

10 LUGLIO 2024

I contratti pubblici per le infrastrutture
nel prisma del PNRR: alcune
considerazioni critiche su una
“semplificazione difficile a farsi”

di **Andrea Magliari**
Ricamatore di Diritto amministrativo
Università degli studi di Trento



I contratti pubblici per le infrastrutture nel prisma del PNRR: alcune considerazioni critiche su una “semplificazione difficile a farsi”*

di **Andrea Magliari**

Ricercatore di Diritto amministrativo
Università degli studi di Trento

Abstract [It]: Prendendo le mosse dall’esame della disciplina speciale e derogatoria in materia di contratti pubblici per la realizzazione delle infrastrutture nel quadro del PNRR, il presente contributo si propone di riflettere criticamente sui recenti tentativi di “semplificare” e “accelerare” le procedure di evidenza pubblica e del relativo contenzioso giurisdizionale, mettendone in luce alcune contraddizioni e problematiche costanti.

Title: Public procurements for the realisation of infrastructures under the *PNRR*: some critical considerations

Abstract [En]: Taking as its starting point the analysis of the special and derogatory rules on public procurements for the realisation of infrastructures under the *PNRR*, this paper aims to critically reflect on the recent attempts to “simplify” and “speed up” the procurement procedures and related jurisdictional litigations, highlighting some of their constant contradictions and problematic issues.

Parole chiave: infrastrutture, contratti pubblici, PNRR, semplificazione, tutela giurisdizionale

Keywords: infrastructures, public procurements, PNRR, simplification, judicial review

Sommario: 1. Introduzione: il rilievo strategico delle infrastrutture nel PNRR. 2. La logica del Piano e l’imperativo del risultato. 3. I contratti pubblici per le infrastrutture: profili sostanziali. 4. I contratti pubblici per le infrastrutture: profili processuali. 5. Una “semplificazione difficile a farsi”: alcune considerazioni critiche attorno a... 5.1. (segue) i “dispositivi”. 5.2. (segue) gli interessi. 5.3. (segue) il “paradigma”. 5.4. (segue) il metodo.

1. Introduzione: il rilievo strategico delle infrastrutture nel PNRR

Per mettere correttamente a fuoco il complesso tema dei contratti pubblici per le infrastrutture appare oggi più che mai essenziale posare lo sguardo anzitutto sullo sfondo, sul contesto politico e normativo che racchiude e, al tempo stesso, riempie di contenuto la disciplina “speciale” che si intende qui considerare. E lo sfondo, il dato strutturale di contesto da cui non pare possibile prescindere, è rappresentato – quantomeno negli anni che corrono dal 2021 al 2026 – dal Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR): l’ambizioso piano approvato dall’Italia nel 2021 per rilanciare l’economia dopo la pandemia di Covid-19, nel quadro del programma di investimenti *Next Generation EU* (NGEU).

* Articolo sottoposto a referaggio.

A testimoniare la rilevanza del Piano per il tema di cui intendiamo occuparci basti un semplice dato numerico: nel testo del PNRR la parola “infrastruttura”, nelle sue diverse declinazioni, compare un numero elevatissimo di volte: circa 200, quasi una per pagina.

Coerentemente con la sua difficile perimetrazione concettuale¹, nel Piano il termine “infrastruttura” è riferito a una molteplicità di ambiti e funzioni, tra loro affatto eterogenei: dalle infrastrutture digitali a quelle idriche, dalle infrastrutture sociali a quelle industriali e sanitarie, dall’alta velocità ferroviaria alle reti energetiche.

Al contempo, non sembra possibile ignorare il particolare significato, indubbiamente metaforico, che la parola “infrastruttura”, prima ancora della *cosa*, riveste nell’impianto strategico complessivo del Piano. Se è senz’altro vero che l’infrastruttura – la sua realizzazione, il suo potenziamento o miglioramento – figura il più delle volte come l’oggetto diretto delle azioni e degli interventi previsti dal Piano (*le cose da fare*), si deve parimenti constatare come la parola assuma un significato, per così dire, assiologico. Sullo sfondo del PNRR si staglia, infatti, un obiettivo strategico ben preciso, un’aspirazione che complessivamente orienta l’azione dei pubblici poteri, rappresentata – appunto – dalla *infrastrutturazione* del paese.

Ma il gioco di metafore non finisce qui. Per raggiungere l’anzidetto obiettivo, il Piano contempla invero una serie di riforme “orizzontali” e “abilitanti”, le quali sono concepite sia come “parte integrante del Piano” (*target* da raggiungere), sia come “catalizzatori della sua attuazione”, ossia riforme strumentali al conseguimento di altri obiettivi. Come noto, si tratta – rispettivamente – “di interventi funzionali a garantire l’attuazione del Piano e in generale a rimuovere gli ostacoli amministrativi, regolatori e procedurali che condizionano le attività economiche” (c.d. riforme abilitanti) e di “innovazioni strutturali dell’ordinamento, d’interesse trasversale a tutte le Missioni del Piano, idonee a migliorare l’equità, l’efficienza e la competitività e, con esse, il clima economico del Paese”² (c.d. riforme orizzontali o di contesto).

Ebbene, tali riforme rappresentano, a loro volta, l’apposita *infrastruttura* normativa finalizzata a consentire la corretta e tempestiva attuazione degli obiettivi del Piano³. La effettiva realizzazione degli interventi

(*) Il presente contributo riprende e sviluppa la relazione tenuta presso l’Università IUAV di Venezia, in occasione del Convegno “*Città, infrastrutture e contratti pubblici?*” (8-9 maggio 2023), nell’ambito del PRIN 2020 Re.S.To.R.E. - “*Recovering the State Towards a Reformed Economy*”, ed è destinato agli Atti del convegno, in corso di pubblicazione.

¹ Sul concetto giuridico di infrastruttura e sulla sua difficile autonomia concettuale, per tutti, G. PIPERATA, *Infrastrutture, strade e mobilità*, in B.G. MATTARELLA - M. RAMAJOLI (diretto da), *Enciclopedia del diritto. I tematici: Funzioni amministrative*, Giuffrè, Milano, 2022, p. 687.

² Tutte le citazioni precedenti sono tratte dal PNRR, spec. p. 43.

³ Ci si limita qui incidentalmente a osservare che lo stesso concetto di “infrastruttura normativa” se abitualmente riflette una concezione ordoliberalista dell’intervento pubblico nell’economia (su cui, per tutti, N. IRTI, *L’ordine giuridico del mercato*, Laterza, Roma-Bari, 2003), nel caso che qui si considera non sembra rispondere a una prospettiva “regolatoria”, giacché le regole poste dal diritto non sono prioritariamente volte a costruire un ordine giuridico del mercato o a farlo funzionare al meglio, quanto semmai a consentire un efficace ed efficiente intervento dei poteri pubblici: a far funzionare al meglio, cioè, la macchina amministrativa, in vista della realizzazione degli obiettivi previsti dal Piano. A ben vedere, ciò riflette

necessita, cioè, di “correre” su un sistema coerente di norme che, al pari di un’infrastruttura fisica, risulti strumentale alla prestazione di beni e servizi per la collettività.

Parte essenziale di tale rinnovata “infrastruttura normativa” è, evidentemente, la disciplina dei contratti pubblici. Le ragioni della sua assoluta rilevanza sono piuttosto note e, ai nostri fini, riassumibili nei seguenti termini.

Innanzitutto, i contratti pubblici, d’appalto o di concessione, costituiscono la principale (anche se non l’unica) modalità di affidamento della realizzazione dei lavori infrastrutturali previsti dal Piano. È naturale, dunque, che – anche per le ragioni di cui si dirà a breve – il Piano richieda al legislatore di approntare regole “speciali” per consentire la celere “messa a terra” degli interventi programmati.

In secondo luogo, la rigidità e l’ipertrofia dell’assetto normativo sono ormai da tempo considerate uno dei principali ostacoli alla efficienza dell’azione amministrativa e alla sua capacità di dare una risposta rapida e adeguata ai bisogni della collettività. La riforma della disciplina dei contratti pubblici costituiva, dunque, non solo un obiettivo “contingente”, legato alle specifiche esigenze poste dal Piano, ma anche una finalità di carattere generale, secondo un orizzonte temporale di medio-lungo periodo.

Infine, le riforme in questione riflettono, quanto meno negli intenti originari, la considerazione secondo cui i contratti pubblici potrebbero (*rectius*: dovrebbero) costituire un fondamentale strumento di politica pubblica – il “governare per contratto”⁴, appunto – attraverso cui realizzare, oltre all’interesse primario perseguito dalla pubblica amministrazione, anche una pluralità di obiettivi collaterali o trasversali, quali la transizione digitale ed ecologica, nonché la coesione sociale e territoriale, e lo sviluppo economico⁵.

Da questo punto di vista, si deve perciò osservare come il tema infrastrutturale e la connessa disciplina dei contratti pubblici intercettino direttamente i “sei pilastri” del *Next Generation EU*: transizione verde; trasformazione digitale; crescita intelligente, sostenibile e inclusiva; coesione sociale e territoriale; salute e resilienza economica, sociale e istituzionale; politiche per la prossima generazione.

quanto già da tempo segnalato da autorevole dottrina, ossia che l’approntamento delle infrastrutture costituisce una delle “più antiche attività di disciplina dell’economia svolte dai pubblici poteri” (M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell’economia*, il Mulino, Bologna, 1993, p. 53).

Per una recente lettura critica del ruolo del diritto amministrativo al tempo della pandemia nel prisma (foucaultiano) della governamentalità ordoliberal, si veda G. TROPEA, *Biopolitica e diritto amministrativo del tempo pandemico*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2023.

⁴ S. VALAGUZZA, *Governare per contratto. Come creare valore attraverso i contratti pubblici*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018.

⁵ F. CINTIOLI, *Per qualche gara in più. Il labirinto degli appalti pubblici e la ripresa economica*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2021.

2. La logica del Piano e l'imperativo del risultato

Per impostare correttamente il discorso che si intende qui sviluppare, ci pare necessario premettere una ulteriore breve considerazione e ragionare, seppur per sommi capi, sulla natura del Piano, sulla sua funzione e ragion d'essere.

Com'è stato lucidamente osservato in dottrina, il Piano deve intendersi come uno strumento “composto, nell'essenza, da una decisione di investimento in un periodo di tempo determinato, e da risultati da raggiungere in quel periodo attraverso quell'investimento”⁶. Esso rappresenta, in altri termini, un “piano di investimenti pubblici per realizzare degli obiettivi concreti”⁷.

Si consideri, inoltre, che – come ha avuto occasione di chiarire la Corte di conti⁸ – se, per un verso, “le risorse previste nel quadro del NGEU partecipano della natura dei fondi europei generalmente intesi”, per altro verso se ne differenziamo ampiamente in quanto il Piano introduce un regime di “condizionalità aggravata”, riferita non solo alla rendicontazione delle spese effettuate, come avviene comunemente per i fondi strutturali, ma altresì alla dimostrazione “del raggiungimento del risultato cui l'erogazione e il progetto tendevano”⁹. Il che equivale a dire che la effettiva e tempestiva realizzazione degli interventi previsti nel Piano diviene *condizione* per poter ottenere il sostegno finanziario da parte dell'Unione¹⁰.

Non deve perciò stupire che il Piano trascini con sé una “logica” e una “semantica” del *risultato*¹¹. Queste traspaiono chiaramente dalla sua stessa strutturazione in missioni (*missions*), obiettivi (*targets*) e traguardi (*milestones*), così come dalla forte enfasi posta sulla necessità di assicurare l'efficienza, l'efficacia e la celerità dell'azione amministrativa. L'effettiva realizzazione degli interventi entro i tempi prospettati dal Piano viene, in altri termini, a rappresentare una sorta di meta-interesse in grado di conformare anche la costruzione di quell'infrastruttura normativa necessaria a consentire la infrastrutturazione del paese.

⁶ G. FALCON, *Viaggio al centro del PNRR*, in *Le Regioni*, 2021, p. 716.

⁷ A. POLICE, *Riforme abilitanti in materia di contratti pubblici, riforma della concorrenza e impatto atteso dalle rispettive misure*, in AAVV., *Next generation EU. Proposte per il Piano nazionale di ripresa e resilienza*, Atti del Convegno Aipda, 28 aprile 2021.

⁸ Corte dei conti, sezioni riunite in sede di controllo, Memoria sul decreto-legge n. 77/2021 recante “*Governance del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure*”, A.C. 3146, giugno 2021.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ Cfr. Regolamento (UE) 2021/24, del Parlamento e del Consiglio, del 12 febbraio 2021, che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza. Sulla condizionalità nel PNRR, A. CONZUTTI, *Recovery Plan e condizionalità: quale ruolo per gli Stati assistiti?*, in G.P. DOLSO (a cura di), *Governare la ripresa. La Pubblica Amministrazione alla prova del Recovery Plan*, EUT, Trieste, 2022, p. 41 ss.; F. SALMONI, *Recovery fund: vincolo esterno, obblighi sovranazionali inderogabili e sanzionabili. Attività di indirizzo politico o discrezionalità amministrativa?*, in *Rivista AIC*, n. 3/2022; M. DE BELLIS, *Il ruolo di indirizzo e controllo della Commissione europea nel dispositivo per la ripresa e la resilienza: la trasformazione della condizionalità*, in *Dir. cost.*, 2022, 2, p. 31.

¹¹ In generale, sulla c.d. amministrazione di risultato, si vedano, *ex multis*, A. ROMANO TASSONE, *Sulla formula «amministrazione per risultati»*, in *Scritti in onore di Elio Casetta*, II, Jovene, Napoli, 2001, p. 815; M.R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Giappichelli, Torino, 2003; M. IMMORDINO - A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Giappichelli, Torino, 2004. Più di recente, oltre che – evidentemente – nel nuovo Codice dei contratti pubblici (su cui cfr. *infra*), la logica del risultato riaffiora altresì come corollario dell'effettività del diritto, su cui, per tutti, G. CORSO - M. DE BENEDETTO - N. RANGONE, *Diritto amministrativo effettivo*, il Mulino, Bologna, 2023.

Non sfuggono a questa logica, essendone anzi ampiamente permeate, le “riforme” contemplate dal Piano, specie quelle di tipo abilitante e, tra queste, come detto, la riforma della disciplina dei contratti pubblici¹². Entro tale ordine concettuale, la “*semplificazione*” della disciplina normativa in materia di realizzazione delle infrastrutture appare invero tutta protesa all’imperativo categorico del risultato, venendo a costituire essa stessa un valore, al contempo, *strumentale* rispetto alla efficiente realizzazione delle infrastrutture e *finale*, in quanto dal Piano espressamente configurato come obiettivo in sé¹³.

Più in particolare, si rammenta come l’intervento riformatore previsto dal Piano si componga, d’un lato, di alcune misure “speciali” e “urgenti” e, dall’altro, di una riforma “generale” e “a regime” del Codice dei contratti pubblici contenuto nel d. lgs n. 50/2016¹⁴. Oggi sappiamo bene che quest’ultima ha trovato coronamento nel d. lgs n. 36/2023 (il “terzo” Codice). Ma, come non ha mancato di registrare attenta dottrina, al momento della redazione del Piano l’attenzione era tutta orientata “alle misure urgenti, che sono poi quelle misure che sono state ipotizzate per le Missioni, e cioè per investire quelle risorse”¹⁵.

È su questa disciplina che intendiamo concentrare la nostra attenzione. E ciò per tre ordini di ragioni: in primo luogo, perché, pur con l’entrata in vigore del terzo Codice dei contratti pubblici, si tratta di un complesso normativo “speciale” tuttora vigente; in secondo luogo, in quanto è possibile scorgere alcuni interessanti profili di continuità tra le misure di semplificazione introdotte a partire dal 2018, le norme speciali dettate per le opere finanziate dal PNRR e la disciplina a regime fissata dal d. lgs n. 36/2023; infine, perché tale *corpus* normativo a carattere derogatorio investe non solo la disciplina sostanziale, ma anche quella processuale, secondo traiettorie ampiamente convergenti.

Sulla scorta di tali premesse risulta allora possibile procedere, nei paragrafi che seguono, a un rapido esame della disciplina sostanziale e processuale dettata dal nostro legislatore in relazione alla realizzazione di infrastrutture finanziate con risorse derivanti, in tutto o in parte, dal PNRR. Esigenze di sinteticità impongono di contenere l’analisi di tale disciplina entro pochi brevi cenni, nell’intento di evidenziare solamente i passaggi più significativi ai fini del ragionamento che si intende qui più limitatamente svolgere.

¹² In tal senso, PNRR, p. 69, ove si specifica che “La semplificazione delle norme in materia di appalti pubblici e concessioni è obiettivo essenziale per l’efficiente realizzazione delle infrastrutture e per il rilancio dell’attività edilizia”. Si veda, altresì, l’Allegato della Decisione di esecuzione del Consiglio UE relativa all’approvazione della valutazione del piano per la ripresa e la resilienza dell’Italia, in cui tra gli obiettivi del Piano figurano la riduzione del tempo medio intercorrente tra la pubblicazione del bando e l’aggiudicazione del contratto (M1C1-84) e tra l’aggiudicazione dell’appalto e la realizzazione dell’infrastruttura (M1C1-85).

¹³ Come osserva, con la consueta lucidità, G. FALCON, *Viaggio al centro del PNRR*, cit., p. 717, nel PNRR “le riforme sono in parte un risultato da conseguire, in parte lo strumento per conseguire il risultato”; in tale prospettiva, allora, “il problema non è «riformare le istituzioni» in termini astratti, ma realizzare gli obiettivi del Piano nei tempi del Piano”.

¹⁴ Cfr. PNRR, p. 69 ss.

¹⁵ A. POLICE, *Riforme abilitanti in materia di contratti pubblici*, cit., il quale ulteriormente rileva che “questo Piano ha un obiettivo molto più di corto respiro in senso politico prospettico e di grande respiro in termini di realizzazione dell’investimento”.

3. I contratti pubblici per le infrastrutture: profili sostanziali

La *specialità* delle regole in materia di contratti pubblici per le infrastrutture, unitamente all'esigenza di massima semplificazione e accelerazione delle procedure di aggiudicazione, risulta iscritta nel "codice genetico" della disciplina normativa in esame. Nel nostro ordinamento, essa appare legata a doppio filo con un certo deficit infrastrutturale e con la inveterata difficoltà del nostro apparato amministrativo di assicurare tempi rapidi e certi di realizzazione delle opere pubbliche¹⁶.

Si ricorderà d'altronde che, nell'intento di rispondere a tali criticità, già la legge n. 443 del 2001 (c.d. legge obiettivo), così come poi confluita nel d. lgs 163/2006 (primo Codice dei contratti pubblici), dettava per le c.d. infrastrutture strategiche un regime normativo speciale e ampiamente derogatorio rispetto al sistema ordinario di programmazione e realizzazione delle opere pubbliche¹⁷. Colpisce, in particolare, per la forte assonanza con il presente, un passaggio della relazione governativa di accompagnamento alla legge obiettivo, in cui si sottolineava come la nuova disciplina rispondesse a un "*imperativo pragmatico*, caratterizzato dalla prevalenza empirica del fine sul mezzo: dato un fine obiettivo, il mezzo va (può essere) adeguato [enfasi aggiunta]"¹⁸.

Come noto, quell'impianto derogatorio veniva successivamente superato dal d. lgs n. 50/2016 (secondo Codice dei contratti pubblici); prendendo atto delle numerose criticità della legge obiettivo, il legislatore del 2016 aveva voluto ricondurre la disciplina dell'approntamento delle infrastrutture prioritarie entro lo schema della normativa ordinaria, pur senza abdicare all'obiettivo di razionalizzare e semplificare il quadro normativo e di assicurare tempi celeri di realizzazione. L'attenzione si spostava, allora, sul momento della pianificazione, mentre le fasi della programmazione, dell'aggiudicazione e dell'esecuzione erano ricondotte nell'alveo della disciplina ordinaria¹⁹.

Sennonché, in una sorta di "eterno ritorno", già all'indomani del Codice del 2016, riemergevano forti spinte centrifughe e "semplificatrici"²⁰. Dal decreto Genova del 2018, allo sblocca-cantieri del 2019, al decreto semplificazioni del 2020 è un continuo susseguirsi e stratificarsi di plessi normativi eccezionali, transitori o derogatori che vanno ben al di là degli strumenti straordinari di aggiudicazione che pure il previgente Codice contemplava.

¹⁶ Su tale problematica, in particolare, S. SCREPANTI, *I tempi delle opere pubbliche e la relatività del tempo nel diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, p. 1189.

¹⁷ In tema, tra gli altri, E. CARDI - S. ABRATE - A. CARDI, *Programmazione e progettazione*, in M.A. SANDULLI - R. DE NICTOLIS (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici, Concessioni di lavori e servizi. Partenariati. Precontenzioso e contenzioso*, t. V, Giuffrè, Milano, 2019, p. 311.

¹⁸ Relazione al ddl del Governo, reperibile sul sito del [Senato della Repubblica](#).

¹⁹ Cfr. *amplius*, E. CARDI - S. ABRATE - A. CARDI, *Programmazione e progettazione*, cit., p. 316 ss.; nonché C.E. GALLO - S. FOÀ, *Affidamento a contraente generale*, *Ibidem*, p. 345.

²⁰ Segnala bene tale oscillazione G. PIPERATA, *Infrastrutture*, cit., p. 696.

Come persuasivamente osservato in dottrina, in quegli anni inizia a farsi “strada la convinzione che le regole [...] non siano altro che «burocrazia», inutile intralcio alla cultura del «fare» [...], che le amministrazioni siano per definizione inefficienti e in quanto tali irredimibili; che non valga la pena di investire per migliorarle, ma sia preferibile aggirarle”²¹. Si pensi, su tutti, all’estesa applicazione del modello “eccezionale” previsto dal decreto Genova per la realizzazione di interventi attraverso la nomina di commissari straordinari in grado di operare in deroga alle disposizioni di legge in materia di contratti pubblici²².

La pandemia prima e il PNRR poi, per le ragioni accennate sopra, assecondano e consolidano questa tendenza semplificatrice e acceleratrice degli affidamenti dei lavori infrastrutturali, riproponendo con forza un nuovo *imperativo pragmatico-realizzativo*.

Sono invero numerosissime ed eterogenee le misure di “semplificazione” amministrativa introdotte, tra il 2020 e il 2022, in materia di realizzazione delle opere pubbliche, e non è evidentemente possibile – né, ai nostri fini, necessario – renderne compiutamente conto in questa sede²³. Anche in tal caso si può, tuttavia, constatare come la tecnica utilizzata dal legislatore sia stata principalmente quella della deroga²⁴, della semplificazione e della accelerazione per mera *amputazione* dei tempi, dei vincoli procedurali, dei controlli e delle garanzie.

Giusto qualche esempio varrà a dare maggiore contezza di tale tendenza. In piena pandemia, l’art. 2, co. 4 del d.l. n. 76/2020 ha previsto - in via temporanea - che, nei settori dell’edilizia scolastica, universitaria, sanitaria e carceraria, in quello delle infrastrutture per la sicurezza pubblica, dei trasporti e delle infrastrutture stradali, ferroviarie, portuali, aeroportuali, lacuali e idriche, oltre che per gli interventi funzionali alla realizzazione della transizione energetica, le stazioni appaltanti operino, in buona sostanza, in deroga alle disposizioni codicistiche²⁵. La medesima disposizione ammette, inoltre, il ricorso alla

²¹ Così, criticamente, A. MASSERA - F. MERLONI, *L’eterno cantiere del Codice dei contratti pubblici*, in *Dir. pubbl.*, 2021, p. 607.

²² Artt. 4, 6, 7 e 18, d.l. n. 32/2019 (c.d. sblocca-cantieri) e art. 9, d.l. n. 76/2020 (c.d. decreto semplificazioni). In tema, S. SCREPANTI - A. VIGNERI, *L’intervento pubblico per il sostegno, la promozione e il rilancio degli investimenti in infrastrutture e opere pubbliche*, in F. BASSANINI - G. NAPOLITANO - L. TORCHIA (a cura di), *Lo Stato promotore. Come cambia l’intervento pubblico nell’economia*, il Mulino, Bologna, 2021, spec. p. 46. Più nel dettaglio, sul modello Genova, si veda F. SPANICCIATI, *Il decreto Genova quale estremizzazione della logica emergenziale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, p. 63.

²³ Per un’analisi più puntuale delle diverse misure di “semplificazione” introdotte dai d.l. 76/2020 e 77/2021, R. DE NICTOLIS, *Gli appalti pubblici del PNRR tra semplificazioni e complicazioni*, in *Urb. e appalti*, 2021, spec. p. 737 ss. In tema, si v. altresì A. MASSERA - F. MERLONI, *L’eterno cantiere del Codice dei contratti pubblici*, cit., p. 611; E. D’ALTERIO, *Riforme e nodi della contrattualistica pubblica*, in *Dir. amm.*, 2022, p. 667 ss.; G. VERCILLO, *I contratti*, in A. BARTOLINI ET AL (a cura di), *Le riforme amministrative*, il Mulino, Bologna, 2024, spec. p. 320 ss.

²⁴ Lo evidenzia con particolare efficacia L.R. PERFETTI, *Derogare non è semplificare. Riflessioni sulle norme introdotte dai decreti semplificazioni ed in ragione del PNRR nella disciplina dei contratti pubblici*, in *Urb. e appalti*, 2022, p. 442, constatando come la disciplina in questione “per la gran parte, presenta difetti consueti, non semplifica ma deroga, non riorganizza ma altera”.

²⁵ Mettono bene in luce il carattere derogatorio ed emergenziale della disciplina, G. TROPEA - A. GIANNELLI, *L’emergenza pandemica e i contratti pubblici: una “semplificazione” in chiaroscuro, tra misure temporanee e prospettive di riforma strutturale*, in *Munus*, 2020, p. 277.

procedura negoziata senza pubblicazione del bando o dell'avviso di indizione di gara nella misura strettamente necessaria, per ragioni di estrema urgenza derivanti dagli effetti negativi della crisi da Covid-19.

Ancora, il d.l. n. 77/2021, in materia di “*Governance* del PNRR e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure”, ha introdotto, all’art. 44, misure di “semplificazione” procedimentale per alcune opere infrastrutturali strategiche, quali ad esempio l’accelerazione del subprocedimento per il parere del Consiglio superiore dei lavori pubblici, la semplificazione per l’approvazione del progetto definitivo ed esecutivo, la previsione di termini massimi di indizione delle gare.

Il medesimo decreto, all’art. 48, detta poi alcune misure di semplificazione comuni a tutti i contratti pubblici di lavori finanziati con risorse derivanti, in tutto o in parte, dal PNRR o dal Piano nazionale per gli investimenti complementari (PNC)²⁶. Esso, d’un lato, opportunamente non ha prorogato oltre il 2021 le disposizioni sui poteri dei commissari straordinari; dall’altro, ha tuttavia introdotto nuove misure di semplificazione a carattere derogatorio, tuttora vigenti, che si pongono come un corpo di norme speciali rispetto a quelle dettate dal nuovo Codice dei contratti pubblici.

Anche qui ci si può limitare a un paio di esempi.

Innanzitutto, ci si riferisce all’eliminazione dei limiti al c.d. appalto integrato e alla previsione, innovativa anche rispetto al 2006, secondo cui l’affidamento della progettazione è ammesso non solo sul progetto definitivo redatto dalla stazione appaltante, ma anche sul progetto di fattibilità tecnica ed economica. Un altro esempio è dato poi dall’introduzione della possibilità di ricorrere alla procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando quando, per ragioni di estrema urgenza derivanti da circostanze imprevedibili e non imputabili alla stazione appaltante, l’applicazione dei termini, anche abbreviati, previsti dalle procedure ordinarie possa compromettere la realizzazione degli obiettivi o il rispetto dei tempi di attuazione di cui al PNRR, nonché al PNC e ai programmi cofinanziati dai fondi strutturali dell’Unione europea.

4. I contratti pubblici per le infrastrutture: profili processuali

Tendenze analoghe si rinvencono sul piano della tutela giurisdizionale. Vero è che si tratta di spinte che da tempo innervano la disciplina processuale del rito speciale in materia di contratti pubblici e che, dunque, in quest’ambito la celerità del giudizio è “ordinariamente” considerata un interesse in grado di giustificare la compressione del pieno godimento delle garanzie di tutela. Nondimeno, se si prende in

²⁶ Sulle misure di semplificazione “per deroga” introdotte dal d.l. 77/2021, in senso critico, A. MASSERA - F. MERLONI, *L’eterno cantiere del Codice dei contratti pubblici*, cit., p. 612.

esame la disciplina ulteriormente speciale e derogatoria dettata dall'art. 125 c.p.a.²⁷, si può constatare come negli ultimi anni si sia assistito a una estensione via via crescente di tale modello processuale, ben oltre il ristretto campo di applicazione iniziale²⁸. Si ricorda, invero, come in origine il suo ambito di applicazione fosse circoscritto alle procedure di progettazione, approvazione e realizzazione delle infrastrutture e insediamenti produttivi strategici – c.d. le “grandi opere pubbliche” – così come individuate dalla legge obiettivo e dal primo Codice dei contratti pubblici²⁹.

Tale disposizione riflette una criticabile tendenza del nostro legislatore a scaricare sulle norme processuali l'esigenza di assicurare una celere conclusione delle procedure di affidamento e una sollecita realizzazione delle opere infrastrutturali, attraverso una progressiva compressione della tutela giurisdizionale offerta agli operatori privati. Nel senso del progressivo ampliamento dell'ambito di applicazione dell'art. 125 c.p.a. andavano, del resto, già la disciplina speciale dettata per l'affidamento dei contratti per la realizzazione di Expo Milano 2015 e quella relativa ai lavori di ricostruzione del ponte Morandi di Genova.

La tendenza è stata poi confermata, in piena crisi pandemica, dall'art. 4, commi 2 e 3, del citato d.l. n. 76/2020 (c.d. decreto semplificazioni)³⁰. Quest'ultimo ha previsto, in via temporanea ed emergenziale, l'estensione del regime derogatorio previsto dall'art. 125 c.p.a. a tutte le vertenze concernenti i contratti pubblici affidati in via d'urgenza per ragioni riconducibili alla pandemia da Covid-2019, nonché l'operatività dei limiti alla tutela cautelare di cui all'art. 125, comma 2 ai giudizi concernenti le procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture sotto soglia e a quelle aperte, ristrette e negoziate di importo pari o sopra soglia.

Più di recente – e sempre secondo una logica acceleratoria, asseritamente emergenziale – l'art. 48, co. 4, d.l. n. 77/2021 ha disposto l'applicazione della disciplina contenuta all'art. 125 c.p.a. ai casi di

²⁷ Come noto, tale disposizione prevede, per un verso, un aggravamento delle condizioni processuali per la concessione di misure cautelari, imponendo al giudice di tenere conto “delle probabili conseguenze del provvedimento stesso per tutti gli interessi che possono essere lesi, nonché del preminente interesse nazionale alla sollecita realizzazione dell'opera” e, per altro verso, la limitazione degli effetti caducatori della pronuncia di annullamento, dovendosi in ogni caso fare salvo il contratto già stipulato e potendosi disporre il risarcimento solamente per equivalente. In tema, *ex multis*, N. PAOLANTONIO, *I riti speciali - I riti in materia di infrastrutture e insediamenti produttivi strategici e di interesse nazionale, in materia di accesso e di silenzio*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2023, p. 575; A. AVERARDI, *Art. 125 (Ulteriori disposizioni processuali per le controversie relative a infrastrutture strategiche)*, in G. FALCON - F. CORTESE - B. MARCETTI (a cura di), *Commentario breve al Codice del processo amministrativo*, Wolters Kluwer, Milano, 2021, p. 1002.

²⁸ Su cui cfr. le notazioni critiche di M.A. SANDULLI, *Il rito speciale dei contratti pubblici nel primo decennio del C.P.A.: tra progresso e involuzione*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, p. 183 ss.

²⁹ Si rammenta, d'altronde, che l'art. 125 c.p.a. replica in buona sostanza quanto in precedenza previsto dall'art. 14, d.lgs. 20 agosto 2002, n. 190, di attuazione della legge 21 dicembre 2001, n. 443, per la realizzazione delle infrastrutture e degli insediamenti produttivi strategici e di interesse nazionale (legge obiettivo), così come poi trasfuso nell'art. 246, del d. lgs n. 163/2006.

³⁰ Sulla portata “disgregante” di tale intervento normativo, C. CONTESSA, *Le novità del “Decreto semplificazioni”, ovvero: nel settore dei contratti pubblici esiste ancora un “codice”*, in *Urb. e app.*, 2020, p. 757.

impugnazione degli atti relativi alle procedure afferenti ai lavori pubblici di importo pari o superiore ai 100 milioni di euro e finanziati, in tutto o in parte, con le risorse previste dal PNRR e dal PNC e dai programmi cofinanziati dai fondi strutturali dell'Unione europea.

Da ultimo, al dichiarato fine di assicurare il rispetto delle tempistiche del PNRR, l'art. 12-bis, d.l. n. 68/2022³¹, introdotto in sede di conversione dalla legge n. 108/2022, ha tra le altre cose ulteriormente esteso l'ambito di applicazione dell'art. 125 c.p.a. ricomprendendovi i giudizi riguardanti tutte le procedure di progettazione, autorizzazione, approvazione e realizzazione degli interventi finanziati in tutto o in parte con le risorse previste dal PNRR e le relative attività di espropriazione, occupazione e asservimento, nonché le controversie relative a qualsiasi procedura amministrativa che riguardi interventi finanziati in tutto o in parte con le risorse previste dal PNRR³².

La citata disposizione ha poi previsto nuove misure di accelerazione dei giudizi amministrativi in materia di PNRR, intervenendo a limitare ulteriormente la possibilità di ottenere una tutela cautelare. Si tratta, in primo luogo, dell'introduzione, al comma 1, di una particolare ipotesi di perdita automatica di efficacia della misura cautelare in caso di riforma in appello dell'ordinanza cautelare di rigetto, qualora l'udienza di merito non si svolga – per fatto imputabile al solo giudice, dunque – entro il termine di trenta giorni dalla data di ricevimento dell'ordinanza e, in secondo luogo, della previsione, di cui al successivo comma 2, secondo cui “nella decisione cautelare e nel provvedimento di fissazione dell'udienza di merito, il giudice motiva espressamente sulla compatibilità della misura e della data dell'udienza con il rispetto dei termini previsti dal PNRR”. In virtù del comma 7, lett. b), al giudice è inoltre rimessa la valutazione dell'ulteriore elemento della “coerenza della misura adottata con la realizzazione degli obiettivi e il rispetto dei tempi di attuazione del PNRR”.

Elementi, questi ultimi, che appaiono in grado di condurre al rigetto dell'istanza cautelare anche nel caso in cui questa risulti assistita dai presupposti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*³³, affidando al giudice

³¹ Il tema è affrontato, *ex multis*, da M.A. SANDULLI, *Il contenzioso sui contratti pubblici*, in C. CONTESSA - P. DEL VECCHIO (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2023, p. 101 ss.; F. VOLPE, *Il processo amministrativo sulle controversie Pnrr e le sue criticità*, in *Giustizia Insieme*, 27.07.2022; M. INTERLANDI, *I paradigmi costituzionali del giusto processo amministrativo alla prova del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (e del nuovo schema del codice dei contratti)*, in *Questa Rivista*, n. 8/2023, 20; G. TAGLIANETTI, *Normativa emergenziale e processo amministrativo: l'attuazione del PNRR a ogni costo?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2023, p. 158.

³² L'art. 12-bis dispone, inoltre, l'applicazione del rito speciale appalti, secondo i termini previsti dagli artt. 119, co. 2, e 120, co. 9, c.p.a., alle controversie riguardanti “qualsiasi procedura amministrativa che riguardi *interventi* finanziati in tutto o in parte con le risorse previste dal PNRR” [enfasi aggiunta] e, dunque, non solo relative alle procedure a evidenza pubblica, ma a una vastissima gamma di procedimenti, la cui concreta individuazione, stante la trasversalità del PNRR, risulta oggi di difficile perimetrazione. Sul punto, si veda l'opinione critica di F. VOLPE, *Il processo amministrativo sulle controversie Pnrr e le sue criticità*, cit.

³³ In questi termini, ad esempio, G. TAGLIANETTI, *Normativa emergenziale e processo amministrativo*, cit., 165.

amministrativo il compito di effettuare un delicato bilanciamento tra diversi interessi e, dunque, in buona sostanza, di condurre un “esercizio giurisdizionale di un potere amministrativo discrezionale”³⁴.

Si tratta, in definitiva, di una disciplina processuale atta a depotenziare fortemente la tutela cautelare, oltre che a neutralizzare la tutela caducatoria e risarcitoria in forma specifica³⁵. Ne risulta una tutela giurisdizionale complessivamente “spuntata”, e potenzialmente contrastante con le direttive ricorsi³⁶, che ha l’effetto (e forse anche l’obiettivo) di scoraggiare – in quanto scarsamente soddisfattiva dell’interesse all’ottenimento del bene della vita – la stessa proposizione del ricorso giurisdizionale³⁷.

Anche in tal caso, peraltro, come da più parti segnalato³⁸, il legislatore è mosso dall’intenzione di accordare priorità alla tutela dell’interesse pubblico alla celere realizzazione dell’opera (diremmo oggi al “risultato”³⁹) – e, con essa, al raggiungimento degli obiettivi del PNRR entro i tempi prestabiliti – rispetto alla protezione giurisdizionale piena ed effettiva dei singoli: di nuovo, un’accelerazione e semplificazione meramente sottrattiva, che giunge a sacrificare sull’altare della *effettività del risultato* la garanzia della *effettività della tutela giurisdizionale*.

³⁴ F. CORTESE, *Corso di diritto processuale amministrativo*, Le Monnier, Firenze, 2023, p. 143. Analogamente, per M.A. SANDULLI, *Il contenzioso sui contratti pubblici*, cit., si tratta di un potere “espressione di una indebita ibridazione con una discrezionalità che è propria soltanto di quello amministrativo”.

³⁵ D’altronde, come lucidamente osserva G. GRECO, *Coronavirus e appalti (a proposito dell’art. 125 c.p.a.)*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2020, p. 524 ss., il *vulnus* di tutela risulta proprio dall’operare congiunto dei commi 2 e 3 dell’art. 125 c.p.a., giacché se può ritenersi condivisibile “la soluzione di rendere il contratto, una volta stipulato, immune dalle vicende dell’aggiudicazione e dal suo eventuale annullamento”, d’altro canto, non può però essere contestualmente preclusa al ricorrente una tutela cautelare efficace prima della conclusione del contratto. Deve invero ritenersi inaccettabile, in quanto in contrasto con le stesse direttive europee, “da un lato escludere l’inefficacia del contratto dopo la sua stipulazione (il che può avvenire se la fase cautelare si concluda con un diniego di sospensione dell’aggiudicazione) e, d’altro lato, depotenziare la tutela cautelare del ricorrente, subordinandola a valutazioni sul (prevalente) interesse pubblico”.

³⁶ G. GRECO, *Coronavirus e appalti (a proposito dell’art. 125 c.p.a.)*, cit., p. 526.

³⁷ Lo rileva, ad esempio, sollevando dubbi di conformità dell’intervento con i principi del giusto processo, M. INTERLANDI, *I paradigmi costituzionali del giusto processo amministrativo alla prova del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, cit., spec. p. 45 ss.

³⁸ In senso critico, *ex multis*, M.A. SANDULLI, *Principi e regole dell’azione amministrativa - Addenda 2021*, in *www.lamministrativista.it*, settembre 2021, per la quale le misure introdotte dal d.l. 77/2021 rischiano di costituire “una ingiusta messa da requiem dell’effettività della tutela giurisdizionale contro le violazioni delle regole sull’affidamento dei contratti pubblici”, apparendo “sotto questo profilo il triste epilogo [...] del movimento di opinione che, da diversi anni (a partire dall’agosto 2013), addita la giustizia amministrativa come il maggior colpevole dei ritardi nell’esecuzione delle opere pubbliche, spingendo il legislatore verso una graduale emarginazione della tutela soprassessoria (tramite la sospensione degli atti di cui si sospetta l’illegittimità) e una conseguente sostituzione della tutela caducatoria (essenziale a garantire il rispetto dei principi e delle regole di una buona amministrazione) con una tutela meramente risarcitoria”. In tal senso, altresì G. TAGLIANETTI, *op. cit.*, p. 163, per il quale “la disciplina introdotta dal D.L. n. 77/2021 ha individuato, in sostanza, nella tempestività dell’azione amministrativa l’elemento cardine del buon andamento, contrapposto e privilegiato, nel bilanciamento tra valori, rispetto all’effettività della tutela giurisdizionale”.

³⁹ Sul punto, A. BARONE, *Il sindacato sugli atti di pianificazione o programmazione, con particolare riferimento al PNRR*, in *Il Processo*, 2023, p. 383 ss., ove si sottolinea come “lo stesso principio del “risultato” non può in alcun modo legittimare una così forte compressione dei poteri del giudice amministrativo, pur finalizzata ad una maggiore efficienza ed alla correlata riduzione dei tempi processuali”.

5. Una “semplificazione difficile a farsi”: alcune considerazioni critiche attorno a...

Dalle due traiettorie qui succintamente ripercorse possono trarsi, in via di sintesi, alcune considerazioni critiche che, pur originando dallo specifico caso delle infrastrutture del PNRR, investono in maniera più generale il tema delle riforme amministrative e della disciplina dei contratti pubblici.

Tali riflessioni possono essere raggruppate attorno a quattro punti focali.

5.1. (segue) i “dispositivi”

Sia sul versante sostanziale, sia su quello processuale la disciplina dei contratti pubblici per la realizzazione delle opere e delle infrastrutture previste dal PNRR riflette l’istituzionalizzazione di una logica che non è semplicemente acceleratoria, ma che si rifà a un paradigma emergenziale. La pandemia da Covid-19 e, senza effettiva soluzione di continuità, la gestione del PNRR elevano la “necessità” a dispositivo di governo, affidandone le redini a uno Stato essenzialmente amministrativo⁴⁰.

La *necessità* di realizzare gli interventi previsti dal Piano, entro i tempi del Piano, poggia solo in parte su un tessuto normativo volto a costruire e rafforzare la burocrazia e la sua capacità amministrativa, secondo una prospettiva di medio-lungo periodo. Una parte consistente dell’infrastruttura di regole su cui “viaggia” l’attuazione del Piano è concepita, invece, in termini essenzialmente precari, derogatori, speciali ed eccezionali. La logica non è costruttiva, ma sottrattiva: si amputa, e non si rafforza; si frammenta, e non si cuce.

Così, però, lungi dal “semplificare” sul serio⁴¹, si dà vita a un quadro normativo ipertrofico, caotico e asistemico, in cui coesistono diversi regimi normativi, tutti soggetti a frequenti modifiche, i cui ambiti di applicazione non risultano sempre definiti con sufficiente chiarezza⁴².

Né ci pare che l’adozione del nuovo Codice dei contratti sia in grado di porre rimedio a tale situazione. Vero è che il d. lgs n. 36/2023 ha una chiara ambizione sistematica e semplificatrice, perseguita anche

⁴⁰ F. CORTESE, *Emergenza Covid-19: sulle sfide dell’ordinamento e sulle possibili articolazioni della legittimità amministrativa*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2020, p. 68; nonché, *amplius*, G. TROPEA, *Biopolitica e diritto amministrativo del tempo pandemico*, cit., *passim*.

⁴¹ La difficoltà di semplificare costituisce ormai un *topos* della nostra letteratura giuridica: si rinvia, *ex multis*, a E. CASETTA, *La difficoltà di semplificare*, in *Dir. amm.*, 1998, p. 335; R. FERRARA, *Le complicazioni della semplificazione amministrativa: verso un’amministrazione senza qualità*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, p. 323; F. MANGANARO, *Principio di legalità e semplificazione dell’attività amministrativa*, Esi, Napoli, 2000; M. BOMBARDELLI, *La semplificazione amministrativa: problemi e prospettive*, in AAVV., *Scritti in onore di Giuseppe Palma*, v. III, Giappichelli, Torino, 2012, p. 1827; nonché, più di recente, a F. CAPORALE, *Semplificare la complessità: il coordinamento amministrativo a trent’anni dalla legge sul procedimento*, in *Dir. pubbl.*, 2021, p. 443.

⁴² Come osserva persuasivamente G. TAGLIANETTI, *op. cit.*, p. 166 “il quadro delineato fornisce il classico esempio di una prassi che è la causa prima dell’inefficienza dei processi decisionali di qualsivoglia operatore giuridico in qualsivoglia settore dell’ordinamento: l’iperproduzione normativa, con meccanismi di sovrapposizione tra disposizioni nuove e preesistenti, con effetto di disorientamento finale”. Sulla disciplina dei contratti pubblici come materia oggetto di «codificazione a diritto costante», M. RAMAJOLI, *A proposito di codificazione e modernizzazione del diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, p. 347 ss.

attraverso l'idea di "autoesecutività" e "autoconclusività" della disciplina codicistica⁴³. Al contempo, si deve però osservare che il Codice mantiene in vita la normativa speciale di cui si è dato conto nei paragrafi precedenti, ponendo non poche difficoltà esegetiche in ordine al corretto coordinamento tra norme speciali extra-codicistiche fatte salve dal nuovo Codice, disposizioni del vecchio Codice richiamate da queste ultime, e nuova disciplina codicistica⁴⁴.

Si aggiunga poi che, in un contesto di forte instabilità del quadro normativo e di suo difficile consolidamento da parte della giurisprudenza, sono le stazioni appaltanti e gli stessi operatori economici a subire maggiormente il "rischio di stress da (ennesima) innovazione normativa", che, come puntualmente osservato, "è notoriamente contrastante con la logica dell'azione amministrativa (specie quando chi agisce risponde in prima persona del suo operato) ma anche con la logica di mercato"⁴⁵.

5.2. (segue) gli interessi

Sul piano degli scopi che la normativa esaminata intende perseguire è possibile osservare come, a partire dalla pandemia da Covid-19 e poi con il PNRR, la materia dei contratti pubblici, in generale, e la disciplina relativa all'affidamento delle opere infrastrutturali, in particolare, vedano emergere il rilievo centrale dell'interesse alla celere ed effettiva realizzazione dell'intervento. Con il PNRR si consolida, in altri termini, un mutamento dell'orizzonte assiologico entro cui si muove il legislatore nazionale e di cui, probabilmente, lo stesso ordinamento europeo si fa portatore.

Si intende fare qui riferimento non solo a una più consapevole presa d'atto della "multifunzionalità" della disciplina dei contratti pubblici (e, soprattutto, all'emersione – non priva di ambiguità – di finalità sociali e ambientali⁴⁶), quanto piuttosto allo scolorire della concezione tradizionale, di matrice sovranazionale,

⁴³ Che questa sia una delle principali aspirazioni dell'intervento riformatore appare chiaro sin dalla legge 21 giugno 2022, n. 78 recante Delega al Governo in materia di contratti pubblici, in cui si dichiara espressamente che la riforma ha l'obiettivo "di razionalizzare, riordinare e semplificare la disciplina vigente", e in cui la parola "semplificazione" appare ben dieci volte. L'aspirazione alla autoesecutività del Codice è, inoltre, espressamente richiamata nel testo della Relazione allo Schema definitivo del Codice dei contratti pubblici, elaborata dal Consiglio di Stato.

⁴⁴ Si v., in proposito, un interessante rapporto elaborato dall'Istituto per la Finanza e l'Economia Locale (IFEL), Fondazione ANCI, *Nuovo Codice appalti e norme derogatorie PNRR. Una breve guida per orientarsi*, del luglio 2023, che, nel tentativo di mettere ordine all'interno della congerie di norme intervenute in materia di contratti pubblici, ha suddiviso le diverse disposizioni in base al loro rapporto tra norme PNRR e nuovo Codice dei contratti, secondo i seguenti criteri: a) norme di carattere aggiuntivo, poiché integrano in modo complementare le norme ordinarie e dunque si aggiungono ad esse senza determinare particolari problemi applicativi; b) norme semplificatorie che si applicano ai soli contratti PNRR, anche in deroga al nuovo Codice; c) norme semplificatorie temporanee che continuano ad applicarsi ai soli appalti PNRR dopo il 01/07/2023 e fino al 31/12/2023; d) altre norme semplificatorie che non si applicano a tutti i contratti PNRR, ma solo ad alcuni di essi, quali ad esempio quelli relativi all'edilizia scolastica di cui all'art. 24, del D.L. n. 13/2023; e) disposizioni derogatorie in materia di PNRR che sono state assunte e "normalizzate" in generale per tutti gli appalti con il nuovo Codice dei contratti.

⁴⁵ Entrambe le citazioni in A. MASSERA - F. MERLONI, *L'eterno cantiere del Codice dei contratti pubblici*, cit., p. 629.

⁴⁶ Su tali aspetti si rinvia all'ampia riflessione di E. CARUSO, *La funzione sociale dei contratti pubblici*, Jovene, Napoli, 2020, spec. p. 23 ss.; nonché ID., *I contratti pubblici tra obiettivi di sostenibilità e finalità concorrenziali: alla ricerca di nuovi equilibri*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2022, p. 299. Sul punto, altresì F. FRACCHIA - P. PANTALONE, *Verso una contrattazione*

che ha segnato negli ultimi decenni la materia in esame, ossia la strumentalità della disciplina dei contratti pubblici rispetto alla tutela della concorrenza e del mercato unico⁴⁷. E se è pur vero che quest'ultimo interesse trova, a sua volta, diverse possibili declinazioni – dall'efficienza degli scambi, all'apertura transnazionale dei mercati, dalla parità di trattamento al miglior rapporto qualità-prezzo, per citarne solo alcune – si deve parimenti ammettere che le evoluzioni normative più recenti sembrano condurre a un diverso, e per certi versi innovativo, rapporto tra *concorrenza e risultato*⁴⁸.

Non ci si riferisce solamente all'intervenuta codificazione del principio del risultato all'art. 1 del nuovo Codice dei contratti pubblici – in cui, com'è noto, si stabilisce espressamente che “la concorrenza tra gli operatori economici è funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti”⁴⁹ – ma soprattutto, per quel che più rileva ai più limitati fini di questo contributo, a quanto è dato evincere dai plessi normativi espressamente dedicati alla realizzazione delle opere finanziate con i fondi del PNRR.

Del resto, se occorrerà attendere qualche tempo per misurare la reale portata del nuovo (super-)principio del risultato⁵⁰, indicazioni decisamente meno ambigue possono trarsi dalle regole sostanziali e processuali sopra esaminate. Queste ultime, introducendo ampie deroghe ai principi di massima partecipazione e limitando le tutele delle imprese operanti sul mercato, appaiono tutte schiacciate su di un paradigma efficientistico, in cui la tutela della concorrenza del mercato e la garanzia dell'imparzialità sono configurati come beni sacrificabili dinanzi al prevalente interesse realizzativo.

Siamo, dunque, ben lontani dall'idea secondo cui il dispositivo concorrenziale deve riflettersi nella disciplina delle procedure di gara, in quanto capace di “mimare” una dinamica di mercato (*per il mercato*), oltre che nella vicenda processuale, alla stregua di “una sorta di prolungamento della vicenda sostanziale,

pubblica sostenibile e circolare secondo l'agenda Onu 2030, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2022, p. 243, nonché A. MALTONI, *Contratti pubblici e sostenibilità ambientale: da un approccio “mandatory-rigido” ad uno di tipo “funzionale”?*, in *Ceridap*, n. 3/2023.

⁴⁷ Sulla priorità di tale interesse, per tutti, R. CARANTA, *I contratti pubblici*, Giappichelli, Torino, 2004, *passim*, spec. p. 415 ss.; nonché, con riferimento alle direttive europee del 2014 e al Codice previgente, M. CLARICH, *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici e concorrenza nel diritto europeo e nazionale*, in *Dir. amm.*, 2016, p. 71 ss.

⁴⁸ S. PERONGINI, *Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo di codice dei contratti pubblici*, in *www.lamministrativista.it*, 2 gennaio 2023, ove si mette in luce “la marcata finalizzazione della concorrenza al risultato, vale a dire alla realizzazione dell'opera pubblica, all'espletamento del servizio, al conseguimento della fornitura”.

⁴⁹ Art. 1, co. 2, d. lgs n. 36/2023. La codificazione di tale principio ha destato l'immediato interesse della dottrina amministrativistica: tra i diversi contributi sul punto, cfr. almeno *multis*, G. NAPOLITANO, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2023, p. 287; M. RAMAJOLI, *I principi generali*, in C. CONTESSA - P. DEL VECCHIO (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, cit., p. 45; M.R. SPASIANO, *Codificazione di principi e rilevanza del risultato*, *ibidem*, p. 49; L.R. PERFETTI, *Sul nuovo Codice dei contratti pubblici. In principio*, in *Urb e appalti*, 2023, p. 11; R. VILLATA, *Art. 1 (Principio del risultato)*, in R. VILLATA – M. RAMAJOLI (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici - D.lgs. 31 marzo 2023, n. 36*, Pacini, Pisa, 2024, p. 1; F. CINTIOLI, *Il principio del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2023; M. MACCHIA, *Il ruolo dei principi nel Codice dei contratti*, in ID. (a cura di), *Costruire e acquistare. Lezioni sul nuovo codice dei contratti pubblici*, Giappichelli, Torino, 2024, spec. p. 7 ss.

⁵⁰ D. CAPOTORTO, *I rischi di derive autoritarie nell'interpretazione del principio del risultato e l'indissolubilità del matrimonio tra buon andamento e imparzialità dell'amministrazione*, in *Questa Rivista*, n. 14/2023, p. 49.

tutta sbilanciata sul versante della concorrenza”⁵¹. Ma siamo altresì distanti dalla nuova concezione, abbracciata dall’art. 1 del Codice, che vede nella concorrenza un bene-interesse strumentale a quello del raggiungimento del risultato.

Occorrerà, pertanto, verificare attentamente in futuro se, e in che misura, l’impianto sposato dalla normativa speciale PNRR, con il suo imperativo pragmatico-realizzativo, sia in grado di proiettarsi sull’interpretazione e applicazione della disciplina generale di cui al d. lgs 36/2023, onde valutare quale concreta portata applicativa assumerà, al di là del suo valore simbolico di norma-manifesto, il principio del risultato come “criterio prioritario per l’esercizio del potere discrezionale e per l’individuazione della regola del caso concreto”⁵².

5.3. (segue) il “paradigma”

Nell’osservare tali processi evolutivi colpisce il ruolo *paradigmatico* che il regime speciale delle infrastrutture strategiche ha assunto rispetto al modello normativo generale. Come già avvenuto in passato, anche oggi è dato registrare un problematico effetto di *spill-over* della disciplina in materia di grandi opere. Quest’ultima viene invero a “spandersi” tanto sulle norme sostanziali in materia di contratti pubblici in generale, quanto sulla disciplina della tutela degli operatori economici in sede processuale.

Nel caso delle regole dettate per l’attuazione degli interventi del PNRR è evidente, del resto, come la capacità espansiva della disciplina delle infrastrutture strategiche affondi le proprie radici in una medesima esigenza realizzativa che, non riuscendo a trovare compimento per altre (e forse più complesse) vie, viene fatta confluire nell’ormai ben tracciato canale della semplificazione sottrattiva e derogatoria.

Medesimo è, a ben vedere, il dispositivo emergenziale che viene posto dal legislatore a fondamento dei due plessi normativi. Analoga appare anche la tendenza del nostro legislatore a utilizzare con una certa disinvoltura il paradigma “speciale” ogniqualvolta si debba assicurare la celere (e, dunque, in premessa “indisturbata”) realizzazione dell’opera.

⁵¹ F. FRACCHIA, *I contratti pubblici come strumento di accentramento*, in M. CAFAGNO - F. MANGANARO (a cura di), *L’intervento pubblico nell’economia*, in L. FERRARA - D. SORACE (a cura di), *A 150 anni dall’unificazione amministrativa italiana – Studi*, Firenze, 2015, vol. V, p. 379.

⁵² Art. 1, co. 4, d. lgs n. 36/2023. Come opportunamente avverte M.A. SANDULLI, *Prime Considerazioni sullo schema del Nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *GiustiziaInsieme.it*, dicembre 2022, “per evitare distorte chiavi di lettura della disposizione (che veda il valore preminente nella rapidità i lavori) merita però richiamare l’attenzione sull’espresso richiamo, oltre che alla “qualità”, al rispetto dei principi di “legalità, trasparenza e concorrenza” (...). Tali – necessari - temperamenti al criterio della rapidità sono invero parte integrante del principio del risultato e devono essere tenuti ben presenti anche nella lettura del quarto comma”, giacché “In uno Stato di diritto la certezza e la prevedibilità delle regole è invero un principio e un canone ermeneutico irrinunciabile, che non può essere sacrificato in nome della rapidità ad ogni costo dell’affidamento e dell’esecuzione di prestazioni che, deviando dal rispetto delle regole, non assicurino la qualità soggettiva del contraente e contenutistica dell’offerta”.

Tanto sul versante sostanziale, quanto su quello processuale un siffatto approccio finisce, però, per far gravare sui privati (e sulla tutela delle rispettive posizioni giuridiche *nel mercato e nel processo*) l'incapacità del legislatore e l'inefficienza dell'amministrazione.

Eppure, al di là di tale constatazione, sembra altresì utile chiedersi se, e fino a che punto, le norme speciali di cui abbiamo dato conto nei paragrafi precedenti si mostrino idonee a "incistarsi" all'interno della disciplina generale dei contratti pubblici e del relativo sistema di tutela giurisdizionale.

A prima vista sembrerebbe, infatti, che tale regime derogatorio e speciale rimanga estraneo sia al nuovo Codice dei contratti pubblici, sia al Codice del processo amministrativo. Né l'uno, né l'altro incorporano espressamente la disciplina introdotta dai diversi decreti-legge intervenuti a disciplinare la realizzazione delle opere e degli interventi finanziati dal PNRR. Si veda, in tal senso, quanto dispone l'art. 225, co. 8, d. lgs n. 36/2023, il quale, nel dettare le norme transitorie e di coordinamento, precisa che "[i]n relazione alle procedure di affidamento e ai contratti riguardanti investimenti pubblici finanziati in tutto o in parte con le risorse previste dal PNRR e dal PNC, nonché dai programmi cofinanziati dai fondi strutturali dell'Unione europea, ivi comprese le infrastrutture di supporto ad essi connesse, si applicano, anche dopo il 1° luglio 2023, le disposizioni di cui al decreto-legge n. 77 del 2021 [...], al decreto-legge 24 febbraio 2023, n. 13, nonché le specifiche disposizioni legislative finalizzate a semplificare e agevolare la realizzazione degli obiettivi stabiliti dal PNRR". Di analogo tenore è l'art. 38, in materia di localizzazione e approvazione del progetto delle opere, il quale, al comma 14, prevede che "[r]estano ferme le disposizioni speciali vigenti per determinate tipologie di opere pubbliche di interesse nazionale, comprese quelle relative agli interventi del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR)". Parimenti intoccato risulta l'art. 125, c.p.a., al quale non sono state aggiunte, tra i casi di applicazione della disciplina ivi contenuta, le nuove ipotesi introdotte dai decreti nn. 77/2021 e 68/2022.

Il citato dato testuale non pare, tuttavia, esonerare l'interprete da una ricognizione più ampia e attenta circa l'effettiva incidenza che l'apparato concettuale e assiologico sotteso alle regole speciali dettate per il PNRR ha esercitato e potrà esercitare sulla disciplina "a regime" degli affidamenti dei contratti pubblici e del relativo contenzioso.

Evidenti ragioni di spazio e di opportunità impongono di limitare la riflessione ad alcuni profili di più immediata percezione.

In particolare, ci sembra che, tra le principali "esondazioni" della disciplina speciale su quella generale, figura senz'altro il già citato principio del risultato consacrato dall'art. 1, in apertura del nuovo Codice dei contratti. Vero è che, come si osservava poc'anzi, la sua formulazione non pare consentire, ad oggi, una lettura univoca, e che dunque occorrerà vagliarne con attenzione l'effettiva portata in un orizzonte temporale più ampio. Al contempo, non sembra possibile ignorare quanto emerge da alcuni indici

normativi fatti palesi dalla medesima disposizione. Si legge infatti, all'art. 1, che il risultato dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione va perseguito “con la *massima tempestività*”; che “la trasparenza è funzionale alla *massima semplicità e celerità*”; e che il principio del risultato è “perseguito nell'interesse della comunità e per il raggiungimento degli *obiettivi dell'Unione europea*” [enfasi aggiunta].

Difficile non scorgere in tali indicazioni – le quali, si rammenta, costituiscono “criterio interpretativo e applicativo”⁵³ di tutte le disposizioni del Codice – l'eco dell'imperativo pragmatico-realizzativo sotteso al PNRR e alle rigide tempistiche di esecuzione degli interventi ivi scandite. Colpisce, poi, la dichiarata strumentalità della trasparenza rispetto alla massima semplicità e celerità dell'azione amministrativa: se la concorrenza è funzionale al risultato, perché la trasparenza – la quale più coerentemente poteva essere agganciata al buon andamento dell'amministrazione e, dunque, anche al principio del risultato che di quest'ultimo è corollario – viene invece finalizzata alla semplicità e celerità, a obiettivi, cioè, che più difficilmente si conciliano con le esigenze di accessibilità, conoscibilità e controllabilità dell'azione amministrativa? Desta, inoltre, qualche perplessità la mancata menzione, a fianco del “principio del buon andamento e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità”, del principio di imparzialità, come invece vuole l'art. 97, co. 2 Cost. e come, d'altronde ci si aspetterebbe allorché si evochi il concetto di trasparenza⁵⁴.

Né possono ignorarsi le ricadute che tali scelte di carattere sostanziale determinano sul piano della tutela processuale, come ben dimostrano le sopra citate disposizioni volte a sancire, d'un lato, la priorità dell'interesse realizzativo su altri interessi (pubblici e privati) in sede cautelare e, dall'altro, la previsione di una tutela di carattere meramente risarcitorio in favore dei concorrenti illegittimamente pretermessi.

Ulteriori indici sintomatici dell'avvenuto “contagio” si scorgono poi nell'avvenuta “stabilizzazione” all'interno della nuova disciplina a regime di alcune misure previste dalla disciplina speciale e derogatoria da parte. Si pensi, ad esempio, all'innalzamento delle soglie per gli affidamenti diretti e per le procedure negoziate, previsto dal d.l. n. 76/2020 e ora recepito dall'art. 50, d. lgs n. 36/2023; oppure alla nuova disciplina sull'affidamento congiunto della progettazione esecutiva e della realizzazione dei lavori (c.d. appalto integrato) che il nuovo Codice, in continuità con i decreti legge 35/2019 e 77/2021, ha ampiamente ammesso, andando peraltro oltre quanto previsto dalla legge delega e dallo schema predisposto dal Consiglio di Stato.

⁵³ Art. 4, d. lgs n. 36/2023.

⁵⁴ Sul punto, cfr. le osservazioni critiche di D. CAPOTORTO, *op. cit.*, p. 54 ss., ove si nota che “il potenziale conflitto tra buon andamento e imparzialità nel terreno della contrattualistica pubblica si presenta frequentemente in tutte le ipotesi in cui il rispetto delle regole del gioco (e della *par condicio*) rischia di precludere all'amministrazione di conseguire l'offerta che presenta il miglior rapporto qualità prezzo o quando finisce per compromettere la più sollecita conclusione della fase concorsuale prodromica alla tanto agognata stipula del contratto”.

5.4. (segue) il metodo

Un'ultima considerazione critica attiene al metodo. Non v'è dubbio, infatti, che nel nostro ordinamento si ponga una urgente “questione infrastrutturale”. Come accennato in premessa, questa riguarda in prima battuta l'arretratezza infrastrutturale (in senso proprio) del nostro Paese; ma sollecita altresì una riflessione più ampia sull'adeguatezza della nostra amministrazione e dell'insieme di regole che presidiano la sua azione (i.e. l'infrastruttura normativa e burocratica deputata a rendere possibile l'infrastrutturazione materiale). Ciò che si intende dire è che, se in principio la diagnosi è corretta, sono invece le ricette in concreto sperimentate dal nostro legislatore ad apparire non sempre efficaci, se non addirittura controproducenti.

Nulla di nuovo sotto il sole, sia ben chiaro: non è certo una novità che nel nostro paese le riforme si affastellino in modo schizofrenico, tagliando senza semplificare, derogando senza fornire soluzioni stabili, introducendo nuove regole e principi senza rafforzare in parallelo la macchina amministrativa. E anche nel caso in esame, l'impressione è che le riforme – tanto quelle urgenti, quanto quelle a regime – abbiano in parte mancato di cogliere i veri problemi e di intervenire coerentemente su di essi.

A tal proposito, si deve invero constatare come molti degli interventi riformatori susseguitisi negli anni in materia di approntamento delle infrastrutture si siano appuntati sulle regole dell'affidamento delle commesse pubbliche, nel dichiarato tentativo di semplificarne la disciplina e di accelerarne lo svolgimento. Eppure, uno studio pubblicato nel 2019 dalla Banca d'Italia, dedicato ai “*Tempi di realizzazione delle opere pubbliche e loro determinanti*”⁵⁵, ha messo chiaramente in luce come la fase dell'affidamento occupi mediamente solo il 10 per cento dei tempi complessivi di realizzazione dell'opera, mentre un peso significativo sulle tempistiche è dato dai c.d. tempi di attraversamento interfase. Secondo quanto emerge dal citato rapporto – che pare opportuno qui riportare testualmente –, “la durata mediana dell'intero ciclo di realizzazione delle opere considerate è stimata pari a circa 4,9 anni, la fase di progettazione ha una durata mediana di circa 2,1 anni; la fase di affidamento di 6 mesi; la fase di esecuzione di 1 anno e mezzo; la fase di messa in funzionalità di poco più di 4 mesi. Il complesso delle interfasi ha una durata mediana di 1,9 anni, pari a poco meno del 40 per cento del tempo totale mediano di realizzazione. L'incidenza media di questi tempi di attraversamento raggiunge il 43 per cento e risulta particolarmente elevata nella fase di progettazione (61 per cento)”⁵⁶. Il medesimo studio rileva inoltre che “[a] parità di caratteristiche dell'opera e localizzazione regionale, la tipologia di procedura utilizzata per l'affidamento del contratto si associa a variazioni modeste nei tempi di realizzazione: i tempi di

⁵⁵ C. CARLUCCI - C. GIORGIANTONIO - T. ORLANDO, *Tempi di realizzazione delle opere pubbliche e loro determinanti*, in *Quaderni di Economia e Finanza della Banca d'Italia*, n. 538/2019.

⁵⁶ *Ibidem*, 12.

realizzazione successivi alla progettazione delle opere affidate mediante procedure negoziate sono di soli 30 giorni più brevi rispetto a quelli delle opere affidate mediante procedure competitive⁵⁷.

Il rapporto evidenzia poi un altro dato rilevante: la durata complessiva diminuisce sensibilmente alla presenza, tra il personale in servizio, di più alti livelli di capitale umano, competenze ed esperienze. Risultano, invero, “significativamente correlati alla durata complessiva della realizzazione delle opere sia la quota di dipendenti con età inferiore ai 35 anni, sia la percentuale di laureati in servizio presso l’amministrazione”; inoltre “il livello di capitale umano è correlato a minori durate sia della fase di esecuzione sia della fase di progettazione, nonché delle relative interfasi”⁵⁸.

Questi dati appaiono estremamente rilevanti perché confermano empiricamente quanto già da tempo messo in evidenza dalla dottrina più accorta⁵⁹. Ossia che per semplificare e accelerare (*rectius*: per raggiungere presto e bene il risultato, nel rispetto del principio di legalità, di imparzialità e di buon andamento) non si dovrebbe “eliminare, contenere o ridurre la burocrazia, bensì rafforzarla, dando al Paese una burocrazia che funzioni, che sia in grado di decidere e che eserciti bene la discrezionalità”⁶⁰.

Investire in capacità amministrativa, dunque, e non semplicemente semplificare “per deroga” o “per amputazione”, specie qualora nella tagliola finiscano gli strumenti di garanzia e di tutela: una sfida senz’altro ardua, se è vero che – come ci ha insegnato Bertold Brecht – “È la semplicità che è difficile a farsi”⁶¹.

⁵⁷ *Ibidem*, 6.

⁵⁸ *Ibidem*, 18 e ss. Lo studio precisa inoltre nelle pagine seguenti che “[l]e correlazioni qui presentate sembrerebbero supportare la positività, almeno in termini di durata delle procedure, di maggiori livelli di specializzazione da parte delle stazioni appaltanti, specializzazione che può senz’altro ipotizzarsi associata sia alla presenza di personale con livelli di istruzione più elevati, sia al grado di esperienza conseguito in media dal personale nella gestione delle componenti amministrative e nel monitoraggio delle fasi più tecniche del ciclo di realizzazione dell’opera”.

⁵⁹ Si veda in tal senso l’amplessissima produzione di Sabino Cassese e, in particolare, tra i lavori più recenti, S. CASSESE, *Amministrare la nazione. La crisi della burocrazia e i suoi rimedi*, Mondadori, Milano, 2023, nonché già M.S. GIANNINI, *La priorità dei problemi di organizzazione*, in AAVV., *Il motore immobile. Crisi e riforma della pubblica amministrazione*, Edizioni Lavoro, Roma, 1980, p. 45 ss., ora anche in *Scritti*, VII: 1977-1983, Milano, 2005, p. 503 ss. Il punto è messo bene in evidenza, con particolare riferimento al tema in esame, da A. MASSERA - F. MERLONI, *L’eterno cantiere del Codice dei contratti pubblici*, cit., p. 627.

⁶⁰ R. CHIEPPA, *Prefazione*, in D. BOLOGNINO - H. BONURA - A. STORTO, *I contratti pubblici dopo il decreto semplificazione*, La Tribuna, Milano, 2020.

⁶¹ B. BRECHT, *Elogio del comunismo* [1933], in *Poesie politiche*, trad. it., Einaudi, Torino, 2014.