

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

Rivista
di Diritto Bancario

dottrina
e giurisprudenza
commentata

SUPPLEMENTO

GENNAIO/MARZO

2021

rivista.dirittobancario.it

DIREZIONE

DANNY BUSCH, GUIDO CALABRESI, PIERRE-HENRI CONAC,
RAFFAELE DI RAIMO, ALDO ANGELO DOLMETTA, GIUSEPPE FERRI
JR., RAFFAELE LENER, UDO REIFNER, FILIPPO SARTORI,
ANTONELLA SCIARRONE ALIBRANDI, THOMAS ULEN

COMITATO DI DIREZIONE

FILIPPO ANNUNZIATA, PAOLOEFISIO CORRIAS, MATTEO DE POLI,
ALBERTO LUPOI, ROBERTO NATOLI, MADDALENA RABITTI,
MADDALENA SEMERARO, ANDREA TUCCI

COMITATO SCIENTIFICO

STEFANO AMBROSINI, SANDRO AMOROSINO, SIDO BONFATTI,
FRANCESCO CAPRIGLIONE, FULVIO CORTESE, AURELIO GENTILI,
GIUSEPPE GUIZZI, BRUNO INZITARI, MARCO LAMANDINI, DANIELE
MAFFEIS, RAINER MASERA, UGO MATTEI, ALESSANDRO
MELCHIONDA, UGO PATRONI GRIFFI, GIUSEPPE SANTONI,
FRANCESCO TESAURO+

COMITATO ESECUTIVO

ROBERTO NATOLI, FILIPPO SARTORI, MADDALENA SEMERARO

COMITATO EDITORIALE

GIOVANNI BERTI DE MARINIS, ANDREA CARRISI, GABRIELLA CAZZETTA, ALBERTO GALLARATI, EDOARDO GROSSULE, LUCA SERAFINO LENTINI (SEGRETARIO DI REDAZIONE), PAOLA LUCANTONI, EUGENIA MACCHIAVELLO, UGO MALVAGNA, ALBERTO MAGER, MASSIMO MAZZOLA, EMANUELA MIGLIACCIO, FRANCESCO PETROSINO, ELISABETTA PIRAS, FRANCESCO QUARTA, CARMELA ROBUSTELLA, GIULIA TERRANOVA

COORDINAMENTO EDITORIALE

UGO MALVAGNA

DIRETTORE RESPONSABILE

FILIPPO SARTORI

NORME PER LA VALUTAZIONE E LA PUBBLICAZIONE

LA RIVISTA DI DIRITTO BANCARIO SELEZIONA I CONTRIBUTI OGGETTO DI PUBBLICAZIONE SULLA BASE DELLE NORME SEGUENTI.

I CONTRIBUTI PROPOSTI ALLA RIVISTA PER LA PUBBLICAZIONE VENGONO ASSEGNATI DAL SISTEMA INFORMATICO A DUE VALUTATORI, SORTEGGIATI ALL'INTERNO DI UN ELENCO DI ORDINARI, ASSOCIATI E RICERCATORI IN MATERIE GIURIDICHE, ESTRATTI DA UNA LISTA PERIODICAMENTE SOGGETTA A RINNOVAMENTO.

I CONTRIBUTI SONO ANONIMIZZATI PRIMA DELL'INVIO AI VALUTATORI. LE SCHEDE DI VALUTAZIONE SONO INVIATE AGLI AUTORI PREVIA ANONIMIZZAZIONE.

QUALORA UNO O ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO UN PARERE FAVOREVOLE ALLA PUBBLICAZIONE SUBORDINATO ALL'INTRODUZIONE DI MODIFICHE AGGIUNTE E CORREZIONI, LA DIREZIONE ESECUTIVA VERIFICA CHE L'AUTORE ABBA APPORTATO LE MODIFICHE RICHIESTE.

QUALORA ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO VIENE RIFIUTATO. QUALORA SOLO UNO DEI VALUTATORI ESPRIMA PARERE NEGATIVO ALLA

SEDE DELLA REDAZIONE

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO, FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA, VIA VERDI 53,
(38122) TRENTO – TEL. 0461 283836

Semplificazione amministrativa e rapporti tra privati

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Semplificazione amministrativa e sviluppo economico. – 3. La semplificazione in materia di contratti pubblici nel d.l. n. 76/2020. – 4. I riflessi sulla concorrenza. – 5. Brevi conclusioni

1. Premessa

Chi volesse individuare il minimo comun denominatore delle misure ascrivibili alla semplificazione amministrativa potrebbe forse rilevare che si tratta di un complesso di azioni del legislatore volte a migliorare il funzionamento degli apparati pubblici e a ridurre il peso sugli individui e sulla società¹.

La definizione rimane necessariamente generica perché, in realtà, sotto l'etichetta della semplificazione amministrativa si coagulano istituti giuridici differenti e non sempre riconducibili ad una categoria unitaria e omogenea al suo interno².

La semplificazione, infatti, può riguardare le fonti e la tecnica normativa (ad es., delegificazione, sfoltimento e razionalizzazione della normativa sull'amministrazione), gli apparati e le strutture organizzative anche in vista di risparmi di spesa (ad es., snellimento della struttura burocratica, riduzione dei livelli di governo territoriale), gli oneri a carico dei privati per lo svolgimento delle proprie attività, o può manifestarsi come semplificazione procedimentale in senso proprio (ad es., riduzione delle fasi del procedimento, disciplina della conferenza di servizi, attribuzione di significato provvedimentale all'inerzia dell'amministrazione, meccanismi di superamento degli stalli procedurali e del dissenso, sostituzione della documentazione amministrativa con autocertificazioni, etc.) ovvero come

¹ A. TRAVI, *La liberalizzazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, 652, individua l'obiettivo della semplificazione amministrativa nella "formazione di relazioni più semplici, chiare e più certe tra amministrazione cittadino".

² Cfr. N. RANGONE, *Semplificazione amministrativa*, in *Diritto on line – Enciclopedia Treccani*, 2014, *ad vocem*.

semplificazione provvedimento (ad es., il provvedimento in forma semplificata).

Buona prova della eterogeneità delle semplificazioni amministrative è offerta dal decreto legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito dalla legge n. 120/2020, denominato appunto “decreto semplificazioni”, il quale contiene “semplificazioni in materia di contratti pubblici ed edilizia” (Titolo I), “Semplificazioni procedurali e responsabilità” (Titolo II), “Misure di semplificazione per il sostegno e la diffusione dell’amministrazione digitale” (Titolo III), “Semplificazioni in materia di attività di impresa, ambiente e green economy” (Titolo IV)³.

L’altro fattore che rende sfuggente la semplificazione amministrativa come concetto giuridico è che la stessa, oltre ad essere eterogenea al suo interno, è per definizione relativa all’assetto che la legislazione amministrativa esibisce in un preciso momento o periodo storico.

Infatti, ogni qual volta si interviene per semplificare l’amministrazione, lo si fa sempre rispetto ad un precedente assetto della stessa, che si assume eccessivamente complicato o ridondante. Quindi la semplificazione amministrativa procede per gradi: esiste la semplificazione, ma anche la semplificazione della semplificazione; e via di seguito....

La sequenza conosce un limite di carattere concettuale. Si parla di semplificazione fino al punto in cui la misura introdotta snellisce l’amministrazione, senza però realizzare un vero e proprio arretramento dei poteri amministrativi: senza arrivare al punto di sopprimere regimi autorizzatori o controlli pubblici di vario genere e natura, il che è proprio della liberalizzazione amministrativa. Quest’ultima presuppone la soppressione di un potere e di una competenza dell’amministrazione, mentre la semplificazione ne presuppone il mantenimento e,

³ Osserva A. PAJNO, *Il sistema amministrativo e il decreto semplificazioni. Qualche osservazione sulla disciplina dei contratti pubblici e sulle responsabilità*, in *www.irpa.eu*, 2020, che col d.l. 76/2020, “sotto la ragione comune della semplificazione amministrativa, vengono introdotti interventi complessi in settori assai diversi, che, per diventare ordinamento vivo e vigente, dovranno divenire pratica operativa della nostra amministrazione”.

simultaneamente, lo snellimento degli apparati e delle procedure che sono strumentali al suo esercizio⁴.

2. *Semplificazione e sviluppo economico*

Tradizionalmente la semplificazione amministrativa viene presa in considerazione nella prospettiva del cittadino (o dell'impresa) che, per acquisire o esercitare un proprio diritto, è tenuto a interloquire con la pubblica amministrazione per ottenere un atto di assenso comunque denominato⁵. L'effetto positivo atteso dalla semplificazione riguarda, quindi, il rapporto tra il privato e l'amministrazione, non le relazioni tra privati.

Oggi, però, la semplificazione amministrativa è presentata anche come una condizione per lo sviluppo economico del Paese⁶. E ciò, considerato che in un sistema di libero mercato la crescita economica dipende primariamente dai rapporti commerciali tra i privati, presuppone il convincimento che i benefici derivanti dalla semplificazione amministrativa non riguardino soltanto la relazione amministrazione-cittadino, ma si proiettino anche in quelle tra privati.

Se gli oneri a carico del privato che vuole aprire una bottega vengono ridotti, ciò non è soltanto per garantire la sua libertà di iniziativa economica; ma è anche per consentirgli di abbassare i prezzi di vendita dei propri prodotti e, in questo modo, favorire lo scambio.

Del resto, è noto da tempo che l'economia di mercato presuppone istituzioni pubbliche efficienti in grado di abbassare i costi di

⁴ Per tutti, G. CORSO, *Liberalizzazione amministrativa ed economica*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, *ad vocem*.

⁵ La gran parte (ma non tutte, come vedremo) delle disposizioni vigenti ascrivibili alla semplificazione amministrativa conservano tuttora, se considerate isolatamente, questa impostazione.

⁶ Cfr. il Rapporto 2015 di ITALIADECIDE, *Semplificare è possibile: come le pubbliche amministrazioni potrebbero fare pace con le imprese*, Il Mulino, Bologna, 2015; cfr. la ricerca pubblicata nel 2016 da ASPEN INSTITUTE ITALIA, *I maggiori vincoli amministrativi alle attività d'impresa: dai casi specifici alle soluzioni*, con il coordinamento scientifico di S. Cassese e la redazione scientifica di G. Mocavini; A. RALLO E A. SCOGNAMIGLIO (a cura di) *I rimedi contro la cattiva amministrazione. Procedimento amministrativo ed attività produttive ed imprenditoriali*, Napoli, Editoriale scientifica, 2016.

transazione, agevolare lo scambio di informazioni e creare fiducia tra gli agenti economici: esattamente quelle istituzioni che le politiche di semplificazione hanno, o dovrebbero avere, di mira⁷.

Sono le istituzioni – scrive un premio Nobel per l’economia – che “determinano i costi dello scambio”: e maggiori sono i costi, minore è il valore dei beni scambiati. La diversa qualità delle istituzioni spiega, a livello micro, la diversa efficienza delle transazioni e, a livello macro, il diverso grado di sviluppo economico delle aree geografiche del pianeta⁸.

Ad esempio, se le istituzioni aumentano la probabilità che le autorità locali modifichino i piani regolatori, o se non determinano con chiarezza il rischio di inadempienza contrattuale sopportato dal venditore, l’incertezza subita dall’acquirente cresce e si riduce il valore del bene.

L’esempio del trasferimento della proprietà immobiliare dimostra che gli effetti della semplificazione amministrativa nei rapporti tra privati si apprezzano essenzialmente dall’angolo visuale della valutazione dell’incidenza delle politiche pubbliche: non è la semplificazione come complesso di istituti giuridici ad essere cambiata rispetto alle origini, quando se ne coglievano gli effetti esclusivamente nel rapporto tra amministrazione e privato, ma il modo di accostarsi ad essa e di prenderla in considerazione per le sue conseguenze concrete nei rapporti economici tra privati.

⁷ Sui costi di transazione è classico il riferimento a R. COASE, *The Problem of Social Cost*, in *Journal of Law and Economics*, 1960, 3, 1 ss. Sul peso delle istituzioni nello sviluppo economico v., tra gli economisti, D.C. NORTH, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge, 1990, trad. it., *Istituzioni, cambiamento istituzionale, evoluzione dell’economia*, Bologna, 1994; più di recente D. ACEMOGLU – J. ROBINSON, *Why Nations Fail. The Origins of Power, Prosperity and Poverty*, New York, 2012, trad. it., *Perché le nazioni falliscono. Alle origini di potenza, prosperità e povertà*, Milano, 2013. Ma già M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 1922, trad. it. *Economia e società*, vol. III, *Sociologia del diritto*, Milano, 1980, 189, *passim*, come noto, considerava che le regole prevedibili e sicure, garantite dallo Stato di diritto, sono condizione imprescindibile per lo sviluppo del capitalismo.

Nella dottrina amministrativistica, di recente, con ampi riferimenti alla letteratura economica, M. CLARICH, *Riforme amministrative e sviluppo economico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, 159 ss., e, anche nella prospettiva storica, S. CASSESE, *Amministrazione pubblica e progresso civile*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, 141 ss.

⁸ D. C. NORTH, *op. cit.*, 97 s.

3. *La semplificazione nella materia dei contratti pubblici nel d.l. n. 76/2020*

Quanto detto sin qui riguarda la semplificazione amministrativa in generale. Una particolare attenzione in questa sede deve essere riconosciuta a quelle disposizioni, ascritte alla semplificazione amministrativa, che, anche in una prospettiva più squisitamente giuridica, determinano effetti diretti nei rapporti tra privati.

Fin quando la semplificazione riguarda un procedimento per il rilascio di un'autorizzazione, è chiaro che i suoi effetti giuridici immediati si producono nell'ambito della relazione tra il richiedente e l'amministrazione competenza. Le cose cambiano, però, quando la semplificazione interviene su un procedimento nel quale l'amministrazione è chiamata a svolgere un ruolo arbitrale tra interessi privati, oppure il ruolo di dispensatore di una utilità⁹. In procedimenti di questo genere, semplificare l'azione amministrativa significa infatti modificare la regola di gestione del conflitto tra interessi privati.

L'esempio migliore di una semplificazione che incide direttamente su rapporti tra privati è offerto proprio da alcune disposizioni contenute nel d.l. 76/2020 in tema di "semplificazione in materia di contratti pubblici"; in particolare, quelle che stabiliscono regole derogatorie del d.lgs. 50/2016 (codice dei contratti pubblici) in ordine alle procedure di aggiudicazione dei contratti pubblici che saranno avviate entro il 31 dicembre 2021¹⁰.

Per i contratti di importo inferiore alla soglia di rilevanza comunitaria, riportata dall'art. 35 del d.lgs. 50/2016, la semplificazione consiste innanzitutto in una valorizzazione dell'affidamento diretto¹¹.

⁹ Cfr. G. CORSO, *Lo Stato come dispensatore di beni. Criteri di distribuzione, tecniche giuridiche ed effetti*, in *Soc. dir.*, 1990, 109 ss.

¹⁰ L'attenzione è qui soffermata sulle disposizioni del d.l. 76/2020 che più da vicino incidono sui rapporti tra i privati. Va comunque ricordato che l'intervento del legislatore nella materia ha più ampio respiro e mira, complessivamente, ad accelerare l'aggiudicazione dei contratti e a rendere più stabile la medesima, anche tramite accorgimenti di carattere processuale. Per l'analisi di queste disposizioni A. COIANTE, *Decreto semplificazioni: contratti pubblici, concorrenza e tutela*, in *www.giustiziasieme.it*, 2020, 4 ss.

¹¹ Sull'affidamento dei contratti sotto-soglia v. G. FONDERICO, *Contratti sotto soglia (art. 36)*, in M. CLARICH (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, seconda edizione, Torino, 2019, 867 ss.

L'art. 36 del Codice consente di ricorrere a questo tipo di affidamento per i contratti di valore inferiore a 40.000 euro. In deroga a questa disposizione, l'art 1, comma 2, d.l. 76/2020, consente di affidare in via diretta i lavori pubblici fino a 150.000 euro, i servizi e le forniture fino a 75.000 euro.

Il decreto semplificazioni inoltre amplia la possibilità di far ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando, disciplinata dall'art. 63 d.lgs. 50/2016. Il Codice consente di utilizzare questa procedura per gli affidamenti dei lavori tra 40.000 e 150.00 euro e delle forniture e dei servizi di valore inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria indicate nell'art. 35¹². In deroga a questa disposizione, l'art. 1, comma 2, d.l. 76/2020, consente di ricorrere a alla procedura negoziata per l'affidamento di tutti gli appalti sotto-soglia, il che significa consentire la procedura negoziata senza bando per l'affidamento degli appalti di lavori e concessioni sino a 5.225.000 euro.

Inoltre, il Codice prevede che nella procedura negoziata occorre procedere alla “previa consultazione, ove esistenti, di almeno dieci operatori economici per i lavori, e, per i servizi e le forniture, di almeno comunque operatori economici individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti”. Mentre il decreto semplificazioni si accontenta della consultazione di cinque operatori per l'affidamento di tutti i contratti di servizi e forniture sotto soglia e per gli appalti di lavori fino a 350, che diventano dieci per i lavori di importo inferiore a un milione e quindi per i lavori di importo fino a 5.225.000 euro.

Per quanto riguarda i contratti sopra soglia, il Codice prevede che il loro affidamento avvenga ordinariamente attraverso una procedura aperta o ristretta. Solo nei casi tassativi previsti dall'art. 59, comma 2, è ammesso il ricorso alla procedura competitiva con negoziazione; in particolare, quando le esigenze dell'amministrazione non possono essere soddisfatte senza adottare soluzioni immediatamente disponibili, o implicano progettazione o soluzioni innovative, o ancora l'appalto richiede una preventiva negoziazione a causa di circostanze

¹² La soglia è di 135.000 eurp per gli appalti aggiudicati dalle autorità governative centrali, 209.000 euro per gli appalti aggiudicati da amministrazioni subcentrali, 750.000 euro per gli appalti di servizi sociali; soglie più alte sono previste per gli appalti nei settori speciali.

particolari inerenti alla natura, complessità o impostazione finanziaria e giuridica del suo oggetto o a causa dei rischi connessi, o infine perché le specifiche tecniche non possono essere stabilite con sufficiente precisione dall'amministrazione aggiudicatrice¹³.

L'art. 2, d.l. 76/2020, amplia notevolmente la possibilità di utilizzare la procedura negoziata. Ad essa le amministrazioni possono far ricorso "nella misura strettamente necessaria, quando, per ragioni di estrema urgenza derivanti dagli effetti negativi della crisi causata dalla pandemia da Covid-19 o dal periodo di sospensione delle attività determinato dalle misure di contenimento adottate per fronteggiare la crisi, i termini, anche abbreviati, previsti dalle procedure ordinarie non possano essere rispettati".

Beneficiano della procedura negoziata anche i singoli operatori economici con sede operativa collocata in aree di preesistente crisi industriale complessa ai sensi dell'articolo 27 d.l. n. 83/2012, conv. con modificazioni dalla legge n. 134/2012, che, con riferimento a dette aree ed anteriormente alla dichiarazione dello stato di emergenza sanitaria da Covid-19 del 31 gennaio 2020, abbiano stipulato con le pubbliche amministrazioni competenti un accordo di programma per la riconversione industriale di stini inquinati nazionali di preminente interesse pubblico, ai sensi dell'art. 252 bis d.lgs. N. 152/2006.

4. I riflessi sulla concorrenza

L'effetto di queste misure nei rapporti tra privati è chiarissimo solo se si consideri che le procedure di aggiudicazione riservate dal decreto semplificazioni ai contratti di maggior valore (procedure aperte e procedure ristrette), peraltro applicabili sempre che non vi siano ragioni d'urgenza per derogarvi, sono procedimenti amministrativi che il legislatore nazionale ha delineato, in attuazione delle direttive europee di settore, con l'obiettivo di assicurare la libera circolazione delle merci e dei capitali, la libertà di stabilimento delle imprese e, infine, la

¹³ Sulla procedura negoziata e sui suoi presupposti v. P. MILAZZO, *Le procedure di scelta del contraente (artt. 59-63)*, in M. CLARICH (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, cit., 475 ss.; C. BOSCIA, *Procedura di scelta del contraente (artt. 59-65) e partenariato pubblico e privato (artt. 179-191)*, in E. FOLLIERI (a cura di), *Corso sul codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2017, 356 ss.

massima concorrenza possibile tra coloro che hanno interesse ad acquisire una commessa dalla pubblica amministrazione¹⁴.

Nel suo nucleo originario e tuttora fondante, il diritto europeo dei contratti pubblici si occupa di disciplinare le procedure di affidamento dei contratti non tanto (o non solo) nell'interesse della pubblica amministrazione ad individuare il miglior aggiudicatario, ma soprattutto (o anche) nell'interesse delle imprese ad un confronto competitivo aperto¹⁵. Si tratta non di semplici regole sull'azione amministrativa, ma di regole che strutturano il confronto tra soggetti privati che concorrono per l'acquisizione di una utilità che spetta all'amministrazione dispensare.

Se si tiene conto di ciò, è chiaro le semplificazioni sinteticamente descritte incidono in via diretta sulle relazioni di mercato che sussistono tra le imprese: perché, sia pure in relazione a contratti di importo limitato oppure in situazioni eccezionali, esse consentono all'amministrazione di sostituire procedure di aggiudicazione che garantiscono un certo *standard* di tutela della concorrenza tra le imprese rispetto all'acquisizione di commesse pubbliche con procedure che garantiscono uno *standard* di tutela della concorrenza notevolmente inferiore, come l'affidamento diretto o la procedura negoziata senza bando.

¹⁴ M. CLARICH, *Contratti pubblici e concorrenza*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2016, 2. Per la ricostruzione del quadro delle fonti, si può vedere M. TRIMARCHI, *Le fonti del diritto dei contratti pubblici*, in *Dir. e proc. amm.*, 2017, 827 ss.

¹⁵ Le ultime direttive di settore (Direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE, 2014/25/UE), recepite in Italia col d.lgs. n. 50/2016, inaugurano un approccio del diritto europeo più propenso a riconoscere alle amministrazioni un certo margine di flessibilità nella scelta delle procedure di aggiudicazione; il che dimostra con ogni probabilità un approccio meno "dogmatico" dell'Unione al tema della concorrenza e la maggiore disponibilità a contemperarlo con interessi e valori contrapposti (cfr. G. FIDONE, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in M. CLARICH (a cura di), *Commentario*, cit., 3 ss.). Questo tuttavia lascia impregiudicato che l'obiettivo di fondo dell'intervento dell'Unione sulla materia sia, e rimanga, la tutela delle libertà economiche fondamentali; e che pertanto la promozione e la tutela della concorrenza costituiscano tuttora la chiave di lettura fondamentale del diritto dell'Unione nella materia dei contratti pubblici: v. E. FOLLIERI, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *Corso*, cit., 2.

5. Brevi conclusioni

I criteri di valutazione di una politica di semplificazione sono essenzialmente due: l'efficacia rispetto all'obiettivo; l'accettabilità del livello di compromissione di valori o interessi contrapposti.

Le semplificazioni introdotte nella materia dei contratti pubblici mirano, per dichiarazione dello stesso legislatore, a "incentivare gli investimenti pubblici nel settore delle infrastrutture e dei servizi pubblici" nonché "a far fronte alle ricadute economiche negative a seguito delle misure di contenimento e dell'emergenza sanitaria globale del Covid-19"¹⁶. L'obiettivo, in parole più semplici, è utilizzare il comparto dei contratti pubblici come motore per la ripartenza dell'economia.

La strategia messa in campo in vista di questo obiettivo consiste in una serie di accorgimenti volti ad accelerare le procedure per l'affidamento dei contratti, in modo da immettere liquidità nel mercato nel più breve tempo possibile. Tra questi accorgimenti, vi sono quelli, di cui s'è detto prima, che limitano la partecipazione dei privati alle procedure, con conseguente riduzione dello *standard* di concorrenza garantito tra le imprese.

Orbene, quanto ai tempi delle procedure di affidamento il legislatore ha probabilmente compiuto una valutazione realistica: è verosimile che le procedure che garantiscono la massima partecipazione, aperte o ristrette, abbiano raggiunto una complessità tale che, unita all'insufficienza delle competenze specialistiche delle stazioni appaltanti e al fenomeno della burocrazia difensiva, allunga i tempi per la loro conclusione.

La compressione che il valore della concorrenza subisce per effetto delle misure introdotte col decreto semplificazioni è tutto sommato limitata nell'ambito delle procedure per l'affidamento di contratti di importo inferiore alla soglia comunitaria, sebbene possa comunque suscitare qualche perplessità la scelta di consentire l'affidamento con procedura negoziata senza bando di lavori di valore fino a 5.225.000 euro.

Più delicata è la previsione che consente di ricorrere alla procedura negoziata per l'affidamento dei contratti sopra-soglia alla sola

¹⁶ Così gli articoli 1 e 2 del d.l. 76/2020.

condizione che gli effetti negativi della crisi non consentono di rispettare i tempi delle procedure ordinarie. Qui la deroga rispetto al Codice è notevole. Quest'ultimo consente di ricorrere alla procedura negoziata soltanto in presenza di fatti oggettivi relativi alla struttura del mercato, in particolare quando la domanda dell'amministrazione non trova un immediato riscontro in un contesto concorrenziale in grado automaticamente di soddisfarlo in quanto il bisogno sottostante ha caratteristiche particolari e non seriali¹⁷. La formula introdotta col decreto semplificazioni, invece, slega la scelta dell'amministrazione da presupposti di carattere obiettivo, sostituendovi una valutazione potenzialmente arbitraria sull'urgenza dell'affidamento: come tale, potrebbe non essere in condizione di evitare un abuso della procedura negoziata. Per questo è da auspicare che il giudice amministrativo svolga un controllo rigoroso sulla necessità di ricorrere alla procedura negoziata, senza limitarsi a prendere atto della apparente ragionevolezza della motivazione esibita dall'amministrazione nel provvedimento.

Sullo sfondo si stagliano dubbi di carattere più generale.

Innanzitutto, la durata delle procedure di affidamento è imputabile all'amministrazione o, a monte, alla disciplina delle procedure che essa è chiamata ad applicare; non alla presenza di un numero elevato di concorrenti in gara. Non è particolarmente razionale, dunque, far pagare il prezzo della semplificazione ai privati, in termini di riduzione del diritto alla partecipazione alle gare.

In secondo luogo, gli studi condotti sul mercato delle commesse pubbliche dimostrano che la patologia italiana in questo settore non riguarda tanto i tempi dell'affidamento, bensì i tempi della fase a monte (la progettazione) e a valle (l'esecuzione), sulla quale incidono negativamente l'instabilità del contratto e una poco razionale gestione dei pagamenti alle imprese¹⁸.

¹⁷ P. MILAZZO, *op. cit.*, 475 ss.

¹⁸ Cfr. i dati che emergono dal Paper della Banca D'Italia "Questioni di Economia e finanza. Capitale e investimenti pubblici in Italia: effetti macroeconomici, misurazione e debolezze regolamentari", 19 ottobre 2019 n. 520, su cui A. COIANTE, *op. cit.*, 17. Anche A. PAJNO, *op. cit.*, ritiene "evidente che i momenti di maggior crisi riguardano la progettazione e l'esecuzione delle opere e che relativamente a tali fasi non sono presenti interventi sistematici" nel decreto semplificazioni.

Ma, se non sono i tempi delle procedure di affidamento il primo ostacolo a una spesa efficiente delle risorse pubbliche, perché rinunciare parzialmente a regole che potrebbero favorire una ripresa improntata alla competizione aperta tra le imprese (con quanto ne viene in termini di maggiore soddisfazione dell'interesse alla migliore aggiudicazione) in luogo di una ripresa "quale che sia"?

Il punto, in ogni caso, non è certo difendere procedure troppo complesse e articolate, dimenticando, in nome di una malintesa accezione della tutela della concorrenza o dell'anticorruzione, che l'interesse primario da perseguire è pur sempre quello a realizzazione dell'opera, del servizio o della fornitura¹⁹. Al contrario, ben venga una semplificazione delle procedure: che però non dovrebbe avere come proprio effetto la restrizione del diritto alla partecipazione alle gare, con la conseguente caduta del valore della concorrenza nel nostro ordinamento.

¹⁹ Sul punto cfr. F. CINTIOLI, *Per qualche gara in più*, Rubettino, 2020, *passim*, che denuncia le derive della tutela della concorrenza nella disciplina delle gare complesse e propone un maggiore impiego delle procedure negoziate. In generale, per quanto attiene alle opere pubbliche, S. CASSESE, *op. cit.*, 154, osserva che "La disciplina dei contratti pubblici, costruita in funzione dei controlli e non dell'efficienza, ha finito per svolgere una funzione impeditiva, di frenare piuttosto che di accelerare l'affidamento e l'esecuzione di infrastrutture".