

IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI: DALL'EMERGENZA DEL MODELLO GENOVA A NUOVE PROCEDURE DI ORDINARIA EFFICIENZA PER LA COMPETITIVITA' SUL MERCATO¹

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. Il nuovo codice dei contratti pubblici. 3. Le novità. 4. Alcune novità: i principi, la nuova figura del RUP, la reintroduzione della proposta di aggiudicazione, il termine di impugnazione, il nuovo art. 120 c.p.a. 5. Criticità. 6. Conclusioni.

1. Introduzione.

Nell'introdurre il tema del nuovo codice dei contratti pubblici, di cui al d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, vanno illustrati brevemente il quadro normativo presupposto e gli antefatti della sua emanazione.

Trattandosi di decreto legislativo, il nuovo codice trova fonte nella norma di delega contenuta nell'art. 1 della l. 21 giugno 2022, n. 78, dal titolo "Delega al Governo in materia di contratti pubblici".

Ai sensi del comma 1, "Il Governo è delegato ad adottare, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi recanti la disciplina dei contratti pubblici, anche al fine di adeguarla al diritto europeo e ai principi espressi dalla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori, interne e sovranazionali, e di razionalizzare, riordinare e semplificare la disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, nonché al fine di evitare l'avvio di procedure di infrazione da parte della Commissione europea e di giungere alla risoluzione delle procedure avviate".

Quindi tre sono le finalità della legge delega in tema di contratti pubblici:

- a) adeguamento al diritto europeo e ai principi della giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori, non solo interne;
- b) razionalizzazione, riordino e semplificazione della disciplina vigente;
- c) evitare l'avvio di procedure di infrazione da parte della Commissione europea e risoluzione di quelle avviate.

Il comma 2 del citato art. 1 elenca i principi e i criteri direttivi di delega in 31 lettere.

Al successivo comma 4 si è previsto che, *"Ove il Governo, nell'attuazione della delega di cui al presente articolo, intenda esercitare la facoltà di cui all'articolo 14, numero*

¹ L'intervento è stato svolto nell'ambito del convegno sul tema organizzato a Genova dall'Ufficio studi e formazione della giustizia amministrativa e dal Tribunale amministrativo regionale per la Liguria il 26 e 27 maggio 2023, in cui il sottoscritto ha introdotto e presieduto la prima sessione del primo giorno.

2°, del testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato, di cui al regio decreto 26 giugno 1924, n. 1054, il Consiglio di Stato si avvale, al fine della stesura dell'articolato normativo, di magistrati di tribunale amministrativo regionale, di esperti esterni e rappresentanti del libero foro e dell'Avvocatura generale dello Stato, i quali prestano la propria attività a titolo gratuito e senza diritto al rimborso delle spese. Sugli schemi redatti dal Consiglio di Stato non è acquisito il parere dello stesso”.

Il 30 giugno 2022 il Presidente del Consiglio dei Ministri Mario Draghi comunicava al Presidente del Consiglio di Stato Franco Frattini di volersi avvalere della detta facoltà, ricordando che l’approvazione della riforma costituisce un importante obiettivo del piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR).

Con decreto del Presidente del Consiglio di Stato in data 4 luglio 2022 veniva istituita una Commissione speciale.

Dopo poco più di tre mesi, il 20 ottobre 2022, lo schema era consegnato dal presidente Frattini al presidente Draghi.

Lo schema di d.lgs. veniva approvato dal Consiglio dei ministri il 16 dicembre 2022 in esame preliminare sulla base dello schema predisposto dalla Commissione speciale insediata presso il Consiglio di Stato, in attuazione dell’art. 1 della l. n. 78/2022, ed era trasmesso alla Presidenza della Camera dei Deputati il 5 gennaio 2023 per il parere delle Commissioni Parlamentari.

Il codice è stato emanato con d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, pubblicato in pari data in Gazzetta Ufficiale.

Si tratta di 229 articoli più 38 allegati, che dovrebbero sostituire i 25 allegati al codice attuale, le 17 linee guida dell’Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) e i 15 regolamenti ancora vigenti.

Si prevede una fase transitoria di tre mesi, disciplinata dagli artt. 225 e seguenti.

L’art. 229 dello schema stabilisce che *“Il codice entra in vigore, con i relativi allegati, il 1° aprile 2023”*, ma che *“Le disposizioni del codice, con i relativi allegati, eventualmente già sostituiti o modificati ai sensi delle relative disposizioni, acquistano efficacia il 1° luglio 2023”*.

2. Il nuovo codice dei contratti pubblici.

Il nuovo codice dei contratti pubblici rappresenta la terza codificazione in 17 anni.

Le due precedenti (del 2006 e del 2016) nascevano dall’esigenza di attuare le direttive dell’Unione europea, rispettivamente, le nn. 17 e 18 del 2004 e le nn. 23, 24 e 25 del 2014.

Ogni codificazione aveva una sua ragione di essere.

Il codice del 2006 metteva insieme per la prima volta lavori, servizi e forniture, che avevano fonti e discipline diverse.

Il codice del 2016 aveva alla base un'idea di fondo differente: attuare le direttive e, nello stesso tempo, prevenire fenomeni corruttivi mediante l'inserimento di disposizioni di prevenzione e l'utilizzo delle linee guida dell'ANAC. Nello stesso tempo rimandava la sua operatività a una serie notevole di atti attuativi, di varia natura. Ed in questo manifestava immediatamente la sua debolezza, non costituendo la disciplina di riferimento dell'intera materia ma rimandando, per aspetti di notevole importanza, alla sua futura attuazione.

Il codice elaborato dalla Commissione speciale istituita presso il Consiglio di Stato si muove in un'altra direzione. Intanto, si è in presenza di direttive invariate. La Commissione si doveva pertanto muovere entro confini ben delineati: da un lato, le direttive europee, dall'altro i principi e criteri contenuti nella legge delega n. 78/2022.

La Commissione si è orientata verso un nuovo codice anziché la revisione del codice vigente. Queste le motivazioni di fondo:

- a) nel sopprimere il sistema delle linee guida, si è sentita l'esigenza di un riordino complessivo della materia;
- b) tra il 2016 e il 2022 l'elaborazione giurisprudenziale sulle tante incertezze che erano scaturite dall'applicazione del codice del 2016 era tale da indurre non già a "correzioni" ma a un rifacimento;
- c) la "filosofia" del nuovo impianto normativo muta del tutto.

Illuminante di quest'ultimo punto sono le pagine 8 e 9 della Relazione illustrativa, in cui si dice: *"Si è scelto di redigere un codice che non rinvii a ulteriori provvedimenti attuativi e sia immediatamente "autoesecutivo", consentendo da subito una piena conoscenza dell'intera disciplina da attuare. Ciò è stato possibile grazie a un innovativo meccanismo di delegificazione che opera sugli allegati al codice (legislativi in prima applicazione, regolamentari a regime). Si è cercato di scrivere un codice "che racconti la storia" delle procedure di gara, accompagnando amministrazioni e operatori economici, passo dopo passo, dalla fase iniziale della programmazione e progettazione sino all'aggiudicazione e all'esecuzione del contratto. L'indice del codice sintetizza questa storia: si inizia con i principi, si prosegue con il libro dedicato all'appalto in tutte le sue singole fasi, si finisce con i rimedi e con l'autoesecutività e, in mezzo, si dedicano due libri "autoconclusivi" a settori speciali e concessioni (dove si valorizza il partenariato pubblico privato, rendendo i contratti più solidi e aumentando la bancabilità), libri che erano oggetto di direttive autonome che sono state recepite più puntualmente, superando un rinvio incerto alle norme sugli appalti".*

Quindi un codice immediatamente applicabile, oltre che rispondente ad una duplice ratio:

- a) semplificazione;
- b) contrasto al fenomeno della così detta "burocrazia difensiva", ritenuta causa dell'inerzia e dei ritardi dell'amministrazione.

3. Le novità.

Diverse le novità del nuovo codice dei contratti pubblici.

Innanzitutto la codificazione dei principi della materia, che si articola in due titoli distinti:

a) il Titolo I, dedicato ai principi generali veri e propri (risultato, fiducia, accesso al mercato, buona fede e tutela dell'affidamento, solidarietà e sussidiarietà orizzontale, auto-organizzazione amministrativa, autonomia contrattuale, conservazione dell'equilibrio contrattuale, tassatività delle cause di esclusione, applicazione dei contratti collettivi di lavoro).

Novità di rilievo è data dal principio di risultato, affermato come capostipite all'art. 1 del codice. In particolare, ai sensi del comma 4, *“Il principio del risultato costituisce criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto”*;

b) il Titolo II, che invece codifica principi comuni a tutti i Libri del codice in materia di campo di applicazione, di responsabile unico dell'intervento pubblico e di fasi della procedura di affidamento.

Tra i punti qualificanti possono indicarsi, oltre ai principi: la nuova figura del responsabile unico del progetto, la digitalizzazione, la disciplina compiuta degli appalti sotto soglia e il superamento del sistema delle linee guida, il nuovo sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza, la disciplina dell'illecito professionale grave, la rivoluzione in tema di offerte anormalmente basse, il diverso ruolo dell'ANAC.

Inoltre:

- per i lavori si reintroduce la possibilità dell'appalto integrato senza i divieti previsti dal vecchio codice;
- si ripristina la figura del “general contractor”, cancellata dal vecchio codice;
- nel sotto soglia si adottano le procedure negoziate e gli affidamenti diretti e si pone per la prima volta una disciplina unitaria;
- si semplifica il quadro normativo del partenariato pubblico-privato;
- si introduce il cd subappalto a cascata.

Nel progetto del nuovo codice diviene centrale la digitalizzazione, che ha tre finalità:

a) attuare gli obiettivi del PNRR realizzando un sistema nazionale di *e-procurement*, volto a raccogliere le spinte di efficienza che giungono dallo sviluppo tecnologico e che rinnovino i rapporti tra amministrazioni pubbliche e operatori;

b) prevenire concretamente la corruzione. Digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti significa trasparenza, tracciabilità, partecipazione e controllo di tutte le attività, in modo da assicurare il rispetto della legalità;

c) ridurre i tempi relativi alle procedure di gara attraverso una complessiva semplificazione; tale è, per esempio, il fascicolo virtuale dell'operatore economico, istituito presso la banca dati nazionale dei contratti pubblici dell'ANAC. Nel fascicolo virtuale sono consultabili, per ciascun operatore economico, i dati e le informazioni per la verifica dei requisiti generali e speciali, con accelerazione delle procedure e semplificazione complessiva del sistema.

Tutte le attività dovranno svolgersi su piattaforme telematiche certificate, che assicurino l'interoperabilità dei servizi svolti e la confluenza delle informazioni su un'unica banca dati (la Banca dati nazionale dei contratti pubblici) che diventa, così, il collettore nazionale per gli appalti.

La previsione del termine del 1° gennaio 2024 per l'attuazione della disciplina prevista sulla digitalizzazione si pone, tra l'altro, in linea con gli obiettivi programmati in sede di PNRR.

Altra novità è quella contenuta nell'art. 38 del codice.

La disposizione introduce per la prima volta nel codice dei contratti pubblici un procedimento dedicato alla localizzazione delle opere di interesse statale, uniformando, coordinando e semplificando le previsioni contenute nel d.P.R. 18 aprile 1994, n. 383, nell'art. 13 del d.l. 28 maggio 2021, n. 76 e nell'art. 44 del d.l. 31 maggio 2021, n. 77, in conformità con i criteri e gli indirizzi della legge delega (art. 1, comma 2, lett. o).

Ulteriore novità è costituita dalla riduzione degli attuali tre livelli di progettazione a due soli livelli, rappresentati dal progetto di fattibilità tecnica ed economica e dal progetto esecutivo.

Una compiuta disciplina è dettata per la qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza. L'allegato II.4, in attuazione degli artt. 62 e 63 del codice, mette a regime il nuovo sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti inaugurato dal Protocollo di intesa tra la Presidenza del Consiglio dei ministri e l'ANAC del 17 dicembre 2021, cui ha fatto seguito la deliberazione dell'ANAC n. 441 del 28 settembre 2022.

L'art. 222 dispone il riordino e la revisione delle competenze dell'ANAC, in attuazione del criterio contenuto nell'art. 1, comma 2, lett. b), della l. delega, che ha stabilito la *“revisione delle competenze dell'Autorità nazionale anticorruzione in materia di contratti pubblici, al fine di rafforzarne le funzioni di vigilanza sul settore e di supporto alle stazioni appaltanti”*.

A tal fine, nell'art. 222 sono stati riconsiderati i poteri regolatori dell'Autorità previsti dall'art. 213 del codice precedente (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50), ma non più menzionati dalla legge delega. In particolare, non è più previsto il potere dell'ANAC di adottare le

linee guida, essendo tale potere assorbito dall'adozione della disciplina regolamentare di attuazione del nuovo codice (nella quale sono destinate a confluire le linee guida già emesse, quanto alla disciplina di dettaglio in esse contenuta). Viene poi eliminato il riferimento agli "altri strumenti di regolazione flessibile", sostituiti dalla categoria degli atti amministrativi generali.

Sono state invece mantenute in capo all'Autorità le funzioni di analisi e di verifica dell'impatto della regolamentazione ai fini del rispetto del divieto di *gold plating*. Nel quadro della riconsiderazione complessiva del ruolo dell'ANAC, sono state irrobustite le funzioni di vigilanza collaborativa da essa svolte, poiché la lett. h) del comma 3 dell'art. 222 estende il ruolo di supporto alle stazioni appaltanti, esercitato dall'ANAC mediante la stipula con le stesse di appositi protocolli d'intesa, oltre che alla predisposizione degli atti di gara e alla gestione della procedura di gara, già previste dalla lett. h) del comma 3 dell'art. 213 del d.lgs. n. 50/2016, anche alla fase dell'esecuzione del contratto.

4. Alcune novità: i principi, la nuova figura del RUP, la reintroduzione della proposta di aggiudicazione, il termine di impugnazione, il nuovo art. 120 c.p.a.

I principi generali sono 10 e vengono elencati agli artt. da 1 a 11.

Per espressa previsione normativa (art. 4), solo quelli contenuti negli artt. da 1 a 3 (principi del risultato, della fiducia e dell'accesso al mercato) hanno una portata ermeneutica generalizzata (*"Le disposizioni del codice si interpretano e si applicano in base ai principi di cui agli articoli 1, 2 e 3"*). Mentre agli altri deve essere attribuita una più generica e normale portata precettiva.

Si recepiscono alcuni principi affermati dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato e, in particolare, dall'adunanza plenaria. Si tratta di modalità non inusuale, poiché spesso in precedenza il legislatore ha legiferato principi affermati dal giudice amministrativo (ad es. in tema di procedimento amministrativo ad opera della l. 7 agosto 1990, n. 241 e di processo amministrativo da parte del c.p.a.).

Si veda l'art. 5, dal titolo *"Principi di buona fede e di tutela dell'affidamento"* che, al comma 3, dispone che, *"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"* e il comma 4 secondo cui, *"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"*.

Il RUP acquisisce una fisionomia diversa. Stesso acronimo ma differente figura e ruolo.

Oggi è un responsabile "di progetto" e non di "procedimento", con possibilità di prevedere la nomina di un "responsabile di fase".

Si tratta di un chiarimento e di una semplificazione che ha l'effetto di perimetrare le responsabilità e, anche in questo caso, allontanare la così detta "paura della firma". Difatti, l'art. 2, comma 3, del nuovo codice delimita con cura le responsabilità degli "attori" che intervengono nella realizzazione di un intervento pubblico laddove dispone: *"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"*.

Si cerca di superare la così detta burocrazia amministrativa e la paura della firma, limitando la responsabilità amministrativa e la nozione di colpa grave.

L'art. 17 del codice reintroduce la distinzione tra proposta di aggiudicazione e "aggiudicazione".

Si vedano il comma 5, secondo cui *"L'organo preposto alla valutazione delle offerte predispone la proposta di aggiudicazione alla migliore offerta non anomala. L'organo competente a disporre l'aggiudicazione esamina la proposta, e, se la ritiene legittima e conforme all'interesse pubblico, dopo aver verificato il possesso dei requisiti in capo all'offerente, dispone l'aggiudicazione, che è immediatamente efficace"* e il comma 7 per il quale, *"Una volta disposta l'aggiudicazione, il contratto è stipulato secondo quanto previsto dall'articolo 18"*.

L'art. 36 del codice mette ordine in un campo determinante, quale quello del termine entro il quale agire innanzi al giudice amministrativo. Il che costituisce, insieme ai criteri per il riparto di giurisdizione, l'a b c della tutela giurisdizionale. Obiettivo che non era stato pienamente raggiunto dall'adunanza plenaria del Consiglio di Stato la quale, con una decisione sofferta (2 luglio 2020, n. 12) date le evidenti contraddizioni normative, aveva cercato di interpretare la disciplina del termine per impugnare nella vigenza del precedente codice.

Di rilievo il comma 9 (*"Il termine di impugnazione dell'aggiudicazione e dell'ammissione e valutazione delle offerte diverse da quella aggiudicataria decorre comunque dalla comunicazione di cui all'articolo 90"*) e i commi 1 (*"L'offerta dell'operatore economico risultato aggiudicatario, i verbali di gara e gli atti, i dati e le informazioni presupposti all'aggiudicazione sono resi disponibili, attraverso la piattaforma digitale di cui all'articolo 25 utilizzata dalla stazione appaltante o dall'ente concedente, a tutti i candidati e offerenti non definitivamente esclusi contestualmente alla comunicazione digitale dell'aggiudicazione ai sensi dell'articolo 90"*) e 2 (*"Agli operatori economici collocatisi nei primi cinque posti in graduatoria"*

sono resi reciprocamente disponibili, attraverso la stessa piattaforma, gli atti di cui al comma 1, nonché le offerte dagli stessi presentate”).

Infine, il nuovo art. 120 c.p.a. come sostituito dall’art. 209 del nuovo codice.

Si segnalano le seguenti novità:

- a) la proposizione di motivi aggiunti per impugnare gli atti della medesima procedura non è soggetta al pagamento di ulteriori contributi unificati;
- b) viene chiarita la normativa in tema di decorrenza del termine di impugnazione (comma 2);
- c) la disposizione di cui al terzo periodo del comma 1 del nuovo art. 124 c.p.a., secondo cui *“Il giudice conosce anche delle azioni risarcitorie e di quelle di rivalsa proposte dalla stazione appaltante nei confronti dell'operatore economico che, con un comportamento illecito, ha concorso a determinare un esito della gara illegittimo”.*

5. Criticità.

Non mancano però alcune criticità.

Non è vero che il codice è del tutto *self-executing*.

Alcune norme, infatti, rinviano a regolamenti ministeriali e a provvedimenti di altre amministrazioni (es. l’Agid e l’ANAC).

Un nuovo *corpus* normativo ha bisogno di essere assimilato ai fini della sua corretta applicazione. Da parte di tutti i destinatari delle regole; in prima battuta le amministrazioni che le devono applicare e le parti che le devono osservare, poi, dopo, i giudici nell’ambito della risoluzione delle controversie.

Di qui il possibile shock regolatorio nei primi mesi di applicazione e il necessario decorso di tempo per un’adeguata risposta applicativa previa efficace formazione del personale amministrativo, che il previsto intervallo di tre mesi, tra l’entrata in vigore e l’efficacia, non sembra garantire.

Di qui la criticità della disciplina transitoria.

Viene stabilita l’entrata in vigore all’1 aprile 2023 e l’efficacia dall’1 luglio 2023 - con una distinzione di non facile comprensione giuridica, dovuta forse soltanto a sottolineare il rispetto dei tempi previsti dal PNRR - ma alcune norme (quali, ad es. quelle sulla digitalizzazione) sono efficaci solo dall’1 gennaio 2024. Il che vuol dire che, in via transitoria, fino al 31 dicembre 2023 continueranno ad applicarsi alcune norme del d.lgs. n. 50/2016.

Un’altra particolarità del nuovo codice riguarda la gerarchia delle fonti.

Innanzitutto sono state legiferate, con l’inserimento negli allegati al codice, tutta una serie di disposizioni contenute in atti di rango diverso (regolamenti, decreti ministeriali, linee guida, eccetera). Quindi, ora, tutto il contenuto del codice è legge.

Ma non per sempre.

Si ripetono numerose disposizioni di analogo contenuto, secondo cui si applicano le norme degli allegati ma, in sede di prima applicazione del codice, l'allegato stesso viene abrogato a decorrere dalla data di entrata in vigore di un corrispondente regolamento ministeriale (adottato ai sensi dell'art. 17, comma 3, della l. 23 agosto 1988, n. 400), che lo sostituisce integralmente anche in qualità di allegato al codice².

Ossia quanto previsto dall'allegato ora è legge. Ma la legge dispone la sua abrogazione a decorrere dalla data di entrata in vigore di un regolamento ministeriale. Il quale rimane allegato al codice ma con forza e regime diversi: non più legge, ma regolamento.

È la disintegrazione asincrona della natura giuridica del codice, che da legge diviene un misto di legge e regolamenti ministeriali, che saranno necessariamente adottati in tempi differenti e man mano, con diverse decorrenze, si inseriranno nello stesso ma con una natura diversa. Si va verso un *corpus* normativo misto, composto da legge + regolamenti *de futuro*.

Quanto ai principi, i primi tre sono in gran parte ripetizione e/o attuazione specifica dei principi generali dell'attività amministrativa, di cui all'art. 1, comma 1, della l. n. 241/1990.

I principi di tempestività, miglior rapporto possibile tra qualità e prezzo, legalità, trasparenza, concorrenza, buon andamento e correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità, affermati dall'art. 1 del codice (dal titolo "Principio di risultato") e in parte ripetuti dall'art. 3 (dal titolo "Principio dell'accesso al mercato), nonché quelli di imparzialità, non discriminazione e pubblicità di cui all'art. 3, conseguono necessariamente alla circostanza che anche i contratti pubblici sono espressione di attività amministrativa. Nella quale non solo la pubblica amministrazione, ma anche i soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative, devono assicurare il rispetto dei principi generali della stessa, che sono quelli di cui all'art. 1, comma 1, della l. n. 241/1990³.

L'art. 4 del nuovo codice prevede che *"Le disposizioni del codice si interpretano e si applicano in base ai principi di cui agli articoli 1, 2 e 3"*.

² Si veda l'art. 215, comma 1, sul Collegio consultivo tecnico (CCT), ma le norme simili nel codice sono molteplici, secondo cui:

"Per prevenire le controversie o consentire la rapida risoluzione delle stesse o delle dispute tecniche di ogni natura che possano insorgere nell'esecuzione dei contratti, ciascuna parte può chiedere la costituzione di un collegio consultivo tecnico, formato secondo le modalità di cui all'allegato V.2. Per i lavori diretti alla realizzazione delle opere pubbliche di importo pari o superiore alle soglie di rilevanza europea e di forniture e servizi di importo pari o superiore a 1 milione di euro, la costituzione del collegio è obbligatoria. In sede di prima applicazione del codice, l'allegato V.2 è abrogato a decorrere dalla data di entrata in vigore di un corrispondente regolamento adottato ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, sentito il Consiglio superiore dei lavori pubblici, che lo sostituisce integralmente anche in qualità di allegato al codice".

³ *"L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario"*.

Ma anche quelli di cui agli artt. da 5 a 11 sono principi.

E allora si tratta di principi di serie A (risultato, fiducia, accesso al mercato) e principi di serie B? Ossia una domanda sorge spontanea. Se solo i primi tre principi servono per interpretare e applicare le disposizioni del codice, gli altri principi a che servono?

La verità è che gli altri (artt. da 5 a 11) non sono principi ma specifiche discipline di dettaglio (ad es. l'art. 5 in tema di risarcimento del danno e l'art. 7 in tema di in house). Cosicché non si comprende la ragione per cui sono stati definiti come principi.

Due brevi considerazioni sui principi.

L'art. 1, comma 2, prevede che *“La concorrenza tra gli operatori economici è funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti”*.

Quindi la concorrenza non viene più considerata come un fine ma come uno strumento, funzionale alla conclusione dei contratti pubblici.

Si comprende la nuova filosofia.

Essa, tuttavia, non appare in linea con la concorrenza come delineata dal Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), per il quale rappresenta uno dei principi del diritto europeo e che, siccome diritto europeo immediatamente applicabile negli ordinamenti giuridici degli Stati membri, costituisce parametro di verifica di conformità della legislazione degli Stati membri dell'Unione. Con conseguenze sulla disapplicazione del diritto interno contrastante con il diritto europeo immediatamente applicabile e sulla patologia dei provvedimenti amministrativi.

L'art. 2, comma 1, del nuovo codice afferma solennemente il principio della reciproca fiducia⁴.

Ma una norma di principio è in grado di assicurare la fiducia nell'attività della pubblica amministrazione e in quella degli operatori economici?

La fiducia non può essere imposta ma va conquistata sul campo e segue a comportamenti razionali, efficienti e conformi a legge. Essa deve essere garantita da un sistema normativo e organizzativo che sia in grado, non solo di realizzarla, ma di creare nei destinatari dell'attività amministrativa la consapevolezza di potere confidare nell'apparato amministrativo e nei soggetti che lo rappresentano.

Non bastano quindi affermazioni di principio per assicurarne i risultati.

Infine un'altra domanda.

È stata vera semplificazione normativa?

⁴ *“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”*.

A vedere le dimensioni del codice, dei suoi allegati e delle sue disposizioni, non sembrerebbe.

Ma forse della semplificazione ce ne dobbiamo dimenticare, in una materia di per sé complessa e che ha bisogno comunque di parziali adattamenti della normativa di provenienza europea alle peculiari esigenze interne di uno Stato membro; sempre nel rispetto del divieto del *gold plating*⁵.

6. Conclusioni.

Va riconosciuto innanzitutto l'enorme sforzo compiuto dal Consiglio di Stato che, in poco più di tre mesi, è riuscito ad elaborare un nuovo codice in una materia complessa, variegata, contrastata e multilivello come quella dei contratti pubblici. In un'opera che l'Istituto ha portato avanti insieme, e in sintonia, ad altre professionalità esterne al suo ambito.

Elementi certamente positivi sono dati anche dalla centralità che assume nell'impianto del codice il "ritorno del potere" (art. 1, comma 4, art. 2, comma 1, e art. 6, comma 1, che parla di "funzione amministrativa") e il nuovo principio del risultato che, per il relativo esercizio, ne costituisce criterio prioritario.

È l'esercizio del potere amministrativo (la così detta la funzione pubblica) - della cui rilevanza ce ne eravamo in parte dimenticati - nell'ambito dei contratti pubblici che comporta di per sé l'applicazione di tutta una serie di principi [costituzionali, dell'ordinamento europeo (es. il principio di proporzionalità), della legislazione] e di regole.

Fa il suo esordio il principio del risultato (dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione) che, nel settore dei contratti pubblici e nel rispetto del principio di legalità, diviene "*criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto*" (art. 1, comma 4).

Esso rappresenta applicazione pratica della filosofia di base del PNRR. Occorre raggiungere gli obiettivi nei tempi previsti, pena la decadenza dai finanziamenti. E se l'amministrazione non è in grado di farlo con gli strumenti ordinari, si apprestano mezzi straordinari necessari alla realizzazione dei fini.

In conclusione, da un primo approccio alla nuova normativa sui contratti pubblici, due condizioni sembrano essenziali per l'effettivo realizzo della riforma del nuovo codice:

- a) la completa implementazione dell'e-procurement nei tempi previsti (31 dicembre 2023);
- b) l'effettiva qualificazione e la consistente riduzione del numero delle stazioni appaltanti (obiettivo fallito dal codice precedente).

⁵ Il divieto del *gold plating* comporta che non si possono stabilire oneri a carico degli operatori economici ulteriori rispetto a quelli previsti dalle direttive europee.

Intanto, si profila all'orizzonte la modifica delle direttive del 2014, dato l'intervallo temporale decennale di solito seguito dalle istituzioni europee nell'emanazione delle direttive nel settore dei contratti pubblici.

E allora avevamo proprio bisogno di un nuovo codice dei contratti pubblici che a breve (nel 2024) potrebbe divenire obsoleto, oppure sarebbe stato sufficiente un mero restyling dell'esistente?

A questo punto “Cosa fatta capo ha”.

Certo che non si può non pensare che il vero evento generatore del nuovo codice è stata la spinta data dal PNRR e dal conseguente e necessario raggiungimento degli obiettivi condizionali dei previsti finanziamenti europei.

Carminé Volpe

Presidente Aggiunto del Consiglio di Stato

Publicato il 19 luglio 2023