

CAMERA DEI DEPUTATI
VIII COMMISSIONE
AMBIENTE, TERRITORIO E LAVORI PUBBLICI

Parere sullo «Schema di decreto legislativo
recante codice dei contratti pubblici»

Atto del Governo n. 19

MEMORIA
(Audizione del 23 gennaio 2023)

Considerazioni sul procedimento di localizzazione e approvazione
delle opere pubbliche *ex art. 38, comma 11, dello schema di codice*

Pier Luigi Portaluri
*Ordinario di Diritto amministrativo
Dipartimento di Scienze giuridiche
Università del Salento*

1.- L'art. 38 dello Schema di decreto legislativo recante il codice dei contratti pubblici (*breviter*, SCC) – rubricato «*Localizzazione e approvazione del progetto delle opere*» – nel suo comma 11 potrebbe essere ritenuto, *ma solo se ci si ferma a un'interpretazione letterale*, un altro passo della traiettoria che l'ordinamento sta percorrendo da qualche tempo verso la *parificazione* e l'*amministrativizzazione spolicizzante* di tutti gli interessi pubblici: inclusi quelli *sensibili*.

2.- Se identifichiamo come punto di partenza il 1990, e dunque la l. n. 241, l'assetto iniziale è abbastanza chiaro. Di segno opposto all'attuale, però: gli interessi pubblici sono gerarchizzati e anche in modo ben delineato. Infatti le regole acceleratorie del modulo conferenziale *ex art. 14, comma 3, l. n. 241/90* (silenzio assenso dell'amministrazione convocata ma assente, salve possibilità marginali di dissenso postumo) non si applicano «*alle amministrazioni preposte alla tutela ambientale,*

paesaggistico-territoriale e della salute dei cittadini» (comma 4): chiamate cioè a tutelare – o a difendere, se si preferisce – quei tre interessi.

3.- Il quadro cambia abbastanza presto.

La l. n. 127/97 (la nota legge Bassanini-*bis*) sostituisce il comma 4 appena ricordato con un altro, di ispirazione diversa: non più una protezione tendenzialmente *assoluta* dei super-interessi, ma una *conflittualizzazione e politicizzazione* del tema.

In caso di motivato dissenso espresso da una Amministrazione preposta alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, del patrimonio storico-artistico o alla tutela della salute dei cittadini, la p.A. procedente – purché non vi sia stata una pregressa valutazione di impatto ambientale negativa – può investire della questione il Presidente del Consiglio dei ministri, che si esprime previa deliberazione del Consiglio dei ministri.

Come si vede, gli interessi sensibili cessano di essere sottratti alla logica del bilanciamento ponderativo, nella quale sono ora fatti entrare senza riserve: l'unica particolarità, non certo secondaria, è appunto la devoluzione del contrasto al decisore politico d'apice.

4.- Camminando svelti, ricordiamo adesso la l. n. 124/15 (c.d. Madia), il cui art. 3 introduce nella l. n. 241/90 l'art. 17-*bis*: si arriva così a estendere il modello del silenzio assenso ai procedimenti che coinvolgono una pluralità di Amministrazioni pubbliche, anche se si tratti di «*amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, dei beni culturali e della salute dei cittadini*». L'unica differenza è data dal termine per la formazione del provvedimento tacito: trenta giorni per le pp.AA. che tutelano interessi "ordinari", novanta per quelle preposte alla gestione di interessi sensibili.

Ma ciò non significa semplicemente imprimere una accelerazione ai procedimenti.

Vi è una scelta sottostante ben precisa, che presuppone e implica una modifica nella tavola dei valori protetti, cioè nella loro gerarchia. In generale, il modello del silenzio-assenso presuppone un ripensamento al ribasso del rilievo endoconferenziale attribuito ad alcune Amministrazioni e agli interessi della cui cura sono attributarie.

In altre parole, l'art. 17-*bis* equivale a una dequotazione *sostanziale* degli interessi sensibili. La maggior durata del termine previsto (novanta giorni in luogo di trenta) sta a indicare una differenza che è oramai solo *quantitativa*, non più *qualitativa*.

Resta operativo il meccanismo di *conflittualizzazione* e *politicizzazione* del mancato accordo tra le Amministrazioni coinvolte, incluse quelle preposte alla «*tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, dei beni culturali e della salute dei cittadini*»: infatti, l'art. 17-*bis* prevede che in questi casi «*il Presidente del Consiglio dei ministri, previa deliberazione del Consiglio dei ministri, decide sulle modifiche da apportare allo schema di provvedimento*».

5.- Mi soffermo ora sull'ecosistema normativo del PNRR perché, come vedremo, è qui che si trova il modello cui s'ispira l'art. 38 SCC.

Con la normazione PNRR l'ordinamento raggiunge un traguardo inseguito a lungo: l'unicità del procedimento al cui interno si forma la decisione finale rilevante per il governo del territorio, sopra tutto con riguardo a interventi infrastrutturali (puntuali o a rete che siano). Meta non priva però di conseguenze: comprimere nel tempo e nello "spazio" giuridico l'acquisizione degli interessi (anche) pubblici comporta la riduzione – se non l'eliminazione – delle manifestazioni *dissensuali*.

È quello che, almeno a mio avviso, ha perseguito quella normazione, in particolare il d.l. n. 77/21 (c.d. «Semplificazioni-*bis*»).

Mi limito a richiamare l'art. 44, d.l. cit.: rubricato «*opere pubbliche di particolare complessità o di rilevante impatto*», tratta di alcune specifiche infrastrutture ferroviarie, idriche e portuali.

Ecco il comma 4, quello che la Relazione illustrativa allo schema di codice licenziato dalla Commissione Carbone richiama come modello ispiratore: «[...] *la stazione appaltante convoca la conferenza di servizi per l'approvazione del progetto ai sensi dell'articolo 27, comma 3, del decreto legislativo n. 50 del 2016. La conferenza di servizi è svolta in forma semplificata ai sensi dell'articolo 14-bis della legge 7 agosto 1990, n. 241 e nel corso di essa, ferme restando le prerogative dell'autorità competente in materia di VIA, sono acquisite e valutate le eventuali prescrizioni e direttive adottate dal Consiglio superiore dei lavori pubblici ai sensi del secondo periodo del comma 1, nonché gli esiti del dibattito pubblico e le osservazioni raccolte secondo le modalità di cui all'articolo 46 del presente decreto, della verifica preventiva dell'interesse*

archeologico e della valutazione di impatto ambientale. La determinazione conclusiva della conferenza approva il progetto e tiene luogo dei pareri, nulla osta e autorizzazioni necessari ai fini della localizzazione dell'opera, della conformità urbanistica e paesaggistica dell'intervento, della risoluzione delle interferenze e delle relative opere mitigatrici e compensative. La determinazione conclusiva della conferenza perfeziona, ad ogni fine urbanistico ed edilizio, l'intesa tra Stato e regione o provincia autonoma, in ordine alla localizzazione dell'opera, ha effetto di variante degli strumenti urbanistici vigenti e comprende il provvedimento di VIA e i titoli abilitativi rilasciati per la realizzazione e l'esercizio del progetto, recandone l'indicazione esplicita».

Non sono previsti, *nel testo della norma*, meccanismi per sollevare conflitto e quindi per politicizzarlo.

Per cui – restando all'interno dell'ecosistema PNRR – dovrebbe trovare applicazione o l'art. 13, d.l. n. 77/21, rubricato «*Superamento del dissenso*», secondo cui «*In caso di dissenso, diniego, opposizione o altro atto equivalente proveniente da un organo statale che, secondo la legislazione vigente, sia idoneo a precludere, in tutto o in parte, la realizzazione di un intervento rientrante nel PNRR, la Segreteria tecnica di cui all'articolo 4, anche su impulso del Servizio centrale per il PNRR, ove un meccanismo di superamento del dissenso non sia già previsto dalle vigenti disposizioni, propone al Presidente del Consiglio dei ministri, entro i successivi cinque giorni, di sottoporre la questione all'esame del Consiglio dei ministri per le conseguenti determinazioni; ovvero – ratione materiae – il meccanismo preventivo ex art. 29, comma 2, d.l. n. 77/21, che istituisce una Soprintendenza «speciale» (cioè unica) per il PNRR. Norma, questa, che esautora stabilmente le articolazioni ministeriali territoriali, spogliandole delle funzioni di tutela ove si tratti di beni culturali e paesaggistici che siano «interessati da interventi previsti dal PNRR sottoposti a VIA in sede statale» oppure che «rientrano nella competenza territoriale di almeno due uffici periferici del Ministero». Sempre in base all'art. 29, comma 2, cit., poi, «in caso di necessità e per assicurare la tempestiva attuazione del PNRR, la Soprintendenza speciale può esercitare, con riguardo a ulteriori interventi strategici del PNRR, i poteri di avocazione e sostituzione» nei confronti delle Soprintendenze periferiche.*

6.- Possiamo adesso esaminare l'art. 38, comma 11, SCC.

Eccone il testo: «*Nella procedura di cui al presente articolo, le determinazioni delle amministrazioni diverse dalla stazione appaltante o dall'ente concedente e comunque coinvolte ai sensi dell'articolo 14^{bis}, comma 3, della legge n. 241 del 1990, in qualsiasi caso di dissenso o non completo assenso, non possono limitarsi a esprimere contrarietà alla realizzazione delle opere o degli impianti, ma devono, in ogni caso, a pena di decadenza, indicare le prescrizioni e le misure mitigatrici che rendano compatibile l'opera e possibile l'assenso. Tali prescrizioni sono determinate conformemente ai principi di proporzionalità, efficacia e sostenibilità finanziaria dell'intervento risultante dal progetto originariamente presentato. Le disposizioni di cui al primo e secondo periodo si applicano, senza deroghe, a tutte le amministrazioni comunque partecipanti alla conferenza, incluse quelle titolari delle competenze in materia urbanistica, paesaggistica, archeologica e del patrimonio culturale.*».

Come dicevo al punto 1., se ci fermassimo alla lettera, quella disposizione potrebbe essere inserita nella traiettoria ordinamentale verso la “scomparsa” degli interessi sensibili, non più intesi come valori collettivi giuridicizzati in modo *differenziato* rispetto a tutti gli altri. La comunanza di regolazione fra le due categorie di interessi (“ordinari” e sensibili) sarebbe confermata dall'inciso «*senza deroghe*» che – in quanto posto all'interno di un periodo che è già deontico-performativo («*si applicano a tutte le amministrazioni*») – avrebbe un effetto di senso rafforzativo.

In breve, la disposizione esprimerebbe una declinazione *forte* del principio di unicità procedimentale, perché vi assoggetterebbe anche le Amministrazioni titolari di interessi sensibili.

Peraltro, il richiamo all'art. 44, comma 4, d.l. n. 77/21, cit., contenuto – come ho detto – nella Relazione illustrativa (che correttamente si autodefinisce *Gesetzesmaterial*) della Commissione Carbone, *sembrerebbe* confermare questa interpretazione.

Andiamo oltre, però, l'approccio letterale e asistemico.

A me pare – lo dico subito – che l'art. 38, comma 11, SCC, non possa essere interpretato nel senso di definire *nella loro interezza* i diritti procedimentali delle Amministrazioni titolari di interessi sensibili. Ove così fosse – qualora cioè queste pp.AA. vedessero esaurirsi il loro ruolo nell'espressione di un dissenso che dev'esser non solo costruttivo, ma anche tale da non comportare modifiche sproporzionate, inefficaci o

tali da rendere irrealizzabile il progetto originario per insostenibile aumento dei costi – si porrebbero delicati problemi di compatibilità con l'art. 9 Cost.

Privare *tout court* – cioè senza contrappesi e compensazioni – le Soprintendenze del potere di veto significherebbe in concreto che ogni progetto deve essere *comunque* approvato e realizzato; e che eventuali modifiche sarebbero ammissibili solo se non comportassero un aggravio di costi. Per fare un esempio, una Soprintendenza non solo non potrebbe opporsi a un progetto di strada che attraversasse un sito archeologico; ma non potrebbe neanche proporre una modifica del percorso viario che giri intorno a quel sito: una tale variante sarebbe inammissibile poiché comporterebbe un allungamento del tracciato e dunque un aumento – magari trascurabile – della spesa.

S'impone dunque, come prima cosa, un'interpretazione *estensiva* dei concetti giuridici indeterminati che connotano i requisiti della proposta ammissibile: «*proporzionalità*», «*efficacia*», «*sostenibilità finanziaria*» rispetto al progetto originario arrivato in conferenza di servizi.

Se si volesse comunque elidere anche la sola possibilità, il solo rischio, di un'interpretazione del concetto di sostenibilità finanziaria in termini di *rigida* invarianza dei costi progettuali, non c'è altra via che quella dell'emendamento. In questo caso si potrebbero aggiungere, dopo la parola «*efficienza*», le parole «*nonché, se comportano un aumento dei costi*».

In questo modo, la norma riconoscerebbe implicitamente la possibilità di un incremento dei costi. E l'esigenza di sostenibilità verrebbe a costituire non una tagliola per espellere automaticamente qualunque proposta che comporti un sia pur minimo aumento dei costi, ma una soglia – elastica, perché da determinare caso per caso mediante discrezionalità tecnica – che renderebbe inammissibile la variante indicata solo in caso di suo sforamento.

Ma il problema, sebbene mitigato, resta.

La sottrazione del potere di veto, ancorché compensato da un potere di proposta ragionevolmente ampio (nei termini e limiti appena indicati), darebbe comunque vita a un modello che qualifica nella sua complessità e articolazione la posizione delle Amministrazioni differenziate all'interno della conferenza di cui all'art. 38.

Lo scrutinio di costituzionalità di cui dicevo dev'essere insomma riferito unicamente a *questo* schema procedimentale, oppure la disposizione in esame non esaurisce la posizione (e i poteri) di tali, particolari pp.AA.?

Due argomenti letterali indurrebbero a ritenere che queste pp.AA. – anche se orbate del *ius vetandi* – conservino comunque il potere di *escalation*, cioè di devolvere la loro opposizione alla deliberazione dell'organo politico d'apice, il Presidente del Consiglio dei ministri.

Il primo argomento discende dal comma 1 dell'art. 38: «*L'approvazione dei progetti da parte delle amministrazioni è effettuata in conformità alla legge 7 agosto 1990, n. 241 [...]*».

Per dare un senso alla disposizione, altrimenti ridondante, si deve ritenere che essa non contenga una inutile clausola di stile, ma rinvii a quella legge con pienezza di effetti giuridici: rimandi, ai nostri fini, al sistema delle decisioni conferenziali di cui agli artt. 14 – 14-*quinqües*.

Ed è proprio l'art. 14-*quinqües* che viene qui in rilievo: «*Avverso la determinazione motivata di conclusione della conferenza, entro 10 giorni dalla sua comunicazione, le amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, dei beni culturali o alla tutela della salute e della pubblica incolumità dei cittadini possono proporre opposizione al Presidente del Consiglio dei ministri a condizione che abbiano espresso in modo inequivoco il proprio motivato dissenso prima della conclusione dei lavori della conferenza. Per le amministrazioni statali l'opposizione è proposta dal Ministro competente.*» (comma 1).

È vero: fra le due disposizioni si pone un problema di coordinamento, che però può essere superato. L'art. 38, comma 11, impone infatti alla p.A., a pena di decadenza, di articolare un dissenso *costruttivo*; mentre l'art. 14-*quinqües* ritiene sufficiente ad attivare l'*escalation* l'espressione, da parte dell'Amministrazione, di un dissenso meramente *oppositivo* (purché motivato).

Ne deriverebbe, sempre restando *intra litteram*, che se la p.A. esprimesse un dissenso oppositivo all'interno della conferenza *ex art. 38*, comma 11, esso sarebbe inammissibile e dunque non produrrebbe gli effetti devolutivi di cui all'art. 14-*quinqües*.

In realtà, si può comporre la questione ritenendo che il dissenso oppositivo comporti una sorta di inammissibilità *relativa*: le motivazioni contenute a corredo e supporto, anche se particolarmente stringenti, non entreranno in comparazione, ma l'opposizione produrrà comunque l'effetto devolutivo dell'affare all'organo politico.

In sostanza, le pp.AA. titolari di interessi sensibili avrebbero due strade avanti a sé, percorribili alternativamente.

La prima, *ex art. 38, comma 11, SCC*: esprimere un dissenso costruttivo.

La seconda, *ex art. 14-quinquies, l. n. 241/90*: formulare un dissenso oppositivo, da cui l'*escalation* politica della questione.

Quelle pp.AA. perderebbero dunque il potere di veto, ma non anche quello devolutivo.

Dicevo che vi sarebbe un secondo argomento a sostegno di questa lettura. È un po' più formale, e non privo di ambiguità.

Secondo il comma 9 dell'art. 38 in esame «*La conferenza di servizi si conclude nel termine di 60 giorni dalla sua convocazione, prorogabile, su richiesta motivata delle amministrazioni preposte alla tutela degli interessi di cui all'articolo 14-quinquies, comma 1, della citata legge n. 241 del 1990, una sola volta per non più di 10 giorni. [...]*».

Questo comma contiene l'espressa *nominazione* sia delle Amministrazioni in esame, sia dell'art. 14-quinquies cit.

Se ne possono trarre due letture, opposte tuttavia negli esiti.

La prima valorizza il (mero) richiamo dell'art. 14-quinquies per dedurre l'applicabilità *in toto* della disposizione: l'*escalation* sarebbe sempre consentita, anche sulla base di una ermeneusi più ispirata dall'art. 9 Cost.

La seconda, invece, enfatizza la possibilità di prorogare la conferenza su richiesta di quelle stesse Amministrazioni per inferirne che ciò esaurisce il loro spazio d'azione *anche esoprocedimentale*: nessuna devoluzione al livello politico, dunque.

7.- Il lavoro interpretativo sull'art. 38, comma 11, SCC, sembra condurre ai risultati che ho sin qui indicato.

Non intendo certo nascondere le *penumbrae* esegetiche che restano.

Se codesta Commissione ritenesse comunque preferibile proporre l'eliminazione di questi dubbi ermeneutici, e condividesse la tesi secondo cui le pp.AA. che gestiscono interessi sensibili possono alternativamente esprimere un dissenso costruttivo oppure formulare un dissenso oppositivo che provoca l'*escalation* politica, potrebbe intervenire sul testo attuale dell'art. 38, comma 11, SCC.

Si potrebbe dunque aggiungere, dopo il terzo periodo, il seguente: «*Restano comunque esperibili i rimedi di cui all'art. 14-quinquies della legge n. 241 del 1990*».

9.- Indico infine alcune possibili modifiche del testo del comma 11, che riguardano solo il *drafting*.

a) Poiché il testo adopera la parola «*determinazioni*» con riguardo agli atti di alcune pp.AA. partecipanti («[...] *le determinazioni delle amministrazioni diverse dalla stazione appaltante* [...]»), appare preferibile non usare nuovamente, non essendo un tecnicismo, una forma/voce della stessa famiglia lessicale con riferimento alle prescrizioni di quelle pp.AA. («*sono determinate*»). Si potrebbero quindi sostituire le parole «[...] *sono determinate conformemente*» con le parole «[...] *devono essere conformi*».

b) Poiché le pp.AA. partecipanti possono indicare sia «*prescrizioni*», sia «*misure mitigatrici*», l'uso della sola parola «*prescrizioni*» nel periodo successivo («*Tali prescrizioni* [...]») potrebbe far ritenere che quelle pp.AA. possano indicare solo prescrizioni e non anche misure mitigatrici. Si potrebbe quindi sostituire la parola «*prescrizioni*» con la parola «*indicazioni*», che fungerebbe da vero e proprio «*incapsulatore semantico*».

10.- In definitiva, tenendo conto anche di quanto detto sopra *sub* 6. e 7., si potrebbe ipotizzare questo testo dell'art. 38, comma 11:

«11.- Nella procedura di cui al presente articolo, le determinazioni delle amministrazioni diverse dalla stazione appaltante o dall'ente concedente e comunque coinvolte ai sensi dell'articolo 14-bis, comma 3, della legge n. 241 del 1990, in qualsiasi caso di dissenso o non completo assenso, non possono limitarsi a esprimere contrarietà alla realizzazione delle opere o degli impianti, ma devono, in ogni caso, a pena di inammissibilità, indicare le prescrizioni e le misure mitigatrici che rendano compatibile l'opera e possibile l'assenso. Tali indicazioni devono essere conformi ai principi di proporzionalità e di efficacia nonché, se comportano un aumento dei costi, di sostenibilità finanziaria dell'intervento risultante dal progetto originariamente presentato. Le disposizioni di cui al primo e secondo periodo si applicano, senza deroghe, a tutte le amministrazioni comunque partecipanti alla conferenza, incluse quelle titolari delle competenze in materia urbanistica, paesaggistica, archeologica e del patrimonio culturale. Restano comunque esperibili i rimedi di cui all'art. 14-quinquies della legge n. 241 del 1990.».