

03 Giu 2020

Roberto Mangani

Nel serrato dibattito che si sta sviluppando in questi giorni in merito agli interventi normativi che dovrebbero accompagnare la fase post – emergenza al fine di accelerare gli investimenti pubblici in infrastrutture si sono succedute e spesso sovrapposte, in maniera talvolta confusa, diverse proposte. Da un lato è stata sollecitata una riforma, più o meno incisiva, del Codice dei contratti pubblici – il D.lg. 50/2016 - sostanzialmente in un'ottica di semplificazione e accelerazione delle procedure di gara.

In una diversa prospettiva viene da molte parti invocato il "modello Genova", cioè il sistema, fondato sulla nomina di un Commissario ad hoc, con cui è stata realizzata la ricostruzione del Ponte Morandi, ritenuto sinonimo di efficienza almeno sotto il profilo dei tempi di realizzazione (il profilo dei costi resta in realtà sullo sfondo).

Nella medesima logica si fa riferimento spesso al "modello commissari", talvolta sovrapponendolo – in maniera non corretta – con il "modello Genova", considerato anch'esso idoneo ad accelerare la realizzazione degli interventi.

Questo dibattito non sempre sembra partire da una corretta considerazione e compiuta conoscenza del quadro normativo. Appare quindi utile operare una ricostruzione del "modello Genova" e del "modello commissari" in relazione alle norme di riferimento, che consenta di svolgere qualche considerazione sulle loro effettive caratteristiche e sulla loro utilizzabilità in termini più o meno generalizzati.

## **Il «modello Genova»**

La norma di riferimento è costituita dall'articolo 1 del Decreto legge 109/2018, convertito nella legge 130/2018.

In relazione allo specifico evento rappresentato dal crollo del Ponte Morandi la norma ha previsto la nomina, con apposito Dpcm, di un Commissario straordinario per la ricostruzione. Al Commissario è demandato il compito di provvedere, in via d'urgenza, alla progettazione, affidamento e ricostruzione dell'infrastruttura e al ripristino del connesso sistema viario.

Per svolgere i compiti ad esso attribuiti il Commissario agisce in deroga a ogni disposizione di legge diversa da quella penale, fatto salvo il rispetto della legislazione antimafia e dei vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea. Inoltre, è titolare di poteri semplificatori per ciò che attiene alle occupazioni di urgenza e alle espropriazioni.

In sintesi, la norma primaria: a) non prevede alcun potere speciale in tema di accelerazioni procedurali, e quindi ai fini del rilascio di pareri, autorizzazioni, assensi, etc.; b) consente che l'affidamento dei servizi, della progettazione e dei lavori avvenga nel solo rispetto dei vincoli derivanti dalla normativa comunitaria, nonché degli adempimenti propri della normativa antimafia.

Sulla base di questo quadro normativo il Commissario straordinario ha proceduto ai relativi affidamenti ricorrendo a una procedura negoziata senza preventiva pubblicità, ai sensi dell'articolo 32 della Direttiva UE 2014/24. Questa disposizione consente di utilizzare questa procedura – in deroga alle regole generali che prevedono il ricorso alle procedure aperte,

ristretta e negoziata con pubblicità – solo in presenza di circostanze puntualmente indicate dalla norma, tra cui appunto l'urgenza.

Il Commissario straordinario, sul presupposto del carattere urgente dell'intervento – richiamato anche dalla norma primaria – ha proceduto a una negoziazione diretta con un numero ristretto di operatori, che avevano manifestato il loro interesse sulla base di una sollecitazione informale del mercato.

Va peraltro evidenziato che la modalità di affidamento indicata è prevista anche dalla legislazione nazionale, posto che l'urgenza – estrema e non imputabile all'ente appaltante in relazione a eventi imprevedibili - è appunto considerata condizione che legittima il ricorso alla procedura negoziata senza pubblicità (articolo 63, comma 2, lettera c), D.lgs. 50/2016).

La breve sintesi riportata rende evidente che vi sono due profili che rendono il così detto "modello Genova" non replicabile in larga scala.

In primo luogo nel caso del Ponte Morandi si trattava di ricostruire un'infrastruttura già esistente e non di realizzarla ex novo. Ciò ha comportato che i profili autorizzatori – pareri, assensi, nulla osta, etc. – fossero di molto ridotti, mentre nelle situazioni ordinarie essi costituiscono uno degli aspetti più critici ai fini della celerità del processo realizzativo dell'opera.

Il secondo elemento peculiare è rappresentato dal carattere dell'urgenza che ha connotato l'intervento. In mancanza di tale carattere non sarebbe stato legittimo ricorrere alla procedura negoziata senza pubblicità, giacché i vincoli derivanti dalla normativa comunitaria avrebbero comunque imposto il ricorso a una delle procedure ordinarie (aperta, ristretta, negoziata con pubblicità).

#### **Il «modello Commissari»**

La figura dei Commissari straordinari ai fini di accelerare la realizzazione di opere pubbliche non costituisce una novità nel nostro ordinamento, essendo già stata prevista nel tempo da una serie di norme speciali.

La norma più recente è quella contenuta nell'articolo 4 del Decreto legge 32/2019 (c.d. Decreto sblocca cantieri). In particolare il comma 1 stabilisce che per determinati interventi infrastrutturali ritenuti prioritari il Presidente del Consiglio nomina uno o più Commissari straordinari.

Ai Commissari straordinari sono attribuiti poteri speciali per l'approvazione dei progetti. Tale approvazione – che deve intervenire d'intesa con i Presidenti delle Regioni o delle Province autonome territorialmente competenti – sostituisce ogni autorizzazione, parere, visto e nulla osta necessari per l'avvio e la prosecuzione dei lavori, ad eccezione di quelle relativi alla tutela culturale e paesaggistica, per i quali è comunque previsto un termine per il rilascio da parte dei soggetti competenti con un meccanismo di silenzio assenso, nonché quelli relativi alla tutela ambientale.

Sotto il profilo degli affidamenti, i Commissari straordinari svolgono le funzioni di stazione appaltante e possono operare in deroga alla normativa sui contratti pubblici, con il solo obbligo di rispettare la legislazione antimafia e i vincoli di derivazione comunitaria.

In sostanza i poteri speciali attribuiti ai Commissari operano sotto un duplice profilo: a) accelerazione di tutti i procedimenti autorizzatori funzionali alla realizzazione dell'infrastruttura; b) possibilità di procedere agli affidamenti nel rispetto esclusivamente delle Direttive comunitarie (e non della legislazione nazionale).

Sotto quest'ultimo profilo diventa fondamentale verificare cosa in effetti comporti la deroga introdotta, cioè la possibilità di non applicare il D.lgs. 50/2016 ma solo ed esclusivamente la Direttiva Ue 2014/24.

Relativamente alle procedure utilizzabili, la Direttiva Ue prevede il ricorso in via ordinaria alle procedure aperte, ristrette e negoziate con preventiva pubblicità. La procedura negoziata senza pubblicità – quella utilizzata per il ponte Morandi – è ammessa solo per ipotesi molto specifiche. La Direttiva prevede inoltre adeguate forme di pubblicità e il rispetto di determinate tempistiche per lo svolgimento della procedura.

Sotto questo profilo non vi sono differenze sostanziali con le previsioni del D.lgs. 50. Così come, in linea generale, le regole vigenti a livello comunitario in tema di qualificazione degli operatori economici, cause di esclusione e criteri di aggiudicazione non sono molto dissimili, nella loro impostazione di fondo, da quelle presenti a livello nazionale.

D'altra parte, il D.lgs. 50 rappresenta la trasposizione delle corrispondenti norme comunitarie, per cui è evidente che per gli aspetti di carattere generale le relative previsioni coincidano.

Ne consegue che la diversità sostanziale sta nella possibilità per i Commissari di svolgere le procedure di affidamento senza applicare le norme di dettaglio contenute nel D.lgs. 50. In sostanza, una maggiore libertà di azione, che tuttavia lascia inalterata la necessità di svolgere procedure di gara concorrenziali e trasparenti, secondo le tempistiche ordinariamente sancite.

Va peraltro segnalato che il "modello Commissari" lascia aperte due macro tematiche di non poco rilievo.

La prima riguarda gli affidamenti di importo inferiore alle soglie comunitarie che si rendessero necessari nell'ambito degli interventi da realizzare. Infatti, nel momento in cui l'unico vincolo che i Commissari hanno ai fini degli affidamenti è quello del rispetto delle norme comunitarie, per quelli che non rientrano nell'ambito di applicazione di tali norme si crea una vera e propria zona bianca. In sostanza, i Commissari non hanno alcun riferimento normativo, il che potrebbe anche costituire un'oggettiva difficoltà alla loro attività.

Situazione non dissimile si presenta con riferimento al secondo profilo, relativo alla fase esecutiva degli interventi da realizzare. Anche in questo caso non soccorre il riferimento alla normativa comunitaria, che non si occupa di tale fase. Di conseguenza, anche in questo caso i Commissari per disciplinare aspetti quali ad esempio il subappalto, le varianti, il recesso, etc. non hanno norme di riferimento, potendo però affidarsi alle norme proprie del Codice civile e alla libera contrattazione tra le parti.

### **Considerazioni conclusive**

Non è agevole trarre conclusioni su un tema così complesso come quello dell'individuazione di strumenti effettivamente idonei ad accelerare la realizzazione di opere e infrastrutture pubbliche.

Certamente proprio tale complessità porta a ritenere che siano del tutto fuorvianti soluzioni drastiche, che pure sono state avanzate da alcune parti, di una sospensione generalizzata del Codice dei contratti pubblici. Si creerebbe infatti all'improvviso un vero e proprio vuoto normativo rispetto al quale l'ipotesi più probabile sarebbe un generale disorientamento e una conseguente paralisi dell'attività delle stazioni appaltanti.

Ciò detto, con riferimento ai due modelli operativi sopra esaminati è possibile trarre qualche considerazione di carattere generale.

Il "modello Genova" appare difficilmente riproducibile su larga scala, essendo legato a caratteristiche e circostanze del tutto peculiari. Di maggiore interesse è il "modello commissari", specie per ciò che concerne i poteri speciali finalizzati all'accelerazione dei procedimenti autorizzativi. Quanto alle procedure di scelta degli appaltatori, rimane il problema degli affidamenti sottosoglia. Sembra quindi un modello utilizzabile per alcuni significativi interventi infrastrutturali di notevole dimensione.

Probabilmente un intervento legislativo equilibrato va individuato in un mix tra più misure. E cioè il "modello Commissari" per alcuni grandi interventi accompagnato da una modifica mirata di alcuni profili del Codice dei contratti pubblici in funzione acceleratoria e semplificatoria, per le opere "ordinarie".

Mentre restano sullo sfondo quelle proposte di carattere generale di cui pure si parla – riforma del danno erariale e dell'abuso d'ufficio – volte a superare la così detta burocrazia difensiva.