

AZZURRA BAGGIERI\*

## LA TRASPARENZA E LA SEMPLIFICAZIONE NELLE PROCEDURE AD EVIDENZA PUBBLICA: RECENTI RIFORME E PROFILI PROBLEMATICI

SOMMARIO: 1. Premessa: la fiducia alla base del rapporto tra cittadini e governanti. Il principio della trasparenza come antidoto alla sfiducia nei confronti delle Istituzioni. 1.1. L'evoluzione del principio della trasparenza in Italia. 2. La trasparenza nel campo della contrattualistica pubblica: *focus* sugli obblighi di pubblicazione concernenti i contratti pubblici e analisi dell'art. 29, co. commi 1 e 2 del decreto legislativo n. 50 del 18 aprile 2016, così come modificati dal decreto legislativo n. 77 del 31 maggio 2021, convertito in legge n. 108 del 29 luglio 2021. 2.1. Regime di pubblicità dei bandi e degli avvisi di gara *ex* artt. 72 e 73 del decreto legislativo n. 50 del 18 aprile 2016. Le incongruenze con l'art. 29, 2° co. del medesimo decreto, così come modificato dal decreto-legge 31 maggio 2021 n. 77, convertito in legge n. 108 del 29 luglio 2021. Difficoltà interpretative. 3. La semplificazione nel campo della contrattualistica pubblica alla luce delle ulteriori modifiche apportate dal decreto-legge n. 77 del 31 maggio 2021 all'art. 29 del Codice. 3.1. Effetti della semplificazione sulle infiltrazioni della criminalità organizzata, le criticità alla luce del Decreto Semplificazioni e del Decreto Semplificazioni bis. 4. Possibili conclusioni.

1. *Premessa: la fiducia alla base del rapporto tra cittadini e governanti. Il principio della trasparenza come antidoto alla sfiducia nei confronti delle Istituzioni.*

La fiducia governa le relazioni tra gli uomini, governa l'andamento dei mercati, è alla base dei rapporti tra i cittadini e tra questi ultimi e i governanti e regola, pertanto, anche la relazione tra cittadini e pubblica amministrazione<sup>1</sup>.

La fiducia, tuttavia, è facile si trasformi in diffidenza, se tradita. È quanto accade periodicamente nel nostro Paese, ove troppo spesso si registrano scarsa efficienza della pubblica amministrazione e alti livelli

---

\* Avvocato; analista di supporto legale appalti nella funzione Programmi operativi – Ricostruzione centro Italia, Invitalia; Dottoranda di ricerca in “Diritto pubblico, comparato e internazionale” presso Sapienza Università di Roma.

<sup>1</sup> Sulle varie declinazioni del concetto di fiducia nel diritto, nell'economia e nella filosofia, E. RESTA, *Le regole della fiducia*, Bari, 2009, 1 ss.

di corruzione e ove, conseguentemente, i consociati nutrono un certo grado di sfiducia nei confronti della macchina amministrativa.

Si è andato, pertanto, progressivamente affermando, in Italia, il principio della trasparenza.

Mutuato dal linguaggio della fisica (trasparente è l'oggetto che può essere attraversato dalla luce), il principio della trasparenza è stato normativizzato e, dunque, usato come antidoto alla delusione avvertita dai cittadini innanzi alle perpetrate disfunzioni del potere pubblico.

Come reazione alle inefficienze della pubblica amministrazione si è, infatti, reso sempre più impellente il bisogno di rendere conoscibili ai consociati le modalità con cui viene espletata l'attività amministrativa<sup>2</sup>. Ciò anche al fine di salvaguardare il rapporto tra democrazia e trasparenza: *“la sovranità popolare, per essere effettiva richiede un cittadino informato e consapevole del funzionamento delle istituzioni”*<sup>3</sup>.

E se negli Stati Uniti le prime leggi sulla trasparenza (le c.d. *sunshine laws*) sono comparse negli anni Settanta del secolo scorso come risposta ad episodi di malcostume, in Italia solo di recente, come si vedrà nel paragrafo successivo, si è approdati ad un'organica disciplina della trasparenza.

Anzi, a ben vedere, il fatto stesso che il legislatore abbia sentito la necessità di intervenire con l'istituzione e il rafforzamento di un sistema di controllo diffuso strumentale per i consociati, tradisce il senso stesso della fiducia: proprio perché la fiducia è stata tradita, il legislatore è intervenuto al fine di incanalare l'esercizio del potere pubblico nell'alveo della trasparenza, secondo una relazione causa (fiducia tradita) - effetto (intervento del legislatore)<sup>4</sup>.

Prova del fatto che si sia avvertita solo di recente la necessità di positivizzare il principio della trasparenza è che questo non sia stato considerato dai padri costituenti (tale principio non è espressamente previsto in Costituzione, ma lo si ricava indirettamente dal combinato

---

<sup>2</sup> Sulla necessaria funzionalizzazione degli obblighi di pubblicità si veda CAPORALE F., *La parabola degli obblighi di pubblicità*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, fasc. 3, 1 settembre 2021, 851.

<sup>3</sup> In tal senso R. CANTONE- E. CARLONI, *Corruzione e anticorruzione, Dieci lezioni*, Feltrinelli, Milano, 2018, 98.

<sup>4</sup> Cfr. E. RESTA, *Le regole della fiducia*, cit., 63.

disposto degli artt. 1, 97 e 98 Cost.), sintomo che l'esigenza (non più procrastinabile<sup>5</sup>) di monitorare l'agere della pubblica amministrazione e, più in particolare, di permettere al cittadino di essere effettivo detentore di quella sovranità esercitata in suo nome dai funzionari pubblici, è sorta solo dopo l'adozione della Carta fondamentale<sup>6</sup>.

Se in Italia si è pervenuti con ritardo ad approntare un quadro normativo dedicato alla trasparenza, in Svezia il diritto del cittadino di accedere alle informazioni risale al XVIII secolo; in USA agli anni '60; in Francia agli anni '70; nel Regno Unito solo agli anni 2000<sup>7</sup>.

È altrettanto vero che il principio della trasparenza acquista particolare importanza negli ordinamenti democratici<sup>8</sup>. Come è stato

---

<sup>5</sup> L'Italia è tradizionalmente legata alla cultura del segreto, diametralmente opposta alla cultura della trasparenza, motivo per il quale è arrivata con "grave ritardo storico", ovvero solo nel 2012 con la legge Severino, a concepire una politica mirata di prevenzione della corruzione. Di "grave ritardo storico" parlano R. CANTONE- F. CARINGELLA, *La corruzione spuzza. Tutti gli effetti sulla nostra vita quotidiana della malattia che rischia di uccidere l'Italia*, Milano, 2017, 184. Gli autori si chiedono quali possano essere le motivazioni che hanno portato a questo "grave ritardo storico" arrivando a spiegarsi questa reticenza col fatto di non essere l'Italia un Paese, in generale, attento alle politiche della prevenzione. Secondo gli autori, infatti, "la scarsa cultura della prevenzione in Italia non vale solo per la corruzione ma anche per altri flagelli, come le calamità naturali o gli infortuni sul lavoro: se questi eventi non si realizzano, nessuno (ovviamente) se ne accorge e non è possibile stabilire se l'assenza di un danno sia l'effetto di una positiva azione preventiva messa in capo o di altri fattori?".

<sup>6</sup> Sull'evoluzione del principio della trasparenza, dagli arbori fino alle attuali previsioni normative: A. CORRADO, *Le tappe della trasparenza amministrativa in Italia*, in M. A. SANDULLI (a cura di) *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2020, 124 ss.; N. NIGLIO, *I principi di trasparenza e di pubblicità quali principi guida di rilevanza costituzionale dell'azione amministrativa*, in *LexItalia.it- Rivista di Diritto Pubblico*, 5 aprile 2018; R. CANTONE- E. CARLONI, *Corruzione e anticorruzione, Dieci lezioni*, Feltrinelli, Milano, 2018, 96 ss.

<sup>7</sup> Cfr. F. MERLONI, *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, Giappichelli Editore, Milano, 2018, 296.

<sup>8</sup> Cfr. NIGLIO, *I principi*, cit., ove l'Autore afferma: "La conoscibilità degli atti e dei documenti amministrativi diviene il fondamento della democrazia amministrativa degli Stati moderni e la trasparenza si contrappone a tutto ciò che si nasconde, occulta per favorire interessi personali e di gruppo (...)". Lo stesso Autore specifica che occorre tenere distinto il principio della trasparenza dal principio della pubblicità che devono reggere e guidare l'azione amministrativa. Infatti, mentre la pubblicità è mero stato di fatto dell'atto che diviene pubblico quando viene portato alla conoscenza dei consociati, invece la trasparenza è "chiarezza e comprensibilità dell'azione amministrativa".

giustamente osservato “*la sovranità popolare per essere effettiva (...) richiede un cittadino informato e consapevole del funzionamento delle istituzioni*”<sup>9</sup>. Lo stesso Norberto Bobbio usava il criterio della trasparenza per distinguere gli ordinamenti democratici da quelli autoritari nei quali, se il segreto è la regola, la conoscibilità è l’eccezione<sup>10</sup>.

Nelle democrazie, infatti, il controllo diffuso dei cittadini sull’operato delle pubbliche amministrazioni consente non solo l’acquisizione di notizie e documenti, ma favorisce anche il giornalismo indipendente, in grado di svolgere il ruolo di *watch dog* (cane da guardia) del potere che rappresenta, uno strumento fondamentale, un osservatorio permanente essenziale per gli ordinamenti democratici<sup>11</sup>.

Tuttavia, occorre precisare che il principio della trasparenza non deve essere inteso in senso assoluto: lo stesso incontra non pochi limiti innanzi ad esigenze ritenute maggiormente meritevoli di tutela. Si pensi al diritto di accesso che viene negato se avanzato in relazione a documenti coperti da segreto di Stato o ad informazioni di carattere psico-attitudinale nei procedimenti selettivi (cfr. art. 24, co. 1 della legge n. 241 del 7 agosto 1990); si pensi ancora alle esigenze di tutela della riservatezza dei dati personali (art. 24, co. 6, lett. d) della l. n. 241/1990), dei dati sensibili e giudiziari, rispettivamente tutelati dagli artt. 9 e 10 del decreto legislativo n. 205 del 18 aprile 2018 (GDPR).

La trasparenza amministrativa dunque. Principio (seppur limitato nelle sue applicazioni concrete come si evince dagli esempi appena riportati) ispiratore e obiettivo da perseguire per le moderne

<sup>9</sup> Cfr. CANTONE- CARLONI, *Corruzione e anticorruzione*, cit., 98.

<sup>10</sup> Cfr. CANTONE- CARINGELLA, *La corruzione spazzata*, cit., 188. Secondo gli autori solo un’attività amministrativa ispirata ai principi di partecipazione, motivazione, accessibilità e condivisione è espressione di un potere amministrativo vicino al cittadino e, come tale, democraticamente legittimo e legittimato.

<sup>11</sup> Un Paese democratico è anche quello ove vige il rispetto della libertà d’espressione. Come fatto notare da M. LUCCA, *Principi di trasparenza presenti nel d.lgs. n. 50/2016*, in *LexItalia.it- Rivista di Diritto Pubblico*, 17 Ottobre 2017, la trasparenza, sintomo di democraticità, “*secondo i principi della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo è legata al diritto alla libertà d’espressione che declinato nei suoi aspetti essenziali, ripreso dall’art. 21 Cost., include la libertà d’opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche senza limiti di frontiera*”.

democrazie e, allo stesso tempo, termometro con cui misurare il grado di democraticità e civiltà di un ordinamento giuridico<sup>12</sup>, capace di rinsaldare il patto fiduciario tra governanti e governati, i primi derivando la loro autorità dal consenso dei secondi.

### 1.1. *L'evoluzione del principio della trasparenza in Italia.*

In Costituzione, come accennato, il principio della trasparenza non è espressamente richiamato.

Tuttavia, non è difficile intuire come lo stesso possa trovare fondamento nel principio democratico di cui all'art. 1 della Costituzione “*La sovranità appartiene al popolo...*” e nei principi di buon andamento, imparzialità, di responsabilità e nel principio secondo cui il pubblico dipendente è al servizio esclusivo della Nazione ex artt. 97 e 98 Cost.

Il collegamento tra il principio della trasparenza e i principi costituzionali sopra enunciati trova conferma nell'art. 1, co. 1 del decreto legislativo n. 33 del 14 marzo 2013 (il c.d. Decreto trasparenza) ai sensi del quale la trasparenza consiste ne “*l'accessibilità totale dei dati e documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, allo scopo di tutelare i diritti dei cittadini, promuovere la partecipazione degli interessati all'attività amministrativa e favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche*”. È cioè l'obiettivo che ogni ordinamento democratico dovrebbe perseguire per fare della pubblica amministrazione la “*casa di vetro*” auspicata da Filippo Turati<sup>13</sup> in cui tutto ciò che accade è visibile alla cittadinanza.

E ancora il suddetto collegamento è rinvenibile nell'art. 1, co. 2 del d.lgs. n. 33/2013 ai sensi del quale: “*La trasparenza (...) concorre ad attuare il principio democratico e i principi costituzionali di eguaglianza, di imparzialità, buon andamento, responsabilità, efficacia ed efficienza nell'utilizzo di risorse pubbliche, integrità e lealtà nel servizio alla nazione. Essa è condizione di garanzia delle libertà individuali e collettive, nonché dei diritti civili, politici e sociali, integra il diritto ad una buona amministrazione e concorre alla realizzazione di una amministrazione aperta, al servizio del cittadino*”.

<sup>12</sup> Cfr. CANTONE- CARINGELLA, *La corruzione spuzza*, cit., 189.

<sup>13</sup> F. TURATI, *Atti del Parlamento italiano*, Camera dei Deputati, sessione 1904-1908, 17 giugno 1908.

Dalla lettura delle disposizioni in esame desumiamo, quindi, che la trasparenza non può essere intesa solo come dovere per le pubbliche amministrazioni, principio ispiratore che deve guidare l'azione amministrativa, ma anche come diritto dei cittadini a rapportarsi con amministrazioni imparziali, efficienti ed al loro servizio.

Prima ancora che il legislatore intervenisse con il d.lgs. n. 33/2013 ad approntare una disciplina organica degli obblighi della trasparenza, una prima immatura affermazione del principio si era già avuta con la legge 241/1990 sul procedimento amministrativo, laddove consentiva l'accesso ai documenti amministrativi per i soli scopi difensivi; dunque, al solo fine di tutelare l'interesse di colui il quale aveva necessità di difendersi in giudizio.

Per quanto, quindi, la l. 241/1990 abbia avuto il pregio di conformare l'azione pubblica ai principi costituzionali riducendo condotte parziali e arbitrarie della p.a., in ogni caso, all'indomani della sua entrata in vigore, troppo debolmente dava attuazione al principio della trasparenza.

Solo in seguito, complice anche l'avvento di Internet, sono state approntate normative che hanno via via sempre più valorizzato la diffusione di informazioni di interesse generale: si pensi alla legge 150 del 7 giugno 2000, al codice dell'amministrazione digitale del 2005 (solo con la legge n. 15 dell'11 febbraio 2005, è stato inserito il riferimento al principio della trasparenza all'art. 1, co. 1, lett. a) nella l. n. 241/1990) con cui è stata fornita una cornice generale al processo di digitalizzazione delle pubbliche amministrazioni, alle riforme del 2009 con cui vennero imposti diversi obblighi di pubblicazione di informazioni e documenti nei siti istituzionali delle pubbliche amministrazioni<sup>14</sup>.

---

<sup>14</sup> L'art. 10 della l. n. 69 del 18 giugno 2009 modifica l'art. 22 della legge sul procedimento stabilendo che l'accesso è principio generale dell'attività amministrativa *“al fine di favorire la partecipazione e di assicurarne l'imparzialità e la trasparenza”*; ai sensi dell'art. 21 della stessa legge n. 69/2009 è fatto obbligo alle pubbliche amministrazioni di pubblicare sul loro sito internet *“le retribuzioni annuali, i curricula vitae, gli indirizzi di posta elettronica e i numeri telefonici ad uso professionale dei dirigenti e dei segretari comunali e provinciali nonché di rendere pubblici con lo stesso mezzo i tassi di assenza e di maggiore presenza del personale distinti per uffici di livello dirigenziale”* nonché a pubblicare ai sensi dell'art. 23, co. 5 *“a) un indicatore dei propri tempi medi di pagamento relativi agli acquisti di beni, servizi e forniture, denominato ‘indicatore di tempestività dei*

Un importante tassello nell'evoluzione e affermazione, all'interno dell'ordinamento giuridico italiano, del principio della trasparenza e della lotta contro la corruzione è rappresentato dalla legge n. 190 del 6 novembre 2012, la c.d. legge Severino.

Alla suddetta legge, adottata in attuazione di Convenzioni internazionali volte alla repressione del fenomeno della corruzione<sup>15</sup>, si deve oltre all'istituzione dell'Autorità Nazionale Anticorruzione (Anac<sup>16</sup>) anche l'impostazione di una nuova politica volta alla repressione della corruzione che poggia su tre diversi pilastri: a) la

---

*pagamenti; b) i tempi medi di definizione dei procedimenti e di erogazione dei servizi con riferimento all'esercizio finanziario precedente*". Ancora l'art. 11, commi 8 e 9 del d.lgs. n. 150 del 27 ottobre 2009 ha previsto l'obbligo per ogni amministrazione di pubblicare sul proprio sito istituzionale nell'apposita sezione «trasparenza, valutazione e merito» una serie di atti che vanno dal programma triennale per la trasparenza e l'integrità ed il relativo stato di attuazione (lett. a) al piano delle performance (lett. b) fino agli incarichi, retribuiti e non retribuiti, conferiti ai dipendenti pubblici e a soggetti privati (lett. i).

<sup>15</sup> La l. n. 190/2012 è stata adottata in attuazione dell'articolo 6 della Convenzione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite contro la corruzione, adottata dalla Assemblea generale dell'ONU il 31 ottobre 2003 e ratificata ai sensi della legge n. 116 del 3 agosto 2009 e degli articoli 20 e 21 della Convenzione penale sulla corruzione, fatta a Strasburgo il 27 gennaio 1999 e ratificata ai sensi della legge n. 110 del 28 giugno 2012.

<sup>16</sup> Per una panoramica sui poteri di vigilanza, controllo e regolazione dell'Anac e la loro natura si veda NARDONE A., *I poteri di vigilanza, controllo e regolazione dell'anac: natura giuridica e strumenti di tutela*, in *Foro Amministrativo*, fasc. 6, 1 settembre 2019, 1131. Per una critica circa le numerose (troppe) attività che l'Anac svolge si veda CASSESE S., *Amministrazione pubblica e progresso civile*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, fasc.1, 1 marzo 2020, 141. L'autore espone i suoi dubbi circa l'effettiva efficienza di un'Autorità chiamata ad occuparsi di troppe materie come segue: «La sua attività preventiva si sovrappone a quella della Corte dei conti. Si interessa di troppe materie: anticorruzione, trasparenza, contratti pubblici, incompatibilità e conflitti di interessi, spesa sanitaria, codici di comportamento dei dipendenti pubblici, oltre ad altri compiti occasionali. Svolge sette diversi tipi di compiti, per i quali non è attrezzata: regolatore di secondo grado, controllore, gestore di albi e banche dati, organo di vertice del sistema di qualificazione, organo di gestione o di supporto delle attività arbitrali, organo quasi giurisdizionale, organo sanzionatorio, oltre ad altre funzioni minori. È attribuita di attività nuove, come quella di dare «pareri di precontenzioso» o quella di svolgere funzioni di c.d. «vigilanza collaborativa» (22). 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».

responsabilizzazione delle amministrazioni, b) la trasparenza e c) l'imparzialità dei funzionari.

Con questo intervento è stata, altresì, conferita al governo la delega ad emanare una normativa che procedesse alla ricognizione e al coordinamento degli obblighi di pubblicazione via via imposti dalle norme.

Si è così approdati al decreto legislativo n. 33/2013 (anche detto Codice della trasparenza) che rappresenta una disciplina organica di tutte le norme già vigenti in materia avendo il legislatore provveduto ad un riordino delle stesse così ridefinendo il profilo della trasparenza amministrativa, quale strumento a servizio dell'interesse pubblico alla conoscibilità e accessibilità delle informazioni.

Come è stato osservato, il decreto in questione ha rappresentato *“un indiscutibile salto di qualità in virtù del quale la trasparenza diventa la condizione normale di azione delle amministrazioni che sanno che dovranno preoccuparsi non solo della redazione di un atto ma anche della sua successiva pubblicazione”*.

Tra le principali innovazioni apportate dal Codice della trasparenza vi è l'introduzione dell'istituto dell'accesso civico (art. 5 del decreto legislativo 33/2013). Tale norma ha il pregio di aver individuato i dati minimi che le amministrazioni hanno l'obbligo di pubblicare sui propri siti istituzionali. La richiesta di accesso civico, infatti, non è sottoposta ad alcuna limitazione quanto alla legittimazione soggettiva del richiedente (può essere avanzata da *“chiunque”*). Ancora, non deve essere motivata e non è necessario avere un interesse concreto ed attuale per attuarla.

Inoltre, ad opera del decreto legislativo n. 97 del 25 maggio 2016, (art. 6, co. 1), che ha modificato l'art. 5 del decreto legislativo n. 33/2013, è stato ampliato ulteriormente l'ambito di accessibilità ai dati e ai documenti detenuti dalla pubblica amministrazione grazie all'introduzione dell'istituto dell'accesso civico così detto *“libero”* o anche *“generalizzato”* (ispirato al modello statunitense del *Freedom of Information Act* - FOIA).

Tale nuovo istituto postula un diritto di accesso *“universale”* avente ad oggetto tutti gli atti detenuti dalla pubblica amministrazione, quindi anche quelli ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione obbligatoria ai sensi del medesimo decreto, salvo i limiti relativi alla



tutela di interessi giuridicamente rilevanti secondo quanto previsto dall'art. 5-bis del d.l.gs. n. 33/2013.

Come sopra accennato, per evitare che la riforma rimanesse sulla carta, il Codice della trasparenza ha, altresì, individuato un organo cui spetta la vigilanza: l'Autorità Nazionale Anticorruzione. L'autorità gode di poteri d'ufficio per monitorare che gli obblighi in materia di trasparenza vengano adempiuti e può irrogare sanzioni e ordinare alle PP.AA. la pubblicazione dei dati mancanti.

In ogni amministrazione, poi, è stata istituita la figura del responsabile della trasparenza che di solito coincide con quella del responsabile della prevenzione della corruzione venendosi così a creare un sistema di vigilanza e di controlli rivoluzionario.

Il quadro degli strumenti che ad oggi assicurano il rispetto da parte delle pubbliche amministrazioni degli obblighi di trasparenza sono quindi diversi: a) l'accesso documentale o "difensivo"; b) gli obblighi di pubblicità (sia essa legale o quella effettuata ai soli fini della conoscibilità degli atti da parte dei consociati); c) l'accesso civico generalizzato.

L'intento dei successivi paragrafi sarà quello di fare chiarezza circa le differenti tipologie degli obblighi di pubblicazione concernenti i contratti pubblici e i loro diversi effetti con analisi sul complesso quadro normativo che li regola.

2. *La trasparenza nel campo della contrattualistica pubblica: focus sugli obblighi di pubblicazione concernenti i contratti pubblici e analisi dell'art. 29, co. commi 1 e 2 del decreto legislativo n. 50 del 18 aprile 2016, così come modificati dal decreto legislativo n. 77 del 31 maggio 2021, convertito in legge n. 108 del 29 luglio 2021.*

Ai sensi dell'art. 37 del d.lgs. n. 33/2013, contenente la disciplina sul diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle Pubbliche Amministrazioni, diversi sono gli obblighi di pubblicità cui devono attenersi le

pubbliche amministrazioni e le stazioni appaltanti in materia di contratti pubblici<sup>17</sup>.

In particolare dalla lettura dell'art. 37, co. 1, lett. b), si evince che “(...) fermi restando gli obblighi di pubblicità legale, le pubbliche amministrazioni e le stazioni appaltanti pubblicano (...) gli atti e le informazioni oggetto di pubblicazione ai sensi del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50”.

Dalla disposizione in parola, quindi, non solo ricaviamo il rinvio all'art. 29 del d.lgs. n. 50/2016, norma di carattere generale in materia di trasparenza nel settore di riferimento, ma altresì la specificazione che differenti sono gli adempimenti relativi alla pubblicazione degli atti di gara<sup>18</sup>.

Sotto tale profilo appare significativo l'inciso “fermi restando gli obblighi di pubblicità legale” che chiarisce che, nel più ampio genere degli obblighi di pubblicità e trasparenza (cui devono attenersi le pubbliche amministrazioni e le stazioni appaltanti), occorre tenere distinti gli obblighi di pubblicità con effetti legali dagli obblighi di pubblicità utili al solo fine di garantire la conoscibilità degli atti medesimi in un'ottica partecipativa e/o di controllo da parte di tutti gli interessati.

Proprio sul piano degli effetti si registrano le principali differenze:

a) se dalla pubblicità con effetti legali, si fa discendere la presunzione di conoscenza degli atti pubblicati, funzionale alla produzione di effetti giuridici quali tra tutti la decorrenza dei termini per la partecipazione alla gara e la decorrenza del termine d'impugnazione innanzi l'autorità giurisdizionale<sup>19</sup>;

<sup>17</sup> Cfr. M. PANI- C. SANNA, *Trasparenza, pubblicità e accesso nel codice degli appalti – d. lgs. 50/2016*, in *LexItalia, Rivista di diritto pubblico*, 7 Febbraio 2018. Secondo gli autori il principio della trasparenza “ha fatto breccia anche nella complessa e fondamentale materia degli appalti pubblici che, come noto, rappresenta una parte importante dell'attività amministrativa la quale poi con grande frequenza si proietta pure in sede contenziosa. Proprio tale ultimo aspetto rende di notevole rilievo che il principio della trasparenza abbia trovato concreto riscontro attraverso le numerose e innovatrici disposizioni contenute nel nuovo codice dei contratti pubblici”.

<sup>18</sup> In tal senso MINERVINI L., *Accesso agli atti e procedure di affidamento ed esecuzione di contratti pubblici*, in *Il Foro Amministrativo*, fasc. 5, 1 maggio 2019, pag. 949. L'autore specifica che tra tali informazioni occorre annoverare quelle inerenti la struttura proponente, l'oggetto del bando, l'elenco degli operatori invitati a presentare offerte, l'aggiudicatario, l'importo di aggiudicazione, i tempi di completamento dell'opera, servizio o fornitura, l'importo delle somme liquidate.

<sup>19</sup> A tal fine viene in rilievo la definizione di albo pretorio on-line. Per albo pretorio on-line deve intendersi quello spazio virtuale, accessibile a tutti tramite

b) dalla pubblicità prevista ai fini della trasparenza discende, quale effetto, la generale conoscibilità degli atti di gara. Questi devono, infatti, essere inseriti nella sezione “Amministrazione trasparente”, sottosezione “Bandi di gara e contratti” con lo scopo precipuo di permettere a tutti i cittadini, anche ai non interessati alla specifica gara, di poter partecipare e/o controllare l’*agere* della Pubblica Amministrazione<sup>20</sup>.

L’art. 29 del d.lgs. n. 50/2016, rubricato “*Principi in materia di trasparenza*”, norma di carattere generale e per questo ricompresa nel titolo IV del Codice relativo alle “*Modalità di affidamento – principi comuni*”, è, quindi, la disposizione alla quale l’art. 37, co. 1, lett. b) del d.lgs. n. 33/2013 rinvia in ordine agli obblighi di pubblicazione concernenti i contratti pubblici.

In particolare, l’art. 29, co. 1 del d.lgs. n. 50/2016, così come integrato dal decreto-legge n. 77 del 31 maggio 2016, convertito in legge n. 108 del 29 luglio 2016, impone alle amministrazioni aggiudicatrici e agli enti aggiudicatori di pubblicare e tenere aggiornati sul profilo del committente, nella sezione “*Amministrazione trasparente*”, tutti gli atti relativi alla programmazione e l’esecuzione di lavori, opere, servizi e forniture, nonché alle procedure per l’affidamento e l’esecuzione di appalti pubblici, ad eccezione degli atti relativi ai contratti pubblici riservati o secretati.

La *ratio* della norma risulta chiara: la stessa risponde a quell’esigenza di trasparenza che tutte le Pubbliche Amministrazioni devono poter garantire e che si dimostra ancora più pregnante nell’ambito degli affidamenti pubblici ove si annidano i maggiori rischi della corruzione.

Tuttavia, l’art. 29 del Codice, norma di carattere generale, non prende soltanto in considerazione gli obblighi di pubblicità da cui far discendere, quanto agli effetti, la generale conoscibilità degli atti da parte dei consociati.

---

Internet, ove vengono pubblicati tutti gli atti per i quali la legge impone la pubblicazione da intendersi come condizione di efficacia dei medesimi. Si tratta di atti che intanto possono dirsi produttivi di effetti giuridici in quanto sono portati alla conoscenza del pubblico. Cfr. <http://qualitapa.gov.it/>.

<sup>20</sup> In tal senso, G. STENNARO, *Gli obblighi di trasparenza e pubblicità nei contratti pubblici*, su [www.salvisjuribus.it](http://www.salvisjuribus.it), 20 aprile 2020.

Ai sensi dello stesso art. 29, co. 1, ultimo periodo, infatti, viene riproposta la differenziazione circa gli effetti legati alle diverse tipologie di pubblicità grazie alla specificazione: “*fatti salvi gli atti a cui si applica l’articolo 73, comma 5, i termini cui sono collegati gli effetti giuridici della pubblicazione decorrono dalla pubblicazione sul profilo del committente*”.

L’art. 29 conferma, dunque, l’impostazione dell’art. 37 del d.lgs. n. 33/2013, analizzato nel precedente paragrafo, differenziando gli effetti degli obblighi in materia di pubblicità e trasparenza cui devono attenersi le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori<sup>21</sup>:

a) per un verso abbiamo la pubblicazione sul profilo del committente (sito informatico della stazione appaltante ex art. 3, lett. nnn) del d.lgs. n. 50/2016), sul quale vengono pubblicati gli atti e le informazioni previsti dal medesimo Codice dei contratti pubblici, pubblicazione questa dalla quale decorrono gli effetti legali (quali, come abbiamo già accennato, il decorrere del termine per la partecipazione alla gara o per l’impugnazione ai fini della tutela giurisdizionale);

b) per altro verso abbiamo l’inserimento degli atti nella sezione “*Amministrazione trasparente*”, ulteriore obbligo di carattere informativo, teso ad assicurare la trasparenza e il controllo diffuso.

---

<sup>21</sup> Che l’art. 29 del Codice già differenziasse gli effetti della pubblicità legale dagli effetti della pubblicità ai meri fini della conoscibilità e trasparenza dell’*agere* amministrativo, è cosa nota. Infatti, lo stesso comma 1, prima che il decreto-legge n. 32 del 18 aprile 2019, cosiddetto Sblocca cantieri, intervenisse modificando la disposizione in esame, continuava prevedendo un altro obbligo di pubblicazione, di tipologia diversa. Come è stato fatto notare: “*si trattava di un obbligo di pubblicazione rispondente ad un’altra esigenza ben diversa a quella sottesa all’obbligo previsto dalla prima parte del co. 1, volto a produrre effetti legali e a porre a carico del soggetto interessato l’onere di consultare il sito informatico. Era, infatti, disposto che la stazione appaltante, all’esito della verifica della documentazione circa l’assenza dei motivi di esclusione e la sussistenza dei requisiti di qualificazione, dovesse dare avviso ai candidati e ai concorrenti, a mezzo pec, della adozione dei conseguenti provvedimenti (e della relativa motivazione)*”. Cfr. G. MACRINA, *Nuova guida al codice degli appalti pubblici*, Pacini Giuridica, Pisa, 2020, 73. Ciò al fine di consentire l’eventuale proposizione del ricorso ai sensi dell’art. 120, comma 2 bis, del decreto legislativo n. 104 del 2 luglio 2010 (Codice del processo amministrativo) che prevedeva il rito super accelerato per i soli giudizi inerenti l’immediata impugnazione delle ammissioni ed esclusioni dalle gare per vizi per la carenza dei requisiti soggettivi considerati immediatamente lesivi a prescindere dalla aggiudicazione finale del contratto.

Alla luce di quanto sopra riassunto, gli operatori economici interessati a partecipare alle gare hanno l'onere di consultare la sezione del sito informatico al fine di conoscere quali siano le procedure indette e i termini di scadenza per la presentazione delle offerte, salvo si tratti di procedure alle quali gli oo.aa. partecipano su invito (es: procedure ristrette o negoziate).

Sul punto è intervenuta, di recente, anche l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato la quale ha avuto modo di specificare, con la Sentenza del 2 luglio 2020 n. 12, che il termine per l'impugnazione degli atti di gara, differenti dai bandi e dagli avvisi (per i quali vige il differente regime di cui all'art. 73 del d.lgs. n. 50/2016), decorre dalla data di pubblicazione dell'atto sul profilo del committente secondo quella che può definirsi la presunzione legale di conoscibilità da parte dell'operatore economico interessato<sup>22</sup>.

In ordine poi alle modifiche subite dall'art. 29, co. 2 del Codice per l'entrata in vigore del d.l. n. 77/2021, convertito in l. n. 108/2021, questo è stato interamente sostituito.

Il testo della disposizione ad oggi vigente è del seguente tenore: *“Tutte le informazioni inerenti agli atti delle amministrazioni aggiudicatrici e*

---

<sup>22</sup> L'Adunanza Plenaria, con la pronuncia sopra richiamata, ha inteso fare chiarezza circa la decorrenza del termine di impugnazione degli atti di una procedura di gara per l'affidamento di un contratto di appalto, predisponendo uno schema articolato circa i diversi momenti in cui è possibile avere conoscenza degli atti di gara. Più precisamente l'Adunanza plenaria ha modulato tale decorrenza nei termini che seguono: a) dalla pubblicazione generalizzata degli atti di gara – comprensiva anche dei verbali (ivi comprese le operazioni tutte e le valutazioni operate dalle commissioni di gara delle offerte presentante) ai sensi dell'art. 29, comma 1, ultima parte, d.lgs. n. 50/2016; b) dall'acquisizione, per richiesta della parte o per invio officioso, delle informazioni di cui all'art. 76 d.lgs. n. 50/2016 ma solo a condizione che esse *“consentano di avere ulteriori elementi per apprezzare i vizi già individuati o per accertarne altri”*, così da permettere la presentazione non solo dei motivi aggiunti, ma anche del ricorso principale; c) dalla proposizione dell'istanza di accesso agli atti di gara con conseguente dilazione temporale fino al momento in cui è consentito l'accesso se *“i motivi di ricorso conseguano alla conoscenza dei documenti che completano l'offerta dell'aggiudicatario ovvero delle giustificazioni rese nell'ambito del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta”*; d) dalla comunicazione o dalla pubblicità nelle forme individuate negli atti di gara ed accettate dai partecipanti alla gara *“purché gli atti siano comunicati o pubblicati unitamente ai relativi allegati”* (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, sent. del 19.01.2021 n. 575).

*degli enti aggiudicatori relativi alla programmazione, alla scelta del contraente, all'aggiudicazione e all'esecuzione di lavori, servizi e forniture relativi all'affidamento, inclusi i concorsi di progettazione e i concorsi di idee e di concessioni, compresi quelli di cui all'articolo 5, sono gestite e trasmesse tempestivamente alla Banca Dati Nazionale dei Contratti pubblici dell'ANAC attraverso le piattaforme telematiche ad essa interconnesse secondo le modalità indicate all'articolo 213, comma 9. L'ANAC garantisce, attraverso la Banca Dati Nazionale dei Contratti pubblici, la pubblicazione dei dati ricevuti, nel rispetto di quanto previsto dall'articolo 53 e ad eccezione di quelli che riguardano contratti secretati ai sensi dell'articolo 162, la trasmissione dei dati all'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea e la pubblicazione ai sensi dell'articolo 73. Gli effetti degli atti oggetto di pubblicazione ai sensi del presente comma decorrono dalla data di pubblicazione dei relativi dati nella Banca dati nazionale dei contratti pubblici”.*

Pertanto, rispetto alla vecchia formulazione (per la quale gli atti di gara, nel rispetto del principio della riservatezza, dovevano essere pubblicati sul sito del MIT e sulla piattaforma istituita presso l'ANAC, anche per il tramite dei sistemi informatizzati regionali), vengono espunti i riferimenti ai suddetti diversi adempimenti per lasciar spazio al solo strumento della Banca Dati. Il tutto nell'ottica di una maggiore semplificazione.

Infatti, alla stregua dell'art. 29 del Codice (nella sua nuova formulazione) l'unico obbligo che permane in capo alle stazioni appaltanti è quello di trasferire “tempestivamente” alla Banca Dati Nazionale dei Contratti pubblici dell'ANAC “tutte le informazioni inerenti agli atti delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori relativi alla programmazione, alla scelta del contraente, all'aggiudicazione e all'esecuzione di lavori”, spettando successivamente all'ANAC (e non più alla singola stazione appaltante) di garantire la pubblicazione dei “dati” ricevuti, la trasmissione di questi all'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea e la pubblicazione ai sensi dell'articolo 73.

Alla luce delle suddette modifiche e partendo dall'assunto che per “dati” (termine che sembrerebbe mutuato dal linguaggio informatico) il legislatore intenda gli atti di gara cui si riferisce lo stesso co. 2 dell'art. 29, sembrerebbero sussistere delle difficoltà interpretative in relazione alla norma in questione (soprattutto se letta in combinato

disposto con gli artt. 72 e 73 del Codice), come si approfondirà nel successivo paragrafo.

A questo punto della trattazione appare opportuno soffermarsi sugli artt. 72 e 73 del Codice che, come sopra accennato, non sono stati interessati dalla recentissima riforma e che, pertanto, pur riguardando la pubblicazione dei bandi e degli avvisi in ambito europeo e nazionale, appaiono, alla luce delle importanti modifiche che hanno interessato l'art. 29 del Codice, anacronistici.

*2.1 Regime di pubblicità dei bandi e degli avvisi di gara ex artt. 72 e 73 del decreto legislativo n. 50/2016. Le incongruenze con l'art. 29, 2° co. del medesimo decreto, così come modificato dal decreto-legge n. 77 del 31 maggio 2021, convertito in legge n. 108 del 29 luglio 2021. Difficoltà interpretative.*

Appare opportuno analizzare le disposizioni di cui agli artt. 72 e 73 del Codice (Capo III, Sez. I, Bandi e avvisi) in ordine al differente regime di pubblicità previsto per gli avvisi e i bandi di gara.

Si precisa fin da ora che gli artt. in questione, relativi agli obblighi di pubblicità con effetti legali, non sono stati modificati dal d.l. n. 77/2021, né tanto meno hanno subito variazioni in sede di conversione.

L'art. 72 del Codice, rubricato “*Redazione e modalità di pubblicazione dei bandi e degli avvisi*”, indica le modalità di pubblicazione dei bandi e degli avvisi di gara sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea.

Il successivo art. 73, rubricato “*Pubblicazione a livello nazionale*”, prevede le modalità di pubblicazione dei bandi e degli avvisi di gara in Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana (previa in ogni caso pubblicazione degli stessi in Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea).

Inoltre, ai sensi dell'art. 73, co. 4, “*fermo restando quanto previsto all'articolo 72, gli avvisi e i bandi sono, altresì, pubblicati senza oneri sul profilo del committente della Stazione Appaltante e sulla piattaforma digitale dei bandi di gara presso l'ANAC, in cooperazione applicativa con i sistemi informatizzati delle regioni e le piattaforme regionali di e-procurement. Con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, d'intesa con l'ANAC, da adottarsi entro sei mesi dalla data di entrata in vigore del presente codice, sono definiti gli indirizzi generali di pubblicazione al fine di garantire la certezza della data di*

*pubblicazione e adeguati livelli di trasparenza e di conoscibilità, anche con l'utilizzo della stampa quotidiana maggiormente diffusa nell'area interessata. Il predetto decreto individua la data fino alla quale gli avvisi e i bandi devono anche essere pubblicati nella Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana, serie speciale relativa ai contratti pubblici, entro il sesto giorno feriale successivo a quello del ricevimento della documentazione da parte dell'ufficio inserzioni dell'Istituto poligrafico e zecca dello Stato. La pubblicazione di informazioni ulteriori, complementari o aggiuntive rispetto a quelle indicate nel presente codice, avviene esclusivamente in via telematica e non comporta oneri finanziari a carico delle Stazioni Appaltanti". Fino alla data indicata nel decreto di cui al presente comma, si applica l'articolo 216, comma 11"*.

Ai sensi poi del co. 5 del medesimo articolo del Codice, “*Gli effetti giuridici che l'ordinamento connette alla pubblicità in ambito nazionale decorrono dalla data di pubblicazione sulla piattaforma digitale dei bandi di gara presso l'ANAC*”.

In attuazione del sopra richiamato art. 73, co. 4 del Codice, l'allora Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti (oggi MiMS) ha adottato il D.M. MIT 2/12/2016, intitolato “*Definizione degli indirizzi generali di pubblicazione degli avvisi e dei bandi di gara, di cui agli articoli 70, 71 e 98 del d.lgs. n. 50 del 2016*” pubblicato in GU 25.1.2017 n. 20.

Ebbene, l'art. 2, co. 5 del D.M. MIT 2/12/2016 oltre a stabilire che l'ANAC, con proprio atto pubblicato in Gazzetta Ufficiale, definisce le modalità di funzionamento della piattaforma digitale, prevede che, fino alla data di funzionamento della stessa, gli avvisi e i bandi sono pubblicati sulla Gazzetta Ufficiale, per cui gli effetti giuridici di cui all'art. 73 co. 5 del d.lgs. n. 50/2016 continuano a decorrere da tale pubblicazione<sup>23</sup>.

Dalla lettura delle disposizioni sopra riportate emerge che il legislatore, prima ancora che intervenisse con l'adozione del d.l. n. 77/2021, ha inteso stabilire un doppio ordine di regimi.

---

<sup>23</sup> In ordine al regime transitorio, segnaliamo le linee guida offerte dalla rivista Moltocomuni.it nel documento “*Il decreto Mit sulla pubblicità legale dei bandi di gara e degli avvisi di postinformazione*”, presenti sul seguente link: [www.moltocomuni.it/news/ildecreto-mit-sulla-pubblicita-legale-dei-bandi-di-gara-a-degli-avvisi-di-postinformazione](http://www.moltocomuni.it/news/ildecreto-mit-sulla-pubblicita-legale-dei-bandi-di-gara-a-degli-avvisi-di-postinformazione), ove vengono fornite indicazioni utili circa la pubblicazione dei bandi e degli avvisi di gara fino a quando non sarà operativa la piattaforma digitale dell'ANAC.



Un primo regime transitorio, dunque temporalmente limitato, in cui dovendo trovare applicazione l'art. 216, co. 11 del Codice, gli effetti giuridici di cui al comma 5 dell'art. 73 (ovvero gli effetti legali) continuano a decorrere dalla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale; ed un secondo regime ordinario sottoposto alla concreta operabilità della piattaforma digitale predisposta e gestita dall'ANAC.

Alla luce di quanto sopra riassunto, emerge il mancato raccordo tra quanto previsto dall'art. 29, co. 2 del Codice (così come modificato dal d.l. n. 77/2021, convertito in l. n. 108/2021) e quanto invece, ancora oggi, prevedono gli artt. 72 e 73 del medesimo Codice.

Il legislatore, nell'ottica della semplificazione, come sopra già detto, ha, infatti, sostituito (art. 29, co. 2 del Codice) i diversi obblighi di pubblicazione gravanti sulle pubbliche amministrazioni (pubblicazioni a livello europeo e nazionale, pubblicazione sul sito del Ministero delle Infrastrutture e dei trasporti e sulla piattaforma digitale istituita presso l'ANAC) con l'unico adempimento relativo alla trasmissione delle informazioni elencate alla BDNCP dell'ANAC.

Tuttavia, sembrerebbe mancare il raccordo con l'art. 73 del medesimo Codice, che reca ancora precisi obblighi per le stazioni appaltanti in punto di pubblicazione dei bandi e degli avvisi di gara a livello nazionale. Infatti, la disposizione, seppure richiamata dall'art. 29, comma 2, come da ultimo modificato, sembrerebbe implicitamente abrogata.

In particolare, l'art. 73 del Codice continua a prevedere, per il tramite del rinvio sia al D.M. MIT 2/12/2016, che all'art. 216, co. 11 del Codice, il doppio regime (transitorio e ordinario) in ordine agli obblighi di pubblicazione in capo alle stazioni appaltanti (gli avvisi e i bandi devono essere pubblicati in Gazzetta ufficiale) e ai relativi effetti legali che, ai sensi di tali disposizioni, decorrono dalla data di pubblicazione in Gazzetta ufficiale (e non dalla data di pubblicazione nella Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici).

Atteso quanto sopra, non può non constatarsi una certa difficoltà interpretativa dettata da un sovrappollamento di norme contorte e mal coordinate tra loro proprio in un ambito, come quello della trasparenza che, al contrario dovrebbe rappresentare la sintesi della chiarezza e della comprensibilità dell'azione amministrativa.

Si auspica, pertanto, un intervento chiarificatore da parte del legislatore teso a fare luce su quelli che, ad oggi, risultano essere le modalità di pubblicazione dei bandi e degli avvisi di gara anche, se non soprattutto, ai fini del computo dei termini per partecipare alle gare e per chiedere tutela giurisdizionale innanzi al giudice amministrativo.

3. *La semplificazione nel campo della contrattualistica pubblica alla luce delle ulteriori modifiche apportate dal decreto-legge n. 77 del 31 maggio 2021 all'art. 29 del Codice.*

Come sopra già si è avuto modo di accennare, il processo di cambiamento delle procedure che governano l'operato della P.A. è andato sempre più nella direzione di garantire maggiormente l'efficienza, la trasparenza e la vicinanza della macchina amministrativa al cittadino. Questo cambiamento prende le sue mosse fin dall'adozione della l. n. 241/1990 sul procedimento amministrativo e si prefigge come scopo quello di semplificare le procedure amministrative al fine di rimuovere i ritardi e le inefficienze che bloccano il progresso della macchina pubblica.

Diversi sono gli strumenti attraverso i quali è stato possibile procedere verso una maggiore semplificazione: tra tutti si pensi alla delegificazione, alla deamministrativizzazione (ovvero la sottrazione di intere attività alle regole amministrative con liberalizzazione delle attività private ed eliminazione di ogni forma preventiva verifica di tipo pubblicistico) e, con riferimento alla documentazione amministrativa, alle autocertificazioni, alle dichiarazioni sostitutive di certificati, alle dichiarazioni sostitutive di atti di notorietà.

Tuttavia, attualmente, complice l'età altamente tecnologica che viviamo, rendere più semplici i meccanismi amministrativi significa innovare le modalità e gli strumenti di cui la P.A. si serve nel rendere il pubblico servizio<sup>24</sup>.

<sup>24</sup> In tal senso A. NATALINI, *La semplificazione e l'amministrazione digitale*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2008, 1, 105. L'autore spiega come le ICT sembrano costituire lo strumento essenziale per ridurre i costi e i tempi dei procedimenti amministrativi, in grado anche di aumentare la trasparenza delle pp.aa. e di facilitare la partecipazione dei cittadini alle decisioni pubbliche. Al contempo l'autore spiega

Per amministrazione digitale si intende, quindi, il sistema di gestione digitalizzata della pubblica amministrazione che consente di trattare la documentazione e di organizzare i procedimenti grazie ai sistemi informatici e dunque con il ricorso alle tecnologie dell'informazione e della comunicazione (ICT).

Questo processo di semplificazione avanzata (*rectius*: di digitalizzazione) dell'attività amministrativa ha avuto un primo approdo nel Codice dell'amministrazione digitale (decreto legislativo n. 82 del 7 marzo 2005) che ha riordinato le principali norme già presenti in materia affermando nuovi diritti: quello all'accesso e all'invio di documenti digitali, quello ad effettuare pagamenti in forma digitale, quello di ricevere comunicazioni a mezzo PEC, quello di trovare in rete moduli e formulari.

Tuttavia, occorre evidenziare che, nonostante il processo di digitalizzazione sia iniziato da anni, solo con la pandemia e le sue ricadute sulla salute dei cittadini e sulla realtà economico-sociale, il legislatore ha inteso adottare misure straordinarie in materia di politiche digitali.

Il più recente intervento del legislatore si è avuto con l'adozione del d.l. n. 77/2021 che ha comportato la modifica dell'art. 29 del codice dei contratti pubblici non solo in relazione al co. 1 e 2 nei precedenti paragrafi già analizzati, ma anche con riferimento ai commi 2, 3, 4 e 4-bis, semplificando, sempre sulla spinta della digitalizzazione, i processi di trasmissione dei dati tra pubbliche amministrazioni.

In particolare, il co. 5 dell'art. 53 del d.l. n. 77/2021, così come convertito in l. n. 108/2021, ha completamente sostituito il co. 2 del previgente art. 29 prevedendo che vengano gestite e trasmesse tempestivamente alla Banca Dati Nazionale dei Contratti pubblici dell'ANAC (BDNCP), attraverso piattaforme telematiche, tutte le informazioni relative agli atti delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori, inerenti la programmazione, la scelta del contraente, l'aggiudicazione e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture.

In relazione al co. 3 la struttura rimane invariata: alla tutela della trasparenza e della legalità nel settore dei contratti pubblici

---

come ad oggi “*la semplificazione digitale è ancora, in larga misura, più un auspicio che una realtà: è un campo di indagine a carattere interstiziale ancora non consolidato*”.

collaborano le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano, le quali operano in ambito territoriale a supporto delle stazioni appaltanti.

Secondo il co. 3, per questa prima parte rimasto invariato, quindi, Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano, “operano in ambito territoriale a supporto delle stazioni appaltanti nell’attuazione del presente codice e nel monitoraggio delle fasi di programmazione, affidamento ed esecuzione dei contratti” e, aggiunge il co. 3, in questa seconda parte modificato dal d.l. n. 77/2021, “anche attraverso la messa a disposizione di piattaforme telematiche interoperabili con la Banca dati nazionale dei contratti pubblici per la gestione di tutte le fasi della vita dei contratti pubblici secondo le modalità indicate all’articolo 213, comma 9”.

Sempre nell’ottica della spinta alla semplificazione, per il tramite della digitalizzazione amministrativa, l’art. 53, co. 5, lett. a), sub 4), della l. n. 108/2021, ha completamente sostituito la precedente formulazione del co. 4 dell’art. 29, prevedendo adesso che “Le stazioni appaltanti sono tenute ad utilizzare le piattaforme telematiche di cui al comma 2, aderenti alle regole di cui all’articolo 44”.

Da precisare che la disposizione anteriore alla riforma prevedeva che, per i contratti e gli investimenti pubblici di competenza regionale o di enti territoriali, le stazioni appaltanti provvedevano all’assolvimento degli obblighi informativi e di pubblicità mediante sistemi informatizzati regionali e le piattaforme di *e-procurement*.

Infine, anche il co. 4-bis dell’art. 29 è stato completamente sostituito dall’art. 53, comma 5, lettera a), sub. 5), l. n. 108/2021 prevedendo oggi che “L’interscambio dei dati e degli atti tra la Banca Dati Nazionale dei Contratti pubblici dell’ANAC, il sistema di cui al decreto legislativo 29 dicembre 2011, n. 229, e le piattaforme telematiche ad essa interconnesse avviene, nel rispetto del principio di unicità del luogo di pubblicazione e di unicità dell’invio delle informazioni, in conformità alle Linee guida AgID in materia di interoperabilità. L’insieme dei dati e delle informazioni condivisi costituiscono fonte informativa prioritaria in materia di pianificazione e monitoraggio di contratti. Per le opere pubbliche si applica quanto previsto dall’articolo 8, comma 2, del decreto legislativo 29 dicembre 2011, n. 229”.

Rispetto alla precedente formulazione è stato cioè espunto il riferimento al protocollo generale tra Ministero dell’economia e delle finanze, Ministero delle Infrastrutture e dei trasporti, ANAC e la

Conferenza delle Regioni e delle Province autonome. Il protocollo era destinato a definire le regole dell'interoperabilità e le modalità di interscambio dei dati e degli atti tra le rispettive banche dati.

Oggi, invece, a seguito delle modifiche subite da questo comma ad opera del d.l. 77/2021, l'interscambio risulta ulteriormente semplificato in quanto deve avvenire tra la BDNCP e le piattaforme telematiche ad essa interconnesse.

L'intento delle suddette modifiche vuole essere quello di semplificare le modalità di scambio dei dati ed informazioni e di velocizzare i processi di digitalizzazione delle procedure riguardanti i contratti pubblici, al contempo puntando sul rafforzamento della cooperazione tra le varie pubbliche amministrazioni.

Proseguendo nella disamina delle ulteriori modifiche apportate dal d.l. n. 77/2021 all'art. 29, preme analizzare il successivo co. 3. Questo, sebbene contenga una norma di tipo programmatico (per la quale le regioni e le province autonome di Trento e Bolzano collaborano con gli organi dello Stato alla tutela della trasparenza e della legalità nel settore dei contratti pubblici e operano, in particolare in ambito territoriale a supporto delle stazioni appaltanti nell'attuazione del codice ed al monitoraggio delle fasi di programmazione, affidamento ed esecuzione dei contratti), è stato integrato, sempre nell'ottica di una maggiore semplificazione delle procedure di gara, con una precisazione finale *“anche attraverso la messa a disposizione di piattaforme telematiche interoperabili con la Banca Dati Nazionale dei Contratti pubblici per la gestione di tutte le fasi della vita dei contratti pubblici secondo le modalità indicate dall'art. 213, co. 9”*.

Alla luce di quanto sopra, appare evidente l'intenzione del legislatore non solo di semplificare il più possibile, ma anche di rafforzare la collaborazione tra i vari agenti della contrattualistica pubblica.

Se i sopra elencati strumenti approntati dal legislatore per una maggiore semplificazione nella trasmissione dei dati relativi alle gare ad evidenza pubblica devono ancora esplicitare i loro effetti (l'interoperabilità delle banche dati rimane ad oggi più un obiettivo da conseguire che non un concreto strumento di cui la Pubblica Amministrazione può fruire considerata la lentezza con cui si sta cercando di collegare tra loro le banche dati), per contro, gli effetti di

altri interventi volti a semplificare l'attività della pubblica amministrazione nell'affidamento dei contratti pubblici possono già essere analizzati e misurati nella loro concreta funzionalità (o disfunzionalità).

Nel successivo paragrafo si analizzeranno, infatti, gli effetti della semplificazione sulle imprese in cui sono presenti infiltrazioni mafiose per capire se, a fronte dell'esigenza di assicurare una pronta e rapida ripresa economica del Paese, si sia al contempo optato per una (suppur limitata) rinuncia alla lotta contro la criminalità organizzata.

### 3.1. *Effetti della semplificazione sulle infiltrazioni della criminalità organizzata, le criticità alla luce del Decreto Semplificazioni e del Decreto Semplificazioni bis.*

Appare utile, a questo punto della trattazione, analizzare l'impatto della semplificazione sulla criminalità organizzata al fine di rivelare se, nell'intento di semplificare il più possibile le procedure di gara per rilanciare l'economia del Paese<sup>25</sup>, non si arrivi ad incrementare la presenza della criminalità organizzata nell'esecuzione degli appalti soprattutto in un periodo come quello attuale ove alto è il rischio delle infiltrazioni mafiose.

Appare tanto più utile una riflessione in tal senso se consideriamo quanto affermato dal Capo della Polizia, Franco Gabrielli, in occasione dell'incontro con i Paesi aderenti al progetto *I-Can Interpol cooperation against ndrangheta* circa i rischi di infiltrazioni mafiose nei settori in crisi a seguito dell'emergenza pandemica.

In particolare, con l'intervento del 24.06.2020, il medesimo, nella suddetta sede, ha affermato: *“Oggi si parla da un lato del famoso doping finanziario, ossia dell'immissione di capitali che vanno a innervare e rigenerare i settori in crisi. E poi c'è il welfare: in moltissime aree e strati della popolazione italiana le mafie possono rappresentare un welfare alternativo che indebolirebbe il Paese e la democrazia. Le mafie potrebbero insinuarsi nell'economia legale, basti pensare a tutte le aziende che non necessariamente ripartiranno, a tutto il mondo*

---

<sup>25</sup> In ordine agli interventi predisposti a livello comunitario e nazionale per arginare gli effetti della pandemia in ambito economico ed imprenditoriale, si veda R. DIPACE, *Politiche e strumenti amministrativi per lo sviluppo economico*, in *Diritto Amministrativo*, fasc. 4, 2020, 903.

*delle strutture ricettive che a seguito del lock down avranno maggiore difficoltà. La pandemia sta offrendo insperate opportunità alla criminalità organizzata. Il COVID per l'ndrangheta potrebbe diventare straordinaria occasione per acquisire nuove aree di mercato. Nel post emergenza la minaccia mafiosa potrebbe esplodere con una forza immane, l'onda d'urto potrebbe finanziare illegalmente le imprese e le misure contro la crisi "potrebbero non essere in grado di fare fronte" a tutte le necessità. In questo momento di difficoltà la 'ndrangheta potrebbe insinuarsi nelle gare pubbliche e nelle compagnie societarie".*

Ebbene, in senso parzialmente opposto si può ritenere sia andato il d.l. n. 76 del 16 luglio 2020 nella parte in cui ha previsto modifiche in punto di verifiche antimafia.

L'art. 3 del d.l. n. 76/2020, convertito in l. n. 120 dell'11 settembre 2020, rubricato "*Verifiche antimafia e protocolli di legalità*" ha introdotto misure di semplificazione transitorie, valesse fino al 31.12.2021, per le verifiche antimafia relative all'affidamento ed esecuzione di contratti pubblici (è bene precisare che le disposizioni in questione hanno valenza generale, non sono quindi limitate ai soli affidamenti connessi all'emergenza sanitaria).

La norma dispone al primo comma che "*Al fine di potenziare e semplificare il sistema delle verifiche antimafia per corrispondere con efficacia e celerità alle esigenze degli interventi di sostegno e rilancio del sistema economico-produttivo conseguenti all'emergenza sanitaria globale del COVID-19, fino al 31 dicembre 2021*":

- risulta sempre sussistente il caso di urgenza di cui all'art. 92, co. 3 del Codice antimafia (decreto legislativo n. 159 del 2011): dunque vengono corrisposti ai privati agevolazioni o benefici economici anche in assenza della documentazione antimafia, con il vincolo della restituzione se, all'esito di verifiche antimafia venisse pronunciata un'interdittiva (co. 1);

- si stipulano contratti pubblici aventi ad oggetto lavori servizi e forniture sulla base di una informativa antimafia liberatoria provvisoria, valida per 60 giorni, con il vincolo del recesso se le verifiche successive dovessero comportare un'interdittiva antimafia (co. 2 e 4).

Viene anche previsto che, nell'ambito della medesima fascia temporale, per le verifiche antimafia riguardanti l'affidamento e l'esecuzione dei contratti pubblici si procede attraverso il rilascio

dell’informativa liberatoria provvisoria che consegue alla consultazione della Banca dati unica nazionale della documentazione antimafia “*nonché tramite l’immediata acquisizione degli esiti delle interrogazioni di tutte le ulteriori banche dati disponibili*” (co. 3).

La nota per certi versi dolente di questo sistema volto alla semplificazione delle procedure di gara risiede nel co. 4 dell’art. 3 secondo il quale, qualora la documentazione successivamente pervenuta attesti la sussistenza di una delle cause interdittive contemplate dal codice della legge antimafia, le amministrazioni appaltanti recedono dal contratto stipulato, con conseguente obbligo di pagare le opere già eseguite e di rimborsare le spese sostenute dalla controparte privata per l’esecuzione dei lavori rimanenti nei limiti delle utilità conseguite.

La norma è stata mutuata dall’art. 92, co. 2, 3 e 4 del Codice antimafia secondo la quale, in casi eccezionali (ad es. in caso di urgenza), i contributi, i finanziamenti, le agevolazioni e le altre erogazioni sono corrisposti sotto condizione risolutiva e le Pubbliche Amministrazioni e gli enti pubblici revocano le autorizzazioni e le concessioni o recedono dai contratti, fatto salvo il pagamento del valore delle opere già eseguite e il rimborso delle spese sostenute per l’esecuzione del rimanente, nei limiti delle utilità conseguite, nel caso di accertamento delle cause interdittive.

Come è stato fatto notare l’intero articolo 3 del Decreto-legge n. 76/2020 “*risulta ispirato dall’evidente tentativo di individuare un difficile punto di equilibrio tra (da un lato) l’esigenza di semplificare le procedure relative alla documentazione antimafia e (dall’altro) quella di garantire comunque un efficace contrasto ai più gravi reati associativi (nella tipica logica della “tutela anticipatoria” che caratterizza il diritto alla prevenzione*”<sup>26</sup>.

Sembra, pertanto, che il legislatore accetti parzialmente il rischio, in nome della semplificazione e della velocizzazione delle procedure nell’attuale periodo emergenziale, di contrarre con soggetti destinatari di interdittive antimafia e, di pagare gli stessi, nel caso si rendesse necessario il recesso, per le opere già effettuate<sup>27</sup>.

<sup>26</sup> Cfr. C. CONTESSA, *Le novità del “Decreto Semplificazioni”, ovvero: nel settore dei contratti pubblici esiste ancora un codice?* in *Urbanistica e appalti*, 2020, 6, 757.

<sup>27</sup> Cfr. G. VESPERINI, *L’Agenda per la semplificazione 2020-2023*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2021, n. 2, 151 secondo il quale “*le linee guida del Piano Nazionale di*



Sul punto, occorre richiamare la Sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato del 6 aprile 2018 n. 3 con la quale viene stabilito che l'adozione di interdittiva antimafia determina in capo all'impresa destinataria del provvedimento un'incapacità speciale relativa *ex lege* ai sensi dell'art. 67, co. 1, lett g) del Codice antimafia.

Con l'arresto in questione, infatti, il Consiglio di Stato ha affermato i seguenti principi: “a) il provvedimento di cd. “interdittiva antimafia” determina una particolare forma di incapacità *ex lege*, parziale (in quanto limitata a specifici rapporti giuridici con la Pubblica Amministrazione) e tendenzialmente temporanea, con la conseguenza che al soggetto – persona fisica o giuridica – è precluso avere con la pubblica amministrazione rapporti riconducibili a quanto disposto dall'art. 67 d. lgs. 6 settembre 2011 n. 159; b) l'art. 67, co. 1, lett. g) del d. lgs. 6 settembre 2011 n. 159, nella parte in cui prevede il divieto di ottenere, da parte del soggetto colpito dall'interdittiva antimafia, “contributi, finanziamenti e mutui agevolati ed altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate, concessi o erogati da parte dello Stato, di altri enti pubblici o delle Comunità Europee, per lo svolgimento di attività imprenditoriali”, ricomprende anche l'impossibilità di percepire somme dovute a titolo di risarcimento del danno patito in connessione all'attività di impresa”<sup>28</sup>.

---

Ripresa e Resilienza prevedono il ricorso a tutte le azioni necessarie per garantire appalti pubblici efficienti, trasparenti e con tempi certi”; il decreto semplificazioni ha introdotto misure per la riduzione dei tempi di stipula dei contratti e per la loro realizzazione e gestione, nonché misure temporanee per imprimere una forte accelerazione agli investimenti nella fase di rilancio”.

<sup>28</sup> Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., Sentenza del 6 aprile 2018, n. 3. Con la sentenza in questione in particolare viene spiegata la finalità del provvedimento di interdittiva antimafia e la tipologia di effetti che produce in capo all'impresa che ne viene colpita come segue: «Come è noto, la giurisprudenza amministrativa ha già avuto modo di affermare che l'interdittiva antimafia è provvedimento amministrativo al quale deve essere riconosciuta natura cautelare e preventiva, in un'ottica di bilanciamento tra la tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica e la libertà di iniziativa economica riconosciuta dall'art. 41 Cost. Come è stato puntualmente affermato, l'interdittiva antimafia costituisce “una misura volta – ad un tempo – alla salvaguardia dell'ordine pubblico economico, della libera concorrenza tra le imprese e del buon andamento della Pubblica Amministrazione” (Cons. Stato, Sez. III, Sent. 3 maggio 2016, n. 1743). Tale provvedimento, infatti, mira a prevenire tentativi di infiltrazione mafiosa nelle imprese, volti a condizionare le scelte e gli indirizzi della Pubblica Amministrazione e si pone in funzione di tutela sia dei principi di legalità, imparzialità e buon andamento, riconosciuti dall'art. 97 Cost., sia dello svolgimento leale e corretto della concorrenza tra le stesse imprese nel mercato, sia, infine, del corretto utilizzo delle risorse pubbliche (Cons. Stato, Sez. III, Sent. 31 dicembre 2014, n. 6465).

Ebbene, considerata la chiara *ratio* della legge (procedere, in casi eccezionali, con l'affidamento dell'appalto, in attesa dell'esito delle verifiche antimafia) e nonostante l'orientamento giurisprudenziale predominante teso ad evitare “ogni esborso di matrice pubblicistica”, compresi quelli provenienti dall'Unione europea in favore di imprese soggette ad infiltrazioni criminali, in ogni caso il legislatore emergenziale ha esteso l'eccezione prevista dall'art. 92, co. 3 del Codice antimafia per tutte le erogazioni di danaro pubblico.

Sicché, per tutti i contratti di appalto stipulati fino al 31.12.2021 con un operatore economico per il quale le verifiche antimafia hanno registrato la sussistenza di cause interdittive, l'amministrazione appaltante stessa deve aver a) effettuato recesso dal contratto stipulato; b) pagato le opere già eseguite e c) rimborsato le spese sostenute dalla controparte privata per l'esecuzione dei lavori rimanenti nei limiti delle utilità conseguite con conseguente finale (seppur limitato) guadagno per l'operatore economico colluso.

---

*A tali fini, il provvedimento esclude che un imprenditore, persona fisica o giuridica, pur dotato di adeguati mezzi economici e di una altrettanto adeguata organizzazione, meriti la fiducia delle istituzioni (sia cioè da queste da considerarsi come “affidabile”) e possa essere, di conseguenza, titolare di rapporti contrattuali con le predette amministrazioni, ovvero destinatario di titoli abilitativi da queste rilasciati, come individuati dalla legge, ovvero ancora (come ricorre nel caso di specie) essere destinatario di “contributi, finanziamenti o mutui agevolati ed altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate”.*

Orbene, il provvedimento di cd. “interdittiva antimafia” determina una particolare forma di incapacità giuridica, e dunque la insuscettibilità del soggetto (persona fisica o giuridica) che di esso è destinatario ad essere titolare di quelle situazioni giuridiche soggettive (diritti soggettivi, interessi legittimi) che determinino (sul proprio cd. lato esterno) rapporti giuridici con la Pubblica Amministrazione (Cons. Stato, sez. IV, sent. del 20 luglio 2016 n. 3247).

Si tratta di una incapacità giuridica prevista dalla legge a garanzia di valori costituzionalmente garantiti e conseguente all'adozione di un provvedimento adottato all'esito di un procedimento normativamente tipizzato e nei confronti del quale vi è previsione delle indispensabili garanzie di tutela giurisdizionale del soggetto di esso destinatario. Essa è: – parziale, in quanto limitata ai rapporti giuridici con la Pubblica Amministrazione, ed anche nei confronti di questa limitatamente a quelli di natura contrattuale, ovvero intercorrenti con esercizio di poteri provvedimenti, e comunque ai precisi casi espressamente indicati dalla legge (art. 67 decreto legislativo n. 159 del 6 settembre 2011); – tendenzialmente temporanea, potendo venire meno per il tramite di un successivo provvedimento dell'autorità amministrativa competente (il Prefetto).

Una forte deroga, temporalmente limitata nel tempo (fino al 31.12.2021), accordata alle imprese con infiltrazioni mafiose al fine (evidentemente preminente) di assicurare una veloce e pronta ripartenza all'economia del Paese.

Tuttavia, se la disciplina in questione in origine doveva trovare applicazione solo per un determinato lasso di tempo, la stessa sembrerebbe essere stata prorogata, secondo il combinato disposto dell'art. 53, 1 e 2 co. del d.l. 77/2021, in relazione alle procedure negoziate senza bando di cui all'art. 48 del Codice per l'acquisto di beni e servizi informatici in cloud sopra soglia UE.

Ai sensi dell'art. 53, co. 1 del d.l. 77/2021, infatti, viene indicata, sempre nell'ottica della semplificazione, l'adozione della procedura negoziata senza bando di cui all'art. 48 per l'acquisto di beni e servizi informatici in cloud sopra soglia UE nonché servizi di connettività finanziati anche in parte dal PNRR la cui determina a contrarre o altro atto di avvio del procedimento sia adottato entro il 31.12.2026.

Il co. 2 dell'art. 53 del d.l. di cui trattasi statuisce che, in relazione ai contratti di cui al primo comma, ovvero quelli stipulati entro il 31.12.2026, aventi ad oggetto acquisto di beni e servizi informatici in cloud sopra soglia UE, le amministrazioni stipulano immediatamente il contratto in base all'autocertificazione dell'OE aggiudicatario attestante il possesso dei requisiti generali, finanziari e tecnici con vigenza della condizione risolutiva di cui all'art. 92, co. 2 e 4 del Codice antimafia su cui già sopra si è avuto modo di soffermarci.

Dall'analisi delle suddette norme, quindi, parrebbe potersi evincere come il legislatore emergenziale, accecato dall'impellenza di far ripartire il tessuto imprenditoriale e con esso l'economia del Paese, abbia inteso estendere l'efficacia della norma eccezionale, prevista dall'art. 92 del Codice antimafia, ben oltre il termine in origine fissato con il d.l. n. 76/2020 al 31-12-2021, anche muovendosi in contrasto rispetto all'arresto giurisprudenziale dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (Sent. n. 3/2018)<sup>29</sup>.

---

<sup>29</sup> Siffatta scelta del legislatore di procedere nella direzione di una maggiore semplificazione, sembrerebbe andare nella direzione opposta rispetto a quella storicamente seguita dall'Italia in punto di repressione alla corruzione e al fenomeno criminoso e per la quale, data la violazione del divieto di gold plating (soprattutto con l'introduzione di limiti stringenti all'impiego del subappalto) la stessa è stata

Il medesimo ha, infatti, stabilito che i contratti stipulati per l'acquisto di beni e servizi informatici in cloud sopra soglia UE, nonché per l'erogazione di servizi di connettività finanziati anche in parte dal PNRR (la cui determina a contrarre o altro atto di avvio del procedimento sia adottato entro il 31.12.2026), possono essere stipulati immediatamente.

Nel quadro voluto dal legislatore (nei fatti forse non più solo emergenziale) rimangono salvi da un lato le verifiche antimafia che possono comunque essere effettuate nei successivi 60 giorni e dall'altro il pagamento del valore delle opere già eseguite e il rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione del rimanente, nei limiti delle utilità conseguite.

#### 4. Possibili conclusioni.

Alla luce della normativa sopra esaminata, sono rintracciabili criticità<sup>30</sup>.

In primissimo luogo, occorre evidenziare come, a seguito dell'emanazione del d.l. n. 76/2020 e del d.l. n. 77/2021, il già complesso quadro normativo di riferimento sia stato ulteriormente complicato per il tramite dell'emanazione di disposizioni derogatorie a tempo ingenerando non poca confusione negli interpreti<sup>31</sup>.

---

sanzionata con l'apertura della procedura d'infrazione 2018/2273. Per approfondire la disciplina dei contratti pubblici tra istanze di semplificazione e oneri burocratici si veda BENEDETTI M. – IELO F. – MANOCCHIO M. – MOCAVINI G. – NAPOLITANO G. – PANGALLOZZI M.C. – SIMONCINI M., VALENTI G., *Il culto del diritto amministrativo frena la ricostruzione dell'amministrazione? vincoli vs opportunità*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, fasc.4, 1 dicembre 2021, 1097.

<sup>30</sup> Cfr. GAFFURI F., *Il decreto semplificazioni alla prova dei fatti – la disciplina degli appalti pubblici dopo il “decreto semplificazioni”*, in *Giur. It.*, 2021, 5, 1242. L'autore già rilevava, prima ancora che intervenisse il legislatore ad emanare il Decreto-legge n. 77/2021 come le “*innovazioni previste dal decreto “semplificazioni riguardano diversi aspetti della disciplina generale, non hanno carattere organico e pongono inevitabilmente problemi interpretativi ed applicativi, spesso di non facile soluzione. Per questi motivi è quantomeno dubbio che le nuove disposizioni dettate sortiranno l'effetto perseguito dal legislatore, ovvero quello di snellire le procedure selettive dei contraenti dell'amministrazione e di accelerare la realizzazione delle attività delle opere pubbliche commissionate a terzi”*”.

<sup>31</sup> Circa gli effetti negativi della legislazione derogatoria al d.lgs. n. 50/2016, RUFFINI A., *Le procedure di gara ai tempi del Coronavirus tra rallentamenti ed accelerazioni*, in

Troppe le disposizioni esterne al Codice che vanno a disciplinare le procedure di gara, anche in punto di obblighi di pubblicità e trasparenza, così tante che già alcuni Autori si sono interrogati sull'attuale effettiva esistenza di un vero e proprio Codice dei contratti pubblici<sup>32</sup>.

Il numero elevato di testi normativi di riferimento, diversi ed ulteriori rispetto al Codice dei contratti pubblici, rendono, infatti, frammentato il quadro giuridico.

Se la *ratio* di un Codice deve, infatti, essere quella di “*mettere ordine nelle cose, cogliere fili sottili di raccordo, raggruppare le leggi con criteri di stabilità e unità*” e di farlo per un orizzonte temporale tendenzialmente indefinito<sup>33</sup>, l’emanazione dei testi normativi emergenziali da ultimo adottati complicano il già complesso quadro normativo di riferimento lasciando all’interprete il compito di districarsi fra le disposizioni di riferimento e individuare di volta in volta le norme applicabili alle singole fattispecie.

In ogni caso, occorre sottolineare che la tendenza a frammentare la disciplina relativa alla contrattualistica pubblica non è sorta solo con il Decreto Semplificazioni e con il Decreto Semplificazioni bis: la stessa era già emersa con l’adozione del Decreto sblocca – cantieri del 2019.

---

*Urbanistica e appalti*, 2020, 4, 460. L’autore spiega come in un primo momento, all’indomani dello scoppio della pandemia si siano resi necessari degli interventi straordinari quali le ordinanze del Capo della Protezione Civile. In particolare con la OCPC n. 630/2020 che ha ammesso di procedere anche in modo difforme rispetto a quanto previsto dagli artt. 32, 33 e 36 del D. Lgs. n. 50/2016 per velocizzare la procedura di affidamento; dagli artt. 60, 61 e 85 del Codice per velocizzare la procedura di scelta del contraente; dall’art. 95 ammettendo di utilizzare il criterio del prezzo più basso anche nei casi non previsti dalla norma; dall’art. 105 al fine di rendere immediatamente efficace il contratto di subappalto a seguito della richiesta dell’appaltatore. L’autore offre un’utile sunto delle fasi di sospensione e successiva accelerazione delle procedure, all’indomani dello scoppio della pandemia.

<sup>32</sup> CONTESSA C., *Op. Ult. Cit.* L’autore si chiede se possa ancora parlarsi di Codice dei contratti pubblici considerati gli importanti interventi normativi “esogeni” al D. lgs. n. 50/2016 che hanno reso il quadro normativo di riferimento frastagliato, reso più complicato dall’introduzione di deroghe a tempo e, dunque, non più chiaro e organico, quindi carente di quei caratteri che dovrebbero connotare l’impianto di un Codice.

<sup>33</sup> IRTI N., *Legislazione e codificazione*, in *Enc. Scienze sociali Treccani*, 1966 (*ad vocem*).

Tuttavia, la confusione risulta ancora più accentuata alla luce dei più recenti interventi legislativi emergenziali.

Pertanto, se da un lato la pandemia ha costretto il legislatore ad interventi repentini sì da adeguare la materia dei contratti pubblici, cruciale per la crescita del Paese, alle contingenze emerse<sup>34</sup>, dall'altra non può non notarsi come, una legislazione che avrebbe avuto il pregio di semplificare le procedure rendendo più agile l'attività delle stazioni appaltanti, rischia di trasformarsi in una legislazione di difficile interpretazione, se non a tratti oscura.

Il paradosso è che a fronte di norme sulla semplificazione e la trasparenza che avrebbero dovuto rendere più agile la gestione delle gare ad evidenza pubblica, il risultato è invece opposto: una normativa così frammentata è indice di una scarsa chiarezza del quadro normativo.

In particolare, in relazione ai mutati obblighi di trasparenza, preme rilevare che alla modifica dell'art. 29 del Codice non hanno fatto seguito le ulteriori e necessarie modifiche agli artt. 73 e 74 del Codice stesso relativi alla pubblicazione dei bandi e degli avvisi di gara in ambito europeo e nazionale. Un intervento di coordinamento delle disposizioni in questione sarebbe stato auspicabile. La soluzione a cui da interpreti della normativa ad oggi vigente, possiamo avanzare è quella della abrogazione implicita degli artt. 73 e 74 del Codice.

Ancora, occorre rilevare che, se a fronte della necessità di facilitare il ruolo di volano dell'economia da sempre rivestito dal ruolo degli appalti, il legislatore ha inteso offrire norme il più possibile tese alla semplificazione, tuttavia, queste in alcuni casi finiscono col calpestare la *ratio* di alcuni istituti precauzionali e preventivi: ci si riferisce ai provvedimenti di interdittiva antimafia di cui ci siamo potuti occupare nel paragrafo precedente.

---

<sup>34</sup> RUFFINI A., *Op. Cit.* Ivi l'autore evidenzia come a causa della crisi sanitaria determinata dalla pandemia da Covid-19, siano state imposte stringenti misure di contenimento del virus con evidenti danni nel settore degli appalti pubblici. Proprio al fine di fronteggiare la crisi economica e produttiva si è dovuto riprogrammare una ripartenza ispirata alla velocità, semplificazione delle procedure cercando però di non perdere di vista le garanzie di massima partecipazione, la trasparenza e la par condicio, principi a tutela degli operatori economici e delle stazioni appaltanti.

I continui *shock* di sistema cui la disciplina della contrattualistica pubblica è soggetta spingono, pertanto, ad una riflessione circa l'opportunità di procedere con l'emanazione di un nuovo Codice dei contratti pubblici, di un testo codicistico unico in grado di offrire all'interprete sia esso una stazione appaltante, un operatore economico, un giudice o un avvocato un pacchetto normativo organico e di più facile applicazione anche se non soprattutto in punto di obblighi legati alla trasparenza.

#### RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

BENEDETTI M. – IELO F. – MANOCCHIO M. – MOCAVINI G. – NAPOLITANO G. – PANGALLOZZI M.C. – SIMONCINI M., VALENTI G., *Il culto del diritto amministrativo frena la ricostruzione dell'amministrazione? vincoli vs opportunità*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, fasc.4, 1 dicembre 2021, 1097; CANTONE R. e CARINGELLA F., *La corruzione spuzza, tutti gli effetti sulla nostra vita quotidiana della malattia che rischia di uccide l'Italia*, Mondadori, Milano, 2017, 184; CANTONE R. e CARLONI E., *Corruzione e anticorruzione, Dieci lezioni*, Feltrinelli, Milano, 2018, 96 e ss.; CAPORALE F., *La parabola degli obblighi di pubblicità*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, fasc.3, 1 settembre 2021, pag. 851; CASSESE S., *Amministrazione pubblica e progresso civile*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, fasc.1, 1 marzo 2020, 141; CONTESSA C., *Le novità del "Decreto Semplificazioni", ovvero: nel settore dei contratti pubblici esiste ancora un codice?* in *Urbanistica e appalti*, 2020, 6, 757; CORRADO A., *Le tappe della trasparenza amministrativa in Italia*, in *Principi e regole dell'azione amministrativa*, SANDULLI M.A. (a cura di); Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2020, 124 e ss.; DIPACE R., *Politiche e strumenti amministrativi per lo sviluppo economico*, in *Diritto Amministrativo*, fasc. 4, 1 Dicembre 2020, 903; GAFFURI F., *Il decreto semplificazioni alla prova dei fatti – la disciplina degli appalti pubblici dopo il "decreto semplificazioni?"*, in *Giur. It.*, 2021, 5, 1242; IRTI N., *Legislazione e codificazione*, in *Enc. Scienze sociali Treccani*, 1966 (*ad vocem*); LUCCA M., *Principi di trasparenza presenti nel d.lgs. n. 50/2016*, in *LexItalia*, *Rivista di Diritto Pubblico*, 17 Ottobre 2017; MACRINA G., *Nuova guida al codice degli appalti pubblici*, Pacini Giuridica, 2020, p. 73; MERLONI F., *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, Giappichelli Editore, Milano, 2018, 296; MINERVINI L., *Accesso agli atti e procedure di affidamento ed esecuzione di contratti pubblici*, in *Il Foro Amministrativo*, fasc.5, 1 maggio 2019, pag. 949; NARDONE A., *I poteri di vigilanza, controllo e regolazione dell'anac: natura giuridica e strumenti di tutela*, in *Foro Amministrativo*,

fasc. 6, 1 settembre 2019, 1131; NATALINI A., *La semplificazione e l'amministrazione digitale*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2008, 1, 105; NIGLIO N., *I principi di trasparenza e di pubblicità quale principi guida di rilevanza costituzionale dell'azione amministrativa*, in *Lexitalia.it*, 5 aprile 2018; PANI M. e SANNA C., *Trasparenza, pubblicità e accesso nel codice degli appalti – d. lgs. 50/2016*, in *LexItalia, Rivista di diritto pubblico*, 2018; RESTA E., *Le regole della fiducia*, GLF Editori Laterza, Bari, 2009, 63; RUFFINI A., *Le procedure di gara ai tempi del Coronavirus tra rallentamenti ed accelerazioni*, in *Urbanistica e appalti*, 2020, 4, 460; SANDULLI M.A., *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2020; STENNARO G., *Gli obblighi di trasparenza e pubblicità nei contratti pubblici*, <http://www.salvisjuribus.it/>; VESPERINI G., *L'Agenda per la semplificazione 2020-2023*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2021, 2, 151.

#### ABSTRACT

In Italia il principio della trasparenza, inteso come antidoto alla sfiducia dei consociati nei confronti delle Istituzioni, si è andato affermando solo in tempi recenti, acquisendo particolare rilevanza nella materia della contrattualistica pubblica.

L'articolo intende offrire una riflessione circa la frammentarietà e la difficile comprensione del quadro normativo ad oggi vigente in punto di obblighi inerenti la pubblicità cui devono attendersi le stazioni appaltanti.

*The principle of transparency, understood as an antidote to the distrust of the associates towards the institutions, has been affirming only in recent times in Italy, acquiring particular relevance in the field of public contracts.*

*The article aims to offer a reflection on the fragmentation and difficult understanding of the regulatory framework currently in force in terms of obligations related to publicity that must be expected by contracting authorities.*