



CAMMINO DIRITTO

Rivista di informazione giuridica
<https://rivista.camminodiritto.it>



LO SVILUPPO NORMATIVO DELLA CONTRATTUALISTICA PUBBLICA

Questa analisi si sviluppa in quattro paragrafi e si focalizza sull'evoluzione normativa della contrattualistica pubblica: dal Regno d'Italia alle direttive del 2014, recepite nel D. Lgs. 50/2016.

di **Francesco Andreano**
IUS/10 - DIRITTO AMMINISTRATIVO
Articolo divulgativo - ISSN 2421-7123

Direttore responsabile
Alessio Giaquinto

Publicato, Mercoledì 7 Febbraio 2024

 Abstract ENG

This analysis is developed in four paragraphs and focuses on the regulatory evolution of public contracts: from the Kingdom of Italy to the 2014 directives, transposed into Legislative Decree 50/2016.

Sommario: 1. Dal Regno d'Italia alla Repubblica: 1.2. Lo sviluppo con le direttive comunitarie; 2. Dalla legge Merloni al primo Codice dei Contratti; 2.1. Le direttive europee del 2004; 2.2. Il recepimento delle direttive europee: il D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163; 3. L'importanza dell'anticorruzione nella Contrattualistica Pubblica; 4. Tre direttive europee per innovare l'attività contrattuale delle Pubbliche Amministrazioni; 4.1. Pandemia e PNRR; 4.2. Il nuovo Codice dei contratti pubblici.

1. Dal Regno d'Italia alla Repubblica

Già prima della proclamazione del Regno d'Italia si trovano disposizioni riguardanti la materia degli appalti pubblici. Tra queste spicca la l. n. 1483 del 1853 del Regno di Sardegna che all'art. 24 introdurrà una regola generale che sarà estesa a tutto il Regno d'Italia ovvero che “tutti i contratti nell'interesse dello stato avranno luogo mediante pubblici incanti”¹.

Di notevole importanza si ricordano, poi: la legge fondamentale sui lavori pubblici n. 2248 del 20 marzo 1965 (modificata dalla legge n. 294 del 1893); la l. 22 aprile 1869, n. 5026 e il suo regolamento R.D. 4 settembre 1870, n. 5852. Questi ultimi verranno poi sostituiti dal R.D. 17 febbraio 1884, n. 2016 e dal regolamento di cui al R.D. 4 maggio 1885, n. 3074. Il loro posto verrà successivamente preso dalla normativa sulla contabilità dello Stato (R.D. 8 novembre 1923, n. 2440 e dal relativo regolamento R.D. 23 maggio 1924, n. 827) che disciplinerà la selezione del contraente privato, la stipulazione, l'approvazione del contratto, la sua esecuzione ed infine il collaudo.

Venne deciso, ancora, di disciplinare il procedimento ad evidenza pubblica dalle norme sulla contabilità pubblica al fine di “garantire una gestione corretta ed efficiente del denaro pubblico”². La regolamentazione della materia, peraltro, era contenuta oltre che nella legislazione anche dai “capitolati generali (per il procedimento di gara) mentre nei capitolati speciali veniva regolamentato l'oggetto del singolo contratto”³.

1.2. Lo sviluppo con le direttive comunitarie

L'adozione di una lunga serie di regole formali e procedurali aveva come obiettivo quello di impedire che dilagassero la corruzione, la collusione e le infiltrazioni mafiose. E' per evitare ciò che venivano utilizzate preferibilmente "l'asta pubblica (aperta a tutti i potenziali offerenti) e la licitazione privata alla quale partecipavano solo le imprese invitate le cui offerte venivano selezionate tramite il criterio del prezzo offerto"⁴.

La farraginosità di queste procedure però contrastava con le nuove spinte europee. Sin dal 1957 con la firma del Trattato di Roma si misero le basi per la costruzione di un mercato unico in cui si dava piena libertà alla circolazione di merci, servizi e persone nei paesi aderenti (Francia, Germania Ovest, Italia, Paesi Bassi, Belgio e Lussemburgo). Vi era, pertanto, la necessità di coordinare le legislazioni dei diversi paesi aderenti alla Comunità Economica Europea (CEE) alle esigenze derivanti dalla libera circolazione del mercato europeo comune.

La direttiva 71/305 ha dato un primo impulso all'attuazione di un coordinamento tra legislazioni dei diversi paesi membri ed è stata seguita dalla direttiva 77/62 con la quale vennero regolamentati gli appalti di forniture. Un'ulteriore integrazione è stata compiuta con le direttive 89/440 e 88/295 che "estesero l'ambito di applicazione soggettivo"⁵ ed oggettivo portando a un allargamento rispetto a quanto previsto dalla direttiva anche alle concessioni di lavori. Con le direttive 90/531 e 93/38 vennero coordinate le procedure dei settori speciali (acqua, energia, servizi di trasporto e delle comunicazioni) mentre con la 92/50 si regolamentarono gli appalti di servizi.

A questa importante armonizzazione delle procedure si affiancava in Italia sin dagli anni '80 l'introduzione di disposizioni volte a prevenire la corruzione vista l'esposizione del settore a fenomeni di questo tipo. Ad integrazione delle leggi 27 dicembre 1956, n. 1423 e n. 575 del 31 maggio 1965 venne adottata la l. 13 settembre 1982, n. 646 contenente misure volte alla prevenzione della corruzione.

A queste disposizioni venne affiancata una necessaria attuazione del principio di parità di trattamento mediante l'emanazione del D.P.C.M. 10 gennaio 1991, n. 55 il quale, tramite il bando tipo, andava ad uniformare l'azione della Pubblica Amministrazione nel momento in cui si trova a redigere il bando di gara e successivamente con la determinazione con cui si specificavano i requisiti richiesti agli operatori economici.

Inoltre, con la direttiva 89/665, venne previsto che gli stati membri dovessero dotarsi di strumenti per garantire la possibilità di effettuare ricorso annullando decisioni illegittime, garantendo un risarcimento in caso di violazione delle procedure di aggiudicazione. Questa direttiva dava quindi la possibilità agli interessati di tutelarsi dalla violazione delle disposizioni comunitarie e dalle relative norme di recepimento nazionali. E' per questo

che le autorità giurisdizionali (e non) competenti a decidere sui ricorsi dovevano avere la possibilità di adottare misure per sospendere aggiudicazione e esecuzione delle decisioni adottate dalle amministrazioni aggiudicatrici.

2. Dalla legge Merloni al primo Codice dei contratti

Emergendo la collusione tra la classe politica e quella imprenditoriale (specialmente nel settore degli appalti) con lo scandalo Mani Pulite si rese necessario innovare l'intera disciplina. La reazione a questa situazione portò all'adozione della l. 11 febbraio 1994, n. 109. La necessità di dare una risposta concreta al fenomeno corruttivo obbligò le amministrazioni aggiudicatrici a fare i conti con l'applicazione di una scrupolosissima normativa.

Furono per questo necessarie diverse deroghe: il Merloni bis (legge 2 giugno 1995, n. 261), il Merloni ter (l. 18 novembre 1998, n. 415) e il Merloni quater (l. 1 Agosto 2002, n. 166). Serviva altresì una revisione completa della disciplina anche a seguito delle modifiche compiute dalla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3. In proposito, con la sent. 303/2003 la Corte Costituzionale si pronunciò in merito alla mancata elencazione dei lavori pubblici nell'art. 117 Cost specificando che non integrano una materia vera e propria, ma si qualificano sulla base dell'oggetto cui fanno riferimento quindi, di volta in volta, può essere attribuito allo Stato o alle Regioni.

2.1. Le direttive europee del 2004

Ci fu una svolta nel 2004 grazie alle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE. Con la prima si ebbe un coordinamento per i cosiddetti settori speciali (acqua, elettricità, trasporto, poste ecc). Con la seconda invece, si riunì in un unico testo la disciplina per appalti relativi a forniture, servizi e lavori per i settori ordinari. Con quest'ultima, si cercava di dare una "maggiore omogeneità, garantendo il rispetto di principi quali libera circolazione delle merci, libertà di stabilimento, libera prestazione di servizi, parità di trattamento, non discriminazione, riconoscimento reciproco, proporzionalità e trasparenza"⁶. Grazie a queste direttive vi fu l'introduzione di strumenti particolarmente flessibili.

Si ricordano nella direttiva 2004/18/CE: le procedure negoziate (art. 1 c. 11 lett. d)), l'avvalimento (art. 11), le centrali di committenza (art. 11), il dialogo competitivo (art. 29) e gli accordi quadro (art. 32). Queste norme si ponevano in netto contrasto con le leggi Merloni che avevano limitato la discrezionalità delle Pubbliche Amministrazioni. E' per questo che con il D.lgs. 20 agosto 2002, n. 190 si decise di "snellire le procedure per la realizzazione delle opere"⁷.

2.2. Il recepimento delle direttive europee: il D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163

Fu con la legge delega del 18 aprile 2005, n. 62 che si riunì “in un unico testo normativo l’intera disciplina degli appalti pubblici (e delle concessioni) nei settori ordinari e in quelli speciali...sia con riferimento alle procedure di scelta del contraente che alla fase di esecuzione del contratto”⁸.

Bisogna anche ricordare che, a seguito della Riforma del Titolo V e dell’adozione del nuovo codice, le Regioni rivendicarono per quanto riguarda i lavori pubblici e ai contratti pubblici di interesse generale la piena autonomia legislativa. La Corte ribadì anche in questo caso (come per la sent. n. 303/2003) la legislazione esclusiva statale ex art. 117, c. 2 lett. e) Cost. sulla tutela della concorrenza. Sempre nella succitata sentenza venne ribadito che la fase della procedura ad evidenza pubblica essendo riconducibile alla tutela della concorrenza potrà essere completamente disciplinata secondo limiti e modalità definite dal legislatore statale.

Vista la portata innovativa del codice che permise l’introduzione di una serie di istituti flessibili, venne approvata la legge 12 luglio 2006, n. 228 che però sospese fino al 1° febbraio 2007 alcuni istituti tra cui: “le centrali di committenza (art. 33, commi 1, 2 e 3), l’avvalimento (art. 49, comma 10), il dialogo competitivo (art. 58); gli accordi quadro (art. 59), la procedura negoziata (artt. 56 e 57) e l’appalto integrato nei settori ordinari (art. 53, commi 2 e 3)”⁹.

Per questo, la Commissione europea avviò una procedura di infrazione verso l’Italia (n. 2007/2309) ex art. 226 del Trattato CE in cui, vennero segnalate diverse “disposizioni incompatibili con le direttive comunitarie ed il mancato recepimento delle direttive 2004/17/CE (artt. 12, 35, 39 par. 2)”¹⁰. In risposta venne adottato il D.lgs. 11 settembre 2008, n. 152 che permise il recepimento di quanto evidenziato dalla Commissione europea. Infine, con la direttiva ricorsi (2007/66/CE) si migliorarono le misure di tutela per l’operatore economico contro le decisioni della Pubblica Amministrazione.

Inizialmente, queste disposizioni verranno recepite nel D.lgs. 163 del 2006 per essere poi trasposte nel D.lgs 2 luglio 2010, n. 104 (Codice del processo amministrativo). Bisogna dire però che i continui interventi al nuovo testo “(è stato modificato 52 volte) alimenteranno le aspettative degli operatori economici, delle stazioni appaltanti e dei giudici”¹¹ nella nascita di un codice normativo che disciplini organicamente la materia.

3. L’importanza dell’anticorruzione nella Contrattualistica Pubblica

Sin dal Rapporto sui principali problemi dell'amministrazione dello Stato (presentato dal Ministro della Funzione Pubblica Massimo Severo Giannini Camere nel 1979) vi era la necessità di conferire adeguati strumenti di vigilanza sui contratti pubblici. Ulteriore impulso in tal senso si ebbe con il Libro Verde del 27 novembre 1996 (Gli appalti pubblici nell'Unione Europea) il quale, sosteneva la necessità di istituire autorità indipendenti che si dedicassero alla regolazione ed alla vigilanza dei contratti pubblici. In questo filone si inserisce la legge Merloni poichè si voleva porre un freno al fenomeno della corruzione.

Tra le varie misure venne istituita l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici la cui nascita non fu immediata infatti, entrerà in funzione grazie alla legge 18 novembre 1998, n. 415 che all'art. 12 prevedeva che entrasse in funzione dal 1999.

Anche le due direttive del 2004 contenevano disposizioni relative all'istituzione di sistemi di controllo da conferire ad agenzie indipendenti. Con il loro recepimento nell'ordinamento italiano nel codice del 2006 l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici venne rinominata Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. L'estensione delle sue funzioni aveva come obiettivo quello di tutelare anche quei principi sottostanti all'affidamento e all'esecuzione dei contratti. Sulla scia di questi interventi vi saranno altri contributi legislativi.

Con la legge del 6 novembre 2012, n. 190 verranno introdotte misure di tipo preventivo al fenomeno della corruzione (Piani Triennali Anticorruzione) aumentando anche le pene per varie tipologie di reato (corruzione, concussione etc.). La presente legge sarà un impulso al futuro D.lgs. 14 marzo 2013, n. 33 (obblighi di pubblicità e trasparenza) e al D.P.R. 16 aprile 2013, n. 62 (codice comportamento dipendenti pubblici). Questo intervento normativo ha permesso una maggiore trasparenza e pubblicità nell'operato delle stazioni appaltanti.

All'art. 19 del d.l. 90/2014 venne prevista la soppressione dell'Autorità di vigilanza dei contratti pubblici (AVCP) il cui posto verrà preso dall'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC). La necessità di spingere ulteriormente sulla legalità fu dovuto soprattutto dalle inchieste del periodo (Mose di Venezia e Expo Milano). La legge 31 agosto 2013, n. 101 istituì l'ANAC che prese il posto della Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche (CIVIT). Sempre con il d.l. 90/2014 si tolse all'ANAC il controllo della performance (esercitato dal CIVIT) per conferirlo al Dipartimento per la Funzione Pubblica.

Bisogna considerare comunque la sua atipicità come autorità indipendente in quanto, ha un "ruolo centrale nel settore dell'anticorruzione (tipico della responsabilità

politico-governativa) e possiede anche poteri emergenziali e di intervento (questi ultimi tradizionalmente riservati all'ordine giudiziario)"¹². Oltre ai contratti pubblici è di sua spettanza anche la prevenzione della corruzione e su entrambe le materie ha una grande responsabilità.

Si deve però tener presente che, all'interno delle direttive europee, non si fa alcun riferimento alla possibilità di istituire un'Autorità indipendente che operi unicamente per i contratti pubblici ma a "un'autorità separata a cui demandare le funzioni di prevenzione della corruzione che permetterebbe di vigilare i contratti e supportare le stazioni appaltanti, favorendo così la positiva conclusione delle procedure di appalto"¹³.

4. Tre direttive europee per innovare l'attività contrattuale delle Pubbliche Amministrazioni

Le direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE sono state sostituite dalle tre direttive del 2014. La n. 23 fa riferimento alle concessioni, la n. 24 agli appalti pubblici mentre la n. 25 ai settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali. Al loro interno si possono trovare diverse misure riguardo a: semplificazione, tutela dell'ambiente, lotta ai cambiamenti climatici e promozione dell'inclusione sociale. Bisogna anche far presente che ci si pone l'obiettivo di tutelare le PMI (piccole e medie imprese) attraverso la riduzione dei loro oneri.

Si vuole rendere più efficiente l'intera disciplina mediante l'introduzione di strumenti più flessibili nell'aggiudicazione quali il partenariato per l'innovazione, le consultazioni preliminari di mercato o le procedure negoziate competitive. Le tre direttive del 2014 verranno recepite in un unico testo nel D.lgs 18 aprile 2016, n. 50 che sarà modificato successivamente dal D.lgs 19 aprile 2017, n. 56.

Questo codice è atto unico di recepimento delle direttive del 2014 ed è suddiviso in sei parti per un totale di 220 articoli. All'art. 30 vengono elencati i principi dell'attività contrattuale delle Pubbliche Amministrazioni che si applicano a tutti i contratti di lavori, servizi e forniture (sopra e sotto soglia comunitaria). Gli stessi principi di efficacia ed economicità sono presenti anche in costituzione all'art. 97 in cui, risultano espressione del principio di buon andamento unitamente all'efficienza.

Per l'attuazione del codice venne attribuito un ruolo importante agli "strumenti di soft law quali le linee guida di attuazione"¹⁴. Tra le novità si segnala l'introduzione del sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti, l'utilizzo come criterio ordinario di selezione quello dell'offerta economica più vantaggiosa e la possibilità di utilizzare lo strumento degli affidamenti in-house.

Seguirà qualche anno dopo il d.l. 18 aprile 2019, n. 32 (Sblocca cantieri) con cui si volevano rilanciare i contratti relativi all'edilizia pubblica snellendo le procedure relative a interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e per la ricostruzione a seguito di eventi sismici.

4.1. Pandemia e PNRR

Vista la pandemia sanitaria dovuta dalla diffusione del virus Covid-19 era necessario velocizzare le procedure di fornitura di vario materiale sanitario e di dispositivi medici per affrontare la malattia. Inoltre, andavano effettuati investimenti in risposta alle relative ricadute economiche. Per questo, si adottò il d.l. 16 luglio 2020, n. 76 convertito successivamente in l. 11 settembre 2020, n. 120. Le deroghe introdotte dalla l. 120/2020 verranno estese fino al 30 giugno 2023 grazie al decreto semplificazioni bis (d.l. 31 maggio 2021 n. 77 convertito in l. 29 luglio 2021, n. 108). Questa emergenza ha fatto affiorare diverse criticità del D.lgs. 50 del 2016 tra cui la mancata “digitalizzazione delle gare”¹⁵ che avrebbe potuto portare ad una riduzione delle tempistiche procedurali.

Queste deroghe prevedono anche l'utilizzo dei Commissari straordinari (previsti anche all'art. 4 del d.l. 32 del 18 aprile 2019 Sblocca cantieri). L'utilizzo di questa figura è “imputabile all'approccio diffidente nei confronti delle stazioni appaltanti da parte dei regolatori del settore (ANAC, AGCM, Governo, Parlamento etc.)”¹⁶ però, il loro utilizzo “come parametro ordinario renderebbe insensato mantenere in vigore il Codice dei contratti”¹⁷.

Bisogna ricordare in proposito l'art. 9 c. 1 del Decreto Semplificazioni con cui, viene conferito al Presidente del Consiglio dei Ministri l'individuazione degli interventi strutturali che per il grado di complessità progettuale richiedono la nomina di un Commissario straordinario il quale, è abilitato ad assumere direttamente le funzioni di stazione appaltante.

Ultimamente, si è poi visto un continuo impiego “dell'amministrazione commissariale”¹⁸ con la ricostruzione del ponte Morandi a Genova, con il decreto Sblocca Cantieri ed infine con il Decreto Semplificazioni. Il suo eccessivo utilizzo causa un irrigidimento delle procedure nelle quali la stazione appaltante, avendo come unico compito quello di applicare la legge, si ritrova a metterla in atto “affidando l'appalto a quel contraente che vincerà secondo canoni di legalità”¹⁹.

Bisogna però considerare che in una gara formale con molte regole dove viene compiuta

(per esempio) una complessa elencazione dei requisiti di partecipazione non viene ridotto il rischio di un'alterazione della procedura anzi, "si impedisce alle stazioni appaltanti di fare scelte flessibili e sostanzialistiche"²⁰. Inoltre, è "attraverso una complessa regolazione che si può nascondere il tentativo di favorire un operatore economico rispetto ad un altro"²¹ orientando la gara verso un soggetto in particolare.

E' quindi il caso di semplificare la normativa dando maggiore stabilità nei vari rapporti giuridici che essa stessa crea anche perché "le riforme legislative hanno tempi e costi di metabolizzazione...senza contare che gli addetti ai lavori esercitano le proprie funzioni anche tramite prassi e consuetudini consolidate"²².

La necessità di semplificare le procedure contrattuali veniva anche dal bisogno di realizzare ai sensi del d.l. n. 80 del 9 giugno 2021 convertito in l. n. 113 del 6 agosto 2021 il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR). Infatti, per il periodo 2021-2027, l'Unione Europea ha varato delle misure volte alla ripresa dell'economia. Questo pacchetto di investimenti nella cornice del Regolamento UE 2021/241 (Dispositivo di ripresa e resilienza) prevede che per erogare le risorse previste è necessario adottare riforme che permettano nelle tempistiche previste l'effettiva ripresa economica nell'Unione Europea.

Infatti, tra gli obiettivi del PNRR troviamo l'efficientamento delle Pubbliche Amministrazioni nei seguenti punti: "digitalizzazione, innovazione, competitività, cultura e turismo, rivoluzione verde e transizione ecologica, infrastrutture per una mobilità sostenibile, istruzione e ricerca, inclusione e coesione, salute"²³. Vengono inoltre "rafforzate le funzioni di Consip s.p.a. come centrale di committenza ausiliaria"²⁴.

Sarebbe stato doveroso anche investire nella "professionalizzazione delle stazioni appaltanti, specialmente nella digitalizzazione"²⁵ riducendone drasticamente il numero. Pochi ma grandi committenti pubblici sono più informati di quelli piccoli, hanno personale e strumenti con cui gestire contratti complessi utilizzando procedure flessibili ed innovative (per esempio il dialogo competitivo) che "permettano all'amministrazione di apprendere e migliorare le informazioni iniziali nel corso di procedura"²⁶.

Un elevato know how da parte delle amministrazioni aggiudicatrici e dei suoi funzionari aiuterebbe a compiere scelte più consapevoli nella selezione delle offerte, portando alla realizzazione di economie di scala. Bisogna anche dire che una riduzione delle stazioni appaltanti "garantirebbe un maggiore controllo riducendo gli elementi in cui la corruzione si annida"²⁷. Infine, venne previsto che entro giugno 2021 un disegno di legge delega sia presentato in Parlamento (e precisamente verrà adottato dal Governo il 30 giugno 2021) per dare una riforma sistematica alla contrattualistica pubblica.

Per concretizzare gli obiettivi previsti dal PNRR garantendone un costante monitoraggio le Pubbliche Amministrazioni sono state dotate del PIAO (Piano Integrato di Attività e di Organizzazione), uno strumento volto alla programmazione ed alla semplificazione degli adempimenti richiesti. Ha durata triennale e verrà aggiornato annualmente. Dal 30 giugno 2022 assorbe diversi piani che annualmente le Pubbliche Amministrazioni dovevano predisporre riguardo a: performance, fabbisogni del personale, parità di genere, lavoro agile, anticorruzione.

Riguardo quest'ultimo aspetto, il piano triennale di prevenzione della corruzione e della trasparenza è stato “meramente travasato all'interno del PIAO deludendo tutti coloro che vedevano nel PNRR un'opportunità di riforma trasversale in materia di anticorruzione”²⁸. Peraltro, dall'art. 6 c. 7 del d.l. 80/2021 l'ANAC mantiene l'applicazione della sanzione prevista all'art. 10 c. 5 del d. lgs n. 150 del 2009 nel caso di mancata adozione del PIAO (salve le sanzioni di cui all'art. 19, comma 5 lett. b) del d.l. n. 90/2014) mentre il Dipartimento della funzione pubblica vista la competenza nell'adottare il PIAO tipo e nel vigilare alla sua adozione da parte delle amministrazioni pubbliche, sembra invece ottenere un potere regolatorio sulla trasparenza e l'anticorruzione.

I poteri di vigilanza e sanzione rimangono ad ANAC. “Sembra che il modello di prevenzione dei fenomeni corruttivi affidato a soggetti indipendenti ed esterni (ANAC)...sia sostituito con un altro concentrato su controlli interni alla macchina amministrativa”²⁹. L'interpretazione è comprovata dal fatto che dopo essere stato adottato dalla Pubbliche Amministrazioni queste lo trasmettano al Dipartimento della funzione pubblica. A questo punto bisogna capire se l'ANAC, successivamente ad una riforma degli appalti, possa diventare una sorta di “Centrale di committenza ausiliaria che dia supporto tecnico operativo alle amministrazioni”³⁰.

4.2. Il nuovo Codice dei Contratti Pubblici

Visto l'incredibile ammontare di risorse assegnato all'Italia per uscire dalla recessione e per evitare un incremento del debito pubblico a causa della pandemia sanitaria di Covid-19, è necessario utilizzare procedure che “permettano una maggiore affidabilità nelle prestazioni contrattualizzate...bisogna creare un contesto flessibile, facilmente adattabile e sinergico su tutta la filiera dei soggetti pubblici e privati che saranno coinvolti nell'esecuzione dei singoli progetti”³¹. E' in questo contesto che il Consiglio dei Ministri approvò (in esame preliminare) il 16 dicembre 2022 un decreto legislativo di riforma dei contratti pubblici in attuazione della l. 21 giugno 2022, n. 78 che conteneva al suo interno una delega al Governo in materia di contratti pubblici.

Vengono previsti “tre super principi prevalenti e sovraordinati rispetto agli altri principi generali”³²: quelli del risultato, della fiducia e dell’accesso al mercato. Questi, sono criteri interpretativi e applicativi dell’intero codice. Il principio di risultato riguarda sia l’affidamento che l’esecuzione del contratto. Queste fasi, devono essere gestite con la massima tempestività e con il miglior rapporto possibile tra qualità e prezzo rispettando i principi di legalità, concorrenza e trasparenza. Il suo perseguimento costituisce “nuovo baricentro normativo e culturale”³³. Inoltre, diventa funzionale nell’esercizio della discrezionalità per la valutazione delle responsabilità e per il conferimento di incentivi ai funzionari.

Non di minore importanza è il principio della fiducia da parte della Pubblica Amministrazione e dei funzionari che operano al suo interno e da parte degli operatori economici. Favorisce l’iniziativa dei funzionari pubblici, valorizzandola specialmente nell’acquisizione e nell’esecuzione delle prestazioni secondo il principio di risultato. Per promuovere questo principio le stazioni appaltanti investono sulle capacità professionali dei propri dipendenti, garantendo a loro un’adeguata copertura assicurativa dai rischi. Per tutelarli con questo nuovo orientamento all’art. 2 c. 3 del nuovo codice viene circoscritta la colpa grave, rimuovendo “le incertezze interpretative derivanti dal labile confine della colpa lieve o grave”³⁴.

Un altro importante principio è quello del libero accesso al mercato degli operatori economici. Questo, deve essere regolamentato in modo imparziale e non discriminatorio, rispettando gli obblighi di pubblicità, trasparenza e proporzionalità garantendo altresì la concorrenza. Così facendo, si garantiscono effettivamente pari opportunità di partecipazione alle procedure di scelta del contraente. All’art 4 del nuovo codice questi principi ricevono l’investitura di “criterio interpretativo” delle disposizioni dell’intero codice.

Tra i principi generali è utile citare l’art. 5 avente valenza pre-contrattuale. Durante lo svolgimento delle procedure di gara, sia la stazione appaltante che l’operatore economico, agiscono in buona fede rispettando e garantendo la tutela dell’affidamento. La responsabilità precontrattuale ricade sull’amministrazione per violazione dei canoni di correttezza e buona fede qualora l’operatore economico abbia maturato un ragionevole affidamento nella stipula del contratto (Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 29.11.2021 n. 21). Nonostante l’agire autoritativo ed impersonale della Pubblica Amministrazione la sua attività contrattuale si inserisce nelle trattative prenegoziali pertanto, è obbligata a rispettare il principio di buona fede ai sensi dell’art. 1337 del codice civile.

Un ulteriore elemento da considerare è la digitalizzazione che viene applicata all’intero ciclo di vita dei contratti la quale, assieme alla trasparenza ed alla qualificazione delle

stazioni appaltanti, permette di prevenire ulteriormente il rischio di fenomeni corruttivi.

Inoltre, per il principio dell'unicità dell'invio (once only) non vengono richiesti agli operatori economici dati e informazioni già in possesso dalle stazioni appaltanti oppure che possono essere acquisiti mediante l'accesso a banche dati pubbliche. Tutte le attività connesse all'intero ciclo di vita dei contratti vengono svolte con la strumentazione in possesso delle stazioni appaltanti (piattaforme e servizi digitali infrastrutturali).

Infine, i soggetti titolari delle banche dati dovranno adottare i propri regolamenti per abilitare l'accesso digitale alle informazioni disponibili in modo automatico. Il nuovo codice è entrato in vigore il 1° aprile 2023 e si applicherà a tutti i nuovi procedimenti. Dal 1° luglio invece, vi è stata l'abrogazione del D.lgs. 50 del 2016 e la nuova normativa riguarderà anche tutti i procedimenti in corso.

Riguardo ad ulteriori sviluppi della materia ci si chiede se non sia il caso, vista "l'elevata responsabilità politica scaricata su ANAC"³⁵, di farle abbandonare le funzioni di prevenzione della corruzione (che andrebbero ad una Autorità separata). In proposito bisogna però ricordare l'opacità presente sul tema (e qui mi collego a quanto illustrato nel precedente paragrafo) perché, ai sensi dell'art. 6 c. 1 della l. n. 190/2012, permangono in capo ad ANAC delle competenze (il potere sanzionatorio per la mancata adozione del PIAO rimarrebbe al Dipartimento per la funzione pubblica) mantenendo le sanzioni ex art. 19 del d.l. n. 90/2014.

Vista la complessa situazione in merito al riparto di funzioni tra ANAC e Dipartimento della Funzione Pubblica sarebbe opportuno prima definire concretamente il perimetro dell'anticorruzione, essendo una materia inscindibile da quella dei contratti pubblici, procedendo successivamente a potenziare l'ANAC in termini di risorse economiche e strumentali. In proposito, si evidenzia che, con la futura approvazione del nuovo codice, l'ANAC manterrà le funzioni di verifica e analisi di impatto del codice per garantire il divieto di gold plating inoltre, potrà stipulare con le stazioni appaltanti appositi protocolli di intesa per la predisposizione degli atti, nella gestione della procedura e nell'esecuzione del contratto. La stessa vigilanza sui contratti non sarà limitata al rispetto del principio dell'economicità dei contratti (evitando quindi possibili danni all'erario) ma è stata estesa vigilando i contratti pubblici tout court.

Infine, per dare un nuovo slancio alla contrattualistica pubblica è necessario ridurre il numero delle stesse garantendo loro una adeguata capacità tecnica.

Bisogna anche dire che l'instabilità normativa non ha dato adeguate certezze: si sono compiuti 223 modifiche al D.lgs 163/2006 mentre il D.lgs 50/2016 è stato modificato 140

volte. E' molto complicato programmare le proprie attività in un contesto di questo tipo visto che causa confusione sia alla Pubblica Amministrazione sia agli operatori economici per questo, bisogna puntare sulla stabilità normativa e sulla semplificazione “che dovranno garantire l'efficientamento della contrattualistica pubblica”³⁶.

Per adesso è troppo presto per fare previsioni sul D.lgs. 36 del 2023, vedremo in futuro se quest'ultimo codice saprà dare quella solidità necessaria per gestire nel miglior modo possibile le nuove procedure di gara fin dalla loro programmazione.

Note e riferimenti bibliografici

- 1S. Fantini e H. Simonetti, *Le basi del diritto dei contratti pubblici*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2019, p.6;
- 2M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Il Mulino, Bologna, 2017, p. 430;
- 3S. Fantini e H. Simonetti, *Op. cit.*, p.7;
- 4M. Clarich, *Op. Cit.*, p. 430;
- 5Con le direttive degli anni '70 con il termine amministrazione aggiudicatrice si consideravano tali solamente lo Stato e gli enti territoriali comportando l'esclusione degli altri enti pubblici e dei soggetti privati investiti di compiti pubblici;
- 6M. Clarich, G. Fidone, G. Fonderico (a cura di) (a cura di), *Commentario al Codice dei Contratti Pubblici*, G. Giappichelli Editore, 2019, p. 14;
- 7M. Clarich, G. Fidone, G. Fonderico (a cura di), *Op. cit.*, p. 14;
- 8F. Mastragostino (a cura di), *Diritto dei Contratti Pubblici*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2019, p. 7;
- 9M. Clarich, G. Fidone, G. Fonderico (a cura di), *Op. cit.*, p. 18;
- 10M. Clarich, G. Fidone, G. Fonderico (a cura di), *Op. cit.*, p. 19;
- 11F. Cusano, *La recente torre di Babele dei contratti pubblici: la pace sol cercando io vo'*, in www.federalismi.it, n. 32/2020, p. 45;
- 12F. Mastragostino (a cura di), *Op. cit.*, p. 39;
- 13F. Cusano, *Op. Cit.*, p. 70;
- 14R. Dipace, *Manuale dei contratti pubblici*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2021, p. 72;
- 15Prevista dagli artt. 44 e 54-58 del D.lgs 50/2016;
- 16F. Cusano, *Op. cit.*, p. 42;
- 17F. Cusano, *Op. cit.*, p. 43;
- 18Art. 214, c. 4 D.lgs 50/2016 e art. 4 l. n. 55/2019;
- 19F. Cusano, *Op. cit.*, p. 72;
- 20Ibidem;
- 21Ibidem;
- 22F. Cusano, *Op. cit.*, p. 74;
- 23C. Ascani, *L'impatto del PNRR nell'ambito dell'anticorruzione*, in www.journals.uniurb.it, Vol 72 n. 3-4, 2022, 187;
- 24R. Dipace, *Op. cit.*, p. 74;
- 25N. Parisi e D. Rinoldi, *L'attuazione del PNRR italiano: spunti di riflessione sull'architettura euro-nazionale in materia (anche se per riflettere c'è ben poco tempo ormai)*, in www.rivista.eurojus.it, n. 3/2021, p. 86;
- 26M. Clarich, Fidone G., Fonderico G. (a cura di), *Op. cit.*, p. 19;

- 27F. Cusano, Op. cit., p. 68;
- 28C. Ascani, Op. cit., 207;
- 29C. Ascani, Op. cit., 208;
- 30C. Benetazzo, Gli appalti pubblici nel PNRR tra semplificazione e prevenzione della corruzione, in www.federalismi.it, n. 29/2021, pp. 133;
- 31N. Parisi e D. Rinoldi, Op. cit., p. 91;
- 32A. Massari, Il nuovo codice dei contratti pubblici 2023 bollinato dalla ragioneria dello Stato, Maggioli editore, Santarcangelo di Romagna, Febbraio 2023, p. 51;
- 33A. Massari, Op.cit., p. 21;
- 34A. Massari, Op.cit., p. 58;
- 35F. Cusano, Op. cit., p. 70;
- 36F. Cusano, Op. cit., p. 76.

Bibliografia

- A. Massari, Il nuovo codice dei contratti pubblici 2023 bollinato dalla ragioneria dello Stato, Maggioli editore, Santarcangelo di Romagna, Febbraio 2023;
- Associazione Nazionale Comuni Italiani (ANCI), Appalti e regole contabili per il PNRR, I Quaderni, n. 32/2022;
- C. Ascani, L'impatto del PNRR nell'ambito dell'anticorruzione, in www.journals.uniurb.it, Vol 72 n. 3-4, 2022, 187-208;
- C. Benetazzo, Gli appalti pubblici nel PNRR tra semplificazione e prevenzione della corruzione, in www.federalismi.it, n. 29/2021, pp. 121-134;
- F. Cusano, La recente torre di Babele dei contratti pubblici: la pace sol cercando io vo', in www.federalismi.it, n. 32/2020, pp. 36-76;
- F. Mastragostino (a cura di), Diritto dei Contratti Pubblici, G. Giappichelli Editore, Torino, 2019;
- M. Clarich, G. Fidone, G. Fonderico (a cura di), Commentario al Codice dei Contratti Pubblici, G. Giappichelli Editore, Torino, 2019, pp. 3 – 65;
- M. Clarich, Manuale di diritto amministrativo, Il Mulino, Bologna, 2017, pp. 429-452;
- N. Parisi e D. Rinoldi, L'attuazione del PNRR italiano: spunti di riflessione sull'architettura euro-nazionale in materia (anche se per riflettere c'è ben poco tempo ormai), in www.rivista.eurojus.it, n. 3/2021, pp. 81-109;
- P. Bonacci, Il riordino normativo nel settore degli appalti di opere pubbliche, in Bollettino di informazioni costituzionali e parlamentari, n. 1/3 del 1995;
- R. Dipace, Manuale dei contratti pubblici, G. Giappichelli Editore, Torino, 2021;
- S. Fantini e H. Simonetti, Le basi del diritto dei contratti pubblici, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2019;

* Il simbolo {https/URL} sostituisce i link visualizzabili sulla pagina:
<https://rivista.camminodiritto.it/articolo.asp?id=10227>