

## Il “Modello Genova”

### *Il “Decreto Genova”, le deroghe alla legislazione ordinaria e i limiti; influenza del Modello Genova sulla legislazione successiva in materia di opere pubbliche; l'applicazione del Modello Genova da parte del Commissario alla Ricostruzione*

**(Prof. Avv. Mario Alberto Quaglia)**

1. Per rispondere all'invito di parlare del “Modello Genova”, occorre preliminarmente chiarire che cosa si vuole intendere con questa espressione.

Si tratta, notoriamente, di una formula che rinvia i suoi presupposti nell'esperienza della ricostruzione del Ponte Morandi a Genova, che, crollato il 14 agosto 2018 è stato ricostruito e inaugurato il 3 agosto 2020.

In meno di due anni, l'opera è stata ricostruita.

Muovendo da tale vicenda che nei termini riportati, sembra rappresentare un successo dell'Amministrazione, un esempio di efficienza e di celerità di azione, si è diffusa nel lessico l'espressione “Modello Genova” in materia di appalti pubblici, per evocare la ripetibilità dell'evento, usata peraltro in circostanze e da soggetti diversi, con un differente significato.

Da un lato, infatti, è stata utilizzata per richiamare le modalità giuridiche che sono state predisposte e applicate per gestire l'intervento genovese e pervenire al risultato che era stato voluto, vale a dire alla soddisfazione dell'“interesse pubblico” costruttivo dell'opera pubblica, in un tempo contenuto; dall'altro, spesso, è stata riferita, non tanto agli specifici strumenti giuridici utilizzati per la ricostruzione del ponte – condizionati dal particolare contesto in cui si sono collocati -, quanto solo al risultato così sollecitamente conseguito, per evocare l'esigenza di operare una generale riforma della disciplina degli appalti pubblici, da semplificare per garantire migliori e più veloci risultati.

La prima prospettiva, quindi, è più strettamente tecnica, l'altra riporta l'espressione ad un lessico politico – un po' generico – che riconduce il Modello Genova all'esigenza di “semplificare” il sistema degli appalti pubblici.

2. Pertanto, muovendo dalla prima delle due prospettazioni ed adottando un approccio di analisi basato strettamente sul diritto positivo, procediamo dunque ad un esame del modello di intervento, usato nella descritta vicenda, caratterizzato da una serie di strumenti giuridici del tutto particolari, nel contesto di situazioni che si sono proposte come proprie e peculiari della vicenda che si è verificata.

Il Governo, come è noto, per agevolare la ricostruzione del ponte Morandi ha emanato un apposito decreto legge (28 settembre 2018, n. 109), con il quale non soltanto ha dato vita ad una struttura organizzativa speciale, ma ha definito il quadro giuridico – e finanziario –, ampiamente derogatorio dell’ordinario sistema normativo in materia di appalti pubblici, all’interno del quale collocare l’intervento di ricostruzione.

La disciplina è nota, tuttavia, per chiarezza di ragionamento, riprendo alcune delle previsioni di tale normativa speciale.

- a.** è stato istituito un “Commissario straordinario per la ricostruzione”, affidandogli il compito, di garantire, in via d’urgenza, le attività per la demolizione, la rimozione, lo smaltimento e il conferimento in discarica dei materiali di risulta, nonché per la progettazione, l’affidamento e la ricostruzione dell’infrastruttura e il ripristino del connesso sistema viario;
- b.** per l’esercizio dei compiti assegnati, il Commissario straordinario si è avvalso di una struttura di supporto posta alle sue dirette dipendenze;
- c.** è stato previsto che, per lo svolgimento dei compiti affidati, “il Commissario straordinario opera in deroga ad ogni disposizione di legge diversa da quella penale, fatto salvo il rispetto delle disposizioni del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione (...), nonché dei vincoli inderogabili derivanti dall’appartenenza all’Unione europea”;
- d.** con decreto del Ministro dell’Interno sono state individuate speciali misure amministrative di semplificazione per il rilascio della documentazione antimafia, anche in deroga alle relative norme;
- e.** per le occupazioni d’urgenza e per le espropriazioni delle aree occorrenti, è stato previsto che il Commissario, “adottato il relativo decreto, provvede alla redazione dello stato di consistenza e del verbale di immissione in possesso dei suoli anche con la sola presenza di due rappresentanti della Regione o degli enti territoriali interessati, prescindendo da ogni altro adempimento”; “il Commissario (...) dispone l’immediata immissione nel possesso delle aree, da lui stesso individuate e perimetrare, necessarie per l’esecuzione dei lavori” (...) “con salvezza dei diritti dei terzi da far valere in separata sede e comunque senza che ciò possa ritardare l’immediato rilascio di dette aree da parte dei terzi”;
- f.** sono stati determinati per legge gli importi delle indennità di esproprio degli immobili da sgomberare, sia per abitanti sia per operatori economici (art. 1 bis e 4 bis);

- g.** il concessionario “in quanto responsabile del mantenimento in assoluta sicurezza e funzionalità dell’infrastruttura concessa ovvero in quanto responsabile dell’evento, è tenuto a far fronte alle spese di costruzione dell’infrastruttura e di ripristino del connesso sistema viario”;
- h.** il Commissario straordinario affida, ai sensi dell’art. 32 della direttiva 2014/24/UE - con procedura negoziata senza previa pubblicazione -, la realizzazione delle attività concernenti il ripristino del sistema viario, nonché quelle connesse, ad uno o più operatori economici diversi dal concessionario;
- i.** tutte le controversie relative agli atti adottati dal Commissario straordinario “sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo” ed ai relativi giudizi “si applica l’art. 125 del C.P.A., secondo cui, per le controversie relative alle 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, 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”; inoltre, “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”.

Il tutto collocato in una legge-provvedimento, che, per sua natura sottrae al controllo giurisdizionale tutti i contenuti collocati nella fonte primaria, determinando una sottrazione della decisione alla garanzia della giurisdizione.

**3.** Ne emerge uno “scenario giuridico” – fondato su una specifica legge-provvedimento – fortemente emergenziale caratterizzato da un evidente “forzatura” del quadro normativo di riferimento con tendenziale sacrificio di ogni interesse pubblico o privato contrapposto, collegato o connesso all’operazione di demolizione e ricostruzione del ponte, ed assoluta prevalenza dell’unico interesse pubblico tutelato vale a dire l’interesse “costruttivo” per il soddisfacimento degli interessi della collettività.

Questo comporta, da un lato, il sacrificio di tutti gli altri interessi pubblici tutelati dalle norme che la disciplina sugli appalti predispone – “il Commissario opera in deroga” –, nonché delle disposizioni poste a tutela dei privati terzi coinvolti, come i proprietari di beni connessi

alla vicenda, nonché degli operatori economici del settore interessati all'operazione e pronti a contenderne la titolarità.

Peraltro, nell'ambito di tale quadro di emergenza – che, come si vedrà in seguito, non può trasformarsi in regola per le situazioni ordinarie –, si configurano taluni tratti giuridici e fattuali che hanno concorso al perseguimento del risultato conseguito, ma che non appaiono ripetibili in altre esperienze amministrative.

Ne segnalo tre, particolarmente evidenti e direttamente condizionanti lo sviluppo della vicenda:

- a.** l'applicazione dell'art. 32 della direttiva UE n. 24 del 2014 – ed egualmente l'art. 63 del D.Lvo n. 50 del 2016, codice dei contratti pubblici – consente l'uso della procedura negoziata senza bando, sopra soglia eurounitaria, in presenza di tassative circostanze: nella fattispecie risulta applicato il caso di cui al comma 2, lett. c), secondo cui si può aggiudicare un appalto con tali modalità, “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”, L'urgenza derivante da eventi imprevedibili non è certo caratteristica riscontrabile nella generalità delle situazioni che sono alla base di procedure per l'affidamento di appalti pubblici. In assenza di tali presupposti non si può utilizzare il richiamato art. 32 (e art. 63 del D.Lvo. n. 50), quanto meno per gli appalti sopra soglia eurounitaria
- b.** l'appalto e gli espropri, gestiti dal Commissario e dalla sua struttura, vengono pagati da un soggetto terzo al quale le spese sono accollate per legge: è il concessionario – “tenuto a far fronte alle spese” – in quanto responsabile dell'evento o come soggetto tenuto al mantenimento in sicurezza dell'infrastruttura. Sebbene non sia a conoscenza della contabilità dell'intervento di demolizione e ricostruzione, è chiaro che l'aver individuato un soggetto terzo come responsabile delle spese, senza limite alcuno, ha consentito alla struttura commissariale una gestione dell'appalto particolarmente “spinta”, disponendo della possibilità, ad esempio, di acquisire i beni necessari a prezzi superiori a quelli di mercato e di prevedere turni lavorativi più consistenti, notturni e festivi, senza prestare attenzione al livello di spesa dell'appalto;
- c.** la scelta del progetto e dell'appaltatore e i relativi affidamenti non hanno dato luogo ad alcuna forma di contenzioso: e ciò, da un lato, certamente perché la disciplina processuale delle infrastrutture strategiche riduce fortemente i margini di tutela giurisdizionale per gli eventuali candidati pretermessi: sia nella fase cautelare, nella

quale diventa centrale l'interesse alla sollecita realizzazione dell'opera – in luogo del danno grave e irreparabile del ricorrente -, sia nella fase di merito il cui esito non può incidere sul contratto stipulato e può risolversi soltanto in un risarcimento del danno per equivalente, nei termini – che la giurisprudenza ha coniugato in maniera riduttiva – della perdita di *chances*; dall'altro, per la “soggezione” dei vari operatori di fronte alla vicenda clamorosa del crollo del ponte e delle relative vittime, e della ferita per la città che ne è derivata: operatori palesemente lesi dalle modalità di affidamento hanno rinunciato a tutelare i loro interessi per collaborare all'obiettivo della sollecita ricostruzione e per non figurare come quelli che contrastavano il perseguimento di tale risultato (con la sola eccezione del contenzioso proposto da Aspi, che ha dato luogo alla sentenza della Corte Cost. n. 168 del 2020) .

E' chiaro che tali specifiche previsioni normative e circostanze hanno dato vita ad una situazione caratterizzata da assoluta unicità, rendendo non riproducibile, per altra vicenda relativa ad un intervento soprasoglia, il quadro di regole e di comportamenti che hanno regolato e accompagnato la ricostruzione del ponte.

**4.** Peraltro, assumendo invece quale contenuto dell'espressione “Modello Genova” l'esigenza di apportare modifiche volte a rendere più efficiente il sistema degli appalti, la prospettiva di indagine si sposta sul tema delle c.d. “semplificazioni”, promosse anche sul piano lessicale, dall'uso di un termine – appunto le “semplificazioni” – che sembra connotato positivamente, quanto meno perché contrapposto a presunte “complicazioni” – termine connotato negativamente –.

Peraltro, forse, più che di “complicazioni” – termine usato per far risaltare in positivo quello opposto di semplificazioni – di un sistema si dovrebbe parlare di complessità dello stesso; complessità generata dalla coesistenza e dal confronto di una pluralità di interessi pubblici che rinvergono nelle norme, asseritamente complicate (ma in realtà complesse) il loro presidio e la loro protezione. A fronte di un sistema complesso, idoneo a far coesistere e conciliare una pluralità di interessi pubblici, la semplificazione può talora connotarsi come una manifestazione di superficialità più che di buona amministrazione, capovolgendo gli impliciti giudizi di valore.

In merito, peraltro, prima di considerare quanto effettivamente tali “semplificazioni” si possano ritenere giuridicamente ammissibili, occorre rilevare come per loro natura le semplificazioni contengano un rischio autoritario.

Infatti, delle due l'una: o le semplificazioni intervengono eliminando "complicazioni" inutili – e allora sono dovute e legittime in relazione alla regola costituzionale del buon andamento -, oppure eludono e disapplicano sequenze procedimentali o competenze preordinate alla cura di interessi che l'ordinamento ritiene rilevanti, e, in questo secondo caso, consegnando al potere dell'autorità fattispecie in ordine alle quali la considerazione dei fatti o degli interessi viene compressa in relazione ad un unico pubblico interesse – ad esempio, quello della celerità della realizzazione dell'opera -, oltre che dannose sono potenzialmente autoritarie.

Il rischio autoritario, in questi casi, è amplificato dall'intento acceleratorio, che può impedire o limitare programmazione, contraddittorio e tutela giurisdizionale.

D'altronde, ritornando al Modello Genova, nella sua prima accezione, la stessa utilizzazione della legge-provvedimento, che ha comportato l'approvazione con atto avente forza di legge di un provvedimento amministrativo, che dovrebbe avere l'efficacia giuridica propria di questa categoria di atti e poter essere sottoposto al sindacato dal giudice e, se illegittimo, da questo annullato, ha determinato una sottrazione della decisione alla garanzia della giurisdizione.

Laddove le eventuali "semplificazioni" limitassero (o escludessero) il ricorso alla giurisdizione per classi di fatti si verificherebbe una smentita del regime democratico, che ha come tratto costitutivo quello per il quale la decisione del potere debba poter essere riesaminata da un giudice indipendente e che l'autorità non possa legittimamente comprimere i diritti fondamentali, tra i quali si colloca anche quello di poter ricorrere ad un giudice imparziale contro le decisioni del potere pubblico e poter ottenere da questo risposte idonee ad assicurare una effettiva tutela.

**5.** Ciò premesso, peraltro, bisogna tentare di chiarire quale possa essere il legittimo e corretto ambito di esercizio del potere di semplificare il sistema.

Infatti, la semplificazione dovrebbe essere preordinata – sulla base delle norme di cui all'art. 97 Cost. - ad eliminare complessità inessenziali, senza eludere articolazioni normative, procedimentali o organizzative, che non hanno questo carattere.

Peraltro, il criterio per misurare ciò che è essenziale o meno nell'articolazione del potere, mi pare che debba essere ricavato nell'individuazione dell'interesse pubblico che un dato insieme di norme intende proteggere o perseguire; cosicché, solo dopo che sia chiaro quale sia l'interesse pubblico che le normative intendono tutelare – anche all'interno di una eventuale

graduazione degli interesse protetti – si potrà procedere a valutare l’ammissibilità giuridica della semplificazione.

Pertanto, individuando i pubblici interessi in gioco esclusivamente sulla base del diritto positivo, si può procedere a definire i profili di pubblico interesse rilevanti nella materia degli appalti pubblici, coesistenti con l’interesse costruttivo e, tra questi, quelli insuscettibili di essere derogati a scopo di accelerazione della fase costruttiva.

Alla luce delle norme applicabili, emergono diversi profili di pubblico interesse nella disciplina degli appalti pubblici.

- a.** In primo luogo quello dell’*integrità*, che si articola nella prevenzione dalla corruzione, nell’assicurazione di parità di trattamento, in un’autorità pubblica imparziale e corretta, nell’esclusione di operatori compromessi in vicende penali, violazioni di disciplina fiscale, previdenziale, di sicurezza sul lavoro, di protezione dell’ambiente e simili. Si tratta di un interesse diretto dell’amministrazione, che vale a presidiare profili che attengono alla stessa organizzazione pubblica che ricorre al diritto privato.
- b.** L’*efficienza economica*, che trova giustificazione nella necessità che il denaro dei cittadini venga speso in maniera efficiente, nella sostenibilità del bilancio pubblico, nella corretta organizzazione della pubblica amministrazione, nella prospettiva costituzionale del buon andamento.
- c.** La *trasparenza e l’imparzialità* dell’amministrazione pubblica, profilo intrinseco all’esercizio della funzione pubblica, anch’esso immancabile.
- d.** La *concorrenza* nel (o per il) mercato e il suo corretto funzionamento, garantendo la piena concorrenzialità del mercato, l’efficienza delle offerte economiche prescelte, la non discriminazione e l’imparzialità, in diretta applicazione di principi costituzionali espressi dagli artt. 3 e 41.
- e.** La compatibilità dell’appalto rispetto ad *altri interesse pubblici* – diversi da quello che induce a realizzare opere o acquisire forniture o servizi – che l’ordinamento autonomamente protegge. Si tratta, ad esempio, della protezione dell’ambiente, del paesaggio, dei beni storico artistici, delle competenze degli enti locali, e così via.

Tutti questi profili di pubblico interesse trovano espressa protezione in norme di legge, che rinvengono il loro fondamento in principi costituzionali - art. 97, 3, 41, 5 -, idonei a supportare il confronto degli interessi stessi con quello realizzativo dell’opera, vale a dire il risultato materiale finale dell’appalto.

Si può, quindi, ritenere che l’interesse pubblico dell’amministrazione che contratta è quello realizzativo dell’opera per conseguire il “soddisfacimento dei fabbisogni della

collettività”, ma tale interesse dovrà essere realizzato in modo compatibile, secondo quanto previsto dalla legge, con gli altri interesse pubblici diversi o opposti a quello del committente pubblico, con l’immane assicurazione del rispetto di alcune regole proprie dell’attività di diritto pubblico (integrità, efficienza, trasparenza, imparzialità).

**6.** Ed allora, atteso che il 1 aprile di quest’anno è entrato in vigore il nuovo codice dei contratti pubblici richiesto dall’Unione europea, nel quadro delle misure previste dal PNRR –nella convinzione che gli appalti pubblici costituiscano una essenziale leva strategica di un’economia provata dalla pandemia e dal conflitto russo-ucraino -, e quindi in funzione di agevolare la capacità della p.a. di riuscire effettivamente a spendere i fondi europei, ha introdotto una serie di misure che tenderebbero a semplificare soprattutto la fase della scelta dal contraente. Si tratta di svariate modifiche – alcune opportune, altre discutibili – che non possono essere qui trattate, in quanto ciascuna di esse potrebbe costituire oggetto di un’autonoma relazione.

In relazione alle considerazioni svolte, peraltro, mi soffermo solo sul rilievo e sulla prevalenza (idonei a connotare l’intera riforma) che viene attribuito al “principio del risultato”, introdotto dall’art. 1 del codice, che viene indicato come interesse pubblico primario e gerarchicamente sovraordinato – nonché criterio interpretativo del plesso normativo – rispetto agli altri principi e valori tutelati nel sistema degli appalti pubblici.

Si tratta di principio che viene configurato come diretta emanazione del principio costituzionale di buon andamento (art. 97 Cost) e dei “correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità”, ma la sua maggior rilevanza la si ha nel rapporto con il principio di concorrenza che, con una torsione normativa, vien indicato come “funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell’affidare ed eseguire i contratti”.

Tale nuovo modo di rapportarsi del principio del risultato con quello di concorrenza ribalta la prospettiva del sistema degli appalti di derivazione eurounitaria, operante fin dagli anni ’90 del secolo scorso, in funzione di apertura del mercato alle imprese concorrenti – dove l’evidenza pubblica era soprattutto funzionale a garantire la concorrenza - riavvicinando il sistema interno alle logiche tipiche delle leggi di contabilità di Stato degli anni ’20 del secolo scorso che, ovviamente, si ponevano solo l’obiettivo di ottenere l’opera al minor costo.

Tale “subordinazione” della concorrenza al risultato ha inciso significativamente sulla riforma, ad esempio legittimando la stabilizzazione di alcune misure che erano emerse nella legislazione emergenziale, tra le quali, in particolare, la conferma della disciplina transitoria delle procedure sotto soglia, che consente per tale tipologia di appalti la procedura negoziata

senza bando (art. 50). E' chiaro infatti che procedure "ad invito" costituiscano una significativa limitazione alla competitività delle imprese.

E' egualmente discutibile, in relazione ai principi che si sono ricordati, sembra l'uso generalizzato dell'appalto integrato, - in precedenza ammesso solo per opere strategiche di particolare complessità - attraverso il quale si affida al contraente la progettazione e l'esecuzione dei lavori, rinunciando ad operare adeguati controlli e conferendo libertà di ricorrere ad imprese terze.

La figura era nel passato vietata per evitare che, con l'affidamento congiunto di progettazione ed esecuzione dell'opera, sorgesse il rischio che la progettazione potesse essere qualitativamente deviata per esigenze connesse alla materiale esecuzione dell'opera, privilegiando l'ottica del risparmio dei costi in luogo del livello qualitativo della progettazione. La limitazione era volta in generale ad evitare fenomeni corruttivi.

E' chiaro come tali forme di semplificazione sacrificano la concorrenza tra gli operatori e rendono meno trasparente la gestione amministrativa ed economica delle operazioni.

Non siamo proprio in presenza di un "Modello Genova" applicato alla generalità degli appalti, con totale annullamento o marginalizzazione degli interessi connessi o contrapposti a quello della realizzazione dell'opera, ma è indubbio che il *trend* evolutivo della legislazione - anche in relazione alle esigenze poste dal PNRR - in materia di appalti pubblici tende a spostare il *focus* sull'obiettivo da raggiungere, a scapito talora della cura di altri interessi pubblici coinvolti.

In sostanza, per concludere, mentre il "modello Genova" inteso in senso tecnico come sommatoria delle previsioni derogative disposte dal d.l. n. 109 del 2018 non è - a mio giudizio - ripetibile in altre situazioni, lo "spirito" del "modello Genova", inteso come accentuazione dell'interesse costruttivo nel confronto con gli altri interessi pubblici rilevanti, sembra trovare spazio nella legislazione sopravvenuta nella materia.