l'adempimento dell'art. 89 c. 1, c.p.a. (redazione della sentenza da parte del giudice), ma anche quello dell'art. 89, c. 2 c.p.a. (pubblicazione della sentenza a cura del segretario di udienza).

La previsione, nel novellato c. 6, della definizione con sentenza in forma semplificata, sembra ridondante e fonte di dubbi esegetici, atteso che già questo è scritto nel vigente c. 10. Solo che il c. 10 afferma che la sentenza è redatta, "ordinariamente" in forma semplificata, il nuovo c. 6 sembra generalizzare tale forma senza lasciare un margine di apprezzamento al giudice.

La modifica normativa prevedibilmente non avrà alcuna conseguenza pratica: a fronte di contenziosi complessi, quali sono ordinariamente quelli sugli appalti, e a fronte di scritti difensivi che quasi sempre raggiungono e superano le centinaia di pagine, soprattutto se non si imporrà un limite quantitativo agli scritti di parte, la tecnica di redazione delle sentenze resterà quella ordinaria.

La imposizione della forma semplificata della sentenza può anche essere letta come una rete di protezione per i giudici, a compensazione del gravoso onere di decidere entro 30 giorni e pubblicare il dispositivo entro due giorni e la sentenza entro 20.

Infatti, potranno rispettare tali termini scrivendo sentenze in forma semplificata anziché in forma ordinaria, con un minor rischio di incorrere in vizi revocatori. Infatti potranno decidere con la tecnica del sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo, con assorbimento, legalmente autorizzato, dei motivi ritenuti non risolutivi.

Quanto alla fase cautelare, la novità è la generalizzazione della misura della cauzione e la temporalizzazione della misura cautelare. Viene nell'art. 120 aggiunto un c. 8-bis a tenore del quale il collegio, quando dispone le misure cautelari, ne subordina l'efficacia alla prestazione, anche mediante fideiussione, di una cauzione, salvo che ricorrano gravi ed eccezionali ragioni specificamente indicate nella motivazione dell'ordinanza che concede la misura cautelare. Tali misure sono disposte per una durata non superiore a sessanta giorni dalla pubblicazione della

relativa ordinanza, fermo restando quanto stabilito dal c. 3 dell'art. 119, vale a dire la fissazione dell'udienza di merito quando viene concessa misura cautelare.

La temporalizzazione della tutela cautelare che non può eccedere i 60 giorni non dà luogo a censure di costituzionalità e di compatibilità comunitaria perché il legislatore la accompagna con un meccanismo che dovrebbe assicurare che entro 60 giorni sopraggiunga la decisione di merito. Ma ove così non fosse, una interpretazione costituzionalmente e comunitariamente orientata impone di ritenere che scaduta la prima misura cautelare, la relativa istanza possa essere reiterata.

Quanto alla indefettibilità della cauzione, imposta dal d.l. n. 90/2014, essa non mancherà di suscitare perplessità di ordine comunitario.

Essa infatti non è contemplata dalle c.d. direttive ricorsi.

La direttiva 2007/66 esige che gli Stati membri garantiscano che l'organo chiamato a decidere possa "prendere con la massima sollecitudine e con procedura d'urgenza provvedimenti cautelari intesi a riparare la violazione denunciata o ad impedire che altri danni siano causati agli interessi coinvolti, compresi i provvedimenti intesi a sospendere o a far sospendere la procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico o l'esecuzione di qualsiasi decisione presa dall'amministrazione aggiudicatrice";

E per converso consente un bilanciamento di interessi, nel senso che il giudice possa tener conto delle probabili conseguenze dei provvedimenti cautelari per tutti gli interessi che possono essere lesi, nonché per l'interesse pubblico e decidere di non accordare tali provvedimenti qualora le conseguenze negative possano superare quelle positive.

Ma ove, in base a tale bilanciamento, la misura cautelare vada accordata, la previsione indefettibile di una cauzione potrebbe essere interpretata come una regola che rende eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti e l'effettività della tutela, comunitariamente imposta.

Sul piano strettamente esegetico, poi, è poco chiaro che si intenda per subordinazione a cauzione non già della concessione della misura cautelare, come dice in termini generali l'art. 55 c. 2 c.p.a., ma della sua sola "efficacia".

Sul piano transitorio, viene dettata una disciplina "eccentrica" rispetto a quella di solito dettata per il processo amministrativo.

Infatti anche quando è stato varato il c.p.a. si è scelto di applicare la regola generale *tempus regit actus*, per cui la nuova disciplina processuale si applica anche ai processi in corso, ovviamente per le fasi processuali non ancora insorte.

Ora, invece, si stabilisce che le nuove disposizioni si applicano ai giudizi introdotti con ricorso depositato, in primo grado o in grado di appello, in data successiva alla data di entrata in vigore del decreto legge.

Questo crea un censurabile doppio regime delle liti sugli appalti, a seconda che promosse prima o dopo la data di entrata in vigore del d.l.

Da notare che la norma transitoria è l'unica in cui si menzionano i "giudizi di appello" in materia di appalti.

Il che fa porre la questione dell'ambito di applicazione dei nuovi commi 6, 8-bis e 9 ai giudizi di appello.

Ora, si noti che la novella non tocca il c. 11 dell'art. 120, che è la previsione che indica quali commi dell'art. 120 si applicano in appello: restano richiamati i commi 3, 6, 8 e 10.

Se ne desume che:

- si applica in appello il novellato c. 6, sulla decisione entro 30 giorni;
- non si applica il nuovo c. 8-bis, sulla cauzione e temporalizzazione della misura cautelare, il che è evidentemente una irrazionalità e probabilmente un refuso; in parte qua il c. 11 dell'art. 120 andrebbe integrato con il richiamo del c. 8-bis;
- non si applica il c. 9 sul termine di pubblicazione di sentenza e dispositivo: con una evidente irrazionalità, in appello resterebbe il termine di 23 giorni per la sentenza e 7 per il dispositivo, con la diversa decorrenza dal passaggio in decisione e non dall'udienza di discussione, e con l'onere di redigere e non anche di pubblicare, entro tali termini, sentenza e dispositivo. Si noti che a suo tempo il mancato richiamo, nel c. 11, del c. 9, fu voluto, al fine di evitare la indefettibilità della pubblicazione del dispositivo in fase di appello, e lasciare la regola generale della pubblicazione solo su richiesta di parte, ai sensi dell'art. 119 c. 5, richiamato dall'art. 120 c. 3, a sua volta richiamato dall'art. 120 c. 11. Ora, però, l'art. 120 c. 9 non si occupa più solo di pubblicazione del dispositivo, ma anche di termine di pubblicazione della sentenza. Per rimediare a tale guazzabuglio le strade sono due: o si elimina dall'art. 120 c. 9 la questione del termine di pubblicazione della sentenza (e sembra la soluzione preferibile), lasciando solo il termine di pubblicazione del dispositivo, o si aggiunge nel c. 11 il richiamo del c. 9.

In conclusione, le nuove regole processuali appaiono criticabili sotto più profili:

- a) sostanziale inutilità del termine di 30 giorni per la decisione della causa;
- b) sostanziale inutilità della riduzione del termine per il dispositivo da sette a due giorni e per la sentenza da 23 a 20 giorni;
- c) dubbi di compatibilità comunitaria della misura della cauzione indefettibile;

- d) disallineamento tra rito del primo grado e rito dell'appello;
- e) eccentricità del regime transitorio;
- f) mancata previsione di una regola concreta di sinteticità degli atti di parte.