
Il procedimento di localizzazione e approvazione delle opere pubbliche

art. 38, comma 11 dello schema del codice

Nell'ambito delle attività del Piano di Rafforzamento Amministrativo - del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti è stata redatta la presente relazione, relativa al procedimento di localizzazione e approvazione delle opere pubbliche secondo lo schema del nuovo Codice dei contratti pubblici¹.

Introduzione

Secondo una interpretazione letterale, l'art. 38, comma 11 dello Schema del nuovo contratti pubblici potrebbe essere inteso come un tentativo di dare luogo ad un processo di amministrativizzazione politicizzante di tutti gli interessi pubblici, inclusi quelli sensibili.

In principio, la l. n. 241 del 1990, all'art. 14, comma 4 prevedeva che gli interessi pubblici fossero gerarchizzati, per cui le regole acceleratorie previste ai sensi dell'art. 14, comma 3, l. n. 241/90 (silenzio assenso dell'amministrazione convocata in conferenza dei servizi ma assente, salve possibilità marginali di dissenso postumo) non si applicavano «*alle amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale e della salute dei cittadini*» (comma 4): chiamate cioè a tutelare quei tre interessi.

In seguito, la legge n. 127/97 ha sostituito il comma 4 citato prevedendo non più una protezione assoluta dei super-interessi, ma una conflittualizzazione e politicizzazione del tema, perchè, 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.

Attualmente, la l. n. 124/15 ha introdotto l'art. 17-bis della l. n. 241/90, che estende 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», ma in tal caso il termine per la formazione del provvedimento tacito è di trenta

¹ La presente nota è tratta da P.L. Portaluri, Considerazioni sul procedimento di localizzazione e approvazione delle opere pubbliche (ex art. 38, comma 11, dello schema di codice), Astrid rassegna 2/2023

giorni per le pp.AA. che tutelano interessi “ordinari”, novanta per quelle preposte alla gestione di interessi sensibili.

Con riferimento alle opere previste dal PNRR, invece, trova applicazione l'art. 13 del 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»*; viene dunque prevista una Soprintendenza «speciale» per il PNRR.

L'interpretazione dell'art. 38, comma 11 dello schema del nuovo codice dei contratti pubblici

L'art. 38, comma 11 dello schema del nuovo codice dei contratti pubblici prevede che: *«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.»*.

Nell'ambito della conferenza di servizi semplificata, dunque, si prospetterebbe una sorta di parificazione di tutti gli interessi coinvolti, inclusi i c.d. interessi sensibili, che non verrebbero più considerati come valori collettivi da tenere in considerazione in modo differente rispetto a tutti gli altri.

Eppure, si potrebbe trattare di una lettura parziale perché, a ben vedere, tale interpretazione si potrebbe porre in contrasto con l'art. 9 della Costituzione, che recita: *«La Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica. Tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione.»*, per cui non si può privare le Soprintendenze, per esempio, del potere di veto a un progetto che danneggerebbe un sito archeologico.

Si dovrebbe, quindi, interpretare la disciplina secondo una interpretazione estensiva e non letterale o rigida.

Tuttavia, la norma prevede che qualora un'amministrazione esprima dissenso o non completo assenso, indichi le prescrizioni e le misure mitigatrici che rendano compatibile l'opera e possibile l'assenso, conformemente ai principi di proporzionalità, efficacia e sostenibilità finanziaria rispetto al progetto originario, per cui si tratterebbe eventualmente di una sottrazione del diritto di veto compensato da un potere di proposta.

Resta comunque salvo il c.d. potere di *escalation*, cioè di proporre la loro opposizione alla deliberazione del Presidente del Consiglio dei ministri, posto che è la norma stessa che recita: «*L'approvazione dei progetti da parte delle amministrazioni è effettuata in conformità alla legge 7 agosto 1990, n. 241 [...]*», che, all'art. 14-quinquies prevede: «*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).

Perciò, le Amministrazioni titolari di interessi sensibili, che intendono opporsi in seno alla conferenza di servizi al progetto proposto, possono seguire due differenti alternative.

La prima, prevista dall'art. 38, comma 11, dello schema del nuovo codice dei contratti pubblici: esprimere un dissenso costruttivo, ovverosia con una proposta conforme ai principi di proporzionalità, efficacia e sostenibilità finanziaria rispetto al progetto originario.

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

Stando ad una lettura letterale, quindi, si potrebbe supporre che le amministrazioni potrebbero perdere il potere di veto ma non quello devolutivo di *escalation*.

Eppure restano ancora dei dubbi dovuti al comma 9 dell'art. 38 dello schema, che prevede «*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. [...]*»

Da un lato, il richiamo dell'art. 14-quinquies potrebbe confermare la tesi dell'applicabilità della disposizione sull'*escalation*, che sarebbe sempre consentita, conformemente al dettato dell'art. 9 Cost.

Dall'altro lato, invece, si potrebbe anche desumere la possibilità di prorogare la conferenza su richiesta di quelle stesse Amministrazioni e ciò esaurirebbe il loro spazio d'azione, per cui non sarebbe possibile nessuna *escalation*.

Le considerazioni e i dubbi ermeneutici esposti potrebbero essere dissipati aggiungendo, dopo il terzo periodo, il seguente: «*Restano comunque esperibili i rimedi di cui all'art. 14-quinquies della legge n. 241 del 1990.*».