

L'emergenza sanitaria causata dal COVID-19: l'impatto (attuale e futuro) sul sistema nazionale dei contratti pubblici

Michele Cozzio, Nicoletta Parisi

SOMMARIO: 1. L'emersione dell'emergenza sanitaria a livello globale e la risposta italiana. – 2. Gli obblighi internazionali dello Stato a fronte della situazione di emergenza. – 3. Gli effetti della pandemia sul mercato dei contratti pubblici. La contrattazione pubblica nella fase dell'emergenza. – 4. L'azione di *governance* svolta dall'Autorità Nazionale Anticorruzione nel contesto emergenziale. – 5. Riflessioni sul futuro del sistema italiano dei contratti pubblici tra soluzioni per l'emergenza e soluzioni per la ricostruzione. – 6. C'è ancora spazio per gli appalti pubblici sostenibili?

1. *L'emersione dell'emergenza sanitaria a livello globale e la risposta italiana*

Nel volgere di poche settimane, tra febbraio e marzo 2020, l'emergenza sanitaria causata dal virus denominato Covid-19 si è imposta sulle priorità delle agende politiche in tutto il mondo. Le statistiche e i *reports* delle organizzazioni internazionali attestano l'estensione globale, la pervasività, la persistenza e la drammaticità di questa crisi¹.

Quanto stiamo vivendo è stato descritto efficacemente dallo storico e filosofo Yuval Noah Harari: «L'umanità sta affrontando una crisi globale. Forse la più

* La presente pubblicazione contiene i risultati di una ricerca svolta anche nell'ambito del progetto MIUR PRIN 2017–2017CRLZ3F: *PolitiCanti. The Politicisation of Corruption and Anticorruption Strategies in Italy* (unità locale dell'Università Cattolica del Sacro Cuore, sede di Piacenza; responsabile Prof. Dino G. Rinoldi). Le riflessioni sono condivise dagli Autori, per quanto i contenuti dei § 2, 4 e 5 sono stati curati da Nicoletta Parisi e quelli dei § 1, 3 e 6 da Michele Cozzio.

¹ Si veda il sito web dell'*European Centre for Disease Prevention and Control* che offre informazioni costantemente aggiornate sulla distribuzione geografica dei casi e dei decessi da Covid 2019 nel mondo; si vedano anche i *situation reports* sul tema *Coronavirus disease (COVID-19)* elaborati dall'Organizzazione Mondiale della Sanità, nonché i grafici che descrivono l'andamento della pandemia a livello globale, *Dashboard della malattia da coronavirus dell'OMS (COVID-19)*.

grande della nostra generazione. Le decisioni che le persone e i governi prenderanno nelle prossime settimane probabilmente incideranno in profondità sul mondo per anni. Influiranno non solo sui nostri sistemi sanitari ma anche sull'economia, la politica e la cultura [...]. Nello scegliere tra varie alternative, dovremo chiederci non solo come superare i pericoli immediati, ma anche in che tipo di mondo vivremo quando la tempesta sarà passata. Certo, la tempesta passerà, il genere umano sopravvivrà, molti di noi saranno ancora qui, ma vivremo in un mondo diverso»².

Il 9 gennaio 2020, l'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) ha dichiarato l'isolamento, da parte delle autorità sanitarie cinesi, di un nuovo ceppo di coronavirus mai identificato prima nell'uomo (Covid-19). Il virus è stato associato a un focolaio di casi di polmonite registrati a partire dal 31 dicembre 2019 nella città di Wuhan, nella Cina centrale³.

Il 30 gennaio, l'OMS ha dichiarato quest'epidemia «un'emergenza di sanità pubblica di rilevanza internazionale»⁴ e l'11 marzo ha riconosciuto la condizione di «pandemia»⁵, parola di cui ormai sono noti il significato e le implicazioni. Dalla dichiarazione del Direttore generale dell'OMS emerge l'attenzione per questa situazione nuova: «non abbiamo mai visto una pandemia scatenata da un coronavirus» e, al contempo, la preoccupazione per i livelli allarmanti di gravità e diffusione, «non abbiamo mai visto una pandemia che può essere controllata».

A novembre 2020, in occasione della 73esima assemblea generale dell'OMS a Ginevra, viene rilevata la continua progressione della pandemia, che ha segnato in tutto il mondo «*the grim milestone*» di 50 milioni di persone infettate e oltre 1,2 milioni di morti. Si tratta, peraltro, di dati parziali, posto che le cifre complessive non tengono conto, ad esempio, dei morti causati dall'interruzione dei servizi sanitari essenziali. A fronte di questo scenario, il Direttore generale dell'OMS, aprendo i lavori dell'Assemblea generale, avverte che «nessuno conosce gli effetti a lungo termine di questo virus sul corpo umano o sul tipo di mondo che i nostri figli e nipoti erediteranno».

² Così nella rivista *Internazionale*, 27 marzo 2020 n. 135.

³ Alcuni studi segnalano che numerosi casi di polmonite ascrivibili al virus Covid-19 erano presenti nell'area cinese di Wuhan già a partire da agosto 2019; si veda part. E.O. Nsoesie, B. Rader, Y.L. Barnoon, L. Goodwin, J.S. Brownstein, *Analysis of hospital traffic and search engine data in Wubhan China indicates early disease activity in the Fall of 2019*, giugno 2020.

⁴ Si veda la dichiarazione del Direttore generale dell'OMS circa la situazione di *Public Health Emergency of International Concern*, in sigla PHEIC, espressa nell'ambito del Comitato di Emergenza di cui all'*International Health Regulations*.

⁵ Si veda la dichiarazione dello stato di pandemia da parte del Direttore generale dell'OMS dell'11 marzo 2020.

L'Italia è tra le aree europee che, all'inizio del 2020⁶, sono state colpite per prime e in misura più significativa dal virus. La reazione delle Istituzioni è stata tempestiva: il 31 gennaio 2020, in anticipo rispetto alla dichiarazione di pandemia dell'OMS, il Governo ha dichiarato lo stato di emergenza fino al 31 luglio 2020 (poi prorogato fino al 30 aprile 2021)⁷, motivato dal rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili.

Alla dichiarazione del Governo sono susseguite decine di interventi legislativi e amministrativi, mediante decreti legge (e relative leggi di conversione)⁸, decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, decreti ministeriali, circolari, direttive, ordinanze del Capo del Dipartimento della Protezione civile, delle Regioni e dei Comuni.

L'insieme di norme e misure emergenziali ha composto un esteso e frammentato quadro giuridico caratterizzato, in primo luogo, dall'incidenza e limitazione delle libertà individuali ed economiche⁹ in modo a tal punto penetrante che molti, tra studiosi e giuristi, hanno parlato di Stato di eccezione, di dittatura, di situazione che accosta emergenza sanitaria e guerra¹⁰, di violazione di diritti costi-

⁶ Lo studio dell'Istituto Superiore di Sanità condotto sull'analisi delle acque di scarico dei principali centri urbani del nord Italia evidenzia la presenza di tracce del virus già a dicembre 2019, particolarmente nei campioni prelevati a Torino e Milano. La notizia è stata diffusa dall'Istituto Superiore della Sanità: si veda il comunicato del 18 giugno 2020 n. 39.

⁷ Si veda la delibera del Consiglio dei ministri del 13 gennaio 2021, pubblicata nella Gazz. Uff. del 20 gennaio 2021, n. 15. Il fondamento normativo della delibera è riconducibile al d.lgs. 2 gennaio 2018, n. 1, partic. artt. 7, co. 1, lett. c, e 24, co. 1.

⁸ Il primo in ordine di tempo è stato il decreto legge 23 febbraio 2020 n. 6 (*Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19*). I decreti legge sono previsti dall'art. 77 della Costituzione italiana, l'unico articolo della Carta costituzionale che disciplina la potestà normativa del Governo in casi straordinari di necessità e urgenza. Nel periodo febbraio-giugno 2020 l'*Osservatorio Emergenza Covid-19* promosso da *Federalismi.it* ha censito 670 provvedimenti statali e regionali. Una panoramica dell'articolato quadro giuridico sviluppatosi a seguito dell'emergenza sanitaria in Italia è disponibile nel dossier periodicamente aggiornato del Servizio Studi della Camera dei Deputati, *Misure sull'emergenza coronavirus (Covid-19) - Quadro generale*.

⁹ Sono libertà e diritti garantiti dalla Costituzione italiana, vi rientrano la libertà di circolazione (art. 16), la libertà di riunione (art. 17), il diritto di professare la propria fede religiosa nei luoghi di culto (art. 19), il diritto allo studio (artt. 33-34), la libertà di iniziativa economica (art. 41), la libertà di espressione del pensiero (art. 21) e soprattutto la libertà personale (art. 13) e i diritti inalienabili della persona di cui all'art. 2 e alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.

¹⁰ Lo ha ricordato, tra gli altri, F. Fracchia, *Coronavirus, senso del limite, deglobalizzazione e diritto amministrativo: nulla sarà più come prima?*, in *Il diritto dell'economia*, 2019, 3, 575-588, sottolineando anche la terminologia utilizzata dalla politica e dai mezzi di comunicazione ("guerra"; "emergenza"; "lotta"; "attacco"; "difesa"; "patriottismo"; "orgoglio di essere italiani").

tuzionali¹¹, come pure della necessità, una volta affrontata la difficile situazione della pandemia, di costruire contenuti e limiti di un “diritto dell'emergenza”¹².

Un secondo elemento peculiare è riconducibile all'alterazione dei processi decisionali e di produzione delle regole, necessitata dalla rapidità valutativa e dalle semplificazioni richieste per l'assunzione delle decisioni in tempi brevissimi¹³. Il contesto emergenziale, in altre parole, ha messo a nudo una situazione tanto fulminea quanto impreveduta di verticalizzazione del potere¹⁴, rispetto alla quale

¹¹ Si veda, ad esempio, la lettera aperta al Presidente del Consiglio, sottoscritta da trenta giuristi italiani, con l'invito al ripristino delle garanzie costituzionali, a fronte di limitazioni che «generano gravi dubbi di costituzionalità e rappresentano un pericoloso precedente per lo Stato di diritto», nonché di interventi restrittivi delle libertà costituzionali e meccanismi di sorveglianza pericolosi. Nel senso di un mancato rispetto della Carta costituzionale, si veda anche G. Marchianò, *Luci ed ombre nell'attuazione dell'emergenza sanitaria da coronavirus: i DPCM*, in *Rivista Giuridica AmbienteDiritto.it*, 2020, 4, 1 e ss. in modo assai critico M. D'Amico, *Emergenza, diritto, discriminazioni*, Gruppo di Pisa, 2020, 19, secondo la quale vi è stata una solo formale copertura democratica alla limitazione delle libertà fondamentali, presentando la situazioni anomalie di non poco momento; nonché G. Guzzetta, *Lo avete letto il decreto? La Costituzione non c'è più*, in *Il riformista*, 5 novembre 2011, 1 e 7; M. Ainis, *Il confine fragile tra potere e libertà*, in *La Repubblica* 14 ottobre 2020, 29. Più cauto l'orientamento espresso da M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2020, 2, 137 e ss., il quale evidenzia che l'adozione di provvedimenti eccezionali a causa della portata estrema del rischio sanitario non determina lo stato di guerra, lo stato di assedio, la dittatura, il riconoscimento di pieno poteri al Governo o al Parlamento, né lo stato di eccezione; l'Autore ricorda, infine, che «per i giuristi, le parole e le categorie ch'esse descrivono pesano come macigni, sicché occorre sempre misurarle bene e usarle il più possibile nel loro significato tecnico». Per una posizione radicalmente differente (nel senso di abbandonare l'approccio del “sistema delle fonti” a favore di quello del “sistema delle norme” si veda A. Ruggeri, *Disordine delle fonti, crisi della legge e ruolo del giudice (tornando a riconsiderare talune correnti categorie teoriche alla luce delle più salienti esperienze della normazione e dei più recenti sviluppi istituzionali)*, in *Consultaonline*, 9 novembre 2020, a favore di una nuova “razionalizzazione” costituzionale p. 611, specificamente per la congiuntura pandemica v. nota 17.

¹² Sul punto P. Bonetti, *La Costituzione regge l'emergenza sanitaria: dalla pandemia del coronavirus spunti per attuarla diversamente*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2020, 1, 692 e ss. segnala che pur non essendovi in Italia «alcuno stato di guerra» formalmente dichiarato, risulta in essere in via di fatto uno «stato di eccezione», rispetto al quale il Governo non sarebbe dotato dei poteri necessari. Si veda anche S. Staiano, *Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, in *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2020, 2, 532 e ss.

¹³ Sul tema si veda P. Severino, *Interpretare e orientare lo sviluppo dopo la crisi sanitaria globale: alcuni spunti tra protezione dei diritti fondamentali, modelli di governance e ripresa economica*, in Aa.Vv., *Il Mondo che verrà. Interpretare e orientare lo sviluppo dopo la crisi sanitaria globale*, Quaderni del CNEL, maggio 2020, 169 e ss.

¹⁴ A questo fenomeno di verticalizzazione è associata, da alcuni osservatori, una quota significativa di «confusione» tra le diverse modalità di produzione emergenziale del diritto. Sul tema si veda part. F. Rescigno, *La gestione del coronavirus e l'impianto costituzionale. Il fine non giustifica ogni mezzo*, in *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2020, 3, 258 e ss.; nonché M. Belletti, *La “confusione” nel sistema delle fonti ai tempi della gestione dell'emergenza da Covid-19 mette a dura prova gerarchia e legalità*, in *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2020, 3, 176 e ss.; M. Francaviglia, *Decretazione d'urgenza, poteri di ordinanza e riserve di legge. La produzione normativa nell'emergenza Covid-19 alla luce del principio di legalità sostanziale*, in *Diritto pubblico*, 2020, 2, 361-384; M. Bignami, *Le fonti del diritto tra legalità e legittimità nell'emergenza sanitaria*, in *Questione giustizia*, 2020, 2; G. Brunelli, *Sistema delle fonti e ruolo del parlamento dopo (i primi) dieci mesi di emergenza sanitaria*, in *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2021, 1, 384 e ss. Sulla conflittualità tra Stato e Regioni derivata da questa confusione si veda, tra i numerosi commenti, A. Poggi, *Tornare alla normalità dei rapporti Stato-Regioni. Errori da evitare e lezioni da meditare*, in *Federalismi.it*, 9 settembre 2020 e ivi la bibliografia riportata; anche F. Bilancia, *Le conseguenze giuridico-istituzionali della pandemia sul rapporto stato/regioni*, in *Diritto pubblico*, 2020, 2, 333-360; G. Scaccia, C. D'Orazi, *La concorrenza fra*

il fenomeno (forse) più sorprendente è stata l'accettazione – nella primavera del 2020 – di questa situazione da parte dell'opinione pubblica e della popolazione¹⁵.

Vero è che le scelte adottate dalle Autorità nazionali stanno avendo un impatto fortissimo anzitutto sulla vita sociale.

Mediante decreti e ordinanze sono state prescritte drastiche misure di confinamento.

Ad esempio, è stato imposto il divieto di mobilità delle persone al di fuori del Comune di residenza, con possibilità di derogarlo solo per specifiche esigenze lavorative, ragioni di assoluta urgenza o motivi di salute. Sono stati vietati anche gli assembramenti in luoghi pubblici o aperti al pubblico, nonché altre forme di contatto sociale, manifestazioni culturali, sportive e religiose; sono state sospese le attività delle scuole e delle Università (ad eccezione delle attività didattiche svolte da remoto).

Le restrizioni sono state applicate inizialmente nelle aree dove venivano rilevati focolai del virus, mentre dal mese di marzo 2020 sono state estese a tutto il territorio nazionale.¹⁶ Da giugno 2020, col temporaneo decrescere dell'emergenza (durante la prima 'ondata', il picco di contagi e decessi in Italia è stato registrato nei mesi di marzo e aprile), la mobilità e le attività sociali sono riprese, unitamente all'obbligo del rispetto delle misure per il contenimento del rischio di contagi e per la sicurezza delle persone.

stato e autonomie territoriali nella gestione della crisi sanitaria fra unitarietà e differenziazione, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2020, 3.

¹⁵ Aspetto evidenziato da G. De Rita, *Verticalizzazione dei poteri*, in AA.VV., *Il Mondo che verrà. Interpretare e orientare lo sviluppo dopo la crisi sanitaria globale*, cit., 63 e ss., il quale si spinge a indicare, provocatoriamente, che il pericolo maggiore creato da questa verticalizzazione del potere potrebbe rinvenirsi nella quieta obbedienza alle norme emergenziali. Sul tema si segnala lo studio di S. Castriota, M. Delmastro e M. Tonin, *Con il coronavirus sale lo share dei Tg*, in *lavoce.info*, del novembre 2020, dal quale si evince che l'attenzione ai dati comunicati dai media nazionali durante la prima ondata della pandemia (marzo-maggio 2020) ha fatto sì che l'opinione pubblica fosse disposta – anche in regioni a basso contagio – a misure di contenimento che avrebbero suscitato resistenza se fossero state invece paramtrate ai soli dati dei media locali. Ciò ha creato lo spazio politico – rilevano gli Autori – per l'adozione di provvedimenti di contenimento e di azioni preventive anche nelle regioni meno colpite dal coronavirus. Diverso atteggiamento è quello registrato nei mesi successivi (part. ottobre 2020 e, più recentemente, marzo e aprile 2021), ove a fronte della riacutizzazione dei contagi e dei ricoveri ospedalieri dovuti a patologie causate dal Covid, le misure governative di confinamento sociale e blocco delle attività economiche hanno suscitato proteste e reazioni contrarie in molte aree dell'Italia; in tal senso, si vedano gli articoli apparsi sui principali quotidiani nazionali nel periodo tra ottobre e novembre 2020, nonché tra marzo e aprile 2021.

¹⁶ La popolazione, come detto, le ha accettate di buon grado, vuoi per la paura del contagio e per gli inviti all'obbedienza diffusi dalle autorità medico-scientifiche, vuoi per le pesanti sanzioni pecuniarie (da 400 a 3mila euro) previste in caso di violazione. Sul tema della paura quale fonte del diritto governativo emergenziale si rinvia alle riflessioni di F. Rescigno, *La gestione del coronavirus e l'impianto costituzionale. Il fine non giustifica ogni mezzo*, cit., 258, secondo il quale «forse non era questo l'intendimento del nostro governo in una situazione a dir poco inaspettata, tuttavia è vero che far leva sulla paura funziona sempre».

I mesi autunnali del 2020 evidenziano una nuova situazione di emergenza associata alla riacutizzazione dei contagi¹⁷, protrattasi nel primo quadrimestre del 2021, dalla quale derivano nuove misure di confinamento sociale e blocco delle attività economiche, variamente articolate regione per regione sulla base del monitoraggio dei dati epidemiologici e di specifici di indicatori di rischio¹⁸.

Anche le attività produttive, industriali e commerciali sono interessate da restrizioni.

Nella prima fase acuta dell'emergenza, tra marzo e aprile 2020, il blocco è stato generale, con la sola eccezione delle attività ritenute essenziali: supermercati e generi alimentari, negozi di prima necessità, farmacie, servizi bancari, postali, finanziari, assicurativi, trasporti, settore agricolo e zootecnico. L'esercizio delle attività economiche è temporaneamente ripreso a partire da maggio 2020, subordinato al rispetto di rigorosi protocolli di sicurezza¹⁹. In molti settori, specie della pubblica amministrazione, è stato imposto l'utilizzo di forme di lavoro "agile" o "a distanza" (cd. *smart working*)²⁰. La riacutizzazione dei contagi che il Paese sta vivendo, a partire da ottobre 2020, comporta nuovamente l'adozione di restrizioni per lo svolgimento delle attività economiche²¹.

Le conseguenze sono registrate dai report della Commissione europea: la pandemia da Covid ha causato e sta causando in tutta l'Unione effetti pesantissimi sul piano economico. I dati elaborati dalle Istituzioni europee descrivono la crisi più grave dal secondo dopoguerra, di dimensioni di gran lunga maggiori della crisi economico-finanziaria del 2007²².

¹⁷ Si vedano i dati pubblicati dall'Istituto Superiore della Sanità, con particolare riferimento all'aggiornamento pubblicato il 30 ottobre 2020.

¹⁸ Si veda, da ultimo, il d.l. 1 aprile 2021 n. 44, recante *Misure urgenti per il contenimento dell'epidemia da COVID-19, in materia di vaccinazioni anti SARS-CoV-2, di giustizia e di concorsi pubblici*.

¹⁹ Si veda il *dossier* del Servizio Studi della Camera dei Deputati, *La Fase 2 per le attività produttive nell'attuale emergenza epidemiologica da COVID*, del 10 giugno 2020.

²⁰ Sul punto si segnala che con proprio decreto del 4 novembre 2020, il Ministro per la Semplificazione e la Pubblica Amministrazione ha istituito l'*Osservatorio del Lavoro Agile* con lo scopo di verificare lo stato di attuazione nonché l'impatto sulla capacità organizzativa e funzionale degli Enti.

²¹ Per una panoramica aggiornata dei provvedimenti adottati dal Governo si rinvia alla pagina web www.governo.it/it/coronavirus-misure-del-governo.

²² Si veda, Commissione europea, *European Economic Forecast. Autumn 2020*, del 5 novembre 2020; anche la Comunicazione della Commissione, *Su ulteriori misure di risposta alla COVID-19*, COM(2020) 678, del 28 ottobre 2020. In questo contesto, il Governo italiano sta intervenendo con misure economiche di sostegno verso la popolazione e gli operatori economici. Si segnala, ad esempio, la legge 17 luglio 2020, n. 77, di conversione, con modificazioni, del d.l. 19 maggio 2020 n. 34 (*Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19*), con la quale sono stati disposti interventi per 55 miliardi di euro a favore della sanità, delle politiche sociali, del credito e delle attività produttive, somma che va ben oltre la quota della spesa pubblica programmata annualmente dalla legge di bilancio dello Stato. Più recente è il d.l. 22 marzo 2021 n. 41 (*Misure urgenti in materia di sostegno alle imprese e agli operatori economici, di lavoro, salute e servizi territoriali, connesse all'emergenza da COVID-19*) cd. decreto *Sostegni*, che dispone stanziamenti per quasi 32 miliardi di euro destinati a potenziare gli strumenti di contrasto alla diffusione del contagio da COVID-19 e a contenere l'impatto sociale ed economico delle

2. *Gli obblighi internazionali dello Stato a fronte della situazione di emergenza*

La situazione di emergenza acclarata deve essere affrontata e gestita dall'ordinamento italiano in aderenza con (e nel rispetto degli) obblighi derivanti dal diritto internazionale, ai quali l'Italia si è liberamente vincolata²³, a maggior ragione dal momento che la Costituzione italiana non contempla espressamente un regime giuridico per questo tipo di situazioni²⁴, pur essendo dotata di presidi al riguardo, potendosi rinvenire essi in particolare nel già richiamato art. 77 della Costituzione e nella l. n. 833/1978, nonché nel d.lgs. n. 1/2018²⁵.

Vengono in rilievo norme (di diversa portata giuridica, ovvero di *hard* e *soft law*) a livello universale contenute in *The Paris Minimum Standards of Human Rights Norms in a State of Emergency*²⁶, a livello europeo entro le due organizzazioni intergovernative regionali alle quali l'Italia partecipa essendo di entrambe di esse anche Paese fondatore: l'Unione europea e il Consiglio d'Europa. Ambedue questi ordinamenti hanno reagito alla situazione di emergenza determinata dalla pandemia affrontando la questione sia sul versante del rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali delle persone sia su quello, strettamente correlato, del diritto dei contratti pubblici.

Con riferimento all'Unione, giova ricordare che essa «si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'eguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani [...] [valori che sono] comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini»²⁷. A questa norma assai generica è data concretezza dall'art. 6 dello stesso Trattato dell'Unione che, intervenendo a disciplinare il sistema delle fonti dell'ordinamento, afferma in successione che di questo fanno parte la Carta dei diritti fondamentali di Nizza-Strasburgo (2000-2007), «che ha lo stesso valore

misure di prevenzione adottate. Si segnala, inoltre, che dal 29 marzo 2020 è attivo il gruppo di lavoro costituito da Banca d'Italia, Ministero dell'Economia e delle Finanze, Ministero dello Sviluppo Economico, Associazione Bancaria Italiana, Mediocredito Centrale e Sace per assicurare l'utilizzo delle misure di supporto alla liquidità per famiglie e imprese.

²³ Il riferimento è agli artt. 1, seconda frase, 11 e 117, co. 1, della Carta costituzionale.

²⁴ Così M. Cartabia, *L'attività della Corte costituzionale nel 2019*, 28 aprile 2020, 25.

²⁵ Sul punto si veda ancora M. Luciani, *Il sistema delle fonti*, cit. e Id., *Avviso ai naviganti nel Mar pandemico*, in *Questione giustizia*, 8 ottobre 2020.

²⁶ Gli *Standards minimi* sono stati elaborati a partire dall'art. 1, co. 3, della Carta di San Francisco (istitutiva delle Nazioni Unite), la quale dichiara che scopo dell'Organizzazione è anche «promuovere e incoraggiare [negli Stati membri] il rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali per tutti senza distinzioni di razza, di sesso, di lingua o di religione». In materia si veda E. Sommario, *Stati di emergenza e trattati a tutela dei diritti umani*, Torino, 2018, specific. Cap. II.

²⁷ Si veda l'art. 2 Trattato dell'Unione europea (TUE).

giuridico dei Trattati», e i principi generali in materia di diritti dell'uomo «garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri»²⁸. La Convenzione europea di salvaguardia è, dunque, una fonte normativa esterna all'Unione (perché stipulata nel quadro del Consiglio d'Europa), che però sostanzia i principi generali del diritto dell'Unione, questi invece fonte interna di quest'ultima Organizzazione²⁹.

I rapporti strettissimi fra i due ordinamenti sono di tutta evidenza, dal momento che “a monte” si prevede l'intreccio fra fonti normative e, “a valle”, si determina in concreto un continuo travaso di principi dall'uno all'altro e viceversa, valorizzato dal dialogo fra le due Carte dei diritti e fra le due Corti europee (di Strasburgo e di Lussemburgo)³⁰: dialogo che, al di là di qualche divergenza, rimane intenso e costruttivo³¹.

A proposito della materia contrattuale in senso stretto, l'Unione europea si è pronunciata immediatamente dopo l'emergere della pandemia, rivolgendosi alle amministrazioni pubbliche degli Stati membri con una Comunicazione inter-

²⁸ Art. 6.1 e art. 3, TUE. Il par. 2 evoca la Convenzione di salvaguardia come futura fonte dell'ordinamento dell'Unione, quando questa avrà perfezionato la propria adesione ad essa. Sull'intreccio di fonti in materia di protezione dei diritti della persona e sul loro reciproco interagire ci si permette di rinviare a N. Parisi, *Funzione e ruolo della Carta dei diritti fondamentali nel sistema delle fonti alla luce del Trattato di Lisbona*, in *Dir. Un. Eur.*, 2009, 653 ss. Si vedano anche i contributi raccolti nel volume a cura di P. Bilancia, E. De Marco, *La tutela multilivello dei diritti. Punti di crisi, problemi aperti, momenti di stabilizzazione*, Milano, 2004, ma ancora di grande attualità.

²⁹ Attualmente la collocazione dei principi nella gerarchia delle fonti dell'Unione è controversa in dottrina, oltre che differenziata a seconda del tipo di principio: per tutti, si veda E. Russo, *L'interpretazione dei testi normativi comunitari*, Milano, 2008, 47; nel senso che il principio riguardante la tutela di diritti e libertà fondamentali della persona faccia già parte delle fonti primarie dell'Unione si veda R. Adam, A. Tizzano, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2017, 168; per l'ipotesi – reputata peraltro «questione astratta» – che questo principio sia subordinato al Trattato istitutivo (ma comunque situato a «livello gerarchicamente superiore al diritto derivato») si veda U. Villani, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Bari, 2020, 279.

³⁰ In tema si rinvia all'articolato saggio di A. Ruggeri, *Relazione introduttiva*, in A. Ruggeri, D. Rinoldi, V. Petralia (a cura di), *Vecchie e nuove 'famiglie' nel dialogo tra corti europee e giudici nazionali*, Napoli, 2016, 1 ss.; si veda anche N. Parisi, *Funzione e ruolo della Carta dei diritti fondamentali nel sistema delle fonti alla luce del Trattato di Lisbona*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2009, 653-678; G. Canzio, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e il dialogo fra le Corti*, in *Nuova Antologia*, 2019, 17 ss.; R. Mastroianni, *Sui rapporti fra Carte e Corti: nuovi sviluppi nella ricerca di un sistema rapido ed efficace di tutela dei diritti fondamentali*, 19 giugno 2020. A proposito della dimensione “orizzontale” del dialogo fra Corti (italiana e straniera) si veda da ultimo M. Cartabia, *L'attività della Corte costituzionale nel 2019*, cit., 12-14.

³¹ Non a caso l'Unione europea nel corso dell'esercizio denominato “Stato di diritto” ha sottolineato che «le misure di risposta alla crisi devono rispettare [...] i principi e i valori fondamentali sanciti dai trattati»; e in relazione specificamente ai provvedimenti di emergenza nella valutazione dei singoli Stati membri ha verificato «principalmente se [questi provvedimenti] fossero circoscritti nel tempo, se la loro stretta necessità e proporzionalità fossero garantite da meccanismi di salvaguardia e se potessero essere soggetti a un controllo parlamentare e giudiziario e alla vigilanza dei media e della società civile». Si veda la Comunicazione della Commissione, *Relazione sullo Stato di diritto 2020. La situazione dello Stato di diritto nell'Unione europea*, COM(2020) 580, del 30 settembre 2020, (§ *La pandemia di COVID-19: una prova di resilienza per lo Stato di diritto*).

pretativa del disposto delle direttive europee in materia³², la quale individua le «opzioni» e i «margini di manovra» che gli Stati hanno per fronteggiare le esigenze di beni, lavori e servizi pubblici derivanti dalla pandemia nel rispetto integrale delle direttive dell'Unione³³.

Vero è che la disciplina giuridica statale nonché le prassi adottate nell'ambito di situazioni di emergenza deve essere rispettosa delle norme e dei principi in materia di diritti e libertà fondamentali anche quando incidente in materia di contratti pubblici.

Ora, per le situazioni di emergenza il riferimento convenzionale d'obbligo in ambito europeo è l'art. 15 della Convenzione di salvaguardia, secondo il quale gli Stati possono adottare, ricorrendo determinati presupposti, misure in deroga agli obblighi stabiliti dalla Convenzione stessa. Nel rispetto di tali presupposti, gli Stati possono quindi legittimamente introdurre limitazioni in materie toccate dai provvedimenti adottati contro la pandemica, quali principalmente – per la questione generale che rileva in questo studio – il diritto al godimento dei propri beni inteso come comprensivo anche dell'esercizio di attività economiche³⁴. La Corte europea interviene in via sussidiaria (rispetto alle giurisdizioni nazionali)³⁵ per valutare se il margine di discrezionalità delle autorità nazionali nel determinare ed applicare le limitazioni dei diritti sia stato esercitato nel quadro della legalità convenzionale.

Una seconda opzione è contemplata sempre dall'art. 15 della Convenzione, a mente del quale quando si riproducano nella comunità nazionale situazioni di emergenza determinate dalla guerra o da altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione, lo Stato può adottare misure in deroga agli obblighi convenzionali (ma non a quelli che tutelano diritti e libertà assoluti³⁶), purché esso si attenga alla stretta necessità richiesta dalla situazione e a condizione che tali misure non siano in conflitto con gli altri obblighi derivanti dal diritto internazionale.

³² Si veda la Comunicazione del 1° aprile 2020, *Orientamenti sull'utilizzo del quadro in materia di appalti pubblici nella situazione di emergenza connessa alla crisi della Covid-19*, in *GUUE* n. C 108/2020.

³³ Dalla Comunicazione emerge che l'orientamento della Commissione è diretto sulla via non della deroga (mediante sospensione) delle norme europee, ma piuttosto su quella di ricavare da esse la disciplina delle situazioni di emergenza, utilizzando dunque le norme che principalmente permettono di ridurre considerevolmente i termini per accelerare le procedure aperte o ristrette, ricorrendo alla procedura negoziata, ovvero ancora all'aggiudicazione diretta a un operatore economico preselezionato, nell'ipotesi in cui esso sia l'unico in grado di consegnare le forniture necessarie nel rispetto dei vincoli tecnici e temporali imposti dall'estrema urgenza.

³⁴ Ma vengono in considerazione anche le regole che presidiano l'equo processo, la libertà di movimento e di circolazione, l'esercizio di diritti e libertà connessi alla sfera della vita privata, alla manifestazione pubblica della propria fede religiosa o del proprio credo o più in generale del proprio pensiero, di associazione e di riunione, se tali limitazioni sono strumentali alla protezione della salute, della sicurezza nazionale, per la difesa dell'ordine, più in generale per esigenze di interesse generale. A proposito del bilanciamento fra attività economiche e diritto alla salute si veda R. Rivero, *Salute, lavoro e coronavirus nella ricorrenza del 1 maggio*, in *Questione Giustizia*, 1 maggio 2020.

³⁵ Sulla sussidiarietà del sistema europeo di protezione dei diritti e delle libertà fondamentali si veda ancora D. Rinoldi, *op. loc. ult. cit.*

³⁶ Art. 15, co. 2, CEDU.

Si determina, così, per volontà dello Stato non una limitazione di diritti e libertà fondamentali individuali stabiliti dalla Convenzione, bensì una sospensione nell'applicazione di essa, sulla base di quattro presupposti (non coincidenti con quelli che legittimano le limitazioni introdotte, in via per così dire fisiologica, nell'esercizio dei diritti)³⁷.

Sebbene lo «stato di emergenza» dichiarato dal Governo italiano non sia coincidente con la «situazione di emergenza» di cui all'art. 15 CEDU, perché il primo è esclusivamente funzionale ad attivare alcune competenze delle autorità amministrative, è indubbio che alcune delle sopra descritte misure introdotte dalle norme italiane per fronteggiare la pandemia abbiano determinato limiti nell'esercizio dei diritti e delle libertà fondamentali delle persone così penetranti da poter essere apprezzate anche come deroga a questi ultimi, atteggiandosi più come una situazione destinata a determinare la sospensione e non la mera restrizione nell'esercizio dei diritti³⁸.

Conformemente a quanto deciso da una decina di altri Paesi europei, anche l'Italia avrebbe potuto, dunque, notificare al Segretario generale del Consiglio d'Europa le misure assunte per fronteggiare la pandemia nonché l'arco della loro durata³⁹. Ciò perché la situazione in cui versa anche la comunità nazionale italiana è realmente di emergenza (dunque senza alcun dubbio ricadente entro le ipotesi consentite per invocare una deroga nell'applicazione della Convenzione) e le misure adottate sono oggettivamente invasive nella sfera individuale dalla prospettiva dell'esercizio di diritti e libertà fondamentali⁴⁰.

³⁷ Si tratta dei seguenti presupposti: (i) la minaccia alla vita della nazione determinata dalla guerra o da altro pericolo pubblico; (ii) la stretta necessità (proporzionalità) delle misure adottate per affrontare la situazione di minaccia; (iii) il rispetto di altri vincoli internazionali eventualmente implicati; (iv) la non derogabilità di alcune poche norme convenzionali, quali quelle che contemplano il diritto alla vita (pur in parte derogabile, se non altro nei casi di guerra), il divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti, il divieto di schiavitù e di retroattività della norma penale.

³⁸ In generale sulla distinzione fra limitazioni e deroghe nel rispetto di diritti fondamentali protetti dalla Convenzione europea di salvaguardia si v. D. Rinoldi, *L'ordine pubblico europeo*, cit., cap. VI. In particolare sul fatto che le norme adottate per far fronte alla pandemia abbiano introdotto in Italia una sospensione più che una deroga ad essi si veda *infra*, nota 57.

³⁹ Il comma 3 dell'art. 15 dispone infatti che «Ogni Alta Parte contraente che eserciti tale diritto di deroga tiene informato nel modo più completo il Segretario generale del Consiglio d'Europa sulle misure prese e sui motivi che le hanno determinate. Deve ugualmente informare il Segretario generale del Consiglio d'Europa della data in cui queste misure cessano d'essere in vigore e in cui le disposizioni della Convenzione riacquistano piena applicazione».

⁴⁰ A. Bernardi reputa che le misure adottate dai diversi Stati siano talmente penetranti nei confronti della gran parte degli abitanti del pianeta da aver conseguito l'effetto di «*priva[rli]* [...] per un lasso di tempo tuttora sconosciuto ma comunque consistente di molti dei loro più elementari diritti e libertà fondamentali» (*Il diritto penale alla prova della COVID-19*, in *Diritto penale e processo*, 2020, n. 4, p. 441; corsivo aggiunto). Si pronuncia nel senso che «l'emergenza pone un problema di deroga alle garanzie» R. Bartoli, *Il diritto penale dell'emergenza "a contrasto del Coronavirus": problematiche e prospettive*, in *Sistema penale*, 24 aprile 2020, 2-3. Sposta il discorso dalla sospensione dei diritti alla «sospensione del bilanciamento dei diritti fondamentali in nome dell'emergenza» M. D'Amico, *Emergenza, diritto, discriminazione*, cit., 25 e 29.

Una siffatta decisione dell'Italia avrebbe anche avuto effetti prudenziali di non poco momento. Si è infatti in presenza di un'emergenza che ha un'estensione mondiale, il cui andamento dunque non è nell'esclusivo dominio delle autorità italiane. Ne deriva una grande incertezza circa la durata (e dunque la "pesantezza") delle limitazioni introdotte da provvedimenti nazionali.

Infine, non sembra trascurabile domandarsi se il protrarsi dello stato di emergenza non determini il venir meno della situazione straordinaria di necessità e di urgenza, per acquistare i caratteri dell'ordinarietà. In questa ipotesi le fonti normative utilizzate sulla base del presupposto dell'eccezionalità della situazione cesserebbero di essere una base legale legittimante – ai sensi della Convenzione europea di salvaguardia – una così penetrante limitazione dei diritti fondamentali della persona, e ciò tanto che lo Stato abbia invocato la facoltà di deroga del disposto convenzionale, quanto nell'ipotesi opposta: nella prima ipotesi perché, non ricorrendo più la situazione di emergenza, non è più giustificabile una deroga; nella seconda ipotesi perché le misure non sarebbero fondate sulla legge⁴¹.

3. *Gli effetti della pandemia sul mercato dei contratti pubblici. La contrattazione pubblica nella fase dell'emergenza*

Le restrizioni causate dall'emergenza sanitaria dovuta al Covid stanno avendo un impatto fortissimo sul mercato degli appalti pubblici e delle concessioni, di fatto irrigidendo un ganglio strategico dell'economia nazionale, il cui valore complessivo nel 2019, sulla base dei dati dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, è stato superiore a 169 miliardi di euro⁴².

Le conseguenze si possono osservare da diverse prospettive.

⁴¹ In questo senso v. le considerazioni di M. Luciani, *Il sistema delle fonti*, cit., par. 2 (iv). Sul punto, va ricordato che doglianze da questa prospettiva – ovvero relative alla durata delle misure assunte in deroga alla Convenzione di salvaguardia – non hanno mai trovato accoglimento nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo, che rimette allo Stato parte contraente questo apprezzamento, mentre viceversa acquista rilevanza, appunto, entro l'ordinamento costituzionale di ciascuno di essi. Si vedano considerazioni al proposito nelle motivazioni delle sentenze rese dalla Corte dei diritti dell'uomo nei casi *Ireland v. the United Kingdom*; *Brannigan and McBride v. the United Kingdom*; *Marshall v. the United Kingdom* (decision); *A. and Others v. the United Kingdom* par. 178. Sulla rilevanza del tempo nelle (ovvero sulla necessaria temporaneità delle) limitazioni dei diritti fondamentali in tempi di emergenza si veda G. Azzariti, *I limiti costituzionali della situazione d'emergenza provocati dal Covid-19*, in *Questioni giustizia*, 27 marzo 2020.

⁴² Si consideri che il valore di questo mercato nel 2018 è stato superiore a 140 miliardi di euro. Sul tema si rinvia ai dati presenti nella *Relazione annuale* dell'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) presentata il 2 luglio 2020, 149 e ss. Il dato riguarda le procedure bandite per l'aggiudicazione di appalti pubblici nei settori ordinari e speciali (riferiti all'acqua, all'energia, ai trasporti e ai servizi postali). Il dato è sottostimato rispetto all'entità reale di questo mercato, poiché non tiene conto di alcune tipologie di contratti rilevanti, sia dal punto di vista quantitativo che qualitativo.

3.1. *Le soluzioni giuridiche per far fronte alla situazione di lock down*

Un primo angolo di visuale porta a considerare le soluzioni per far fronte agli effetti delle misure di confinamento sociale e blocco delle attività economiche, (effetti) che si possono ricondurre, innanzitutto, all'interruzione dei cantieri delle opere pubbliche e delle forniture di beni e servizi.

Da questa prospettiva è possibile distinguere tra soluzioni (già) presenti nel Codice dei contratti pubblici (D.lgs. 50/2016) e soluzioni introdotte *ex novo*, di natura emergenziale, che sospendono provvisoriamente la disciplina del Codice e/o la integrano con procedure / misure 'parallele', la cui efficacia è limitata nel tempo.

Tra le soluzioni del primo tipo, rientra l'art. 107 (*Sospensione*) del Codice dei contratti pubblici, il quale permette alle amministrazioni di disporre la sospensione temporanea dei contratti per «circostanze speciali non prevedibili al momento della stipulazione» nonché per ragioni di necessità o di pubblico interesse. La sospensione può essere stabilita per il tempo strettamente necessario e, cessate le cause che l'hanno determinata, l'esecuzione riprende con indicazione del nuovo termine contrattuale. L'appaltatore può chiedere la risoluzione del contratto se la sospensione è superiore ad un quarto della durata del contratto o comunque a sei mesi, in ogni caso senza diritto ad alcun indennizzo. Qualora l'amministrazione rifiuti la richiesta di risoluzione, l'appaltatore ha diritto alla rifusione dei maggiori costi derivanti dal prolungamento della sospensione.

La disciplina sulla sospensione fissata dall'art. 107 è stata integrata da una normativa speciale, derogatoria, applicabile dal 15 settembre 2020 fino al 31 dicembre 2021, la quale circoscrive le ipotesi di sospensione volontaria o coattiva dell'esecuzione delle opere pubbliche sopra-soglia⁴³. L'obiettivo del legislatore è quello di evitare interruzioni non strettamente necessarie, indicando (in modo più specifico rispetto all'art. 107) i presupposti che legittimano la sospensione: (i) contrarietà a disposizioni penali, vincoli europei e alle norme del Codice antimafia⁴⁴; (ii) gravi ragioni di ordine pubblico, salute pubblica o dei soggetti coinvolti nella realizzazione delle opere, incluse le misure per contrastare l'emergenza sanitaria globale da Covid-19; (iii) gravi ragioni di ordine tecnico; (iv) gravi ragioni di pubblico interesse.

⁴³ Si veda l'art. 5, co. 1, del d.l. 16 luglio 2020 n. 76 recante *Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale* (noto anche come *decreto Semplificazioni*) convertito, con modificazioni, dalla l. 11 settembre 2020 n. 120.

⁴⁴ Quest'ultimo fa riferimento alla disciplina organicamente raccolta nel d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, recante *Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia*, in attuazione della delega di cui agli artt. 1 e 2 della l. 13 agosto 2010, n. 136.

Con riferimento alla sospensione, è sorto, tra l'altro⁴⁵, il problema del pagamento delle prestazioni eseguite dall'appaltatore nel settore dei lavori pubblici. La normativa nazionale, infatti, non prevede l'emissione dello «stato di avanzamento dei lavori»⁴⁶ in corrispondenza della sospensione dell'esecuzione dell'appalto, il che impedisce il pagamento – in tempi brevi – degli importi maturati dall'appaltatore fino alla data della sospensione. Nel contesto emergenziale causato dal Covid-19, questa regolamentazione è risultata particolarmente gravosa per le imprese, causando difficoltà che si sommano a quelle già patite per l'interruzione delle attività, con accentuazione del rischio di chiusura⁴⁷.

A fronte di tali problematiche, il legislatore è intervenuto con una misura di natura eccezionale applicabile, *una tantum*, agli appalti di lavori in corso di esecuzione al 20 luglio 2020⁴⁸. In particolare, ha disposto che entro quindici giorni da tale data, il direttore dei lavori è tenuto ad adottare lo stato di avanzamento ed emettere il certificato di pagamento, il quale deve essere effettuato entro i successivi quindici giorni.

La soluzione ha permesso in tempi brevi, «anche in deroga a specifiche clausole contrattuali», il pagamento degli operatori.

Non sempre, infine, vi sono le condizioni per la sospensione dei contratti.

Si considerino, ad esempio, i servizi di pulizie e ristorazione in ambito sanitario e socio-assistenziale, oppure i cantieri con lavori urgenti. In questi casi, l'appaltatore continua a erogare le prestazioni subendo l'aggravio dei costi necessari per garantire la messa in sicurezza dei lavoratori e delle persone coinvolte (costi dovuti alla riorganizzazione dei turni del personale, alla dotazione di mascherine e strumenti di protezione, all'attivazione di interventi sistematici di sanificazione, etc.)

⁴⁵ Tra le criticità derivate dalla situazione di emergenza e dalle misure di contenimento, va segnalata anche la riduzione della domanda di servizi nell'ambito dei contratti di concessione, situazione che determina per il concessionario la riduzione significativa dei ricavi attesi, con evidente alterazione del piano economico – finanziario associato a questa tipologia di contratti. Sul tema, e sulle conseguenze, si rinvia al contributo di F. Cintioli, *Le conseguenze della pandemia da Covid-19 sulle concessioni di servizi e sull'equilibrio economico e finanziario*, in *Il diritto dell'economia*, 2020, 3, 13 e ss. Per l'analisi delle criticità correlate alla fase di esecuzione degli appalti pubblici si veda A. Varlaro Sinisi, *L'impatto dell'emergenza COVID-19 sulle procedure e sull'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 2020, 3, 317 e ss.; anche S. Fantini, *Le sopravvenienze nelle concessioni e contratti pubblici di durata nel diritto dell'emergenza*, in *Urbanistica e appalti*, 2020, 5, 641.

⁴⁶ Lo stato di avanzamento lavori è il documento che periodicamente attesta l'avvenuta esecuzione di una certa quantità di lavori/attività al fine di calcolare l'importo che l'amministrazione deve pagare all'appaltatore per lo svolgimento del contratto.

⁴⁷ Sul punto, l'Autorità Nazionale Anticorruzione aveva prospettato una modificazione legislativa nel senso di permettere alle amministrazioni l'emissione dello stato di avanzamento al momento della sospensione, rendendo possibile il pagamento delle attività eseguite. Si veda l'atto di segnalazione dell'ANAC del 29 aprile 2020, n. 5.

⁴⁸ Si veda l'art. 8, co. 4, lett. a) del d.l. 16 luglio 2020 n. 76 convertito, con modificazioni, dalla l. 11 settembre 2020 n. 120, cit.

Per tali maggiori costi, non imputabili a negligenza delle parti né prevedibili, si applica l'art. 106 (*Modifica di contratti durante il periodo di efficacia*) del Codice dei contratti pubblici, norma che consente l'adozione di modifiche contrattuali senza la necessità di indire nuove procedure di aggiudicazione, sempreché le modifiche siano necessarie e nel limite del 50% del valore iniziale del contratto. Spetta alle amministrazioni comunicare *ex post* il contenuto e l'entità delle modificazioni all'Autorità Nazionale Anticorruzione.

Al riguardo, con riferimento agli appalti riguardanti servizi di pulizia e lavanderia in ambito sanitario e ospedaliero (in corso di esecuzione alla data del 31 gennaio 2020) sono state adottate specifiche soluzioni. In particolare, se dall'applicazione delle misure di contenimento e contrasto dell'emergenza da Covid-19 deriva un incremento del prezzo superiore al 20 per cento del valore del contratto iniziale, le amministrazioni possono procedere alla modificazione del contratto (secondo le modalità già contemplate dal citato art. 106) oppure – ed è questa la novità – alla sua risoluzione⁴⁹.

In questo modo, il legislatore ha introdotto un'ipotesi specifica di risoluzione, il cui esercizio comporta per l'amministrazione l'obbligo del pagamento all'appaltatore delle sole prestazioni regolarmente eseguite⁵⁰. La misura ha natura derogatoria alla disciplina ordinaria; non a caso il legislatore l'ha circoscritta *ratione materiae* e *ratione temporis*, stabilendo che l'eventuale risoluzione debba essere dichiarata dall'amministrazione entro il 15 ottobre 2020.

Con altra misura, ispirata alla necessità di sostenere le imprese e garantire la prosecuzione di attività e servizi, il legislatore ha stabilito che per gli appalti di lavori in corso di esecuzione (alla data del 15 settembre 2020) siano riconosciuti all'appaltatore i maggiori costi derivanti dall'adeguamento e dall'integrazione del piano di sicurezza e coordinamento. Tali costi vengono computati sulle somme a disposizione delle stazioni appaltanti previste nei quadri economici dell'intervento, «se necessario utilizzando anche le economie derivanti dai ribassi d'asta»⁵¹.

Molte altre le soluzioni sono state introdotte *ex novo* per far fronte agli effetti causati dalle restrizioni.

⁴⁹ Si veda l'art. 4-bis, co. 2, del d.l. 16 luglio 2020 n. 76 convertito, con modificazioni, dalla l. 11 settembre 2020 n. 120, cit.

⁵⁰ Giova ricordare che l'amministrazione potrebbe sempre esercitare anche il rimedio del recesso (ai sensi dell'art. 109, co. 1, del Codice dei contratti pubblici), tuttavia, in questo caso, spettano all'appaltatore non solo il pagamento dei lavori, dei servizi e delle forniture eseguiti, del valore dei materiali presenti in cantiere o in magazzino, ma anche il decimo dell'importo delle opere, dei servizi o delle forniture non eseguite.

⁵¹ Si veda l'art. 8, co. 4, lett. b) del d.l. 16 luglio 2020 n. 76 convertito, con modificazioni, dalla l. 11 settembre 2020 n. 120, cit.

Tra le più significative, si segnala l'esclusione della responsabilità dell'appaltatore per i ritardi causati dal rispetto delle misure emergenziali, esclusione che viene estesa anche al caso di penali connesse a ritardi o mancati adempimenti⁵².

Il legislatore, in altre parole, ha stabilito in maniera generalizzata che la diffusione dell'emergenza sanitaria e le misure di contenimento adottate sono da ritenersi una causa di forza maggiore che, incidendo in tutto o in parte sull'esecuzione dei contratti, non determina l'imputabilità dell'appaltatore. Tale esimente sussiste solo nei casi in cui vi sia un collegamento tra i ritardi o gli inadempimenti contrattuali e l'applicazione delle misure emergenziali.

Su questo tema, si segnala anche l'intervento operato col decreto legge 16 luglio 2020 n. 76 convertito, con modificazioni, dalla legge 11 settembre 2020 n. 120 (cd. *decreto Semplificazioni*), il quale stabilisce espressamente che il rispetto delle misure di contenimento – qualora impedisca di ultimare i lavori, i servizi o le forniture nei termini previsti – costituisce circostanza non imputabile all'esecutore (purché questi lo richieda espressamente).⁵³

Un'altra regola introdotta *ex novo* ha riguardato la sospensione dei termini dei procedimenti amministrativi compresi tra il 23 febbraio 2020 e il 15 maggio 2020⁵⁴. L'impatto (e le criticità) di questa soluzione sul mercato dei contratti pubblici sono intuibili. Per evitare il blocco generalizzato delle procedure di aggiudicazione, il legislatore ha stabilito che le amministrazioni adottino misure idonee ad assicurare la ragionevole durata e la rapida conclusione dei procedimenti, con priorità per quelli urgenti. Sulla base di tale precisazione, le amministrazioni hanno potuto quindi valutare l'opportunità di sospendere o no le procedure di aggiudicazione già programmate e/o in corso di esecuzione tra il 23 febbraio e il 15 maggio.

Nella direzione di evitare prolungamenti delle procedure di aggiudicazione si pone, da ultimo, la soluzione adottata col "*decreto Semplificazioni*", per la quale le stazioni appaltanti devono provvedere, entro il 31 dicembre 2020, all'aggiudicazione delle procedure il cui termine di presentazione delle offerte sia scaduto al 22 febbraio 2020⁵⁵.

⁵² Si veda l'art. 91, co. 1, del d.l. 17 marzo 2020 n. 18, convertito dalla l. 24 aprile 2020 n. 27, secondo il quale «Il rispetto delle misure di contenimento [...] è sempre valutato ai fini dell'esclusione [...] della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti».

⁵³ Si veda l'art. 8, co. 4, lett. c) del d.l. 16 luglio 2020 n. 76 convertito, con modificazioni, dalla l. 11 settembre 2020 n. 120, cit.

⁵⁴ Si veda l'art. 103, co. 1, del d.l. 17 marzo 2020 n. 18, convertito dalla l. 24 aprile 2020 n. 27, e poi modificato dall'art. 37 del d.l. 8 aprile 2020 n. 23 convertito dalla l. 5 giugno 2020 n. 40.

⁵⁵ Si veda l'art. 8, co. 2, del d.l. 16 luglio 2020 n. 76 convertito, con modificazioni, dalla l. 11 settembre 2020 n. 120, cit.

Lo stesso decreto ha imposto misure dirette alla velocizzazione delle procedure di aggiudicazione col fine dichiarato di incentivare gli investimenti nel settore delle infrastrutture e dei servizi pubblici, nonché di far fronte alle ricadute economiche negative⁵⁶. Le misure introdotte sono nette nell'incentivare chi agisce e sanzionare, viceversa, l'inerzia⁵⁷. In particolare, per le procedure sotto-soglia qualora la determina a contrarre o l'atto di avvio del procedimento sia adottato entro il 31 dicembre 2021, l'aggiudicazione deve avvenire entro due mesi dalla data dell'atto, aumentati a quattro nel caso della procedura negoziata⁵⁸. Il termine è esteso a sei mesi per le procedure sopra-soglia⁵⁹. In tutti i casi, vengono comunque fatte salve le ipotesi di sospensione delle procedure per effetto di provvedimenti dell'autorità giudiziaria.

L'efficacia di queste misure è accompagnata dall'introduzione di una ipotesi di responsabilità erariale del responsabile unico del procedimento per il mancato rispetto dei termini previsti, la mancata tempestiva stipulazione del contratto, nonché il tardivo avvio dell'esecuzione. Inoltre, qualora tali ritardi siano imputabili all'operatore economico, essi costituiscono causa di esclusione dalla procedura o di risoluzione del contratto per inadempimento⁶⁰.

3.2. *Le soluzioni giuridiche per far fronte alla domanda di beni e servizi*

Un altro angolo di visuale è quello che tiene conto delle soluzioni applicabili per soddisfare l'enorme aumento della domanda pubblica, specie di apparecchi medici, dispositivi di protezione (guanti, mascherine, ventilatori polmonari), infrastrutture ospedaliere e informatiche.

L'emergenza causata dal Covid ha determinato, infatti, un picco della domanda di particolari beni e servizi, unitamente all'esigenza per le amministra-

⁵⁶ Si veda l'art. 1, co. 1 d l'art. 2, co. 1, del d.l. 16 luglio 2020 n. 76 convertito, con modificazioni, dalla l. 11 settembre 2020 n. 120, cit.

⁵⁷ Sul tema si veda anche A. Ruffini, *Decreto semplificazioni: come cambiano le procedure di affidamento*, in *Urbanistica e appalti*, 2020, 5, 597 e ss.

⁵⁸ Si veda l'art. 1, co. 1 del d.l. 16 luglio 2020 n. 76 convertito, con modificazioni, dalla l. 11 settembre 2020 n. 120, cit.

⁵⁹ Si veda l'art. 2, co. 1, del d.l. 16 luglio 2020 n. 76 convertito, con modificazioni, dalla l. 11 settembre 2020 n. 120, cit.

⁶⁰ Così sia per l'art. 1, co. 1, (procedure sotto-soglia), sia per l'art. 2, co. 1 (procedure sopra-soglia), del d.l. 16 luglio 2020 n. 76 convertito, con modificazioni, dalla l. 11 settembre 2020 n. 120, cit. Ugualmente significativa è la previsione dell'art. 21, co. 2, del medesimo decreto legge, con la quale il legislatore introduce una sorta di scudo erariale (vigente tra il 17 luglio 2020 ed il 31 dicembre 2021), circoscrivendo l'area dei pregiudizi risarcibili subito dall'Amministrazione in ragione di condotte illecite dei propri funzionari, allo scopo di ridurre le ipotesi cd. di amministrazione difensiva o di paura della firma; sul tema si veda E. Amante, *La "nuova" responsabilità amministrativa a seguito del d.l. n. 76 del 2020*, in *Urbanistica e appalti*, 2021, 1, 63 e ss.

zioni di acquistarli in tempi rapidissimi, con ampia discrezionalità, superando gli oneri normalmente associati alle procedure di negoziazione pubblica. Questa situazione sta determinando un vero e proprio *shock* del sistema nazionale dei contratti pubblici, il cui funzionamento – a causa anche di un quadro normativo frammentato, stratificato, poco coordinato – è ritenuto oneroso, burocratico, non idoneo al perseguimento di obiettivi di speditezza e buon funzionamento⁶¹.

Alcune soluzioni sono presenti nelle norme del Codice dei contratti pubblici (D.lgs. 50/2016)⁶², altre rinviano a misure introdotte *ex novo* dal legislatore.

Tra le prime, si segnalano quelle che permettono la riduzione dei tempi delle procedure di aggiudicazione⁶³. Le amministrazioni, infatti, possono ridurre i termini ordinari di presentazione delle offerte «per ragioni di urgenza debitamente motivate».

Questa soluzione ha il pregio di limitare in modo significativo i termini⁶⁴ e, al contempo, garantire il rispetto dei principi di parità di trattamento e di trasparenza, di fatto assicurando un minimo livello di concorrenza anche nei casi di urgenza. Non può sottacersi, tuttavia, che tale riduzione riguarda solo una fase (iniziale e marginale) delle procedure (inerente la presentazione delle offerte); in questo senso, l'accelerazione impressa può risultare complessivamente insufficiente rispetto all'urgenza richiesta.

Sul punto sembrerebbero più incisive le soluzioni da ultimo richiamate nel paragrafo precedente e introdotte col *decreto Semplificazioni*, le quali fissano (sulla carta) tempi rapidi e certi (due, quattro o sei mesi) per l'affidamento degli appalti.

⁶¹ Queste valutazioni sono basate sui risultati delle misurazioni effettuate sulla capacità di gestione delle risorse pubbliche nell'ambito dello studio di C. Carlucci, C. Giorgiantonio, T. Orlando, *Tempi di realizzazione delle opere pubbliche e loro determinazioni*, pubblicato nella Collana Questioni di Economia e Finanza - Occasional Papers della Banca d'Italia, dicembre 2019. Considerazioni analoghe si possono presentare sulla base del *Single Market Scoreboard - Public Procurement*, strumento di misurazione curato dalla Commissione europea per monitorare il funzionamento del mercato dei contratti pubblici negli Stati membri dell'UE. Le misurazioni vengono effettuate applicando un *set* di indicatori ai dati riguardanti gli appalti di interesse europeo pubblicati nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea. Questo sistema ha il pregio di offrire una visione diretta delle *performances* di tutti gli Stati dell'UE, in particolare delle capacità di effettuare acquisti ottenendo un buon rapporto qualità-prezzo nel rispetto dei principi di trasparenza, parità di trattamento, buon andamento. Dal confronto con le mediane europee, l'Italia non presenta risultati positivi.

⁶² Per una dettagliata panoramica delle soluzioni previste dalla normativa dei contratti pubblici si veda il documento dell'ANAC, *Ricognizione delle disposizioni acceleratorie e di semplificazione, presenti nel Codice dei contratti e nell'attuale quadro normativo, al fine di fornire indicazioni alle stazioni appaltanti per agevolare lo svolgimento delle procedure di affidamento*, del 22 aprile 2020.

⁶³ Si veda l'art. 60, co. 3 e l'art. 61, co. 6, del Codice dei contratti pubblici. L'emergenza sanitaria causata dal COVID-19 costituisce una valida motivazione per rendere più spedite le procedure per opere, beni e servizi di prima necessità

⁶⁴ Nel caso delle procedure aperte i termini per la presentazione delle offerte si riducono da 35 giorni a 15 per le procedure aperte, e a 10 giorni per le offerte elettroniche; nel caso delle procedure ristrette (nelle quali ogni operatore economico può chiedere di partecipare e soltanto quelli invitati dalle amministrazioni possono presentare offerte) il termine viene ridotto a 10 giorni.

Il Codice dei contratti pubblici offre altre soluzioni che permettono alle amministrazioni di effettuare gli acquisti nell'arco di pochi giorni o anche poche ore.

Ci si riferisce, innanzitutto, alla «procedura negoziata senza previa pubblicazione», ammessa in casi assolutamente eccezionali e tassativamente previsti, tra i quali «l'estrema urgenza derivante da eventi imprevedibili». Si tratta di una procedura che, proprio per le condizioni in cui è consentita, è stata pensata dal legislatore (sia europeo⁶⁵ che nazionale⁶⁶) come derogatoria delle generali garanzie di pubblicità e trasparenza. Rappresenta, dunque, una procedura di natura eccezionale⁶⁷, il cui utilizzo deve essere oggetto di adeguata motivazione da parte delle amministrazioni⁶⁸.

La speditezza consentita da questa procedura interessa principalmente la fase di selezione delle offerte. L'amministrazione, infatti, può negoziare direttamente con un numero limitato di operatori (almeno cinque), nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza e rotazione⁶⁹.

Al riguardo, va segnalato che il *decreto Semplificazioni*, intervenendo con obiettivi di velocizzazione e semplificazione delle procedure, ha operato una sorta di liberalizzazione della procedura negoziata.

Nell'ambito del regime temporaneo e derogatorio introdotto dal decreto, infatti, essa diviene 'procedura ordinaria' per l'affidamento dei contratti di importo inferiore alle soglie europee⁷⁰, applicabile anche al di fuori dei casi ecce-

⁶⁵ La procedura negoziata senza preventiva pubblicazione è oggetto di regole comuni stabilite dall'Unione europea, applicabili a tutti gli Stati membri (art. 32 della direttiva 2014/24/UE). Quella del legislatore europeo è, invero, una disciplina estremamente scarna, che si limita a precisare i casi e le circostanze che possono giustificare l'utilizzo della procedura, senza fornire precisazioni quanto a eventuali forme di pubblicità, tempi procedurali, numero di candidati ed altri obblighi. Il punto è stato confermato anche dalla Commissione europea che ha pubblicato una serie di chiarimenti sull'interpretazione di questa procedura: «Nessuna fase della procedura è disciplinata a livello dell'UE. Questo significa, nella pratica, che le autorità possono agire il più rapidamente possibile, nei limiti di quanto tecnicamente/fisicamente realizzabile, e la procedura può costituire, di fatto, un'aggiudicazione diretta, soggetta unicamente ai vincoli fisici/tecnici connessi all'effettiva disponibilità e rapidità di consegna». Si veda la Comunicazione della Commissione europea, *Orientamenti della Commissione europea sull'utilizzo del quadro in materia di appalti pubblici nella situazione di emergenza connessa alla crisi della Covid-19*, cit., pt. 1. Diversamente, la normativa nazionale disciplina questa procedura con alcune regole aggiuntive, di cui le amministrazioni devono tener conto.

⁶⁶ Si veda l'art. 36, co. 2, lett. c, e l'art. 63 del Codice dei contratti pubblici.

⁶⁷ In questo caso, poiché le amministrazioni derogano al principio fondamentale della trasparenza sancito dai Trattati, la Corte di Giustizia esige che il ricorso a questa procedura rimanga eccezionale; sul tema, per una panoramica della giurisprudenza europea, si veda P. Michiara, *Procedure negoziate*, in G.A. Benacchio, M. Cozzio, F. Titomanlio (a cura di), *I contratti pubblici nella giurisprudenza dell'Unione Europea. Raccolta dei principali arrêts della Corte di Giustizia. Tomo 1*, Trento, Università degli Studi di Trento, 2016, tomo 1, 27 e ss.

⁶⁸ Si veda l'art. 32, par. 2, lett. c) della direttiva europea 2014/24/UE, a mente del quale questa procedura può essere utilizzata «nella misura strettamente necessaria quando, per ragioni di estrema urgenza derivanti da eventi imprevedibili dall'amministrazione aggiudicatrice, i termini per le procedure aperte o per le procedure ristrette o per le procedure competitive con negoziazione non possono essere rispettati».

⁶⁹ Si veda l'art. 63, co. 6, del Codice dei contratti pubblici.

⁷⁰ Così sia per l'art. 1, co. 2, lett. b, del d.l. legge 16 luglio 2020 n. 76 convertito, con modificazioni, dalla l. 11 settembre 2020 n. 120, cit. Sul tema si veda A. Ruffini, *Decreto semplificazioni: come cambiano le pro-*

zionali tassativamente previsti. Il legislatore richiede sempre la previa consultazione di un numero minimo di operatori economici, variabile in relazione al valore del contratto⁷¹. Viene confermato, inoltre, l'obbligo del criterio di rotazione degli inviti, che deve tener conto «anche di una diversa dislocazione territoriale delle imprese invitate».

Un'altra procedura semplificata riguarda l'acquisto di opere, beni e servizi «di somma urgenza o di protezione civile»⁷². Essa è applicabile previa redazione di un «verbale di somma urgenza», nel quale il tecnico dell'amministrazione indica i motivi dello stato di emergenza, le cause che lo hanno provocato e le attività necessarie per rimuoverlo. Sulla base di questo verbale, può essere disposta l'immediata esecuzione del contratto.

In entrambe le procedure, le imprese attestano con autocertificazione il possesso dei requisiti richiesti dalla legislazione ai fini della stipulazione e dell'esecuzione dei contratti pubblici. L'amministrazione verifica l'esistenza dei requisiti entro sessanta giorni dall'affidamento e, qualora accerti la mancanza, recede dal contratto risultando obbligata al solo pagamento delle prestazioni già eseguite. Di tale circostanza viene data comunicazione all'Autorità Nazionale Anticorruzione.

Vi sono anche altre soluzioni introdotte *ex novo* per far fronte all'improvviso aumento e all'urgenza della domanda pubblica. Si segnalano, ad esempio, le disposizioni finalizzate a facilitare gli acquisti di dispositivi di protezione e medicali in deroga al Codice dei contratti pubblici, consentendo anche il pagamento anticipato dell'intera fornitura⁷³. Disposizioni specifiche, inoltre, consentono l'applicazione della procedura negoziata senza pubblicazione per la realizzazione di iniziative a sostegno dell'internazionalizzazione delle imprese nazionali⁷⁴.

Fino al 31 dicembre 2021, la procedura negoziata senza previa pubblicazione può essere utilizzata anche per effettuare acquisti di beni e servizi informativi nonché servizi di connettività. In questi casi, le amministrazioni selezionano l'appaltatore tra quattro operatori economici, di cui almeno una «*start-up* inno-

cedure di affidamento, in *Urbanistica e appalti*, 2020, 5, 597 e ss.

⁷¹ In particolare, l'art. 1, co. 2, lett. b, del decreto legge 16 luglio 2020 n. 76 convertito, con modificazioni, dalla legge 11 settembre 2020 n. 120, cit. impone la consultazione di: almeno cinque operatori economici per l'affidamento di servizi e forniture di importo pari o superiore a 75.000 euro e fino alle soglie europee nonché per gli appalti di lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 350.000 euro; di almeno dieci operatori per lavori di importo pari o superiore a 350.000 euro e inferiore a un milione di euro; almeno quindici operatori per lavori di importo pari o superiore a un milione di euro e fino alle soglie europee.

⁷² Si veda l'art. 163 del Codice dei contratti pubblici.

⁷³ Si veda l'art. 5-*bis* e l'art. 5-*quinquies* del d.l. 17 marzo 2020 n. 18, convertito in legge dall'art. 1, co. 1, l. 24 aprile 2020 n. 27.

⁷⁴ Si veda l'art. 72 del d.l. 17 marzo 2020 n. 18, convertito in legge dall'art. 1, co. 1, l. 24 aprile 2020 n. 27. Tra le misure permesse, si segnala, la realizzazione di una campagna di comunicazione a favore delle esportazioni italiane e l'internazionalizzazione del sistema economico nazionale nel settore agroalimentare e negli altri settori colpiti dall'emergenza del COVID-19.

vativa» o un «piccola e media impresa innovativa». I contratti possono avere una durata massima di tre anni. Viene riconosciuta alle amministrazioni una facoltà di recesso unilaterale esercitabile entro dodici mesi dall'esecuzione, senza oneri a carico dell'amministrazione⁷⁵.

Soluzioni per acquisti semplificati, in deroga al Codice dei contratti pubblici, sono introdotte a favore delle istituzioni scolastiche per dotarsi di dispositivi mobili, di piattaforme e strumenti digitali per l'apprendimento a distanza⁷⁶.

Fino al 31 luglio 2020, infine, le forniture di beni e servizi da utilizzare nelle attività di contrasto dell'emergenza Covid possono avvenire mediante affidamento diretto se siano finanziate in via esclusiva tramite donazioni da persone fisiche o giuridiche private, a condizione che l'affidamento sia conforme ai motivi delle donazioni⁷⁷.

Quelle descritte sono solo alcune delle soluzioni che permettono alle amministrazioni di reagire ai bisogni causati dall'emergenza sanitaria e di dotarsi di beni e servizi necessari nel più breve tempo possibile.

3.3. *Prime considerazioni sul rinnovato quadro normativo applicabile ai contratti pubblici*

Le osservazioni condotte dai diversi angoli di visuale, dimostrano che la reazione delle Istituzioni all'emergenza sanitaria è stata tempestiva, le scelte adottate coraggiose (l'Italia è stato il primo Stato europeo a imporre drastiche restrizioni alla vita sociale ed economica), le soluzioni non prive di arguzia.

Con riferimento al settore degli appalti pubblici non può tuttavia sottacersi il numero e la frammentazione dei provvedimenti susseguiti già prima della fase emergenziale: il contesto delineato dal Codice dei contratti pubblici del 2016, infatti, risulta attraversato da continue e profonde innovazioni, intraprese col decreto *Sblocca cantieri* nel corso del 2019⁷⁸ e poi proseguite nel 2020, incalzate dall'emergenza e dalla necessità di consentire una rapida ripresa delle attivi-

⁷⁵ Si veda l'art. 75 del d.l. 17 marzo 2020 n. 18, cit.

⁷⁶ Si veda l'art. 120 del d.l. 17 marzo 2020 n. 18, cit.

⁷⁷ Si veda l'art. 99, co. 3, del d.l. 17 marzo 2020 n. 18, cit.

⁷⁸ Il riferimento è al decreto legge 18 aprile 2019 n. 32 (*Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici*) convertito, con modificazioni dalla legge 14 giugno 2019 n. 55, su cui si veda C. Contessa, *Codice dei contratti pubblici: è il caso di riscriverlo ora?*, in *Rivista Trimestrale degli Appalti*, 2019, 1, 201 e ss.; P.M. Piacentini, *Inascoltate cassandre. Riflessioni sulla nascita di una legge*, in *Rivista Trimestrale degli Appalti*, 2019, 3, 651 e ss.; G. Taglianetti, *La normativa in materia di contratti pubblici e la tela di Penelope*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2020, 2, 155 e ss.; P. De Lise, *Relazione introduttiva al convegno IGI. Italia versus Europa*, in *Rivista Trimestrale degli Appalti*, 2019, 1, 205 e ss.; M.C. Colombo, V. Cavarra (a cura di), *Decreto sblocca Cantieri. Guida operativa alla riforma degli appalti pubblici dopo la legge di conversione*, edizio-

tà, nel rispetto degli standard di sicurezza. Ne deriva, come detto, una situazione di fortissima frammentazione, anomala rispetto alla maggior parte degli altri Stati dell'Unione europea⁷⁹.

La pandemia ha messo in evidenza, tra l'altro, i limiti culturali e giuridici delle regole del sistema nazionale di contrattazione pubblica, rendendo urgenti interventi di semplificazione che il legislatore ha perseguito con soluzioni che sospendono provvisoriamente le regole 'ordinarie' e/o le integrano con regole e procedure 'parallele'.

Si tratta di soluzioni la cui validità temporale è circoscritta alla situazione emergenziale (fino al 31 dicembre 2021); tuttavia, proprio perché ispirate da motivazioni valide (superare, nel momento di difficoltà, le criticità croniche del sistema) potrebbero rappresentare un riferimento utile (se si dimostreranno efficaci) per intervenire, *post Covid*, in forma organica sulla legislazione del settore.

Non mancano, per altro, ragioni per mantenere un atteggiamento critico⁸⁰.

La situazione di emergenza, infatti, sta imponendo nuovi e provvisori equilibri tra i valori che presidono il funzionamento del mercato dei contratti pubblici: più velocità, meno trasparenza, meno pubblicità, meno concorrenza, meno formalismo, meno responsabilità (per i funzionari), meno controlli⁸¹.

È in situazioni come queste, allorquando le ragioni dell'emergenza rideterminano le priorità e le regole dell'agire delle amministrazioni, che diviene strategica l'azione di *governance* del settore.

ne Sole24Ore, Milano, 2020; Aa.Vv., *Contrattualistica Pubblica: quale futuro? Studi in ricordo di Gianni Marco Di Paolo*, Roma, 2019.

⁷⁹ Si veda. C. Rangone, *Misure di rilancio e di liberalizzazione procedurale in Francia, Germania, Spagna, Belgio, Portogallo e Polonia*, cit., il quale provocatoriamente si chiede se «davvero l'Italia pensa di andare lontano con le deroghe, saltando pubblicità e gare?». Si veda anche C. Contessa, *Le novità del "Decreto Semplificazioni", ovvero: nel settore dei contratti pubblici esiste ancora un "Codice"?*, in *Urbanistica e appalti*, 2020, 6, 757; D. Immordino, *Semplificazione, il costo della deresponsabilizzazione*, in *lavoce.info*, 12 novembre 2020. Meno critico l'orientamento di S. De Marinis, P. Piselli, *Legge Semplificazioni, così l'Italia punta sugli appalti pubblici per la ripresa*, in *AgendaDigitale.it*, 25 settembre 2020.

⁸⁰ Si veda. C. Rangone, *Misure di rilancio e di liberalizzazione procedurale in Francia, Germania, Spagna, Belgio, Portogallo e Polonia*, relazione presentata al Convegno IGI (*Il Decreto Semplificazioni è legge tra criticità ed evoluzioni giurisprudenziali*) svoltosi a Roma il 22 settembre 2020, disponibile on line <http://www.igi-talia.it/doc/conv2209-20rangone.pdf>.

⁸¹ Troviamo una situazione simile anche in Spagna come segnala J.M. Gimeno Feliu, *La crisis sanitaria covid-19. Reflexiones sobre su incidencia en la contratación pública y las soluciones adoptadas*, 22 aprile 2020, secondo il quale «la crisis sanitaria permite eludir el principio de tensión competitiva de los mercados, relajar reglas de control financiero, facilitar e interpretar el cumplimiento de los contratos públicos vigentes para facilitar el mantenimiento de empleo, fomentar la compra de proximidad e incluso adquirir productos en mercados extranjeros anticipando el precio frente a la regla de la previa entrega».

4. *L'azione di governance svolta dall'Autorità Nazionale Anticorruzione nel contesto emergenziale*

Il Codice dei contratti pubblici dispone che il governo del mercato degli appalti e delle concessioni pubbliche in Italia sia affidato all'indirizzo e al coordinamento di una «Cabina di regia»⁸², quale struttura nazionale di riferimento anche in materia di cooperazione con la Commissione europea, ai fini sia di applicazione delle norme europee, sia di adempimento degli obblighi di assistenza e cooperazione reciproca tra gli Stati membri.

Coadiuvata la Cabina di regia l'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC), le cui responsabilità e funzioni sono individuate sempre nello stesso Codice⁸³. La Cabina di regia – pur formalmente costituita – non è mai diventata operativa e l'ANAC ha esercitato in grande misura un ruolo di supplenza: ciò a motivo del fatto di essere l'unica istituzione del Paese ad avere una visione conoscitiva d'insieme del mercato degli appalti pubblici, grazie alla Banca Dati che detiene e grazie all'esercizio dei poteri consultivi, di vigilanza e regolatori. È indubbio, tuttavia, che questo assetto mostra una grave debolezza del sistema, che manca di un'autorità di governo politico del settore: l'ANAC è infatti – come meglio si dirà – un'autorità amministrativa indipendente, il cui ruolo non consente l'assunzione di decisioni di portata politica.

In modo anomalo rispetto alla costituzione di altri enti amministrativi, l'istituzione e l'individuazione del ruolo di ANAC non si rinvengono in una sola legge; da questa prospettiva essa può essere considerata un'autorità “a formazione progressiva”. Essa si costituisce nel 2014⁸⁴ a seguito dell'incorporazione dell'*Autorità per la Vigilanza dei Contratti Pubblici* (AVCP) nella *Commissione indipendente per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche* (CIVIT), ma i poteri e le competenze ad essa attribuiti risalgono già alla legge 190/2012 e a successivi atti legislativi⁸⁵.

⁸² Art. 212 d. lgs. n. 50/2016, cit.

⁸³ Art. 213 doc. ult. cit.

⁸⁴ Si veda d.l. 24 giugno 2014 n. 90, convertito con modificazioni dalla l. 11 agosto 2014, n. 114. La *ratio* della scelta del Legislatore del 2014 deve essere rintracciata nella pressante esigenza di fronteggiare la situazione di grave allarme sociale determinatosi nell'occasione delle vicende giudiziarie che hanno visto coinvolti importanti appalti legati alla realizzazione dell'Esposizione Universale di Milano (*EXPO 2015*) e del Modulo Sperimentale Elettromeccanico (MOSE) della Laguna veneziana. Si è avvertita, pertanto, la necessità di costituire un unico presidio a tutela della legalità nella gestione della cosa pubblica, ricomprendendo nella strategia complessiva di prevenzione della corruzione anche gli appalti pubblici, settore di alta rilevanza economica e strategica, esposto forse più di ogni altro al rischio di illiceità e di mala gestione.

⁸⁵ Si veda N. Parisi, M. Chimenti, *Il ruolo dell'ANAC nella prevenzione della corruzione in materia di appalti pubblici*, in *Dir. comm. int.*, 419 e ss.; N. Parisi, *La centralità dell'Anac nella regolazione e vigilanza per prevenire la corruzione*, in V. Italia (a cura di), *Codice degli appalti/2 – La guida alle nuove regole*, *Il Sole24 Ore*, maggio 2016, 9 e ss.

Indipendente dall'occasione contingente che ne ha determinato la costituzione, l'azione cui ANAC è chiamata ha l'obiettivo di creare nelle amministrazioni un tessuto culturale contrario all'attecchire della corruzione responsabilizzando ciascun ente pubblico all'assunzione di un ruolo proattivo nell'organizzazione interna e della propria attività, e affidando nel contempo ai cittadini la responsabilità di un controllo diffuso sull'agire della pubblica amministrazione tramite strumenti di trasparenza⁸⁶.

La dimensione amministrativa del suo ruolo e della sua attività emerge dalle funzioni ad essa conferite, dalle modalità del loro esercizio e dagli ambiti nei quali è chiamata ad intervenire. In una prospettiva sintetica, il suo ruolo consiste di competenze che intervengono a tre diversi livelli: il contributo all'elaborazione di strategie di prevenzione dell'illegalità e più propriamente della corruzione di cui deve dotarsi ciascun ente della Pubblica Amministrazione italiana, utilizzando la metodologia internazionalmente accreditata cd. del *risk assessment e management*⁸⁷; il presidio delle norme sull'integrità del pubblico dipendente, nel tentativo di scongiurare casi di conflitto di interesse, di incompatibilità e inconferibilità anche tramite l'adozione di codici di comportamento "sartoriali"; il presidio ancora una volta della disciplina sulla trasparenza amministrativa, al fine di assicurare tanto la conoscibilità dell'agire pubblico quanto il diritto fondamentale della persona all'informazione⁸⁸.

In ciascuno di questi tre ambiti ANAC ha poteri di intervento. Ricopre funzioni di vigilanza e controllo (anche tramite l'esercizio di poteri istruttori e ispettivi), di regolazione (tramite l'adozione di atti di portata generale), di soluzione delle controversie in via precontenziosa, consultive, di ordine e sanzionatorie, di *advocacy*, di informazione (tramite la gestione dei flussi informativi), nonché di approfondimento e diffusione delle conoscenze, di coordinamento interistituzionale, di amministrazione attiva, aggiungendosi a tutte queste alcuni poteri monocratici attribuiti al suo Presidente, nonché l'azione di una Camera arbitrale.

Una particolare attenzione è riservata alla prevenzione dell'illegalità e della corruzione nel settore dei contratti pubblici, a motivo della sua alta rilevanza economica e strategica per il Paese e dell'esposizione, forse maggiore che in altri settori, al rischio di condotte di disvalore.

⁸⁶ Si veda R. Cantone, *Intervento del Presidente dell'ANAC (nell'occasione della presentazione della Relazione annuale)*, Roma, 2019, 20-21.

⁸⁷ Organization for Economic Co-operation and Development - OECD, *Trust in Government Ethics Measures in OECD Countries*, 2020; Comunicazione della Commissione europea, *Rafforzare lo Stato di diritto nell'Unione Il contesto attuale e possibili nuove iniziative*, COM(2019) 163 final, 3 aprile 2019; si veda S. Manacorda, G. Forti, F. Centonze (eds.), *Preventing Corporate Corruption. The Anti-Bribery Compliance Model*, Springer, Berlin, 2014.

⁸⁸ Sinteticamente e complessivamente sulle origini di ANAC, sulla sua natura giuridica e sulle funzioni da essa ricoperte si veda R. Cantone, *Il sistema della prevenzione della corruzione*, Torino, 2020, 301 ss.

Ora, il presupposto dell'efficacia dell'azione di prevenzione (non importa in quale settore) è l'approccio collaborativo. L'approccio individuato dal legislatore con la legge 190/2012 non è dunque quello del controllo *ex post* sull'operato degli enti, ma piuttosto quello di indirizzarne i comportamenti, nella ricerca di soluzioni utili a garantire, insieme al risultato detto, anche la corretta azione amministrativa⁸⁹.

Si tratta di un approccio collaborativo che ha molte dimensioni: si manifesta nei rapporti con i portatori di interesse (pubblici e privati) che operano nei settori di sua competenza; con le associazioni esponenziali della società civile; con le singole persone interessate dalle attività svolte dall'Autorità; con le altre istituzioni ed enti pubblici, nazionali e internazionali⁹⁰.

Per una sorta di eterogenesi dei fini, le menzionate soluzioni giuridiche apprestate in sede di urgenza dal Governo hanno avuto anche effetti deteriori non voluti, ai quali l'Autorità ha cercato di far fronte e porre riparo – pur non potendo intervenire direttamente sulla legislazione di rango primario – utilizzando alcune delle competenze attribuitele e adottando misure repute incisive⁹¹.

Si segnalano, ad esempio, i provvedimenti contenuti nei decreti legge n. 18/2020 (denominato «Cura Italia») e n. 23/2020 (denominato «Liquidità»), che hanno determinato un effetto paralisi sul mercato dei contratti pubblici.

In particolare, l'art. 103 del decreto legge «Cura Italia», disponendo la sospensione di tutti i termini relativi ai procedimenti amministrativi (su istanza di parte) pendenti al 23 febbraio o iniziati in momento successivo a questa data, avrebbe potuto avere una portata dirompente col rischio, in primo luogo di causare immediatamente una paralisi ingiustificata delle gare e, in secondo luogo di determinare una penuria di approvvigionamenti anche solo indirettamente funzionali alla gestione dell'emergenza sanitaria.

Con propria delibera⁹², l'Autorità ha proposto soluzioni praticabili per consentire una rapida ripresa dei procedimenti amministrativi interrotti o rallentati. Si tratta di soluzioni a legislazione invariata, individuate estrapolando dal Codice

⁸⁹ Si veda M. Chimenti, *Il ruolo dell'Autorità Nazionale Anticorruzione nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in I. Nicotra (a cura di), *L'autorità nazionale anticorruzione*, Torino, 2016, 49; anche M.G. Della Scala, *I profili organizzativi della prevenzione della corruzione e il ruolo dell'ANAC tra funzionalità e semplificazione*, in M. D'Alberti (a cura di), *Corruzione e pubblica amministrazione*, Napoli, 2017, 764.

⁹⁰ Particolarmente significativo è, per esempio, il dialogo avviato con il Consiglio di Stato, al quale ANAC ha chiesto di pronunciarsi su alcuni propri atti di regolazione, aventi portata generale. Di questo approccio è espressione anche il potere di *advocacy*, ovvero di indirizzare a Governo e Parlamento segnalazioni su disfunzioni, applicazioni distorte delle norme, possibili interventi legislativi per chiarire dubbi interpretativi o superare criticità applicative; di stipulare, per il miglior esercizio delle rispettive competenze, protocolli di collaborazione con organi nazionali, enti internazionali, università e organizzazioni non governative.

⁹¹ Così L. Donato (a cura di), *Gli appalti pubblici tra istanze di semplificazione e normativa anticorruzione. Alla ricerca di un equilibrio tra legalità ed efficienza*, Roma (Banca d'Italia), 2020, 323-324.

⁹² Si veda ANAC, delibera del 9 aprile 2020 n. 312.

dei contratti pubblici le norme che consentono l'affidamento dei contratti pubblici in forma semplificata in presenza di situazioni di urgenza e/o di emergenza.

In questa stessa prospettiva, l'Autorità ha predisposto un documento ricognitivo di tutte le disposizioni che accelerano e semplificano le procedure di aggiudicazione⁹³, nonché un *vademecum* che raggruppa gli istituti applicabili in caso di emergenza sparsi tra Codice dei contratti pubblici, norme speciali e ordinanze della protezione civile⁹⁴.

L'Autorità ha inoltre esercitato poteri di consultivi, di regolazione e di vigilanza (*ex post*) sulle procedure di «somma urgenza e di protezione civile» utilizzate dalle amministrazioni, con riferimento ai prezzi relativi a beni e servizi acquistati per fronteggiare l'emergenza. Tramite indicazioni di *benchmarking*, essa ha controllato il rialzo ingiustificato dei prezzi e ha risposto alle tante «istanze di congruità» formulate dalle amministrazioni. Si consideri che nel mese di maggio 2020 quest'attività consultiva ha riguardato acquisizioni per complessivi 43 milioni di euro.

Anche in vista della ripresa delle attività produttive, l'Autorità ha segnalato a Governo e Parlamento l'opportunità di prevedere misure *ad hoc* riferite allo svolgimento delle procedure di gara per l'affidamento di contratti pubblici e all'esecuzione degli stessi⁹⁵.

Essa ha inoltre richiesto al Governo e al Parlamento l'adozione di un intervento normativo urgente per esonerare le amministrazioni e le imprese dal pagamento previsto per le procedure di gara avviate⁹⁶ fino alla data del 31 dicembre 2020⁹⁷. Questa misura offre un contributo concreto agli operatori del mercato che soffrono per problemi di liquidità finanziaria, al contempo costituisce un incentivo per la partecipazione delle imprese a nuove procedure di aggiudicazione.

Nella stessa direzione si pone la proposta al Governo e al Parlamento circa l'adozione di una norma che consenta all'Autorità di mettere a disposizione parte del proprio bilancio (circa 40 milioni di euro) per esonerare – dal 19 maggio 2020 e fino al 31 dicembre 2020 – gli operatori e le amministrazioni dal pagamento richiesto per avere il «codice identificativo di gara» (denominato CIG). Il codice è assegnato dall'Autorità ad ogni procedura attivata dalle amministrazioni e consente la tracciabilità di tutti i flussi finanziari collegati al contratto (a fini

⁹³ Si veda la delibera dell'ANAC del 22 aprile 2020.

⁹⁴ Si veda *Vademecum ANAC per velocizzare e semplificare gli appalti pubblici*, del 30 aprile 2020.

⁹⁵ ANAC, atto di segnalazione n. 4, del 9 aprile 2020.

⁹⁶ Si veda l'art. 1, co. 65 e co. 67 della legge 23 dicembre 2005 n. 266.

⁹⁷ Si veda ANAC, delibera del primo aprile 2020 n. 289.

di controllo e antiriciclaggio). In questo modo, la tracciabilità è fatta salva, senza attribuzione di maggiori spese agli operatori⁹⁸.

Particolare enfasi è posta sull'esigenza di procedere rapidamente verso la digitalizzazione delle procedure, così da conseguire anche una situazione di trasparenza amministrativa che l'urgenza tende a far trascurare⁹⁹. Con ciò l'Autorità tenta di indirizzare la prassi verso l'adozione di comportamenti omogenei nelle procedure di gara e nella fase di esecuzione fornendo un contributo costruttivo in un momento drammatico per la crescita del Paese¹⁰⁰.

Un'altra misura ha riguardato un insieme di raccomandazioni alle amministrazioni al fine di ridurre il rischio di accettare garanzie finanziarie non valide o di incorrere in contenziosi e contestazioni¹⁰¹. Queste indicazioni sono state elaborate insieme ad altre autorità amministrative indipendenti (Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni – IVASS, Banca d'Italia, Autorità Garante del Mercato e della concorrenza – AGCM).

Esercitando i propri poteri di vigilanza sul mercato, l'Autorità è intervenuta in vario modo in tema di sospensione degli adempimenti amministrativi, proroga dei termini, nonché sospensione dei procedimenti di propria competenza, per consentire alle amministrazioni di concentrarsi sulle attività connesse all'emergenza sanitaria e agli operatori di non essere gravati da adempimenti amministrativi.

Ha inoltre inteso valorizzare la forma di vigilanza denominata «collaborativa»¹⁰², rendendosi disponibile a stipulare in tempi rapidi i relativi protocolli di attivazione. In questo modo, è stato possibile supportare le amministrazioni, specie con riferimento agli affidamenti per la gestione dell'emergenza e dell'urgenza.

L'Autorità ha adottato soluzioni specifiche per l'esercizio della funzione di vigilanza, al fine di evitare che le istruttorie incidano sull'operatività delle amministrazioni e rallentino i procedimenti. In particolare, essa ha posto attenzione al ricorrere di comportamenti speculativi e predatori da parte dei soggetti situati nei diversi punti della catena di fornitura di beni e servizi funzionali all'emergenza sanitaria, con lo scopo di individuare le criticità che si sono prodotte e, conseguen-

⁹⁸ Si veda ANAC, comunicato del Presidente, del 20 maggio 2020. Il Governo ha inserito la previsione di quanto proposto dall'Autorità nell'art. 65 del decreto legge n. 34/2020 («decreto rilancio»), convertito in legge 17 luglio 2020, n. 77. ANAC ha inoltre comunicato che le erogazioni per l'acquisto di buoni spesa e per acquisti diretti di generi alimentari non sono assoggettate all'obbligo di acquisizione del CIG, né ai fini della tracciabilità, né ai fini dell'assolvimento degli obblighi comunicativi verso l'Autorità (comunicato del Presidente del 9 aprile 2020).

⁹⁹ Si veda il comunicato del Presidente dell'ANAC del 9 aprile 2020; anche la delibera del 9 aprile 2020 n. 312; *adde* il documento *Strategie e azioni per l'effettiva semplificazione e trasparenza nei contratti pubblici attraverso la completa digitalizzazione: le proposte dell'Autorità*, 27 maggio 2020.

¹⁰⁰ Si veda L. Donato (a cura di), *Gli appalti pubblici tra istanze di semplificazione e normativa anticorruzione. Alla ricerca di un equilibrio tra legalità ed efficienza*, 323-324, cit.

¹⁰¹ Si veda il comunicato dell'ANAC del 28 maggio 2020.

¹⁰² Si veda l'art. 213, co. 3, lett. h, Codice contratti pubblici.

temente, i correttivi per superarle. Quanto alle prime, grazie a un'indagine conoscitiva sul panorama degli affidamenti in regime emergenziale, l'Autorità ha rilevato problemi sul fronte: dell'abnorme lievitazione dei prezzi; degli scostamenti di qualità e quantità rispetto alle forniture di beni; interruzioni nelle relazioni contrattuali; mancato possesso dei requisiti per contrarre con le amministrazioni¹⁰³.

Va segnalata, infine, la funzione recentemente assegnata all'Autorità in tema di vigilanza sui finanziamenti previsti nel ciclo di programmazione del bilancio dell'Unione europea 2021-2027. Questa funzione è stata assegnata al termine di un lavoro di concertazione interistituzionale durato più di un anno, proseguito in parallelo all'approvazione del regolamento dell'Unione europea sul funzionamento dei fondi di finanziamento a gestione concorrente nel periodo suddetto¹⁰⁴. In particolare, la Presidenza del Consiglio dei Ministri ha deciso di presidiare la valutazione della fase relativa all'accertamento della «condizione abilitante orizzontale» mediante l'operato dell'Autorità Nazionale Anticorruzione.

L'Autorità ha molto insistito sull'esigenza che gli *standard* di trasparenza non venissero abbassati, nonostante la necessità di procedere rapidamente nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici. Pur avendo deliberato la sospensione degli obblighi di pubblicazione stabiliti nel Codice sulla trasparenza e, contestualmente, la sospensione della propria attività di vigilanza, ha comunque sollecitato le amministrazioni alla pubblicazione dei dati nella misura in cui la situazione lo rendesse possibile¹⁰⁵.

Sempre in tema di trasparenza, l'Autorità ha posto una particolare attenzione al regime delle liberalità destinate alle amministrazioni, invitandole alla pubblicazione dei dati, sia di quanto ricevuto, sia di quanto utilizzato¹⁰⁶.

¹⁰³ Si veda ANAC, *Relazione annuale al Parlamento - 2019*, Roma, 2020, 24.

¹⁰⁴ Si veda la proposta di Regolamento recante le disposizioni comuni applicabili al Fondo europeo di sviluppo regionale, al Fondo sociale europeo Plus, al Fondo di coesione, al Fondo europeo per gli affari marittimi e la pesca e le regole finanziarie applicabili a tali fondi e al Fondo Asilo e migrazione, al Fondo per la Sicurezza interna e allo Strumento per la gestione delle frontiere e i visti, COM(2028) 375 final, del 29 maggio 2018.

¹⁰⁵ Si veda il Comunicato del Presidente dell'Autorità del 9 aprile 2020, *Indicazioni in merito all'attuazione delle misure di trasparenza di cui alla legge 6 novembre 2012, n. 190, e al decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, nella fase dell'emergenza epidemiologica da Covid-19 e all'attività di vigilanza e consultiva di ANAC*.

¹⁰⁶ Si veda il Comunicato del Presidente del 29 luglio 2020 in merito alla *Pubblicazione dei dati sulle erogazioni liberali a sostegno del contrasto all'emergenza epidemiologica COVID-19. Modello di rendiconto delle donazioni ricevute ai sensi dell'art. 99 del decreto legge 17 marzo 2020, n. 18*. Globalmente sul contributo di ANAC alla soluzione dei problemi amministrativi determinati dalla pandemia si veda M. Corradino, *Vi spiego cosa ha fatto l'Anac durante la pandemia (e non solo)*, in *formiche.net*, 26 maggio 2020.

5. *Riflessioni sul futuro del sistema italiano dei contratti pubblici tra soluzioni per l'emergenza e soluzioni per la ricostruzione*

Quanto fin qui descritto, costituisce il contesto nel quale si inseriscono le misure e gli interventi messi in atto nel settore dei contratti pubblici dalle Istituzioni, dall'Autorità Nazionale Anticorruzione e dalle Amministrazioni per far fronte alle necessità causate dall'emergenza del Covid.

Questo contesto sostanzia il primo livello della risposta approntata dall'Italia: la risposta all'emergenza.

Sebbene la crisi sanitaria non sia terminata, è opportuno volgere già da ora l'attenzione al livello successivo, quello della ricostruzione, in particolare al quadro giuridico nel quale si muoveranno lo Stato e le amministrazioni quando la situazione di pandemia sarà avviata a soluzione. In altre parole, occorre pensare le basi della «nueva normalidad», che «debe servir para una nueva oportunidad, a modo de 'think tank' (frente a la tendencia del 'no think, thanks'), para repensar [...] nuestra arquitectura jurídica»¹⁰⁷.

Ancora non vediamo con chiarezza quello che potrà succedere, né abbiamo la pretesa di conoscerlo e di presentare conclusioni definitive. La crisi è stata talmente inattesa, tanto virulenta e si sta tanto prolungando che ogni previsione rischierebbe, allo stato attuale, di risolversi in un azzardo.

Tuttavia vi sono le condizioni per tracciare alcune coordinate lungo le quali ripensare le regole e il funzionamento (anche) del mercato dei contratti pubblici.

A questo mercato, infatti, è assegnata una funzione cruciale per la ripartenza delle attività economiche.

Gran parte delle risorse che l'Unione europea e gli Stati membri, compresa l'Italia, stanno stanziando per reagire alla contrazione dell'economia¹⁰⁸ transite-

¹⁰⁷ Si veda J.M. Gimeno Feliu, *La 'nueva' normalidad*, in *Heraldo*, 16 giugno 2020.

¹⁰⁸ Come segnala la Commissione europea le restrizioni imposte per contenere la diffusione del virus hanno rallentato l'attività economica. Le catene di approvvigionamento e le linee di produzione sono state interrotte, come pure gli scambi di beni e servizi. La spesa delle famiglie e gli investimenti privati sono scesi ai minimi storici. L'economia dell'Europa e la maggior parte dei suoi ecosistemi industriali hanno funzionato con una capacità molto ridotta. Secondo le stime della Commissione, il prodotto interno lordo (PIL) dell'UE è sceso di circa il 15 % nel secondo trimestre del 2020 rispetto allo stesso periodo del 2019. Si prevede che l'economia dell'UE registrerà una contrazione di oltre il 7% nel 2020. L'impatto e il potenziale di ripresa dipendono anche dalla struttura demografica ed economica di ciascuno Stato, in alcuni la recessione sarà vicina al 10% contro una media del 6-7,5% in tutti gli altri; si veda la Comunicazione della Commissione, *Il momento dell'Europa: riparare i danni e preparare il futuro per la prossima generazione*, COM(2020) 456 final, del 27 maggio 2020 ed anche Commission staff working document, *Identifying Europe's recovery needs*, SWD(2020) 98 final, del 27 maggio 2020; la Comunicazione, *Il bilancio dell'UE come motore del piano per la ripresa europea*, COM(2020) 442 final, del 27 maggio 2020; European Commission's Directorate-General for Economic and Financial Affairs, *European Economic Forecast. Spring 2020*, mayo 2020.

rà attraverso la realizzazione di infrastrutture materiali e tecnologiche, il potenziamento dei servizi, le iniziative collegate al *Green Deal*¹⁰⁹ e all'economia circolare¹¹⁰.

La domanda pubblica si presenta come uno dei *driver* prioritari per rilanciare crescita, investimenti, produzione. Nella fase della ricostruzione si preannuncia, quindi, un ruolo centrale dello Stato e dell'Amministrazione, che disporranno di maggiori spazi di ingerenza nell'economia e sul mercato¹¹¹.

Per poter avviare con credibilità questo processo occorre che l'amministrazione risolva i propri tradizionali problemi di inefficienza; il rischio è che gli ostacoli, *in primis* quelli di natura burocratica¹¹², il barocchismo e l'opacità dei processi decisionali siano così elevati da formare praticamente una barriera insormontabile all'utilizzo delle risorse.

Ecco perché è avvertito il bisogno di una «nueva normalidad». Al riguardo v'è una linea di pensiero comune in Italia e in Spagna, secondo il quale: «l'obiettivo non può essere un puro e semplice ritorno alla normalità, a come prima dello scoppio dell'epidemia. E anche se fosse un obiettivo praticabile [...] non sarebbe augurabile per molti e per la società nel suo insieme»¹¹³.

5.1. Le direttrici del cambiamento

Il mercato dei contratti pubblici è strategico per l'economia di un paese: sempre, ma in particolare in questa contingenza. I dati relativi al primo quadrimestre 2020 evidenziano una fortissima contrazione rispetto al 2019, sia per il numero delle procedure che degli importi, pari a meno 40%¹¹⁴. Il rischio di una

¹⁰⁹ Il *Green Deal* è parte del programma della Commissione europea (2019-2024) presentato dalla neo Presidente Ursula von der Leyen e votato dalla maggioranza dei membri del Parlamento europeo il 27 novembre 2019; si veda U. von der Leyen, *Orientamenti politici per la prossima Commissione (2019-2024). Un'Unione più ambiziosa. Il mio programma per l'Europa*. Nell'ambito del *Green Deal* vengono sviluppate le iniziative riguardanti il cambiamento climatico, la produzione di energia da fonti rinnovabili, la transizione verso un'economia a zero emissioni; si veda la Comunicazione della Commissione, *Il Green Deal europeo*, COM(2019) 640 final, dell'11 dicembre 2019.

¹¹⁰ Si veda la Comunicazione della Commissione europea, *Un nuovo piano d'azione per l'economia circolare. Per un'Europa più pulita e più competitiva*, COM(2020) 98 final, dell'11 marzo 2020.

¹¹¹ Si veda F. Fracchia, *Coronavirus, senso del limite, deglobalizzazione e diritto amministrativo: nulla sarà più come prima?*, cit., 583 e 586.

¹¹² Si veda L. Ricolfi, *La società signorile di massa*, Milano, 2019, 208-211.

¹¹³ Si veda C. Saraceno, *Uno stress test dai cui esiti ripartire*, in AA.VV., *Il Mondo che verrà. Interpretare e orientare lo sviluppo dopo la crisi sanitaria globale*, cit., 158; anche J.M. Gimeno Feliu, *La 'nueva' normalidad*, in *Heraldo*, cit.

¹¹⁴ I dati relativi alle procedure di affidamento superiori ai 40 mila euro – rilevati dalla Banca Dati Nazionali dei Contratti Pubblici detenuta da ANAC – pur non consolidati a motivo del limitato spazio temporale intercorrente fra l'acquisto del CIG e il suo perfezionamento (che avviene a fine gara), sono ricavabili dalla *Relazione al Parlamento – 2019*, cit., par. 3 del capitolo COVID.

recessione che potrebbe essere profonda, dannosa e prolungata richiede interventi e risorse pubbliche straordinarie.

Da qui si dovrebbe ripartire.

Mancano, invero, orientamenti condivisi sulla strategia della “ripartenza” e le divergenze spesso risultano inquinate da posizioni ideologiche.

Ad esempio, si sostiene la necessità dell’abrogazione del Codice dei contratti pubblici, considerato l’unico vero responsabile della paralisi del Paese, perché troppo bizantino e complesso¹¹⁵.

La parola d’ordine è semplificazione, a partire dal sistema di prevenzione della corruzione, reputato inutile, dispendioso, oggetto di tante e troppe regole, spesso fra loro scoordinate.

Vero è che i dati delle agenzie di contrasto al crimine restituiscono una fotografia differente della realtà del Paese. Sia a livello internazionale che nazionale¹¹⁶ viene sottolineata l’esigenza di prevenire l’ingresso dell’economia illegale nell’economia legale, tanto più nell’attuale fase dell’emergenza che, facilitando la permeabilità del tessuto economico alle infiltrazioni criminose, necessità di risposte di *policy* stringenti.

Anche le informazioni della Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici offrono una fotografia diversa rispetto a quella di un Paese bloccato dalla burocrazia. La flessione del mercato (per volume totale e per numero di procedure) è rilevata solo nel primo quadrimestre 2020 (gennaio-aprile) e le cause vanno trovate esclusivamente nell’emergenza sanitaria.

In questo confuso scenario, è stata avanzata la proposta di introdurre un regime derogatorio per ogni pubblica amministrazione, battezzato “modello Genova” perché in questa città si è potuta realizzare in tempi rapidi la costruzione del ponte che ha sostituito quello crollato il 14 agosto 2018. Secondo questo modello, ogni stazione appaltante potrà essere governata da un commissario straordinario che opererà, appunto in deroga, al di fuori del rispetto di ogni norma fuorché i principi europei e la legislazione penale e antimafia.

Una seconda proposta consisterebbe nell’adottare il “modello Genova” soltanto per un certo numero di grandi opere, consegnando al Codice dei contratti pubblici la restante realtà degli affidamenti: insomma, un doppio registro norma-

¹¹⁵ Si vedano le opinioni sostenute da M. Balducci, *L’Anac tra pubblica amministrazione e semplificazione. I consigli del prof. Balducci*, in *formiche.net*, 2020.

¹¹⁶ FATF/GAFI, *Covid-19-related Money Laundering and Terrorist Financing. Risks and Policy Responses*, Paris, maggio 2020. Si veda UIF (Unità di Informazione Finanziaria per l’Italia), *Prevenzione di fenomeni di criminalità finanziaria connessi con l’emergenza COVID-19*, comunicazione del maggio 2020; G. Pelosi, *Coronavirus, Scizzeri (anticorruzione): anche dopo l’emergenza rischio criminalità economica*, in *Il Sole24Ore*, 29 aprile 2020, 1-3. In tema si consulti anche: P. Morosini, *Emergenza socio-economica e pericolo mafioso*, in *Questione Giustizia*, 16 ottobre 2020.

tivo, con una situazione di privilegio per pochi, senza un reale costruttivo intervento sugli innegabili difetti dell'attuale sistema¹¹⁷.

ANAC sostiene un terzo approccio, nell'intento di far "quadrare il cerchio" tra esigenze di semplificazione, contrasto alla criminalità tramite la leva della prevenzione, buona amministrazione ed efficienza degli appalti pubblici. Prese per buone le regole e le deroghe introdotte per far fronte all'emergenza, l'Autorità si sta muovendo con un'altra prospettiva giuridica, più organica, di sistema, di lungo periodo.

Semplificare è necessario¹¹⁸.

Contrastare l'infiltrazione illegale nell'economia "pulita" è un imperativo categorico¹¹⁹.

La buona amministrazione della cosa pubblica deve essere un obiettivo primario: la pubblica amministrazione è l'ossatura di un Paese e il "luogo" principale della tutela dei diritti delle persone. Solo una buona amministrazione è in grado di dare forza all'attività di impresa, essendo un suo interlocutore credibile e competente.

¹¹⁷ La soluzione del commissario straordinario è stata oggetto di specifica previsione ad opera del d.l. 18 aprile 2019, n. 32 (cd. *Sblocca cantieri*), convertito dalla L. 14 giugno 2019 n. 55, segnatamente dell'art. 4 rubricato *Commissari straordinari, interventi sostitutivi e responsabilità erariali*, da ultimo modificato dall'art. 9 del d.l. 16 luglio 2020 n. 76 convertito, con modificazioni, dalla L. 11 settembre 2020 n. 120. Il legislatore stabilisce che i Commissari straordinari possono essere utilizzati per la realizzazione di interventi infrastrutturali caratterizzati da complessità progettuale, da particolare difficoltà esecutiva, da complessità delle procedure. I Commissari possono assumere direttamente le funzioni di stazione appaltante e operare in deroga al Codice dei contratti pubblici, fatto salvo il rispetto di principi generali (concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, pubblicità), del Codice delle leggi antimafia, dei vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea, inclusi quelli derivanti dalle direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE sugli appalti pubblici. Sul tema si veda P. Mantini, *La legge della Sibilla. Il nuovo diritto pubblico della ricostruzione dell'Italia centrale tra semplificazioni amministrative e rigenerazione urbana*, Roma, 2020, 207 e ss.; anche C. Micciché, *Efficienza e legalità nel commissariamento delle opere pubbliche: il commissario come responsabile unico dei progetti più complessi*, in *Il diritto dell'economia*, 2020, 3, 419 e ss.

¹¹⁸ In tal senso si sono pronunciate alcune autorevoli istituzioni internazionali – in particolare la Banca Mondiale e l'OECD – traendo le proprie valutazioni dall'analisi dei dati, dove l'attività d'impresa è maggiormente accessibile e semplice, minore è la diffusione (e la percezione) della corruzione. Si veda, World Bank, *Doing Business 2017: equal opportunity for all*, Washington; OECD, *Cutting Red Tape: National Strategy for Administrative Simplification*, 2006.

¹¹⁹ Se non altro per dare pienezza di applicazione ai principi costituzionali secondo i quali «È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese» (art. 3.2). Sul fatto che questa norma sia una declinazione del principio di diritto internazionale che contempla la libertà dei traffici economici e la correlata responsabilità degli Stati a garantirla in regime di concorrenza, in particolare anche contrastando la distribuzione patologica della ricchezza che discende dalle pratiche corruttive si veda N. Parisi, *Il ruolo dell'Autorità Nazionale Anticorruzione. Una prospettiva sistematica in disaccordo con la vulgata opinio*, in corso di pubblicazione in *Diritto pubblico comparato europeo*, 2020, n. 2.

L'Autorità Nazionale Anticorruzione, nell'adempimento del proprio compito di autorità amministrativa indipendente, ha proposto una strategia che si articola principalmente su tre pilastri.

Il primo di essi è rappresentato dalla digitalizzazione integrale delle procedure di affidamento pubblico, nelle cinque fasi in cui esse si articolano, così da assicurare trasparenza integrale e la rapidità delle procedure che il mezzo informatico consente; si conseguirebbe anche l'obiettivo di professionalizzare l'acquirente pubblico al fine di avere affidamenti più efficienti. Un'unica banca dati nazionale dei contratti pubblici nella quale ogni amministrazione pubblica riversa e trova le informazioni, i dati e i documenti utili, dando così concretezza al principio *once only* tanto sostenuto dall'Unione europea¹²⁰.

Il secondo pilastro consiste nella proposta di adottare una norma che consenta alle stazioni appaltanti di ricorrere – con la tranquillità e sicurezza che oggi non hanno – alle procedure di urgenza ed emergenza già stabilite dal Codice, negli articoli 63 e 163, sopra descritte, per un periodo limitato e per gli affidamenti legati alla pandemia.

Il terzo pilastro attiene a un serio ripensamento della normativa di settore, tramite una sua semplificazione, senza alcun ricorso a regimi derogatori¹²¹.

Tutto ciò richiede un "colpo d'ala": a situazioni eccezionali occorre rispondere con soluzioni non convenzionali, coraggiose, non cedendo alla tentazione di considerare questa pandemia soltanto una parentesi nel fluire dell'ordinarietà. Essa è stata invece una cesura violenta, che ha messo in luce le crepe dei nostri sistemi democratici, la tenuta dell'economia e, con essa, dell'intera società. Questa crisi può darci grandi insegnamenti.

Già da altri è venuta la suggestione di un nuovo «contratto sociale» tra governo, imprese dell'economia reale e della finanza, istituzioni e società civile¹²²: tramite un dialogo costruttivo anche con le istituzioni europee. Come dopo altre tragedie, l'opera di ricostruzione necessita di un clima di fiducia reciproca, che va accompagnato da un quadro di regole durature, in grado di garantire (quanto meno favorire) canoni di efficienza, trasparenza e *accountability*.

Questo ragionamento conduce alla necessità di intervenire sul quadro normativo: ma ciò solo nella misura strettamente indispensabile a garantire un cambio di passo dell'intero sistema-Paese, su basi appunto di reciproca fiducia, in una prospettiva collaborativa, partendo dal mercato dei contratti pubblici proprio a motivo della sua valenza strategica per la crescita del Paese.

¹²⁰ Commissione europea, *EU-wide digital Once-Only Principle for citizens and businesses. Final Report*, 2017.

¹²¹ Questa strategia è stata adottata dal Consiglio dell'ANAC con decisione del 27 maggio 2020.

¹²² Si veda I. Visco, *Considerazioni finali del Governatore della Banca d'Italia*, 29 maggio 2020.

La proposta è dunque quella non di ripensare un intero sistema normativo codicistico¹²³, ma di intervenire chirurgicamente sul Codice vigente: “dimagrendo” le norme eccedenti la portata delle direttive dell’Unione europea¹²⁴; rimanendo solidamente ancorati a questo contesto giuridico; dando vigore a istituti ivi previsti ma non ancora attivati¹²⁵, secondo linee strategiche di intervento che facciano perno sulla digitalizzazione come leva per la semplificazione delle procedure.

Occorre un poderoso investimento di risorse finanziarie, di persone, di professionalizzazione delle competenze nella pubblica amministrazione, per poter raccogliere la sfida e avviare un nuovo corso.

6. *C’è ancora spazio per gli appalti pubblici sostenibili?*

Pensando al futuro del sistema dei contratti pubblici viene naturale chiedersi cosa rimarrà delle idee, delle politiche, delle misure che prima dell’insorgere della pandemia orientavano gli Stati e le economie mondiali verso modelli di sviluppo sostenibile.

Del resto, al paradigma della sostenibilità erano indirizzate anche le regole italiane ed europee dei contratti pubblici.

A partire dal 2000, prima la Corte di Giustizia e poi il legislatore dell’Unione hanno introdotto nei sistemi di contrattazione degli Stati membri la possibi-

¹²³ Il continuo mutare del quadro normativo non giova; come si è espressa l’Autorità Nazionale Anticorruzione nella propria ultima *Relazione al Parlamento* -2019, cit., 13: « L’incertezza giuridica del quadro normativo influisce inevitabilmente sul corretto svolgimento del mercato degli appalti pubblici poiché laddove il dato normativo si presenta frammentato e non chiaro, si incorre nel rischio di un’applicazione errata o distorta delle disposizioni di riferimento, di un allungamento dei tempi occorrenti per lo svolgimento delle procedure di aggiudicazione, oltre che della fase di esecuzione dei relativi contratti, e un conseguente aumento del contenzioso. Sotto altro profilo, un quadro giuridico confuso non favorisce la concorrenza, scoraggiando gli investimenti anche di imprese estere e, questione da evidenziare, può favorire la commissione di eventi corruttivi». Sulla questione si vedano anche le suggestioni di F. Patroni Griffi, *La ripresa? Necessarie leggi più chiare. Ma attenti alla corruzione*, in *Corriere della Sera*, 14 aprile 2020, 8.

¹²⁴ Un esempio limpido di questa esigenza sta nel disposto dell’art. 63 del Codice dei contratti pubblici che risulta ben più complesso nella propria applicazione rispetto all’art. 32 della direttiva n. 24/2014 in virtù dell’aggiunta di un comma 8 di ispirazione esclusivamente nazionale e dunque violando il divieto di *gold plating*.

¹²⁵ Pensiamo in particolare alla professionalizzazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza (art. 38) e conseguentemente alla loro drastica riduzione, al rating d’impresa (art. 83) ma anche a un diverso più semplice sistema di qualificazione degli operatori economici (art. 84).

lità per le amministrazioni di favorire tutele ambientali, sociali, di sicurezza dei lavoratori¹²⁶ nonché soluzioni per la prevenzione e il contrasto alla corruzione¹²⁷.

In tal modo, l'Unione ha incorporato tra le ragioni di pubblico interesse che orientano la stipulazione dei contratti pubblici anche finalità diverse da quella strettamente economica e di tutela della concorrenza. L'intento è quello di valersi della leva economica degli appalti pubblici – «cd. uso strategico dei contratti pubblici» – per la realizzazione di altre politiche/obiettivi (inclusione sociale, innovazione, tutela ambientale, responsabilità sociale)¹²⁸.

Questa visione costituisce l'approdo di un'evoluzione durata oltre 20 anni, alla quale hanno concorso tutti i formanti del diritto europeo (dottrinale, politico, legislativo, giurisprudenziale, economico e sociale).

Nell'ultimo quinquennio, infine, l'Unione si è impegnata a sviluppare finalità e obiettivi «dell'economia circolare»¹²⁹ anche nel mercato dei contratti pubblici¹³⁰, di qui la nozione sempre più ricorrente di «contrattazione pubblica circolare».

¹²⁶ Tale aspetto costituisce, ad esempio, uno dei tratti caratterizzanti della riforma europea del *public procurement* attuata nel 2014 dalle direttive 2014/23/UE *sulle concessioni*, 2014/24/UE *sugli appalti pubblici*, 2014/25/UE *sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali*, pubblicate nella *G.U.U.E.* L 94 del 28 marzo 2014. Le regole europee orientano l'attività negoziale al conseguimento di obiettivi riguardanti l'innovazione, l'inclusione sociale, la crescita economica, la tutela ambientale, la lotta alla corruzione. Questa visione è esplicitata nei considerando delle direttive: «Gli appalti pubblici svolgono un ruolo fondamentale nella strategia Europa 2020 [...] in quanto costituiscono uno degli strumenti basati sul mercato necessari alla realizzazione di una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva garantendo contemporaneamente l'uso più efficiente possibile dei finanziamenti pubblici [...] permettendo ai committenti di farne un miglior uso per sostenere il conseguimento di obiettivi condivisi a valenza sociale» (considerando 2, dir. 2014/24/UE); si veda anche la Comunicazione della Commissione europea, *Appalti pubblici efficaci in Europa e per l'Europa*, COM(2017) 572 final, del 3 ottobre 2017, con osservazioni di M. Cozzio, *La nuova strategia europea in materia di appalti pubblici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2019, 1, 53-62.

¹²⁷ Si considerino, esemplificativamente, i codici di condotta, le attività di formazione, i meccanismi di disciplina interna alle società, i patti di integrità. Sul tema si veda G.A. Benacchio, M. Cozzio (a cura di), *Azioni collettive, strumenti di integrità e trasparenza per il contrasto della corruzione nel settore pubblico e privato*, Università degli Studi di Trento, 2019.

¹²⁸ Si veda lo studio W. Kahlenborn, J. Frijdal, C. Moser, M. Essig, *Strategic use of public procurement in Europe. Final report to the European Commission*, Berlin, 2011; PricewaterhouseCoopers, *Uso estratégico de la contratación pública en la promoción de políticas ecológicas, sociales y de innovación*, 2015. In letteratura, tra gli altri, T. Medina Arnaiz, *Comprando para asegurar nuestro futuro: la utilización de la contratación pública para la consecución de los objetivos políticos de la Unión Europea*, in J.M. Gimeno Feliu (dir.), *Observatorio de contratos públicos 2010*, Cizur Menor, 43-105; J.M. Gimeno Feliu, *La ley de Contratos de Sector Público 9/2017. Sus principales novedades, los problemas interpretativos y las posibles soluciones*, Cizur Menor (Navarra), 2019, 97 e ss.; R. Caranta, M. Trybus (eds.), *The Law of Green and Social procurement in Europe*, Copenhagen, 2012; É. Muller (sous la dir.), *La commande publique : un levier pour l'action publique ?*, Parigi, 2018.

¹²⁹ Si veda la Comunicazione, *L'anello mancante - Piano d'azione dell'Unione europea per l'economia circolare*, COM(2015) 614 final, del 2 dicembre 2015, che nell'introduzione segnala come la transizione verso un'economia circolare, in cui il valore delle risorse è mantenuto quanto più a lungo possibile e la produzione di rifiuti è ridotta al minimo, è una componente indispensabile degli sforzi messi in campo dall'Unione europea per sviluppare un'economia che sia sostenibile; anche la Comunicazione, *Un nuovo piano d'azione per l'economia circolare. Per un'Europa più pulita e più competitiva*, cit.

¹³⁰ Commissione europea, *Appalti pubblici per un'economia circolare. Buone prassi e orientamenti*, 2018.

Tale orientamento trova riscontro in iniziative di condivisione promosse a livello internazionale.

Ad esempio, il *Global Compact* è uno strumento di natura pattizia adottato nel 1999 dall'Organizzazione delle Nazioni Unite, che impegna gli aderenti (Stati e imprese) a dichiarare di sostenere e applicare nella propria sfera di attività dieci principi fondamentali in materia di diritti umani, lavoro, ambiente, lotta alla corruzione¹³¹.

Di pari importanza è l'*Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile*, adottata il 25 settembre 2015 dai 193 Stati membri delle Nazioni Unite, in occasione della 70^a Assemblea generale¹³². L'Agenda è portatrice di una visione su tre dimensioni dello sviluppo sostenibile (economica, sociale e ambientale), che si realizza attraverso 17 *Obiettivi di Sviluppo Sostenibile* (in sigla *OSS*), a loro volta ripartiti in 169 «target» ognuno dei quali deve essere realizzato, entro il 2030 sia a livello governativo che privato, sia a livello nazionale e internazionale che locale.

Il conseguimento di questi «target» è oggetto di monitoraggio sistematico condotto dall'ONU, dagli Stati e dalle autorità sub statali (in Italia le Regioni)¹³³.

Nell'*Agenda 2030*, l'OSS n. 12 «Garantire modelli sostenibili di produzione e di consumo» prevede esplicitamente la finalità di «Promuovere pratiche in materia di appalti pubblici che siano sostenibili, in accordo con le politiche e le priorità nazionali» (target 12.7), il cui perseguimento è oggetto, tra l'altro, dall'indicatore «Livello di applicazione delle politiche sostenibili e dei piani di azione nel settore degli appalti pubblici» (indicatore 12.7.1)¹³⁴.

A fronte di questo scenario, non può disconoscersi che le gravi conseguenze causate dalla pandemia e la necessità di fornire risposte all'emergenza hanno por-

¹³¹ Sono principi derivati dalla *Dichiarazione universale dei diritti umani*, dalla *Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work*, dalla *Dichiarazione di Rio sull'Ambiente e lo Sviluppo* e dalla *United Nations Convention against Corruption*; per una descrizione dei principi e della loro attuazione nel mondo e in Italia si rinvia al sito web *Global Compact Network Italia*.

¹³² Si veda la Risoluzione n. A/70/1 dell'Organizzazione delle Nazioni Unite.

¹³³ Con riferimento sull'attuazione degli obiettivi dell'Agenda 2030 in Italia si veda il sito dell'Alleanza Italiana per lo Sviluppo Sostenibile (ASVIS), ove sono riportati anche i risultati delle misurazioni a livello regionale; anche ISTAT, *Rapporto SDGS 2020. Informazioni statistiche per l'Agenda 2030 in Italia*, Roma, 2020; si veda anche il dossier *L'Agenda globale per lo sviluppo sostenibile*, pubblicato il 26 settembre 2019 dal Servizio studi della Camera dei deputati.

¹³⁴ Va segnalato anche l'obiettivo n. 16 (*Pace, giustizia e istituzioni solide*), ugualmente pertinente nella misura in cui propone agli Stati la costruzione di istituzioni responsabili, trasparenti ed efficaci, anche funzionali a ridurre infiltrazioni della corruzione e abusi di potere (target 16.5-7). Per una visione complessiva degli indicatori <https://unstats.un.org/sdgs/indicators/indicators-list>. La Comunicazione della Commissione, *Verso un'Europa sostenibile entro il 2030*, COM(2019) 22 final, del 30 gennaio 2019, segnala come linee programmatiche dell'*Agenda 2030* concorrono ad aggiornare la programmazione e le politiche delineate nella Comunicazione, *EUROPA 2020. Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva*, COM(2010) 2020, del 3 marzo 2010; si veda anche lo studio *Europe's approach to implementing the Sustainable Development Goals: good practices and the way forward*, 2019. Sul tema si veda anche C. D'Orta, *Green deal 2030, un progetto per garantire sostenibilità e promuovere un «ambientalismo maturo»*, in *Comparazione e diritto civile*, 2021, 1, 50 e ss.

tato in secondo piano il dibattito sugli obiettivi dell'*Agenda 2030* e dello sviluppo sostenibile. È naturale chiedersi, dunque, se in futuro il mercato dei contratti pubblici continuerà ad essere orientato verso obiettivi propri dell'economia circolare e della sostenibilità¹³⁵.

Non siamo portatori, come detto, della pretesa di conoscere quel che succederà, tuttavia, molti segnali positivi inducono a credere che l'economia circolare e le misure correlate alla contrattazione pubblica sostenibile e circolare continueranno ad essere tra le priorità delle politiche europee e nazionali, svolgendo una funzione di traino nella ricostruzione.

Un primo segnale importante proviene dall'Unione europea. Le proposte presentate il 27 maggio 2020 dalla Commissione nell'ambito del piano per la ripresa dell'Europa, segnatamente *Next Generation EU*¹³⁶ e il bilancio rafforzato per il periodo 2021-2027¹³⁷ indicano l'obiettivo di rilanciare l'economia proprio attraverso un approccio verde, sociale e digitale. In particolare, la Commissione europea ha proposto di riservare il 25% del bilancio dell'UE per il periodo 2021-2027 a questi obiettivi¹³⁸.

Un altro segnale – di tipo culturale – emerge dalla crescente attenzione riservata alle tematiche ambientali e sociali: sono sempre più numerosi gli Stati, le Regioni e le città che attraverso la contrattazione pubblica promuovono strategie per favorire la transizione verso l'economia circolare.

In questo senso, anche la pandemia ha mostrato un 'lato positivo': sono sotto gli occhi di tutti le immagini dei nostri cieli e dei nostri mari magicamente purificati da poche settimane di blocco dei traffici stradali, navali, aerei e degli scarichi industriali. Ecco che «sarebbe straordinariamente importante non dimenticare mai quelle immagini, certamente non per fermare lo sviluppo di queste attività, ma per riprenderle in una logica di evoluzione compatibile con l'ambiente»¹³⁹.

Infine, sempre per effetto della pandemia abbiamo 'toccato con mano' i benefici che possono derivare dallo sviluppo e dalla diffusione delle tecnologie. Nel settore dei contratti pubblici, l'uso della tecnologia delinea probabilmente

¹³⁵ Sul punto si veda anche I. Solmone, G. Vaggi, *Se la pandemia mette in dubbio l'Agenda 2030*, in *lavoce.info*, 4 agosto 2020.

¹³⁶ Si veda la Comunicazione della Commissione, *Il momento dell'Europa: riparare i danni e preparare il futuro per la prossima generazione*, cit., pt. 1, la quale precisa che il rilanciare dell'economia europea avverrà promuovendo transizioni verdi e digitali e rendendola più equa, più resistente e più sostenibile per le generazioni future.

¹³⁷ Si veda la Comunicazione, *Il bilancio dell'UE come motore del piano per la ripresa europea*, cit.

¹³⁸ Nella stessa direzione è stato riorientato il programma delle attività della Commissione per il 2020, si veda la Comunicazione, *Programma di lavoro adattato 2020 della Commissione*, COM(2020) 440 final, del 27 maggio 2020.

¹³⁹ Si veda P. Severino, *Interpretare e orientare lo sviluppo dopo la crisi sanitaria globale...*, cit., 173-174. Sul tema, con visione generale, si veda anche F. Barca, E. Giovannini, *Quel mondo diverso*, Bari, 2020, edizione curata da G. Riva.

una delle prospettive di sviluppo più promettenti¹⁴⁰, non solo perché in grado di perseguire vera semplificazione delle procedure attuazione della trasparenza, ma anche per il supporto che essa può offrire alla realizzazione di forme di contrattazione pubblica di tipo sostenibile e circolare.

¹⁴⁰ Così anche ANAC, *Strategie e azioni per l'effettiva semplificazione e trasparenza nei contratti pubblici attraverso la completa digitalizzazione: le proposte dell'autorità*, 27 maggio 2020.

L'emergenza sanitaria causata dal COVID-19: l'impatto (attuale e futuro) sul sistema nazionale dei contratti pubblici

L'emergenza sanitaria causata dalla pandemia del COVID-19 e le misure di contrasto adottate in Italia hanno avuto un impatto fortissimo sulla vita sociale e sulle attività produttive, industriali e commerciali. Le conseguenze hanno investito anche il settore dei contratti pubblici, ganglio strategico dell'economia nazionale, con effetti che lo scritto evidenzia da diversi angoli di visuale mostrando le soluzioni disponibili e introdotte ex novo per mantenerlo vitale, anche per il tramite delle misure messe in atto dall'Autorità indipendente del settore. L'ultima parte del lavoro sposta l'attenzione sul livello successivo, quello della ricostruzione, in particolare sul quadro giuridico nel quale si muoveranno lo Stato e le amministrazioni, atteso che la domanda pubblica sarà uno dei driver prioritari per rilanciare crescita, investimenti, produzione. Per avviare con credibilità questo processo occorre risolvere alcuni problemi radicati e, prima ancora, condividere una strategia che faccia sintesi delle (molte e diverse) visioni.

The health emergency caused by COVID-19: the impact (current and future) on the national public contracts system

The health emergency caused by the COVID-19 pandemic and the counter measures adopted in Italy have had a tremendous impact on both social life and productive, industrial and commercial activities. The consequences have also affected the public contracts sector, a strategic ganglion of the national economy, with effects that the paper highlights from different perspectives, showing the solutions currently available, introduced from scratch too in order to keep it vital, also through the measures implemented by the independent sector authority. The last part of the paper shifts the attention to the next level, namely that of reconstruction. In particular the attention is placed on the legal framework in which the State and the administrations will have to move, since public demand will be one of the priority drivers to relaunch growth, investments, production. To credibly initiate this process, it is necessary to solve some deep-rooted problems and, even before, to share a strategy that summarizes the (many and different) visions.