RIVISTA GIURIDICA SEMESTRALE

n. 2 - 2021

BILANCIO COMUNITÀ PERSONA

Editore Associazione

DIRITTO & CONTI
BILANCIO · COMUNITÀ · PERSONA

Comitato Scientifico

Vincenzo Barba
Monica Bergo
Chiara Bergonzini
Gianluigi Bizioli
Guido Calabresi
Ignacio Calatyud Prats
Francesco Capalbo
Elisa Cavasino
Aldo Carosi
Carlo Colapietro
Giovanna Colombini
Barbara Cortese
Giacomo D'Angelo
Marcello Degni
Francesco Fimmanò
Nicola Lupo
Vanessa Manzetti
Simone Mezzacapo
Vittorio Occorsio
Giuseppe Palmisano
Barbara Pezzini
Eugenio Picozza
Guido Rivosecchi
Antonio Saitta
Gino Scaccia
Vincenzo Sforza
Riccardo Ursi
Giuseppe Verde

Direttore Responsabile

Laura d'Ambrosio

Vice Direttore

Francesco Sucameli

Responsabili di redazione

Giovanni Guida

Francesca Dimita

La rivista applica la procedura di referaggio reperibile sul sito www.dirittoeconti.it

Pubblicazione registrata presso il Tribunale di Roma decreto 185 del 22 novembre 2018

CODICE ISSN: 2612-4912

INDICE

Editoriale di Ines Ciolli.…… p. 4

DOTTRINA

Guido Rivosecchi *La Corte dei conti ai tempi del "Recovery plan": quale ruolo tra responsabilità amministrativa-contabile, semplificazioni e investimenti*……..p. 11

Elisa Cavasino *L'autonomia di spesa delle Regioni fra Stato ed Unione europea dalla l. cost. 3/2001 alle condizionalità europee sulla ripresa e la resilienza*……..p. 31

Aldo Carosi *Risanamento finanziario, Garanzia dei livelli essenziali e poteri sostitutivi: Riflessioni a margine della sentenza della Corte Costituzionale n. 168 del 2021*……p. 50

Vincenzo Sforza, Duilio Carusi, Luigi Bertinato, Marino Nonis, Silvia Surricchio *L'approccio del "PROGETTO IT.DRG" per la rilevazione dei costi standard delle prestazioni ospedaliere. Il modello IT:COST* ……p. 82

Emanuele Talarico *I limiti alla giurisdizione della Corte dei Conti introdotti dal decreto "Ristori" al vaglio della Corte di Giustizia Europea – commento all'ordinanza 5/2021*…….p.117

Vanessa Manzetti *Dalle origini all'attuale PNRR: spunti e riflessioni*……p.128

BILANCIO E TUTELA MULTILIVELLO DEI DIRITTI

Rubrica a cura di Giovanna Pistorio
Irricevibile la domanda di pronuncia pregiudiziale sollevata dalla Corte dei Conti, Sezione regionale di controllo per la Campania……..p. 141
Sentenza CGUE 4 ottobre 2021 Causa C -161 - 21

ATTUALITÀ E GIURISPRUDENZA

Ottavio Caleo *Ricerca sanitaria e legittimità della spesa per investimenti produttivi: il caso ReiThera S.r.l* ……p. 152

Dario Immordino *Appalti: i rischi della deresponsabilizzazione*…….……...p.163

STORIA DELLA DOTTRINA

Mario Nigro *Le decisioni amministrative* da Foro Amministrativo, 1950

(riedizione a cura di *Giovanni Comazzetto*)……..……p.175

Appalti: i rischi della deresponsabilizzazione[1]

Avv. Dario Immordino
Dottore di ricerca in diritto amministrativo ed interno

SOMMARIO

1. Il costo dell'inefficienza
2. Il nuovo regime contro la "burocrazia difensiva"
3. Una deresponsabilizzazione pericolosa?

ABSTRACT

Procurement: the risks of de-responsibility

The essay deals with the reform of procurement rules due to the implementation of the PNRR; it highlights the risks of excessive simplification and de-responsibility of public administrations

1. Il costo dell'inefficienza

Nelle fasi di difficoltà del sistema economico diventa essenziale la gestione efficiente delle politiche pubbliche che consentono di incidere sui fattori sensibili e strategici dello sviluppo sociale, economico e produttivo: pianificazione territoriale e grandi infrastrutture, servizi pubblici, attrazione di investimenti, localizzazione di attività produttive e sostegno al sistema imprenditoriale.

I documenti di programmazione europea e le regole sul programma *Next generation EU* e sui fondi strutturali richiedono agli Stati membri e alle autorità infrastatuali l'accrescimento della efficienza istituzionale come condizione per garantire che le politiche di sviluppo e coesione producano ricadute certe ed efficaci per i cittadini e le forze produttive, e gli studi e le ricerche più accreditate, i report delle istituzioni internazionali evidenziano che l'inefficienza amministrativa allontana gli investimenti più degli elevati livelli di tassazione e degli altri fattori di natura economica, ostacola la realizzazione di insediamenti produttivi ed infrastrutture, mortifica i progetti di modernizzazione, impedisce di fruire appieno delle ingente mole di risorse comunitarie, favorisce la proliferazione di truffe e fenomeni di malaffare, mina la competitività delle imprese sottraendo loro risorse necessarie per investire e talvolta anche per sopravvivere.

Secondo attendibili studi l'inefficienza amministrativa e la proliferazione di adempimenti burocratici costano al sistema produttivo e alla finanza pubblica nazionale circa 150 miliardi di euro in termini di debiti non pagati nei confronti delle imprese, sprechi di risorse che non consentono di ricondurre la pressione fiscale nella media Ue e costi del deficit logistico-infrastrutturale, oneri a carico delle imprese (pari a 57 miliardi) [2].

[1] L'articolo è stato sottoposto a referaggio a doppio cieco secondo la procedura pubblicata su www.dirittoeconti.it

[2] Il calcolo del costo degli adempimenti burocratici a carico delle imprese è di The European House Ambrosetti e si riferisce ai cosiddetti "oneri di transazione", relativi a costi organizzativi e di consulenza e assistenza tecnica amministrativa, legale e finanziaria, spese procedurali, oneri per il contenzioso e così via. I debiti commerciali della Pa

Emblematica, al riguardo, la situazione dei lavori pubblici: i dati dell'ultimo Rapporto annuale sulle infrastrutture strategiche e prioritarie [3]attestano che il fabbisogno di infrastrutture strategiche ammonta a 273 miliardi di euro, di cui 219 per opere prioritarie, e risulta assistito da una copertura finanziaria pari a 199 miliardi (73 per cento del costo complessivo)[4], ma non si riesce a sfruttare adeguatamente questo enorme potenziale, a causa dell'abnorme durata dell'iter di realizzazione delle opere pubbliche. Secondo i rapporti del nucleo di valutazione dell'Agenzia per la coesione territoriale, per realizzare opere pubbliche, anche sotto i 100 mila euro, servono in media due anni e tre mesi, mentre per le grandi opere si arriva a circa 15 anni e 8 mesi [5.]

Questi dati evidenziano la disponibilità di una ingente mole di risorse che non si riesce a trasformare in infrastrutture e pagamenti alle imprese a causa della proliferazione di adempimenti previsti dalla normativa nazionale (in violazione del divieto di introdurre livelli di regolazione superiori a quelli prescritti dalle norme europee), e di una vasta gamma di disfunzioni dell'assetto istituzionale e delle attività amministrativa, contrattuale e finanziaria.

L'intreccio di questi fattori determina il congelamento di investimenti di considerevole importo e ad alto valore aggiunto: la costruzione di opere pubbliche, infatti, comporta un largo impiego di capitale umano e l'attivazione di un circolo virtuoso occupazione - aumento dei redditi - incremento dei consumi, essenziale per lo sviluppo economico. A ciò bisogna aggiungere i benefici indiretti delle infrastrutture che, facilitando i trasporti e la mobilità, aumentano la competitività del sistema produttivo, favoriscono l'utilizzo razionale del territorio e l'incremento dei flussi turistici, migliorano la qualità della vita.

---

nei confronti dei propri fornitori ammontano a 53 miliardi di euro (fonte: Banca d'Italia, *Relazione per l'anno 2018*, pag. 145). Secondo i rapporti del nucleo di valutazione dell'Agenzia per la coesione territoriale per realizzare opere, anche piccolissime, sotto i 100 mila euro, servono in media due anni e tre mesi, mentre per le grandi opere si arriva a circa 15 anni e 8 mesi. Oltre la metà della durata dei lavori (il 54,3 per cento) è dovuta ai cosiddetti "tempi di attraversamento", tempi morti tra la fine di un procedimento e l'inizio di quello successivo. I dati del ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti quantificano in 40 miliardi il "costo" del *deficit* infrastrutturale italiano a carico del sistema economico italiano: secondo un recente report della Sace, questo gap con gli altri competitori europei fa perdere 70 miliardi di euro di export ogni anno.

[3] Cfr. CAMERA DEI DEPUTATI, Servizio studi, *Infrastrutture strategiche e prioritarie – Programmazione e realizzazione*, rapporto annuale aggiornato al 31 ottobre 2019.

[4] A queste ingenti risorse, peraltro, potrebbero aggiungersi investimenti molto consistenti, atteso che il settore infrastrutturale italiano è considerato un mercato chiave per i principali investitori istituzionali globali. Cfr. Ey Strategy and Transaction, *EY Infrastructure Barometer*, sondaggio tra dirigenti senior di società, istituti finanziari e società di *private equity* del settore delle infrastrutture per valutare lo stato e la fiducia degli investimenti nel settore italiano delle infrastrutture. Lo studio rivela che il mercato italiano delle opere pubbliche "è reso attrattivo sia dal gap tra infrastrutture esistenti e infrastrutture necessarie sia dalle maggiori opportunità esistenti rispetto ad altri Paesi con economie mature, dove un processo di consolidamento è già in atto da anni

[5] Cfr. AGENZIA PER LA COESIONE TERRITORIALE, Nucleo di valutazione, *Rapporto sui tempi di attuazione delle opere pubbliche*, 2018. Oltre la metà della durata dei lavori (il 54,3 per cento) è dovuta ai cosiddetti "tempi di attraversamento", tempi morti tra la fine di un procedimento o di una fase operativa e l'inizio dell'attività successiva, impiegati per lo svolgimento di attività amministrative accessorie

Il congelamento di questa ingente mole di risorse ad alto valore aggiunto dipende dalle criticità dell'assetto normativo e da una vasta gamma di disfunzioni dell'assetto istituzionale e dell'attività amministrativa, contrattuale e finanziaria degli enti pubblici. Le regole e le procedure contabili ostacolano la spesa anche in relazione alle risorse disponibili (ad es., le norme sull'avanzo di amministrazione e sugli accantonamenti obbligatori), le disposizioni del codice degli appalti introducono oneri, regole e adempimenti non previsti dalle direttive europee (in violazione del divieto di cd *gold plating*, che proibisce di introdurre livelli di regolazione superiori a quelli prescritti dalle norme UE), gli iter di approvazione dei piani di investimento pubblici, ingolfati da una miriade di adempimenti e passaggi politico-burocratici, congelano risorse per svariati miliardi: l'impasse del contratto di programma del Gruppo Ferrovie, ad esempio, ha bloccato a lungo circa 22 miliardi, stanziati nel 2017. A questa proliferazione di regole, adempimenti, vincoli e controlli previsti della disciplina normativa si aggiunge un articolato catalogo di patologie di natura burocratica: deficit di capacità progettuale e realizzativa [6], sovrapposizione di competenze e conflitti fra amministrazioni pubbliche, carenze della programmazione, prassi elusive delle regole finanziarie e contabili, sostanziale inattuazione degli strumenti di semplificazione vigenti, difficoltà di gestione delle procedure di gara e delle fasi successive all'aggiudicazione, alto livello di contenzioso.

La Corte dei conti ha di recente rilevato la "*sempre maggiore complessità della materia dei contratti pubblici*" la "iper-regolamentazione" del settore, "*affollato da norme molteplici e disomogenee*", e ha evidenziato carenze nella programmazione delle spese, criticità nelle modalità di affidamento dei contratti, con particolare riguardo alla scelta delle procedure di aggiudicazione [7], "varie irregolarità e criticità gestionali", "una dinamica lenta nello spendere risorse per gli investimenti", vari casi di ritardo nell'avvio dell'iter di affidamento di servizi necessari, eccessiva frammentazione delle stazioni appaltanti (oltre 32 mila), difficoltà di aggiudicazione delle gare svolte dai soggetti aggregatori (come le centrali di committenza), difficile compatibilità delle norme di *spending review* con la disciplina dell'attività contrattuale delle pubbliche amministrazioni, difficoltà

[6] Cfr Audizione del Direttore Generale dell'Agenzia per la Coesione Territoriale al Senato della Repubblica, XIV Commissione affari europei, Atto n. 426, 10 novembre 2020

7 Il Codice degli appalti consente il ricorso a circa quaranta formati di gara, attraverso la "combinazione" tra procedure (aperte, ristrette, negoziate, con dialogo competitivo, partenariato per l'innovazione), tipi, oggetti e importi contrattuali e settori di riferimento. Cfr. A. PETA, *"Gli appalti di lavori nel nuovo codice: un'analisi gius-economica delle principali misure"*, BANCA D'ITALIA, Questioni di Economia e Finanza, n. 400/2017, C. CARLUCCI, C. GIORGIANTONIO T. ORLANDO, *Tempi di realizzazione delle opere pubbliche e loro determinanti,* Banca d'Italia, Questioni di Economia e Finanza, n.538/2019.

da parte delle stazioni appaltanti di applicare correttamente la normativa, problematicità nella fase dell'esecuzione degli appalti [8].

2. Il nuovo regime contro la "burocrazia difensiva"

Per incentivare la rapida conclusione dei procedimenti amministrativi ed accelerare i tempi di realizzazione delle opere pubbliche è stato introdotto un regime speciale per l'affidamento degli appalti, incentrato su procedure veloci e affidamenti senza gare formali, numerose e consistenti deroghe alle regole poste a presidio della qualità e dell'economicità degli appalti pubblici, riduzione e semplificazione degli adempimenti e dei controlli interni ed esterni, commissari "modello Genova" (previsti solo per alcune opere), non punibilità della maggior parte degli errori burocratici che causano inefficienze e sprechi di risorse e provocano ingenti danni alle finanze pubbliche.

In particolare la nuova disciplina prescrive tempi molto ridotti per l'aggiudicazione delle gare (da 2 a 6 mesi) ed un iter accelerato per la stipulazione e l'esecuzione dei contratti di appalto, estende l'applicazione delle procedure di urgenza per l'affidamento e la consegna dei lavori ed amplia la possibilità di aggiudicare gli appalti senza gara (affidamento diretto) oppure attraverso il confronto tra un numero limitato di operatori economici scelti dalla p.a. (procedura negoziata senza pubblicità), riduce il numero minimo di imprese da invitare alle gare, "taglia" numerosi adempimenti e controlli attualmente previsti dal codice dei contratti (ad es., livelli di progettazione e sopralluoghi), consente alle stazioni appaltanti di assegnare di contratti anche se non sono previsti negli strumenti di programmazione, **e** di procedere all'aggiudicazione delle gare e disciplinare l'esecuzione dei lavori in deroga a ogni disposizione di legge, con pochi vincoli (il rispetto delle norme penali, della normativa antimafia e dei vincoli europei), accentra in capo ai commissari pressoché tutti i poteri di aggiudicazione ed esecuzione delle opere di particolare rilievo.

Queste norme, peraltro, sono state integrate dalle disposizioni che consentono di aggiudicare gli appalti in base al criterio del prezzo più basso anziché del rapporto prezzo-qualità, restringono il perimetro del reato di abuso di ufficio, rendono non punibili gli sprechi di risorse pubbliche causati da colpa grave di dipendenti e amministratori pubblici (ossia grave negligenza, superficialità, mancanza del livello minimo di prudenza) [9] ed alleggeriscono il controllo dei giudici amministrativi

---

[8] CORTE DEI CONTI, *Audizione nell'ambito dell'"attività conoscitiva sull'applicazione del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (codice dei contratti pubblici)"*, aprile 2019.

[9] Cfr. D. IMMORDINO, *Semplificazione, il costo della deresponsabilizzazione*, in Lavoce.info, A. CANALE, *Il D.l. Semplificazioni e il regime transitorio in tema di responsabilità amministrativa: i chiaroscuri della riforma,* Relazione al Convegno LUISS "La Corte dei Conti ai tempi del Recovery Plan" 25 marzo 2021, in Diritto e conti 2021, L. D'ANGELO, *Danno erariale e "decreto semplificazioni"*, in Lexitalia.it., F.ALBO, *Limitazione della responsabilità amministrativa e anticorruzione: il PNRR è adeguatamente protetto?,* in Dirittoeconti.it 2021, L.CASO, *Il condono degli*

sulla legittimità delle gare pubbliche, consentendo la stipula dei contratti di appalto anche in pendenza di un ricorso giurisdizionale e introducendo limiti all'annullamento dei contratti dichiarati illegittimi dal giudice amministrativo: il che consente che l'esecuzione delle opere venga realizzata dal concorrente meno qualificato o che ha proposto un'offerta meno conveniente, salvo l'obbligo di risarcire l'operatore economico ingiustamente escluso[10].

L'obiettivo di queste regole è alleggerire il contenzioso che paralizza l'aggiudicazione delle gare, semplificare l'articolato reticolo di regole ed adempimenti che ingolfa le procedure degli appalti pubblici, e contrastare la cd "burocrazia difensiva", l'atteggiamento inerte di molti funzionari, che rallentano l'*iter* dei procedimenti di propria competenza con infinite ed ingiustificate richieste di documenti, pareri, adempimenti per timore di incorrere in responsabilità, ed in particolare nella responsabilità erariale[11], che obbliga chiunque svolga funzioni pubbliche a risarcire gli sprechi di risorse e le condanne al risarcimento danni subite dall'Amministrazione per l'illegittimità dell'azione amministrativa (diniego di finanziamenti, concessioni, autorizzazioni, nulla osta, ritardi ingiustificati, mancata aggiudicazione di gare pubbliche, inefficienza nella gestione di risorse, servizi e prestazioni pubbliche ecc.).

Sulla base delle norme previgenti, chi esercita funzioni pubbliche veniva ritenuto responsabile per i danni erariali causati da condotte dolose e da "sprezzante trascuratezza dei propri doveri", "grave superficialità e disinteresse nell'espletamento delle proprie funzioni", "dispregio delle comuni regole di prudenza" e mancanza delle basilari conoscenze. In ogni caso i funzionari pubblici non rispondevano dei danni causati o "favoriti" dalla complessità della normativa, dagli

---

sprechi non può essere la via per la Recovery Italiana, Il sole 24 ore, 10 maggio 2021, A. BENIGNI, *Prima lettura del dl n. 76/2020 tra formante legislativo ed interpretazione costituzionalmente orientata*, in Rivista Corte conti n. 55/2020, AAVV, *Il dolo contabile dopo l'art. 21 del decreto legge semplificazioni fra contraddizioni ed incoerenze di sistema*, in Rivista Corte conti n. 6/2020, A.CIARAMELLA, *La sopravvivenza normativa della responsabilità erariale, in Diritto e conti 2020;*

[10] Cfr. l'art. 4, c. 2, del dl 76/2020, ove si prevede che "In caso di impugnazione degli atti relativi alle procedure di affidamento di contratti cd sotto soglia si applica l'articolo 125, comma 2, del codice degli appalti, che restringe i presupposti per l'accoglimento della domanda cautelare ("*In sede di pronuncia del provvedimento cautelare, si tiene conto delle probabili conseguenze del provvedimento stesso per tutti gli interessi che possono essere lesi, nonché del preminente interesse nazionale alla sollecita realizzazione dell'opera, e, ai fini dell'accoglimento della domanda cautelare, si valuta anche la irreparabilità del pregiudizio per il ricorrente, il cui interesse va comunque comparato con quello del soggetto aggiudicatore alla celere prosecuzione delle procedure*"), ed il successivo comma 3 dispone che "*In caso di impugnazione degli atti relativi alle procedure di affidamento di contratti di imposto superiore alla soglia comunitaria si applica l'articolo 125 del codice del processo amministrativo*", che, anche in presenza di gravi violazioni preclude la pronuncia di inefficacia del contratto già stipulato ("*la sospensione o l'annullamento dell'affidamento non comporta la caducazione del contratto già stipulato, e il risarcimento del danno eventualmente dovuto avviene solo per equivalente*").

[11] Cfr la Relazione illustrativa al decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76

orientamenti oscillanti della giurisprudenza, oppure dalle carenze organizzative addebitabili all'amministrazione (mancanza o insufficienza di risorse umane e strumentali, etc.) [12].

Con il nuovo regime, invece, non sarà più sufficiente aver provocato un nocumento finanziario all'interesse pubblico attraverso la violazione degli obblighi di servizio realizzata con colpa grave, ma viene espressamente prescritta la necessità di dimostrare la «*volontà dell'evento dannoso*» (art. 21, comma 1)[13] e, sino al 31 dicembre 2021, l'attribuzione della responsabilità erariale sarà limitata "*ai casi in cui la produzione del danno conseguente alla condotta del soggetto agente è da lui dolosamente voluta*" (art. 21, comma 2), salva l'ipotesi di pregiudizi cagionati da omissione o inerzia.

In ragione di ciò amministratori e funzionari pubblici non saranno più chiamati a risarcire i danni alle finanze pubbliche provocati da negligenza inescusabile, errori grossolani e difetto del minimo di prudenza, capacità e diligenza dovuto rispetto agli obblighi di servizio, ma soltanto quelli causati dalla volontà di arrecare un danno ingiusto all'amministrazione. La responsabilità per i danni erariali causati da colpa grave resta in vigore per i casi di omissione, in modo che le conseguenze dell'inerzia siano più gravi di quelle delle cosiddette "condotte attive"[14].

Ciò dovrebbe indurre chi esercita funzioni pubbliche ad adottare tempestivamente atti e provvedimenti di propria competenza, anche a costo di sacrificare qualità, trasparenza, economicità dell'azione pubblica. L'assunto di fondo è che la tempestività dell'azione amministrativa costituisce un valore supremo, che deve essere conseguito anche a costo di sacrificare una quota di efficienza, trasparenza, economicità dell'azione pubblica.

Per realizzare questo obiettivo le nuove norme rendono non punibili la maggior parte dei grossolani errori che causano inefficienze e sprechi di risorse e provocano ingenti danni alle finanze pubbliche, in quanto in sede giudiziaria risulta assai difficile dimostrare la volontà, o quantomeno la

---

[12] Cfr, *ex multis*, Corte costituzionale: nn. 54/1975, 164/1982 e 1032/1988, 371/1998. Corte dei conti, sezioni riunite: 5 febbraio 1992, n. 744/A; 20 febbraio 2004, n. 1447; 14 settembre 1982, n. 313; 26 maggio 1987, n. 532; 10 giugno 1997, n. 56; 8 maggio 1991, n. 711; 25 luglio 1997, n. 63/A; 20 maggio 1998, n. 22/A; 21 maggio 1998, n. 23/A, Sez. Veneto n. 71 del 1997, Sez. Emilia n. 696 del 1996, L. SCHIAVELLO, *Responsabilità amministrativa*, in Enc. dir., XXXIX, Giuffrè, 2002, 895 ss, F. M. LONGAVITA, *Il divieto del ne bis in idem e la responsabilità erariale*, in Bilancio Comunità Persona, n. 1- 2019

[13] Al riguardo la Relazione governativa al d.l. n. 76/2020 precisa che "*la norma chiarisce che il dolo va riferito all'evento dannoso in chiave penalistica e non in chiave civilistica, come invece risulta da alcuni orientamenti della giurisprudenza contabile che hanno ritenuto raggiunta la prova del dolo inteso come dolo del singolo atto compiuto*".

[14] Cfr., la Relazione illustrativa al decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, e, con specifico riferimento all'affidamento di contratti pubblici, l'art. 32, c.8, del d.lgs. 50/2016 (Codice degli appalti), ove viene eloquentemente prescritto che in seguito all'aggiudicazione "*La mancata stipulazione del contratto nel termine previsto deve essere motivata con specifico riferimento all'interesse della stazione appaltante e a quello nazionale alla sollecita esecuzione del contratto e viene valutata ai fini della responsabilità erariale e disciplinare del dirigente preposto. Non costituisce giustificazione adeguata alla mancata stipulazione del contratto nel termine previsto, salvo quanto previsto dai commi 9 e 11, la pendenza di un ricorso giurisdizionale, nel cui ambito non sia stata disposta o inibita la stipulazione del contratto"*.

piena consapevolezza, di arrecare pregiudizio all'interesse pubblico. Non a caso la stragrande maggioranza delle forme di malaburocrazia sanzionate dalla Corte dei conti riguarda proprio le condotte di colpa grave.

Sotto questo profilo la nuova disciplina realizza una sostanziale riconfigurazione del principio di buon andamento di cui all'art. 97 Cost., alterando l'equilibrato bilanciamento dei valori che lo compongono delineata da decenni di giurisprudenza costituzionale, amministrativa e contabile, e ridimensionando, di fatto, la significativa valorizzazione del fondamentale profilo dell'interesse pubblico concernente il corretto e razionale utilizzo delle risorse della collettività[15], operata attraverso l'introduzione del principio costituzionale dell'equilibrio di bilancio e gli obblighi ed adempimenti strumentali a garantirne la realizzazione.

L'alleggerimento della responsabilità erariale, infatti, arresta e inverte il recente *trend* normativo che, sulla base delle indicazioni della giurisprudenza costituzionale e delle pressioni di matrice europea, mirava a valorizzare il ruolo della legalità ed economicità dell'esercizio dei poteri pubblici quali imprescindibili espressioni del principio generale di buon andamento, presupposti della sostenibilità delle politiche pubbliche e della erogazione di un adeguato *standard* qualitativo e quantitativo di prestazioni pubbliche.

A fronte della incontestabile esigenza di semplificare ed accelerare l'*iter* di definizione dei procedimenti pubblici e delle procedure di gara, la disciplina introdotta dal decreto 76/2020 individua, in sostanza, la tempestività dell'azione amministrativa quale profilo cardine dell'efficienza e del buon andamento, contrapposto e privilegiato, nel bilanciamento tra valori, rispetto alla economicità ed alla sana gestione. In questa prospettiva le regole che sostanziano i principi di economicità e sana gestione, imponendo *standard* minimi di diligenza nell'esercizio dell'attività amministrativa e sanzionando le violazioni degli obblighi di servizio causate da palese negligenza, costituiscono una delle principali cause della c.d. fuga dalla firma, che dilata a dismisura i tempi di definizione di procedimenti e procedure pubbliche, e di conseguenza se ne promuove il depotenziamento.

[15] Corte cost. sentt. nn. 49/2018, 247/2017,148/2016, S. CASSESE (a cura di), *La nuova costituzione economica*, Roma, 2020; A. CAROSI, *Il principio di trasparenza nei conti pubblici*, in Rivista AIC, 3, 2018, G. SCACCIA, *Il bilancio quale strumento di responsabilità democratica nella giurisprudenza costituzionale*, in Bilancio Comunità Persona, 1/2020, C. BUZZACCHI, *Autonomie e Corte dei conti: la valenza democratica del controllo di legalità finanziaria*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 1/2020, 6

3. Una deresponsabilizzazione pericolosa?

L'incremento della discrezionalità delle pp.AA. nell'affidamento degli appalti e le deroghe alle regole che impongono di selezionare l'offerta migliore in termini qualitativi e quantitativi, la deresponsabilizzazione di dipendenti ed amministratori pubblici, il depotenziamento del controllo giurisdizionale, però, comportano il rischio concreto di una proliferazione del nutrito catalogo di irregolarità dell'esercizio dei poteri pubblici, da cui potrebbero discendere notevoli incrementi della spesa pubblica ed una rilevante riduzione dei livelli di qualità delle opere, beni e servizi acquistati dall'Amministrazione: appalti affidati ai concorrenti meno qualificati, acquisti di beni e servizi non necessari o a prezzi notevolmente maggiorati e così via.

Basti pensare che nel caso in cui il giudice amministrativo rilevi che un appalto è stato aggiudicato al concorrente meno qualificato o che ha proposto un'offerta meno conveniente, non può sempre annullarlo automaticamente ed aggiudicare la gara al concorrente che ha formulato la proposta migliore, ma in molti casi è tenuto a limitarsi a condannare l'amministrazione pubblica a quest'ultimo un risarcimento del danno[16]. Il dipendente che ha aggiudicato irregolarmente l'appalto, causando uno spreco di risorse pubbliche, non risponderà del danno, e la spesa resterà, pertanto, a carico della collettività, anche se è dovuta a palese negligenza del dipendente pubblico.

Questo alleggerimento del regime della responsabilità erariale, peraltro, si inquadra in un contesto di consistenti deroghe alle regole standard di affidamento dei contratti pubblici poste a salvaguardia dei principi di concorrenza, trasparenza ed imparzialità della p.A., nonché di riduzione e semplificazione dei controlli, e si colloca in un sistema burocratico piuttosto inefficiente e refrattario alla corretta attuazione delle regole di efficienza e trasparenza, nell'ambito del quale, secondo recenti dati, nel triennio 2016-2019, si sono registrati un episodio di corruzione a settimana ed un arresto ogni 10 giorni[17], la corruzione sottrae all'economia nazionale almeno 237 miliardi, (pari a circa il

[16] Cfr l'art. 121 del Codice del processo amministrativo, ove si dispone che il contratto resta efficace, anche in presenza di gravi violazioni " qualora venga accertato che il rispetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale imponga che i suoi effetti siano mantenuti", il successivo art. 125, che prevede espressamente che, con riferimento alle controversie relative a infrastrutture strategiche "*In sede di pronuncia del provvedimento cautelare, si tiene conto delle probabili conseguenze del provvedimento stesso per tutti gli interessi che possono essere lesi, nonché del preminente interesse nazionale alla sollecita realizzazione dell'opera*" e al di fuori dei casi contemplati dagli articoli 121 e 123 "*la sospensione o l'annullamento dell'affidamento non comporta la caducazione del contratto già stipulato, e il risarcimento del danno eventualmente dovuto avviene solo per equivalente*"; e l'art. 120, c. 8-ter, laddove si precisa che "*Nella decisione cautelare, il giudice tiene conto … delle esigenze imperative connesse a un interesse generale all'esecuzione del contratto, dandone conto nella motivazione*".

[17] Il numero può sembrare piuttosto esiguo se rapportato ad un apparato pubblico di decine di migliaia di unità, ma risulta allarmante se si considera che i dati ufficiali (riferiti ai provvedimenti della magistratura) non forniscono una stima attendibile della reale entità del fenomeno corruttivo, che resta in larga misura sommerso e deve pertanto essere considerato molto più esteso di quanto lascino intendere le statistiche giudiziarie.

13% del Pil[18]), le amministrazioni e società pubbliche applicano le regole anticorruzione solo formalmente, come complessi e fastidiosi adempimenti burocratici[19], le norme sulla misurazione e valutazione della performance del personale pubblico vengono attuate in maniera incompleta, ed i controlli che dovrebbero verificare l'efficienza dell'amministrazione risultano del tutto inefficaci, e di conseguenza vengono premiati anche i dirigenti a capo delle strutture inefficienti[20].

In un simile contesto il prezzo dell'accelerazione dei procedimenti potrebbe consistere nella liberalizzazione di una vasta gamma di inefficienze e sprechi di risorse.

Non a caso le verifiche dell'Anac hanno evidenziato una vasta gamma di criticità ed irregolarità nell'aggiudicazione degli appalti durante la fase dell'emergenza sanitaria: comportamenti speculativi e predatori volti allo "sfruttamento" della situazione di urgenza, abnorme lievitazione dei prezzi non riconducibile a motivazioni di ordine strutturale; scostamento nella qualità e quantità dei servizi e delle forniture rispetto alle caratteristiche richieste; prodotti non certificati, retrocessione dell'aggiudicatario dall'offerta, mancata stipula del contratto, mancato avvio o interruzione della fornitura; ritardi rispetto ai termini di consegna; carenza, da parte degli appaltatori, dei requisiti necessari per contrarre con la PA [21].

Questo genere di criticità, peraltro, rischia di pregiudicare l'efficiente utilizzo delle ingenti risorse del Pnrr/*Next Generation UE* e di produrre conseguenze negative a carico della finanza pubblica.

---

[18] Si tratta di numeri difficili da verificare, ma l'impatto negativo della corruzione sui sistemi economici risulta ormai ampiamente comprovato: secondo i dati della Banca Mondiale (indici 2017), il reddito medio nei paesi con un alto livello di corruzione è circa di un terzo inferiore a quello dei paesi con un basso livello di corruzione, ed una ricerca dell'Istituto per la competitività certifica che il radicamento del fenomeno corruttivo inibisce l'afflusso di capitali stranieri ed incide negativamente sull'occupazione spingendo le imprese a mantenere una dimensione ridotta, mentre la riduzione del livello di corruzione favorisce l'avvio di nuove imprese, il radicamento di capitali e imprese straniere, rende più agevole la gestione delle attività pubbliche, incide positivamente sull'occupazione giovanile.

[19] Il campionario delle elusioni segnalato dalle relazioni Anac e della Corte dei conti è vasto: piani anticorruzione fotocopia, sostanziale inattuazione delle misure precauzionali imposte dalla legge e delle regole di semplificazione e trasparenza, controlli inefficaci, scarsa responsabilizzazione del personale, assenza di coordinamento tra il piano anticorruzione e quello della performance, scarso coinvolgimento di dirigenti e vertici politici. Le sanzioni, inoltre, sono soltanto virtuali, poiché l'Anac non ha la struttura adeguata a verificare l'attività di venti regioni, oltre 8.000 comuni e decine di migliaia di altri soggetti che svolgono funzioni pubbliche, e per verificare la legittimità di un'infinta mole di atti.

[20] Le relazioni e i referti della Corte dei conti segnalano che in diverse circostanze vengono addirittura premiati dirigenti e dipendenti destinatari di gravi condanne per danno erariale e talvolta la condanna del giudice contabile per gravi episodi di spreco di pubbliche risorse non ha pregiudicato, ma anzi ha favorito, la carriera dei condannati. Ciò genera un clima di irresponsabilità diffusa che assorbe i dipendenti in una sorta di limbo, che ne appiattisce capacità e competenze e non consente differenziazioni su base meritocratica. Assenza di stimoli ed incentivi, sensazione di impunità, livellamento verso il basso, omissioni e carenze nei controlli originano numerosi sperperi dovuti a superficialità, grave negligenza nell'espletamento degli obblighi di servizio, e varie forme di *mala gestio* che caricano sull'amministrazione i costi dell'inefficienza e del contenzioso con cittadini ed imprese Cfr, *ex multis*, Corte dei conti sezioni riunite per la Regione siciliana, *Relazione sul rendiconto generale della regione siciliana esercizio 2018*

[21] *Cfr ANAC, L'Autorità e l'emergenza Covid-19, Relazione annuale 2019, Roma, 2 luglio 2020*

Le regole del cd *Recovery fund*, infatti, prevedono precisi criteri di utilizzo delle somme e impongono garanzie dell'efficiente utilizzo delle risorse, controlli, adeguate forme di sindacato giurisdizionale sulla buona gestione, sanzioni effettive ed efficaci strumenti di responsabilizzazione del personale e degli amministratori coinvolti nell'utilizzo delle risorse.

In particolare gli Stati destinatari delle risorse sono tenuti a garantire sana gestione finanziaria, trasparenza e assunzione di responsabilità; efficienza e semplificazione nella gestione delle risorse; congruità dei costi, sistemi di attuazione dei piani di investimento basati sulla *performance*; misure "*proporzionate*" di prevenzione, individuazione, rettifica e indagine di casi di frode, corruzione e conflitti di interessi e, se del caso, sanzioni amministrative; sistemi di controllo interno efficienti in grado di garantire il recupero degli importi indebitamente versati o utilizzati in modo improprio; verifiche regolari sulla corretta erogazione dei finanziamenti, sull'utilizzo delle somme in conformità di tutte le norme applicabili, sull'adozione di tutte le misure per l'attuazione di riforme e progetti di investimento nell'ambito del piano per la ripresa e la resilienza; piena ed effettiva attuazione delle disposizioni del regolamento finanziario UE che prescrivono "*un controllo giurisdizionale effettivo*" e organizzano il "*controllo della responsabilità degli agenti finanziari*"[22]. La violazione di questi obblighi può comportare la sospensione dei pagamenti o degli impegni di spesa.

I principi e le disposizioni europee evidenziano, pertanto, che, al di là delle specifiche misure bisogna, in generale, realizzare un giusto equilibrio tra tempestività, efficienza ed economicità dei procedimenti amministrativi e degli acquisti pubblici.

Oltre a ciò, in un sistema in cui il trattamento accessorio che dovrebbe premiare l'efficienza dei dipendenti e delle strutture pubbliche viene erogato a pioggia, a prescindere da una effettiva valutazione in merito alla performance individuale e collettiva, l'esonero da responsabilità per negligenza bloccherà sul nascere i procedimenti volti ad accertare i danni causati dall'attività amministrativa illegittima, eliminando di fatto uno dei pochi deterrenti all'inefficienza e all'attività amministrativa illegittima. Con l'effetto paradossale che il funzionario che adotti tempestivamente atti e provvedimenti in violazione di legge potrebbe essere premiato con l'attribuzione del trattamento accessorio e non dover risarcire gli eventuali danni a carico della finanza pubblica.

Ciò potrebbe attivare una spirale di inefficienza in grado di pregiudicare gli obiettivi di semplificazione: l'aumento del tasso di illegittimità di atti e provvedimenti amministrativi potrebbe,

[22] REGOLAMENTO (UE) 2021/241 DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO del 12 febbraio 2021 che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza

infatti, causare un notevole incremento del contenzioso, con conseguente crescita dei costi e allungamento dei tempi dell'attività amministrativa.

L'altro effetto paradossale della riforma consiste nella divaricazione della posizione del funzionario rispetto a quella del semplice cittadino: quest'ultimo, spesso privo di specifiche competenze giuridiche, è chiamato a rispondere di ogni violazione di legge, anche inconsapevole e involontaria, in forza del principio *ignorantia legis non excusat*; mentre il funzionario, tecnico selezionato e retribuito dalla p.A. per esercitare le funzioni pubbliche interpretando le norme giuridiche, non risponderebbe neppure di grossolani errori e condotte palesemente e gravemente negligenti.

L'approccio adottato ignora platealmente le indicazioni delle autorità a vario titolo competenti (Corte dei conti, Anac, etc.), che hanno più volte rilevato che gli obiettivi di semplificazione ed efficientamento dovrebbero conseguirsi dando concreta applicazione agli strumenti meritocratici vigenti che impongono alle pubbliche amministrazioni di rendere dirigenti e dipendenti responsabili dei risultati raggiunti dalla propria struttura in relazione a obiettivi concreti, di premiare con incentivi i dipendenti virtuosi e sanzionare quelli inefficienti.

Al di là delle specifiche misure, tuttavia, bisogna, in generale, superare l'approccio in forza del quale per spendere le risorse del c.d. *Recovery Plan* è necessario ignorare, o quantomeno sospendere, le regole vigenti, privilegiando, invece, la prospettiva secondo cui la soluzione delle numerose e complesse criticità che affliggono l'iter di realizzazione delle opere pubbliche non può prescindere dall'applicazione effettiva delle numerose norme che contengono importanti profili di semplificazione di qualificazione, innovazione ed ammodernamento delle strutture pubbliche ed efficientamento dell'attività burocratico-amministrativa, e dall'introduzione di correttivi calibrati in funzione delle specifiche esigenze e di percorsi virtuosi.

Ciò perché l'efficienza del *procurement* e dell'esercizio del potere pubblico costituisce un valore complesso, che deve necessariamente bilanciare, secondo un razionale equilibrio, fattori eterogenei come il tempo, il costo, la qualità dei beni o servizi acquistati, la loro utilità. Di conseguenza la netta contrapposizione tra speditezza, semplicità e discrezionalità delle modalità di approvvigionamento da un lato e qualità ed economicità dell'attività contrattuale pubblica dall'altro, che ha caratterizzato il dibattito politico economico e giuridico nel corso dell'ultima decade, dovrebbe lasciare il posto ad una riflessione più matura sul contemperamento tra questi valori, distinti ma necessariamente coordinati ed ugualmente irrinunciabili nell'esercizio dei poteri pubblici.

In questa prospettiva l'urgenza di spendere velocemente i soldi del Pnrr non può indurre a trascurare che le risorse devono essere spese bene, in coerenza con gli obiettivi di più ampio respiro propri del Piano di resilienza, in modo da prolungare l'utilità delle opere e dei servizi finanziati ben

oltre la durata del finanziamento. In caso contrario, oltre al ben noto problema della restituzione delle somme (piuttosto consueto in relazione ai Fondi Strutturali Ue), il prezzo da pagare consisterà in un insostenibile arretramento del livello di qualità dell'azione pubblica, di tutela dei diritti di cittadinanza e di competitività del sistema produttivo, che potrebbe irreparabilmente compromettere il conseguimento degli ambiziosi obiettivi di resilienza europei e nazionali.