

IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI: CODIFICARE PER PRINCIPI

Prof.ssa Paola Lombardi

2 febbraio 2023

Dalla *Relazione illustrativa* del Consiglio di Stato (7.12.2022), pag. 10

Con il Codice «si è inteso dare un senso effettivo ad alcune parole chiave, spesso utilizzate in tema di contratti pubblici:

- la **semplificazione**, ottenuta aumentando la discrezionalità delle amministrazioni (...). Il rischio di fenomeni corruttivi è prevenuto da un più ampio ricorso a digitalizzazione, trasparenza e qualificazione;
- l'**accelerazione**, intesa come massima velocizzazione delle procedure, ma non solo “sulla carta”, perché il termine ridotto è stato individuato avendo sempre presente la sua effettiva “fattibilità”: assieme alla rapidità occorre garantire anche certezza nei tempi di affidamento, esecuzione e pagamenti alle imprese;
- la **digitalizzazione**, completa, delle procedure e la interoperabilità delle piattaforme, secondo il principio dell'*once only*, ossia dell'unicità dell'invio di dati, documenti e informazioni alle stazioni appaltanti;
- la **tutela**, dando piena attuazione alla delega a protezione dei lavoratori (tramite clausole sociali, valorizzazione dei CCNL e lotta ai “contratti pirata”) e delle imprese (per esempio, in tema di rinegoziazione e revisione prezzi, o di suddivisione in lotti).»

SEGUE: «Appare utile ricordare, come spesso fa la recente giurisprudenza consultiva del Consiglio di Stato, che la legge, anche se riordinata e semplificata grazie a un codice, è un elemento necessario ma non sufficiente per una riforma di successo, giacché tutte le riforme iniziano “dopo” la loro pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale e si realizzano soltanto se le norme sono effettivamente attuate “in concreto”.

Emblematico in questa prospettiva è il caso dei contratti pubblici, per la cui reale riforma **occorre averare**, attraverso una intensa attività operativa, **almeno tre condizioni essenziali “non legislative”**, che costituiscono peraltro l’oggetto di impegni in sede di PNRR:

- i) una adeguata **formazione** dei funzionari pubblici che saranno chiamati ad applicare il nuovo codice;
- ii) una selettiva **qualificazione delle stazioni appaltanti**;
- iii) l’effettiva attuazione della **digitalizzazione**, consentendo, pur nel rispetto di tutte le regole di sicurezza, una piena interoperabilità delle banche dati pubbliche.»

LA FUNZIONE DEI PRINCIPI

- ▶ Il d.lgs. n. 50/2016 **NON CONTENEVA** una parte specificamente dedicata ai principi generali in materia di contratti pubblici

CONSEGUENZA: le norme puntuali del Codice pretendevano di regolare ogni aspetto della procedura, **LIMITANDO LA DISCREZIONALITÀ DELLE AMMINISTRAZIONI**

- ▶ L'interesse pubblico da perseguire attraverso i Contratti pubblici, seppur immanente, non è mai definito in generale e una volta per tutte

CONSEGUENZA: la declinazione dell'interesse pubblico è avvenuta di volta in volta in relazione al caso concreto (tutela dell'imparzialità; tutela della trasparenza; tutela della concorrenza; interesse fiscale: assenza di gerarchia tra i vari aspetti)



- ▶ Primato dell'amministrazione sul contraente a causa dell'imprevedibile interpretazione del pubblico interesse nel caso concreto: legittimazione *ex post* (ed autoritativa) del pubblico potere
- ▶ Evidenza pubblica come percorso ad ostacoli caratterizzato dal rifiuto della discrezionalità amministrativa
- ▶ Difficoltà nella produzione di VALORE PUBBLICO (risposta, di qualità e in tempi brevi, ai bisogni della collettività presupposti dal contratto pubblico)

D.lgs. 31 marzo 2023, n. 36: LA FUNZIONE DEI PRINCIPI

- ▶ Il d.lgs. N. 36/2023 **CONTIENE** una parte specificamente dedicata ai principi generali: Libro I, Parte I, Titolo I, **declinati in una GERARCHIA**

FUNZIONI:

- Si sommano ai principi generali che da sempre orientano la discrezionalità amministrativa (proporzionalità e ragionevolezza; la discrezionalità tecnica)
- Rendere intellegibile il disegno unitario sotteso al Codice
- fornire criteri interpretativi di altre disposizioni
- dare contenuto concreto a concetti altrimenti troppo elastici (es. buona fede)
- risolvere incertezze interpretative
- recepire indirizzi giurisprudenziali ormai consolidati (es. tassatività cause di esclusione)
- **ampliare la discrezionalità delle pubbliche amministrazioni, fornendo la «guida» per determinare la regola del caso concreto (legittimazione *ex ante* del pubblico potere): si riconfigura in questo modo il sindacato del G.A. (eccesso di potere per mancato raggiungimento del risultato?)**

ART. 1 - PRINCIPIO DEL RISULTATO

COMMA 1. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti perseguono il risultato dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza.

- ▶ Il RISULTATO come interesse pubblico PRIMARIO da perseguire (vertice della gerarchia degli interessi) e come criterio PRIORITARIO per l'esercizio del potere discrezionale (v. comma 4)
- ▶ qualità, legalità, trasparenza e concorrenza come BILANCIAMENTO della rapidità
- ▶ Non un risultato qualsiasi: un risultato VIRTUOSO. Diversamente, sarebbe IRRAGIONEVOLE; conseguenze sulla scelta della p.a. e sul sindacato del G.A.
- ▶ Il miglior risultato può essere **NON FARE LA GARA!** V. infatti l'art. 7 del Codice

ART. 1 - PRINCIPIO DEL RISULTATO

COMMA 2. La concorrenza tra gli operatori economici è funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti. La trasparenza è funzionale alla massima semplicità e celerità nella corretta applicazione delle regole del presente decreto, di seguito denominato «codice» e ne assicura la piena verificabilità.

- ▶ Concorrenza e trasparenza non come FINE, bensì come MEZZO per il risultato
- ▶ «Demitizzazione» della concorrenza come interesse preminente
- ▶ Trasparenza: verificabilità, responsabilizzazione della p.a.

ART. 1 - PRINCIPIO DEL RISULTATO

COMMA 3. Il principio del risultato costituisce attuazione, nel settore dei contratti pubblici, del principio del buon andamento e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità. Esso è perseguito nell'interesse della comunità e per il raggiungimento degli obiettivi dell'Unione europea.

- ▶ Principio del risultato come DERIVAZIONE EVOLUTA del principio del buon andamento *ex art. 97 Cost.*

ART. 97 COST.

0. Le pubbliche amministrazioni, in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea, assicurano l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico.

1. I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione.

ART. 1 - PRINCIPIO DEL RISULTATO

COMMA 4. Il principio del risultato costituisce criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto, nonché per:

a) valutare la responsabilità del personale che svolge funzioni amministrative o tecniche nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti;

b) attribuire gli incentivi secondo le modalità previste dalla contrattazione collettiva.

- ▶ 2 funzioni ULTERIORI e CONSEGUENTI del principio (a + b)
- ▶ Lett. a): chiaro riferimento all'«intera vita» del contratto; prima forma di contrasto della «burocrazia difensiva»

ART. 2 - PRINCIPIO DELLA FIDUCIA

COMMA 1. L'attribuzione e l'esercizio del potere nel settore dei contratti pubblici si fonda sul principio della reciproca fiducia nell'azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione, dei suoi funzionari e degli operatori economici.

- ▶ Ogni conferimento di potere presuppone la fiducia dell'ordinamento giuridico nell'organo destinatario dell'attribuzione
- ▶ Svolta rispetto alla logica della «sfiducia» per l'azione del funzionario pubblico
- ▶ Principale strumento di contrasto della «burocrazia difensiva» (la «paura di firmare»), che ostacola il rilancio economico
- ▶ Fiducia RECIPROCA: superamento dell'antagonismo tra pubblico privato in favore di un rapporto collaborativo

ART. 2 - PRINCIPIO DELLA FIDUCIA

COMMA 2. Il principio della fiducia favorisce e valorizza l'iniziativa e l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici, con particolare riferimento alle valutazioni e alle scelte per l'acquisizione e l'esecuzione delle prestazioni secondo il principio del risultato.

- ▶ Fiducia come «contropartita» di ciò che l'ordinamento si aspetta dal funzionario: la realizzazione del risultato ex art. 1

COMMA 4. Per promuovere la fiducia nell'azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti adottano azioni per la copertura assicurativa dei rischi per il personale, nonché per riqualificare le stazioni appaltanti e per rafforzare e dare valore alle capacità professionali dei dipendenti, compresi i piani di formazione di cui all'articolo 15, comma 7.

- ▶ Fiducia e copertura assicurativa....
- ▶ Il nodo cruciale delle capacità e della formazione

Un esempio

Articolo 52

Controllo sul possesso dei requisiti.

1. Nelle procedure di affidamento di cui all'articolo 50, comma 1, lettere a) e b), di importo inferiore a 40.000 euro, gli operatori economici attestano con dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà il possesso dei requisiti di partecipazione e di qualificazione richiesti. La stazione appaltante verifica le dichiarazioni, anche previo sorteggio di un campione individuato con modalità predeterminate ogni anno.
2. Quando in conseguenza della verifica non sia confermato il possesso dei requisiti generali o speciali dichiarati, la stazione appaltante procede alla risoluzione del contratto, all'escussione della eventuale garanzia definitiva, alla comunicazione all'ANAC e alla sospensione dell'operatore economico dalla partecipazione alle procedure di affidamento indette dalla medesima stazione appaltante per un periodo da uno a dodici mesi decorrenti dall'adozione del provvedimento.

ART. 2 - PRINCIPIO DELLA FIDUCIA

COMMA 3. Nell'ambito delle attività svolte nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti, ai fini della responsabilità amministrativa costituisce colpa grave la violazione di norme di diritto e degli auto-vincoli amministrativi, nonché la palese violazione di regole di prudenza, perizia e diligenza e l'omissione delle cautele, verifiche ed informazioni preventive normalmente richieste nell'attività amministrativa, in quanto esigibili nei confronti dell'agente pubblico in base alle specifiche competenze e in relazione al caso concreto. Non costituisce colpa grave la violazione o l'omissione determinata dal riferimento a indirizzi giurisprudenziali prevalenti o a pareri delle autorità competenti.

- ▶ Recepisce indirizzi giurisprudenziali
- ▶ Soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti
- ▶ Ulteriore forma di contrasto alla «burocrazia difensiva»: definisce il confine tra colpa grave (SI' responsabilità amministrativa) e colpa media o lieve (NO responsabilità amministrativa)
- ▶ PALESE violazione delle regole di prudenza: limitazione della possibilità di disporre istruttorie complesse (rilievo per il sindacato giurisdizionale)

ART. 2 - PRINCIPIO DELLA FIDUCIA

Precisazioni:

L'art. 21 Decreto Semplificazioni 2020 (d.l. 76/2020)

Limitatamente ai fatti commessi dalla data di entrata in vigore del presente decreto e fino al **30 giugno 2024 (*)**, la responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica per l'azione di responsabilità di cui all'articolo 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20, è limitata ai casi in cui la produzione del danno conseguente alla condotta del soggetto agente è **da lui dolosamente voluta**.

La limitazione di responsabilità prevista dal primo periodo **non si applica** per i danni cagionati da omissione o inerzia del soggetto agente.

(*) d.l. 76/2020: 31 luglio 2021;

l. 120/2020: 31 dicembre 2021;

d.l. 77/2021 (Decreto Semplificazioni 2021): 30 giugno 2023;

d.l. 40/2023 (sul rafforzamento della capacità amministrativa delle amministrazioni pubbliche), nel testo dell'art. 1, comma 12-*quinquies*, inserito in sede di conversione con l. 74/2023: «nelle more di una complessiva revisione della disciplina sulla responsabilità amministrativo-contabile» → 30 giugno 2024¹⁴

ART. 3 - PRINCIPIO DELL'ACCESSO AL MERCATO

COMMA 1. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti favoriscono, secondo le modalità indicate dal codice, l'accesso al mercato degli operatori economici nel rispetto dei principi di concorrenza, di imparzialità, di non discriminazione, di pubblicità e trasparenza, di proporzionalità.

- ▶ **CONCORRENZA:** garanzia della pari opportunità di partecipazione alle procedure
- ▶ **IMPARZIALITA' e NON DISCRIMINAZIONE:** funzionali a garantire la concorrenza; Relazione illustrativa C.d.S.: «sono richiamati in coppia, quali come si trattasse di un endiadi»
- ▶ **PUBBLICITA' E TRASPARENZA:** (endiadi) verificabilità dell'operato della p.a. per incentivare la partecipazione (*ex ante*) e per favorire il controllo giurisdizionale (*ex post*)
- ▶ **PROPORZIONALITA':** soluzione più congrua col minor sacrificio possibile degli interessi coinvolti

ART. 4 - CRITERIO INTERPRETATIVO E APPLICATIVO

COMMA 1. Le disposizioni del codice si interpretano e si applicano in base ai principi di cui agli articoli 1, 2 e 3.

- ▶ Disposizione di chiusura: rende i primi tre articoli un tutt'uno e ne sancisce il primato
- ▶ Ancora dalla Relazione illustrativa, pag. 16-17: «La disposizione in esame evidenzia la natura fondante dei primi tre principi, che devono essere utilizzati per sciogliere le questioni interpretative che le singole disposizioni del codice possono sollevare. **Nel dubbio, quindi, la soluzione ermeneutica da privilegiare è quella che sia funzionale a realizzare il risultato amministrativo, che sia coerente con la fiducia sull'amministrazione, sui suoi funzionari e sugli operatori economici e che permetta di favorire il più ampio accesso al mercato degli operatori economici.**»

ART. 5 - PRINCIPI DI BUONA FEDE E DI TUTELA DELL'AFFIDAMENTO

COMMA 1. Nella procedura di gara le stazioni appaltanti, gli enti concedenti e gli operatori economici si comportano reciprocamente nel rispetto dei principi di buona fede e di tutela dell'affidamento.

► Art. 1, comma 2-bis, L. 241/1990:

«I rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede.»

(comma aggiunto dal Decreto Semplificazioni 2020).

ART. 12 - RINVIO ESTERNO

COMMA 1. Per quanto non espressamente previsto nel codice:

a) alle procedure di affidamento e alle altre attività amministrative in materia di contratti si applicano le disposizioni di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241;

b) alla stipula del contratto e alla fase di esecuzione si applicano le disposizioni del codice civile.

ART. 5 - PRINCIPI DI BUONA FEDE E DI TUTELA DELL'AFFIDAMENTO

COMMA 2. Nell'ambito del procedimento di gara, anche prima dell'aggiudicazione, sussiste un affidamento dell'operatore economico sul legittimo esercizio del potere e sulla conformità del comportamento amministrativo al principio di buona fede.

- ▶ Collegamento con il principio della fiducia (almeno per questo primo comma....)
- ▶ «Procedimento di gara», «Potere»: forte ancoraggio alla dimensione autoritativa della pubblica amministrazione
- ▶ Potere, comportamento, affidamento: Giurisdizione esclusiva del G.A.

ART. 5 - PRINCIPI DI BUONA FEDE E DI TUTELA DELL'AFFIDAMENTO

COMMA 3. In caso di aggiudicazione annullata su ricorso di terzi o in autotutela, l'affidamento non si considera incolpevole se l'illegittimità è agevolmente rilevabile in base alla diligenza professionale richiesta ai concorrenti. Nei casi in cui non spetta l'aggiudicazione, il danno da lesione dell'affidamento è limitato ai pregiudizi economici effettivamente subiti e provati, derivanti dall'interferenza del comportamento scorretto sulle scelte contrattuali dell'operatore economico.

COMMA 4. Ai fini dell'azione di rivalsa della stazione appaltante o dell'ente concedente condannati al risarcimento del danno a favore del terzo pretermesso, resta ferma la concorrente responsabilità dell'operatore economico che ha conseguito l'aggiudicazione illegittima con un comportamento illecito.

► ...e il principio della fiducia?

v. art. 2, comma 1: «L'attribuzione e l'esercizio del potere nel settore dei contratti pubblici si fonda sul principio della reciproca fiducia nell'azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione»

ART. 6 - PRINCIPI DI SOLIDARIETÀ E DI SUSSIDIARIETÀ ORIZZONTALE. RAPPORTI CON GLI ENTI DEL TERZO SETTORE

COMMA 1. In attuazione dei principi di solidarietà sociale e di sussidiarietà orizzontale, la pubblica amministrazione può apprestare, in relazione ad attività a spiccata valenza sociale, modelli organizzativi di amministrazione condivisa, privi di rapporti sinallagmatici, fondati sulla condivisione della funzione amministrativa con gli enti del Terzo settore di cui al codice del Terzo settore di cui al d.lgs. 117/2017, sempre che gli stessi contribuiscano al perseguimento delle finalità sociali in condizioni di pari trattamento, in modo effettivo e trasparente e in base al principio del risultato. Non rientrano nel campo di applicazione del presente codice gli istituti disciplinati dal Titolo VII del codice del Terzo settore, di cui al d.lgs. 117/2017.

- ▶ Assenza di corresponsione di un prezzo; convergenza di obiettivi rivolti alla collettività
- ▶ Due modelli di affidamento dei servizi sociali:
 - 1: modello fondato sulla concorrenza
 - 2: modello fondato sulla solidarietà e sussidiarietà orizzontale ex art. 118 Cost. (affidamento diretto)



MODELLI DEL TUTTO ALTERNATIVI

ART. 6 - PRINCIPI DI SOLIDARIETÀ E DI SUSSIDIARIETÀ ORIZZONTALE. RAPPORTI CON GLI ENTI DEL TERZO SETTORE

► DAL COMMA 1: «...sempre che gli stessi contribuiscano al perseguimento delle finalità sociali in condizioni di pari trattamento, in modo effettivo e trasparente e in base al principio del risultato»

► DEFINIZIONE DI ENTI DEL TERZO SETTORE: art. 4 del d.lgs. 117/2017:

“le organizzazioni di volontariato, le associazioni di promozione sociale, gli enti filantropici, le imprese sociali, incluse le cooperative sociali, le reti associative, le società di mutuo soccorso, le associazioni, riconosciute o non riconosciute, le fondazioni e gli altri enti di carattere privato diversi dalle società costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale mediante lo svolgimento, in via esclusiva o principale, di una o più attività di interesse generale in forma di azione volontaria o di erogazione gratuita di denaro, beni o servizi, o di mutualità o di produzione o scambio di beni o servizi, ed iscritti nel registro unico nazionale del Terzo settore.”

«senza scopo di lucro»: assenza di finalità commerciali; eventuali utili reinvestiti in attività di utilità sociale (non distribuiti ai soci)

ART. 7 - PRINCIPIO DI AUTO-ORGANIZZAZIONE AMMINISTRATIVA

COMMA 1. Le pubbliche amministrazioni organizzano autonomamente l'esecuzione di lavori o la prestazione di beni e servizi attraverso l'auto-produzione, l'esternalizzazione e la cooperazione nel rispetto della disciplina del codice e del diritto dell'Unione europea.

- ▶ Lavori, beni, servizi (TUTTI i contratti pubblici)

- ▶ Tre modelli ALTERNATIVI:
 - 1) Autoproduzione (*in house*)
 - 2) Esternalizzazione
 - 3) Cooperazione con altre p.a.

- ▶ Si recupera l'amministrazione «del fare» rispetto a quella del «far fare agli altri».

ART. 7 - PRINCIPIO DI AUTO-ORGANIZZAZIONE AMMINISTRATIVA

COMMA 2, 1° ALINEA. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono affidare direttamente a società *in house* lavori, servizi o forniture, nel rispetto dei principi di cui agli articoli 1, 2 e 3. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti adottano per ciascun affidamento un provvedimento motivato in cui danno conto dei vantaggi per la collettività, delle connesse esternalità e della congruità economica della prestazione, anche in relazione al perseguimento di obiettivi di universalità, socialità, efficienza, economicità, qualità della prestazione, celerità del procedimento e razionale impiego di risorse pubbliche.

(...)

- ▶ Piena alternatività solo tendenziale: necessità di una **MOTIVAZIONE SPECIFICA** in caso di scelta di affidamento *in house* (specie convenienza economica), non richiesta in caso di esternalizzazione
- ▶ Motivazione specifica **SEMPLIFICATA in caso di prestazioni strumentali:**
- ▶ **COMMA 2, 2° ALINEA:** «il provvedimento si intende sufficientemente motivato qualora dia conto dei vantaggi in termini di economicità, di celerità o di perseguimento di interessi strategici»