

Documento Gruppo di lavoro AIPDA

LA RIFORMA DEI CONTRATTI PUBBLICI *(D. LGS. 36/2023)*

A CURA DI FRANCESCO MANGANARO, NINO PAOLANTONIO E FABRIZIO TIGANO



**MESSINA
UNIVERSITY
PRESS**

Documento Gruppo di lavoro AIPDA

LA RIFORMA DEI CONTRATTI PUBBLICI
(D. LGS. 36/2023)

A CURA DI FRANCESCO MANGANARO, NINO PAOLANTONIO E FABRIZIO TIGANO



Questa edizione digitale dell'opera è rilasciata con licenza Creative Commons Attribution 4.0 - CC-BY-NC-ND, il cui testo integrale è disponibile all'URL: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>



ISBN 979-12-80899-08-8

DOI 10.13129/979-12-80899-08-8

© L'autore per il testo, 2024

© Messina University Press per la presente edizione

Pubblicato da:

Messina University Press

Piazza Pugliatti, 1 - 98121 Messina

Sito web: <https://messinaup.unime.it/>

Prima edizione: febbraio 2024

Questo volume è stato sottoposto a un processo di revisione esterno sotto la responsabilità del Comitato editoriale e del Consiglio direttivo della casa editrice. Le opere pubblicate vengono approvate dal Consiglio direttivo sulla base della valutazione del Comitato editoriale e devono essere conformi al Codice etico della casa editrice.

Le edizioni digitali online sono pubblicate in Open Access
su: <https://messinaup-pubblicazioni.unime.it/index.php/mup>

PRESENTAZIONE DEL LAVORO

PARTE I

LIBRO I – TITOLO I

I PRINCIPI GENERALI

Brevi osservazioni sul principio della fiducia nel Codice dei contratti
Principio di buona fede
L'auto organizzazione e l'*in house providing* nel nuovo Codice (art. 7)
Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale
La conservazione dell'equilibrio contrattuale: questioni aperte
L'innovazione nel Codice dei contratti

LIBRO I – TITOLO II

L'AMBITO DI APPLICAZIONE, IL RESPONSABILE UNICO E LE FASI DELL'AFFIDAMENTO

La struttura bifasica dei contratti pubblici
Contratti pubblici e concordato tra “vecchio” e “nuovo” Codice
Autonomie territoriali speciali e contratti pubblici

PARTE II

DELLA DIGITALIZZAZIONE DEL CICLO DI VITA DEI CONTRATTI

La digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti pubblici

LIBRO II - PARTE II

DEGLI ISTITUTI E DELLE CLAUSOLE COMUNI

La disciplina sulle clausole sociali nel d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36
La disciplina sulle clausole ambientali

**TITOLO IV - CAPO II
I REQUISITI DI ORDINE GENERALE**

Grave illecito professionale (art. 98, d.lgs. 36/2023)

**PARTE VI
DELL'ESECUZIONE**

Il Subappalto

**LIBRO IV
DEL PARTENARIATO PUBBLICO-PRIVATO
E DELLE CONCESSIONI**

**PARTE II
DEI CONTRATTI DI CONCESSIONE**

**La disciplina del partenariato pubblico-privato
e il contratto di concessione**

**LIBRO V- PARTE I - TITOLO I
I RICORSI GIURISDIZIONALI**

Le novità in tema di contenzioso

NOTIZIE SUGLI AUTORI E SUI CURATORI

Gaetano Armao, Professore associato di Diritto amministrativo, Università di Palermo, Dipartimento di Scienze Politiche e delle Relazioni internazionali

Giulia Avanzini, Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università di Pavia, Dipartimento di Giurisprudenza

Antonio Bartolini, Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università di Perugia, Dipartimento di Giurisprudenza

Gian Franco Cartei, Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università di Firenze, Dipartimento di Scienze Giuridiche

Edoardo Caruso, Ricercatore t.d. di Diritto amministrativo, Università di Ferrara, Dipartimento di Giurisprudenza

Annalisa Giusti, Professore associato di Diritto amministrativo, Università di Perugia, Dipartimento di Giurisprudenza

Giovanni Fabio Licata, Professore associato di Diritto amministrativo, Università di Catania, Dipartimento di Giurisprudenza

Sebastiano Licciardello, Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università di Catania, Dipartimento di Giurisprudenza

Antonietta Lupo, Professore associato di Diritto amministrativo, Università di Messina, Dipartimento di Scienze Politiche e Giuridiche

Francesco Manganaro, Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università Mediterranea di Reggio Calabria, Dipartimento di Giurisprudenza, Economia e Scienze umane.

Carola Pagliarin, Professore associato di Diritto amministrativo, Università di Padova, Dipartimento di Diritto Pubblico, Internazionale e Comunitario

Nino Paolantonio, Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università di Roma Tor Vergata, Dipartimento di Giurisprudenza

Maria Alessandra Sandulli, Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università di Roma Tre, Dipartimento di Giurisprudenza

Sara Spuntarelli, Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università di Camerino, Scuola di Giurisprudenza

Marco Tiberii, Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università della Campania "L. Vanvitelli", Dipartimento di Economia

Fabrizio Tigano, Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università di Messina, Dipartimento di Scienze Politiche e Giuridiche

Francesco Tuccari, Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università del Salento, Dipartimento di Scienze Giuridiche

PRESENTAZIONE DEL LAVORO

Francesco Manganaro, Nino Paolantonio e Fabrizio Tigano

Il Presidente ed il Consiglio direttivo dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo (AIPDA) hanno, in questi ultimi anni, organizzato gruppi tematici al fine di approfondire alcune specifiche questioni di interesse generale e di riportarne gli esiti nei contesti scientifici e nelle sedi istituzionali.

Il Gruppo di studio sui contratti pubblici si è insediato nel marzo 2023, a seguito dell'approvazione del d.lgs. 31 marzo 2023 n. 36 "Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022 n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici", pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 77 del 31 marzo 2023 n. 12.

Il coordinamento del Gruppo è stato assegnato ai professori Alfredo Contieri, Nino Paolantonio e Fabrizio Tigano, componenti del Consiglio direttivo AIPDA.

Vi hanno aderito, oltre ai coordinatori, i seguenti professori: Gaetano Armao, Giulia Avanzini, Antonio Bartolini, Cina Franco Cartei, Edoardo Caruso, Annalisa Giusti, Giovanni Fabio Licata, Sebastiano Licciardello, Antonietta Lupo, Carola Pagliarin, Anna Romeo, Maria Alessandra Sandulli, Sara Spuntarelli, Marco Tiberii, Francesco Tuccari.

La prima fase dei lavori si è conclusa, riservandosi ulteriori approfondimenti nel prosieguo, il 6 luglio 2023. I contributi sono stati successivamente collazionati dai coordinatori in modo da rendere per quanto possibile omogeneo il risultato complessivo.

L'obiettivo che il Presidente ed il Direttivo Aipda si sono prefissi è, anzitutto, quello di fornire un contributo agli studi sulla riforma dei contratti pubblici, la cui entrata in vigore era già prevista per il mese di luglio 2023, in modo da consentire, da un lato, l'apertura di un confronto più diretto tra Accademia e Giurisprudenza, dall'altro, di offrire al legislatore, in sede di (probabili, anzi annunciati) correttivi, elementi sui quali riflettere ed operare. L'iniziativa, dunque, lungi dall'assumere essa stessa il carattere di "correttivo" o di mera critica all'operato della Commissione all'uopo istituita – cui, comunque, va dato atto di aver esitato un *corpus* normativo di riforma ricco di novità interessanti (alcune pienamente condivisibili, altre forse da rimeditare) nonostante gli strettissimi

tempi della delega – è essenzialmente animata dall'intento di fornire un contributo utile e costruttivo al dibattito suscitato dalla recente novella legislativa. Proprio per questa ragione, fin da subito, nel Gruppo è emersa la volontà, unanimemente condivisa, di non indulgere in eccessivo dettaglio e, allo stesso tempo, di non redigere una sorta di commentario al d.lgs. n. 36/2023.

Come risulta chiaramente dalla lettura dei contributi non vi è una pretesa di organicità, avendo ritenuto preferibile operare per tassonomie, esaminando criticamente e approfonditamente singoli aspetti che ciascun componente (dopo un intenso, proficuo e collaborativo confronto all'interno del Gruppo di lavoro) ha ritenuto meritevole di essere approfondito.

Queste precisazioni spiegano le inevitabili lacune del testo: si tratta di una scelta preliminare di metodo che ha consentito di essere quanto più possibile tempestivi e, soprattutto, di evitare di ribadire fatti già noti ed acclarati, non meritevoli di essere segnalati in questo contesto.

Ciò spiega anche la struttura dell'indice: i contributi sono collocati all'interno delle singole aree del Codice in modo che il lettore abbia, anche visivamente, l'immediata percezione dei Titoli e delle Sezioni cui si riferiscono.

Siamo lieti di poter ora pubblicare questo lavoro (grazie alla sollecita opera della Messina University Press), consapevoli che si può sempre far di meglio, ma certi di avere svolto un lavoro collegiale significativo, che costituisce dichiaratamente l'esito di una prima riflessione proveniente dall'Accademia e, per essa, dall'Associazione che rappresenta in sede nazionale i professori di diritto amministrativo.

Si tratta – a nostro avviso – di un contributo meritevole di attenzione non solo perché frutto dell'impegno di studiosi di rilevanza nazionale di diritto pubblico amministrativo, ma anche perché costituisce espressione di un'apposita iniziativa maturata in seno all'AIPDA, che ha registrato ampia condivisione e partecipazione e attraverso la quale l'Associazione, in linea con i suoi fini istituzionali, si inserisce a pieno titolo tra i soggetti interessati e legittimati a discutere le trame di una riforma che si annuncia di grande impatto e di cui si discuterà ancora a lungo.

PARTE I
LIBRO I – TITOLO I
I PRINCIPI GENERALI

Brevi osservazioni sul principio della fiducia nel Codice dei contratti

Principio di buona fede

L'auto organizzazione e l'*in house providing* nel nuovo Codice (art. 7)

Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale

La conservazione dell'equilibrio contrattuale: questioni aperte

L'innovazione nel Codice dei contratti

BREVI OSSERVAZIONI SUL PRINCIPIO DELLA FIDUCIA NEL CODICE DEI CONTRATTI

Carola Pagliarin

1. La formulazione del principio della fiducia è una delle più vistose novità del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, e, congiuntamente al principio del risultato, viene posta come pilastro della struttura del nuovo Codice, che si apre, al libro primo, con la formulazione di articolati e numerosi principi generali.

Nel quadro di un codice che si vorrebbe breve e organico l'individuazione di una serie di principi generali serve non solo per avere criteri di interpretazione degli articoli contenuti nel Codice stesso, ma anche per coprire vuoti normativi e frammentazioni in sede applicativa, con una rinnovata fiducia nella capacità di scelta delle pubbliche amministrazioni¹. Realisticamente, e al di là dei tentativi di semplificazione, la consapevolezza della complessità della disciplina, ha portato il legislatore, attraverso la previsione di principi generali, ad innestare nella intricata disciplina di settore alcune coordinate che valessero da orientamento per gli interpreti².

La previsione di principi generali e del principio della fiducia, in particolare, è agevolmente riconducibile alla volontà del legislatore di incoraggiare le stazioni appaltanti a ricorrere alla discrezionalità e allo spazio valutativo di tipo tecnico, con un deciso cambio di paradigma rispetto al precedente Codice e alla sua applicazione³.

La chiara *ratio* sottesa alla scelta del Codice, dunque, è quella di superare l'impostazione della precedente disciplina sui contratti pubblici,

¹ M. R. SPASIANO, *Codificazione di principi e rilevanza del risultato*, in C. CONTESSA – P. DEL VECCHIO (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2023, 49.

² Come osserva F. CINTIOLI, *Il principio del risultato nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in www.giustiziaamministrativa.it.

³ M. RAMAJOLI, *I principi generali*, in C. CONTESSA – P. DEL VECCHIO (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, cit., 45 s.

fondata sulle finalità di prevenzione e contrasto alla corruzione⁴, per approdare a norme improntate alla fiducia nelle amministrazioni, nei funzionari e negli operatori economici.

In questo contesto, la codificazione del principio della fiducia reciproca assume, in ultima analisi, soprattutto una forte valenza simbolica e un significato di tipo culturale⁵.

Come si legge nella relazione di accompagnamento al Codice «[o]gni conferimento di potere (specie se di natura discrezionale) presuppone, infatti, la fiducia dell'ordinamento giuridico verso l'organo destinatario dell'attribuzione: esplicitare a livello normativo questo presupposto culturale e giuridico promuove il senso di appartenenza della Amministrazione allo Stato-comunità, scongiura l'inerzia, valorizza la capacità e orienta verso il rispetto della legalità sostanziale».

L'idea di fondo è che i principi generali consentano l'elasticità indispensabile per l'esercizio di un potere autenticamente discrezionale funzionalizzato all'affidamento dei contratti e della loro esecuzione rispondente agli interessi della comunità.

La citata relazione di accompagnamento al Codice evidenzia come i principi generali abbiano una funzione ordinante e nomofilattica.

In particolare, essi esprimono «valori e criteri di valutazione immanenti all'ordine giuridico», «costituiscono il fondamento giuridico della disciplina considerata», si caratterizzano per «una prevalenza di contenuto deontologico in confronto con le singole norme», presentano «una funzione genetica (nomogenetica) rispetto alle singole norme», oltre che «di completezza dell'ordinamento giuridico e di garanzia della tutela di interessi che altrimenti non troverebbero adeguata sistemazione nelle singole disposizioni».

Naturalmente, la relazione nei passaggi ora riportati richiama, in modo necessariamente sintetico, concetti tutt'altro che piani e condivisi nella complessa storia degli studi di teoria generale dedicati ai principi⁶.

Del resto, il ricorso ai principi generali presenta note criticità: si pensi – solo per fermarsi ad alcune delle principali questioni che si sono poste –

⁴ Sul punto si vedano le osservazioni di G. NAPOLITANO, *Committenza pubblica e principio del risultato*, Relazione al Convegno “Il nuovo Codice degli Appalti”, Avvocatura dello Stato, Roma, 27 gennaio 2023.

⁵ Come sottolinea M. RAMAJOLI, *I principi generali*, in C. CONTESSA – P. DEL VECCHIO (a cura di), *Codice dei contratti pubblici* cit., 48.

⁶ In tema ci si limita qui a rinviare a G. ALPA, *I principi generali*, Giuffrè, Milano, 2023.

alla stessa definizione del concetto di principio, per nulla univoca e indiscussa, alla incerta distinzione tra regole e principi, alla identificazione dei diversi principi, che a volte si congiungono e si confondono tra loro, alla funzione svolta. La stessa relazione al Codice evoca gli spettri che classicamente si agitano quando si ragiona dell'uso dei principi generali, ricordando che quando si fa un "uso inappropriato e ripetitivo" di questi ultimi, tale da sconfinare in un vero e proprio abuso, si rischia di attribuire al giudice un eccessivo potere interpretativo e, conseguentemente, di erodere certezza del diritto e prevedibilità delle soluzioni giudiziali delle controversie.

Quanto al complesso rapporto tra principi, in questa sede ci si può limitare a ricordare come nessun principio generale possa essere del tutto assolutizzato e come, nel concreto l'interprete e, infine, il giudice, sia chiamato ad operare un costante bilanciamento e temperamento tra principi, anche potenzialmente divergenti⁷. In questa prospettiva, dunque, va letto l'art. 4 del Codice, in forza del quale tutte le disposizioni del medesimo si interpretano e si applicano in base ai principi del risultato, della fiducia e dell'accesso al mercato. Per quanto la disposizione assegni un ruolo peculiare ai citati principi, essa implica, comunque, che vadano temperati e considerati all'interno del Codice stesso e che nessuno possa giungere a sacrificare il nucleo essenziale di un principio potenzialmente antitetico⁸.

Ad ogni modo, per limitare le insidie che l'utilizzo dei principi generali porta con sé il Codice in più parti detta norme che vanno a precisare, in contenuti concreti, alcuni principi, evidentemente ampi.

Del resto, lo stesso principio della fiducia, dopo le affermazioni di esordio di portata più generale e, in qualche modo, programmatica, viene a specificarsi in norme di maggiore dettaglio, soprattutto nei commi 3 e 4, oggetto delle osservazioni che saranno successivamente svolte.

⁷ In tema P. PERLINGERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2020, II, 406 s.

⁸ Infatti, l'art. 1, comma 1, precisa che il principio del risultato – e quindi l'affidamento del contratto e la sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo – deve essere perseguito dalle stazioni appaltanti e dagli enti concedenti nell'osservanza del principio di legalità, oltre che di trasparenza e di concorrenza.

2. Il rinnovo della matrice culturale sottostante all'utilizzo dei principi a cui si è fatto riferimento trova esplicazione nel comma 1 dell'art. 2 del Codice, dove si afferma che l'attribuzione e l'esercizio del potere nel settore dei contratti pubblici trova il suo stesso fondamento nel principio della reciproca fiducia nell'azione dei funzionari pubblici e degli operatori economici.

Come si legge nella relazione illustrativa, «si tratta di un segno di svolta rispetto alla logica fondata sulla sfiducia (se non sul “sospetto”) per l'azione dei pubblici funzionari, che si è sviluppata negli ultimi anni, anche attraverso la stratificazione di interventi normativi non sempre coordinati tra loro, e che si è caratterizzata da un lato per una normazione di estremo dettaglio, che mortificava l'esercizio della discrezionalità, dall'altro per il crescente rischio di avvio automatico di procedure di accertamento di responsabilità amministrative, civili, contabili e penali che potevano alla fine rivelarsi prive di effettivo fondamento».

Sin dai suoi articoli di apertura, dunque, il nuovo Codice mira a superare i fenomeni della “burocrazia difensiva” e della “paura della firma”, che in concreto vengono individuati in condotte inerti, omissive, dilatorie, oppure in condotte standardizzate o cautelative, dominate da un eccesso di precauzione. Peraltro, la crescita di questi atteggiamenti, della cui portata invero si discute molto in termini non sempre riconducibili a canoni scientifici, è stata associata alla tendenza del legislatore a dettare la disciplina di settore in ragione degli aspetti patologici piuttosto che di quelli fisiologici. Del resto, come si è prima ricordato, l'intera normazione degli ultimi anni si è sostanzialmente incentrata sull'obiettivo primario della prevenzione e del contrasto alla corruzione, il cui presupposto è una sorta di immanente e strutturale sfiducia negli operatori economici e in chi agisce per le stazioni appaltanti.

Proprio il paradigma “sfiduciario” (di antichissima e illustre tradizione, a dire il vero) è posto a base dell'applicazione della – ampiamente utilizzata – tecnica normativa finalizzata a dettare una disciplina estremamente analitica e minuziosa dell'esercizio dell'attività amministrativa. Il fine della citata tecnica è ridurre ogni apprezzabile spazio di discrezionalità, mentre l'effetto è, inevitabilmente, quello di “amministrare per legge” con il generarsi di ulteriori effetti distorsivi di varia natura.

Risulta evidente che l'espressa formulazione del principio della fiducia all'art. 2, ricompreso per di più tra i principi cardine del Codice, ai sensi dell'art. 4, disegna – o, quantomeno, vorrebbe programmaticamente disegnare – un cambio di paradigma sul piano dei principi, dei valori e degli interessi perseguiti. In ultima analisi dalla scelta legislativa sembra emergere (più o meno consapevolmente) una dimensione “orizzontale-relazionale” del diritto ad accompagnare quella “verticale-sanzionatoria”⁹.

Nel contesto della disciplina dei contratti pubblici, comunque, il riferimento esplicito al principio della fiducia non è apprezzabile unicamente in termini teorici. Il Codice comprende diverse disposizioni che sono ascrivibili all'applicazione del principio della fiducia, specie se poste in relazione alla loro precedente formulazione. Si pensi, solo per fare un esempio, alla scelta, contenuta nell'art. 110, di superare i meccanismi matematici di individuazione delle offerte da sottoporre a verifica di anomalia.

La vocazione concreta del principio, più in generale, affiora nel testo del comma 2 dell'art. 2 dove il medesimo risulta espressamente funzionalizzato al perseguimento del risultato dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione di cui al primo articolo del Codice¹⁰.

Si precisa nella relazione illustrativa che non si tratta «di *'regalare la fiducia' a funzionari che non la meritano, né tanto meno di incidere sull'intensità del sindacato giurisdizionale. Si tratta, al contrario, di dettare una regola chiara: ogni stazione appaltante ha la responsabilità delle gare e deve svolgerle non solo rispettando la legalità formale, ma tenendo sempre presente che ogni gara è funzionale a realizzare un'opera pubblica (o ad acquisire servizi e forniture) nel modo più rispondente agli interessi della collettività. Il raggiungimento di questo risultato implica il superamento di ogni forma di inerzia e l'esercizio effettivo della discrezionalità di cui la P.A. dispone. Ciò presuppone la fiducia dell'ordinamento giuridico sulle scelte compiute dalla P.A., alla quale, in assenza di detta fiducia, non si attribuirebbe il potere».*

Nel secondo comma dell'art. 2 da un lato si specifica la portata del principio e si chiarisce che lo stesso è volto a favorire e valorizzare

⁹ In tema ci si limita a rinviare a T. GRECO, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, Laterza, Bari-Roma, 2021.

¹⁰ Lo stretto legame tra principio del risultato e principio della fiducia è generalmente sottolineato dai primi commentatori del Codice.

l'iniziativa e l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici, con un chiaro favore per l'utilizzo della discrezionalità, dall'altro lato si esprime un rapporto tra il principio della fiducia e quello del risultato perché le valutazioni e le scelte devono compiersi *«per l'acquisizione e l'esecuzione delle prestazioni secondo il principio del risultato»*.

Spostandosi ad un livello di analisi più prosaica va rilevato che la disposizione in discorso si può collocare all'interno dei più recenti interventi normativi, finalizzati alla ripresa economica dopo la crisi pandemica, con cui si è inteso circoscrivere la responsabilità – penale e amministrativo-contabile in primo luogo – dei pubblici agenti per favorire l'iniziativa di questi ultimi e scongiurarne i già citati timori.

Il riferimento è, in primo luogo, alla disciplina dettata dal decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76 e, in particolare, agli artt. 21 e 23 dello stesso decreto. Il primo, come è noto, ha inaugurato una disciplina a carattere transitorio, ma successivamente prorogata¹¹, con cui si è circoscritta al solo dolo la responsabilità erariale conseguente a condotte attive (conservando il rilievo della colpa grave in ipotesi di condotte omissive o inerti), il secondo ha riformulato nuovamente l'art. 323 c.p., circoscrivendo la fattispecie di abuso d'ufficio soltanto al caso in cui l'atto sia adottato *«in violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità»*. L'evidente – e non certo nuova – finalità di escludere il sindacato del giudice penale sulla discrezionalità amministrativa non sembra però sia stata in concreto raggiunta e nel momento in cui si scrive si registra un'iniziativa legislativa del Governo volta alla radicale soppressione dell'art. 323 c.p.

3. All'illecito erariale è dedicato, invece, il comma 3 dell'art. 2 che, in particolare, mira a definire i confini del concetto di colpa, ai sensi dell'art. 1, comma 1, della legge n. 20 del 1994.

¹¹ Il decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77, con l'art. 51, comma 1, lett. h), aveva modificato il testo dell'art. 21, comma 2, portando la durata del regime di favore dall'originario 31 luglio 2021 al 30 giugno 2023; ora il decreto-legge 22 aprile 2023, n. 44, convertito con modificazioni nella legge 21 giugno 2023, n. 74, prevede all'art. 1, comma 12 *quinquies*, lett. a), un'ulteriore novella alla disposizione in discorso con la proroga del termine al 30 giugno 2024, “nelle more di una complessiva revisione della disciplina sulla responsabilità amministrativo-contabile”.

Il fine dell'articolato è evidente: perimetrare la colpa grave, quale elemento costitutivo della responsabilità, rispetto alla colpa lieve, che tale responsabilità invece non integra, a partire dalla legge n. 639 del 1996 con cui si è modificato il citato art. 1, comma 1, della legge n. 20 del 1994. La necessità di questa apposizione di termini scaturisce dall'indeterminatezza dei concetti e dalle conseguenti difficoltà di prevedere *ex ante* se una determinata condotta possa integrare una fattispecie di illecito erariale. Un'incertezza che, a sua volta, risulta generatrice di timore e, dunque, della avversata ritrosia nell'assunzione delle scelte. Anche se la finalità perseguita dal legislatore è pianamente distinguibile permane un senso di spaesamento nel leggere, nel contesto della proclamazione del principio della fiducia, una disciplina dell'illecito erariale. Il profilo, peraltro, non si limita all'apparenza perché la scelta di dettare norme sulla responsabilità amministrativa all'interno dell'art. 2 ha come corollario l'emersione di effetti su quella stessa disciplina non completamente coerenti rispetto alla finalità perseguite.

Leggendo il testo del comma 3 dell'art. 2 si coglie – in linea generale – la scelta del legislatore di positivizzare gli arresti della Corte dei conti, soprattutto con riferimento alla concezione della colpa grave come colpa determinata “in concreto”¹². Una giurisprudenza che, muovendo dalle concezioni tradizionali della colpa ed approdando, in particolare, alla ricostruzione normativa della stessa, ha imposto, da una parte, di individuare il fondamento normativo della regola a contenuto cautelare che esprime in termini di prevedibilità, prevenibilità ed evitabilità, la misura della condotta – diligente, perita e prudente – sulla quale il legislatore ha riposto affidamento per prevenire ed evitare il rischio di conseguenze negative per l'ente e, dall'altra parte, di accertare il grado di esigibilità della condotta normativamente prevista in ragione delle condizioni concrete in cui l'agente ha operato.

Il Codice dei contratti, dunque, riprende questi stessi esiti giurisprudenziali, in armonia, del resto, con previsioni normative precedenti che, a loro volta, avevano codificato gli orientamenti dello stesso giudice contabile. In particolare, il comma 3 dell'art. 2 del d.lgs. n. 36 del 2023 prevede che non costituisca colpa grave «la violazione o l'omissione determinata dal riferimento a indirizzi giurisprudenziali prevalenti o a pareri delle autorità competenti» in sostanziale continuità

¹² Nella più volte citata relazione al Codice si evidenzia come con la disposizione in esame si sia codificato il “diritto vivente”.

con le previsioni contenute nel Codice di giustizia contabile, negli artt. 69, comma 2, e 95, comma 4.

La prima disposizione stabilisce, infatti, che il Pubblico ministero disponga l'archiviazione per assenza di colpa grave quando l'azione amministrativa si è conformata al parere reso dalla Corte dei conti in via consultiva, in sede di controllo e in favore degli enti locali nel rispetto dei presupposti generali per il rilascio dei medesimi. Analogamente la seconda norma prevede che il giudice, ai fini della valutazione dell'effettiva sussistenza dell'elemento soggettivo della responsabilità e del nesso di causalità, consideri, ove prodotti in causa, anche i pareri resi dalla Corte dei conti in via consultiva, in sede di controllo e in favore degli enti locali, nel rispetto dei presupposti generali per il rilascio dei medesimi.

Del resto, seguendo la medesima impostazione, anche l'art. 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20, nella sua attuale formulazione, dà rilievo all'esito positivo del controllo preventivo di legittimità per escludere la gravità della colpa.

La scelta del legislatore del Codice dei contratti appare, dunque, coerente con il quadro normativo e giurisprudenziale ormai consolidato, pur essendo finalizzata a delimitare i margini di inevitabile indeterminatezza del concetto di colpa grave per alleviare gli effetti più paralizzanti del timore della responsabilità¹³.

Con riferimento al tenore testuale del comma 3 dell'art. 2, va però evidenziato un aspetto che, come si è anticipato, potrebbe risultare non coerente con la finalità di perimetrare e delimitare il concetto di colpa grave rispetto alla colpa lieve e, infine, di circoscrivere le ipotesi di responsabilità amministrativa erariale.

La disposizione, infatti, prevede che *«[n]ell'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»*, senza aggiungere alcuna espressa aggettivazione con riferimento alla violazione, quale “grave” o “inescusabile” e simili, secondo le formule definitorie generalmente utilizzate. Il rischio è, evidentemente, quello di codificare una definizione

¹³ Il Codice – analogamente a quanto già disposto con il decreto-legge n. 76 del 2020 – prevede una riduzione della responsabilità al solo dolo in caso di condotte conformi alle determinazioni assunte dal Collegio consultivo tecnico, mentre evoca la responsabilità erariale in caso di inosservanza (cfr. art. 215, comma 3, d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36).

di colpa grave che, in realtà, coincide con quello di colpa lieve. Un rischio che l'interprete corre di frequente nella pratica e che, con l'intervento normativo in oggetto, si voleva scongiurare. La formulazione normativa, dunque, potrebbe essere facilmente migliorata attraverso una novella che introduca esplicitamente il livello di graduazione della violazione.

Inoltre, anche la precisazione testuale secondo cui la colpa grave viene comunque esclusa laddove il funzionario o il dirigente abbiano conformato la propria decisione «a indirizzi giurisprudenziali prevalenti o a pareri delle autorità competenti», indubbiamente condivisibile e, del resto, come si è detto conforme alla prassi interpretativa, potrebbe però risultare eccessivamente restrittivo. Non solo perché ne risulta – in controtelaio – la responsabilità del pubblico agente che abbia seguito una giurisprudenza minoritaria, ma non valorizza nemmeno l'ipotesi – considerata dagli arresti della magistratura contabile – di un contrasto interpretativo idoneo a determinare oggettiva incertezza sul significato delle disposizioni da applicare in modo da escludere, nel caso concreto, la colpa grave¹⁴.

Quanto alla disciplina dell'illecito erariale contenuta nell'art. 2, si nota la scelta legislativa di non mettere a regime la limitazione della responsabilità al solo dolo per gli illeciti determinati da condotte attive, prevista dall'art. 21, comma 2, del decreto-legge n. 76 del 2020, a cui prima si è fatto riferimento. Una perimetrazione, quella contenuta nella disposizione da ultimo citata, che presenta diversi profili di criticità con riferimento al rispetto dei principi costituzionali ed euro-unitari da più parti evidenziati¹⁵, e che nel contesto del Codice non ha trovato ingresso, segnando una scelta di carattere sistematico e non eccezionale.

¹⁴ Tra le tante, Corte dei conti, Sez. III App., 30 gennaio 2015, n. 55.

¹⁵ La dottrina si è pronunciata in termini sostanzialmente critici sulla disposizione in discorso, ci si limita qui a rinviare alle analisi di L. TORCHIA, *La responsabilità amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 6/2020, 763 s.; G. CREPALDI, *L'elemento soggettivo della responsabilità amministrativa prima e dopo il decreto semplificazioni*, in *Resp. civ. e prev.*, 2021, 23 s.; S. CIMINI, *La responsabilità amministrativa dopo il decreto semplificazioni: alcune proposte de iure condendo*, in G. COLOMBINI (a cura di), *Scritti in onore di Aldo Carosi* cit., 295 s.; G. BOTTINO, *Le azioni ed omissioni nella responsabilità erariale*, in *Bilancio Comunità Persona*, n. 1/2021, 86 s.; M. R. SPASIANO, *Riflessioni in tema di (ir)responsabilità erariale e la strada della tipizzazione della colpa grave*, in *Dir. e proc. amm.*, n. 2/2021, 279 s.

4. Il quarto ed ultimo comma dell'art. 2 prevede azioni concrete per la promozione della fiducia nell'azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione e, dunque, detta una disciplina specifica finalizzata a dar applicazione al principio enunciato.

Si prevede che 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'art. 15, comma 7»*. La prescrizione non risulta però piana ad una prima lettura.

In particolare, non è chiaro cosa si debba intendere con l'adozione delle azioni per la copertura assicurativa dei rischi per il personale. La formulazione, molto ampia, potrebbe lasciar intendere la possibilità per le amministrazioni pubbliche di farsi carico di polizze anche per la responsabilità amministrativa e contabile, nonostante la giurisprudenza e lo stesso legislatore l'avessero esclusa. Va ricordato che l'art. 3, comma 59, della legge n. 244 del 2007, prescrive la nullità dei contratti di assicurazione con i quali gli enti pubblici assicurino i propri amministratori per i rischi derivanti dall'espletamento dei compiti istituzionali connessi con la carica e riguardanti la responsabilità per danni cagionati alla Stato o ad enti pubblici e la responsabilità contabile. La stessa disposizione prevede, inoltre, un'ipotesi di responsabilità erariale tipica a carico sia dell'agente che ha posto in essere o ha prorogato il contratto di assicurazione sia del beneficiario per una somma pari a dieci volte l'ammontare dei premi complessivamente stabiliti nel contratto.

Sarebbe, dunque, auspicabile un intervento chiarificatore sulla previsione di cui al comma 4 dell'art. 2 per scongiurare margini di incertezza in fattispecie potenzialmente generatrici di responsabilità.

Si noti che l'art. 18 del Codice, dedicato a “[i]l contratto e la sua stipulazione”, prevede, al comma 9, che *«[l]e stazioni appaltanti e gli enti concedenti hanno facoltà di stipulare contratti di assicurazione per la responsabilità civile derivante dalla conclusione del contratto e dalla prosecuzione o sospensione della sua esecuzione»*: la disposizione in questo caso fa riferimento esplicito alla responsabilità civile.

PRINCIPIO DI BUONA FEDE

Francesco Tuccari

1. La clausola generale di buona fede, elevata a principio dallo statuto del contribuente e dalla legge n. 241/1990 già prima del nuovo codice dei contratti pubblici (il cui art. 5 recepisce, ordinandole a sistema, le indicazioni giurisprudenziali e le riflessioni dottrinali in materia) assume rilievo quale parametro di conformazione del comportamento delle pubbliche amministrazioni e degli operatori economici, ponendosi in stretta relazione di reciproca complementarietà con il principio di tutela dell'affidamento, anch'esso contemplato dall'art. 5.

Quest'ultimo principio, riferito all'operatore economico, rimanda, per un verso, alla legittimità dell'esercizio del potere e, per l'altro, alla conformità, compatibilità e coerenza dell'azione amministrativa rispetto al principio di buona fede; il quale, pertanto, assurge a criterio di valutazione e integrazione e, al tempo stesso, a nucleo essenziale di validità del comportamento anche delle pubbliche amministrazioni e dei soggetti di diritto a esse equiparati.

Il nuovo codice, che all'evidenza percepisce l'importanza strategica del principio di buona fede, lo assume quale parametro di conformazione delle procedure di scelta del contraente, estendendo al settore in discorso la generale previsione dell'art. 1, comma 2-*bis*, l. n. 241/1990 sul valore performativo della buona fede, e poi implementandone contenutisticamente i relativi assetti di disciplina.

E infatti, il comma 1 dell'art. 5 introduce una specifica previsione sull'obbligo di correttezza nelle procedure di evidenza pubblica, così innervando il principio in discorso, per fornire, come si legge nella relazione al codice, una puntuale base normativa a una serie di precetti, correlati ai principi generali dell'azione amministrativa, i quali altrimenti rimarrebbero sullo sfondo, in una sorta di vuoto pneumatico.

Da qui l'idea-guida, che traspare da una lettura in filigrana dell'art. 5, secondo cui attraverso lo snodo nevralgico della buona fede passano tanto le relazioni di reciprocità e prossimità tra stazioni appaltanti (e, più in genere, soggetti pubblici) e operatori economici, quanto la possibilità di rendere ulteriormente operativi gli altri pilastri portanti della codificazione di settore.

In quest'ottica, la buona fede si pone in linea di continuità, contribuendo a invararli, con i principi del risultato, della fiducia e dell'accesso al mercato, che costituiscono dichiaratamente canoni interpretativi e applicativi di tutte le altre disposizioni del codice, rispetto alle quali rivestono un ruolo poziore, che nel disegno del legislatore lo colloca in posizione di supremazia, con al vertice il principio del risultato.

Questa linea di continuità è ravvisabile, in parte, nell'art. 5, nel quale è possibile ritrovare i *dicta* della giurisprudenza amministrativa in tema di tutela dell'affidamento incolpevole sul legittimo esercizio del potere e sulla conformità del comportamento amministrativo al principio di buona fede (Cons. St., Ad. plen., nn. 5/2018 e 19 e 20/2021).

Degne di nota, al riguardo:

- la prima parte del comma 3, che ha cura di precisare quando l'affidamento non possa dirsi incolpevole e di correlare la determinazione del danno all'interferenza del comportamento scorretto sulle scelte dell'operatore economico;

- il comma 4, che riequilibra in qualche modo la posizione dell'amministrazione, che sia stata ritenuta responsabile per aver adottato un provvedimento illegittimo, nonché per l'ipotesi di danno da provvedimento legittimo poi annullato, in quest'ultimo caso perimetrando l'efficacia causale delle condotte che hanno concorso a darvi causa, in linea con quanto già previsto a livello generale dall'art. 21-*quinquies*, comma 1-*bis*, l. n. 241/1990;

- sempre il comma 4 che, in applicazione dei principi di fiducia e di buona fede, sancisce che il partecipante/aggiudicatario, che per proprio fatto e colpa abbia dato causa all'annullamento dell'aggiudicazione, sia esposto, nel caso di condanna dell'amministrazione al risarcimento del danno, all'azione di rivalsa di quest'ultima.

Ampliando la prospettiva e guardando alle disposizioni codicistiche successive all'art. 5, appare evidente anche il collegamento tra il principio di buona fede e quello di conservazione dell'equilibrio contrattuale, introdotto nell'ordinamento dall'art. 9, il quale mette capo a una decisa inversione di tendenza nel settore dei contratti pubblici, contraddistinto, alla stregua delle norme di contabilità pubblica, dalla regola dall'immodificabilità del prezzo dell'appalto.

E infatti, in presenza di sopravvenienze straordinarie e imprevedibili, tali da determinare una sostanziale alterazione nell'equilibrio contrattuale, è ammesso il riconoscimento, in capo alla parte svantaggiata, del diritto

to di rinegoziare le condizioni contrattuali secondo buona fede, al fine di ripristinare la bilanciata consistenza del regolamento negoziale.

2. Nonostante la sua indubbia centralità, che emerge a chiare lettere già all'approccio, il principio di buona fede non costituisce tuttavia criterio interpretativo e applicativo delle altre disposizioni del codice, configurandosi pertanto, diversamente dai principi del risultato, della fiducia e dell'accesso al mercato invece espressamente insigniti di questo ruolo, quale mera e più limitata loro proiezione operativa nello svolgimento delle procedure di gara.

A tanto si aggiunga che l'articolato normativo non fa cenno all'operatività della buona fede nella fase contrattuale, né contiene alcun esplicito riferimento al basilare principio di collaborazione che invece, nell'ordito della legge n. 241/1990 e in altri contesti normativi (statuto del contribuente, direttiva UE sulla vendita, etc.), non soltanto accompagna e rafforza a mo' di endiadi il principio di buona fede, ma lo precede e, in qualche misura, lo prepara.

Ciò induce a ritenere che il principio di collaborazione, rimasto forse nella penna del legislatore, sia da intendersi come immanente e sottinteso e che, quantomeno all'interno del circuito dell'art. 5, esso possa costituire criterio interpretativo e applicativo dei principi di buona fede e di tutela dell'affidamento. Analogamente, la lettura solidaristica di questi ultimi due principi alla luce dell'art. 2 Cost. e l'espressa previsione nell'art. 6 del codice, sia pure ad altri fini, del principio di solidarietà, avrebbero forse richiesto un richiamo alla solidarietà nell'art. 5, che è compito dell'interprete portare alla luce e valorizzare.

3. Come che sia, i principi contenuti nell'art. 5, sia se considerati in sé sia se correlati agli altri ai quali si è sopra accennato, costituiscono un osservatorio privilegiato per valutare e verificare se sussista un'effettiva relazione di simmetria tra contraente privato e pubblico, tale da far assurgere il principio di buona fede, oltre che a canone di valutazione del comportamento delle parti, anche, più incisivamente, a criterio di controllo della proporzionalità dei rapporti e di regolazione dell'autonomia negoziale.

Tanto, nella prospettiva di un diritto dei contratti pubblici, in cui la buona fede possa rappresentare uno strumento paradigmatico di governo del consenso delle parti, nell'ambito di rapporti che, nel rispetto dei prin-

cipi e delle regole contenute nel Codice, siano improntati a logiche tendenzialmente paritarie.

E però, da altro versante, vanno considerati gli àmbiti della contrattualistica pubblica in cui, invece, la buona fede governa rapporti contrattuali connotati da un inevitabile squilibrio sinallagmatico (ammesso e non concesso che si possa effettivamente parlare di sinallagma, per lo meno nello stretto senso civilistico del termine); il che fa della buona fede strumento di integrazione e regolazione di relazioni asimmetriche e diseguali, sottoposte al vaglio di un giudizio di meritevolezza di tutela degli interessi perseguiti e di affidamento sull'effettiva realizzabilità di quanto pattuito. Negli ambiti in cui si ravvisi questa disparità tra soggetti pubblici e operatori privati, il principio di buona fede assumerà, allora, rilievo di canone di integrazione cogente, idoneo a performare i rapporti contrattuali, al fine di preservarne l'equilibrio.

4. In entrambe le prospettive alle quali si è fatto riferimento, assume importanza strategica la connotazione del sindacato giurisdizionale sui comportamenti delle parti contrari a buona fede, sia nella fase del procedimento di scelta del contraente sia in quella contrattuale.

In particolare, poiché la buona fede si contraddistingue per indeterminatezza e assenza di parametri e di punti di riferimento predefiniti, va da sé ipotizzare un sindacato particolarmente incisivo del giudice chiamato a verificare l'osservanza dei doveri di comportamento in relazione al caso concreto; sindacato che, sul versante della giurisdizione amministrativa, dovrebbe pur sempre fare i conti con i noti limiti di sistema del controllo estrinseco debole. Per converso, questa particolare incisività del sindacato non avrebbe ragion d'essere, nel caso in cui la buona fede sia assunta quale regola di condotta meramente integrativa del regolamento contrattuale e, più in genere, degli atti e comportamenti posti in essere dalle pubbliche amministrazioni o dagli operatori economici.

L'AUTO ORGANIZZAZIONE E L'*IN HOUSE PROVIDING*
NEL NUOVO CODICE (ART. 7)

Marco Tiberii

1. Premessa

Al «*principio dell'auto-organizzazione*», in materia di affidamento degli appalti pubblici, è dedicato l'art. 7 del nuovo codice, approvato con il d.lgs. 31.3.2023 n. 36.

In particolare, esso a livello interno appare riconducibile alla potestà discrezionale di cui la p.a. è titolare anche in tema di organizzazione e, invece, a livello comunitario (tale principio) sembra una diretta conseguenza della cd. “autonomia istituzionale” degli Stati membri dell'Unione Europea; è noto, infatti, in tal senso che a questi ultimi restano tutte le competenze non trasferite alla Comunità.

Il principio di auto-organizzazione in esame incontra, tuttavia, un principale contrappeso nelle esigenze della concorrenza e delle libertà economiche di circolazione, imposte dal Trattato per il Funzionamento dell'Unione Europea (T.F.U.E.) per la formazione del mercato unico.

Al riguardo, occorre evidenziare che il nodo della questione è verificare dove tracciare la linea volta a stabilire il confine tra il mercato rivolto a promuovere la concorrenza e le libertà economiche da un lato e dove, invece, il primo arretra perché consentire l'esercizio del potere d'organizzazione degli enti pubblici, che rappresenta «*ciò che non è mercato*».

Nel nostro sistema giuridico l'utilizzo dell'*in house providing* è stato sempre consentito nel rispetto di presupposti rigorosi, volti a limitarne il raggio di applicazione, l'impostazione adottata, dunque, risultava porre tale strumento nell'ambito delle eccezioni alle regole della concorrenza.

Di converso nell'ordinamento europeo la decisione tra l'affidamento dell'appalto all'esterno, mediante procedura ad evidenza pubblica, o l'autoproduzione, quando sussistono tutti i requisiti prescritti dalle norme comunitarie, è considerata un'opzione del tutto fungibile.

2. La disciplina previgente

In merito, la disciplina contenuta nel Codice dei Contratti pubblici previgente all'art. 5 aveva indicato in maniera dettagliata tutti gli elementi che consentivano, eccezionalmente, di ricorrere al modello dell'*in house*.

In particolare, la precedente versione normativa, aderendo all'impostazione indicata dal diritto comunitario, richiedeva due requisiti fondamentali sotto il profilo strutturale: il "controllo analogo" e la partecipazione pubblica quasi totalitaria.

Inoltre, sotto il profilo funzionale, risultava necessario che l'ente affidatario espletasse le proprie attività prevalentemente, anche se non esclusivamente, in favore dell'ente controllante.

Infine, l'art. 192 contenuto nella disciplina previgente imponeva l'introduzione di un albo nel quale si dovevano iscrivere tutte le pp.aa. che utilizzavano società in *house* mediante affidamenti diretti.

Al riguardo, si deve rilevare che la disposizione citata richiedeva di addurre una motivazione così detta "rinforzata" in ordine alla decisione di non ricorrere al mercato.

In particolare, tale motivazione doveva soffermarsi sulle ragioni della convenienza dell'offerta economica formulata per giustificare l'aggiudicazione del servizio senza la procedura ad evidenza pubblica, nonché sui vantaggi che in questo modo la collettività avrebbe conseguito.

Tale impostazione veniva sottoposta alla Corte di giustizia (Cort. Giust. con pronuncia 6 febbraio 2020, cause riunite C-89/2019 e C-91/2019), la quale considerava l'onere motivazionale rinforzato (di cui all'art. 192) non in contrasto con la disposizione del diritto comunitario prevista dall'art. 12, par. 3, della direttiva 2014/24/UE.

La procedura in esame era considerata corretta in virtù del principio della libertà di organizzazione, contenuto nel considerando n. 5 e nell'art. 2, par. 1, nel quale si afferma: «*il principio per cui le autorità nazionali, regionali e locali possono liberamente organizzare l'esecuzione dei propri lavori o la prestazione dei propri servizi in conformità del diritto nazionale e dell'Unione. Tali autorità sono libere di decidere il modo migliore per gestire l'esecuzione dei lavori e la prestazione dei servizi*».

3. Il nuovo Codice

La nuova disciplina sugli appalti (d.lgs. n. 36/2023) ha dunque recepito e riconosciuto il ruolo di principio fondamentale all'auto-organizzazione, consentendo in tal senso alle amministrazioni la scelta in ordine alla gestione autonoma degli appalti pubblici.

In particolare, vengono in tale sede prospettate tre diverse modalità di organizzazione: a) l'auto-produzione; b) l'esternalizzazione; c) la cooperazione.

La norma citata (art. 7, co. 2), prevede che gli enti aggiudicatori possono affidare direttamente a società *in house* i contratti pubblici nel rispetto dei principi che governano la materia.

Il legislatore ha, dunque, preferito una versione della disposizione molto essenziale e snella.

Tuttavia, non si può fare a meno di osservare che in essa manca qualsiasi riferimento ai seguenti tre aspetti fondamentali:

- a) all'applicabilità dell'istituto in tutti i settori ovvero sia negli appalti ordinari sia in quelli speciali;
- b) all'indicazione di tutti gli elementi necessari per il ricorso all'*in house*, compreso il requisito del cd. controllo analogo;
- c) La descrizione ovvero la disciplina delle altre tipologie d'*in house* (congiunto, indiretto e/o a cascata o capovolto).

Infine, è stata abrogata la disciplina (*ex art. 192*) sull'istituzione dell'elenco in cui inserire tutte le stazioni aggiudicatrici che affidano direttamente *in house* i propri appalti.

4. Conclusioni

L'impostazione attuale, ponendo l'accento sul principio di auto-organizzazione, sembra, dunque, avvicinarsi notevolmente a quella dettata dall'Unione Europea, atteso che la scelta tra autoproduzione e esternalizzazione rappresenterebbe un'alternativa equivalente.

Tuttavia, si deve rilevare che si tratta di una parità apparente, considerato che ad un esame più attento non sfuggirà che soltanto il ricorso al mercato ovvero alle procedure di gara non richiede alcuna motivazione, mentre la possibilità di procedere con l'affidamento diretto (ovvero *in house*) impone comunque una giustificazione esplicita.

In merito, la disposizione vigente individua due ipotesi diverse.

Nella prima fattispecie, che si può considerare generale, all'interno dell'apparato motivazionale si deve dar «*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*».

Nella seconda, relativa invece soltanto alle attività di carattere strumentale, si richiede una motivazione più snella rivolta soltanto ad individuare i «*vantaggi in termini di economicità, di celerità, o di perseguimento d'interessi strategici*».

Entrambi i casi, pertanto, risultano connotati dalla mancanza di una motivazione che illustri le «*ragioni del mancato ricorso al mercato*», indicata nel testo del previgente art. 192.

Tale modifica costituisce un aspetto di assoluto rilievo, considerato che quest'ultimo presupposto (del cd. fallimento del mercato) era in passato ritenuto imprescindibile.

Del resto, la nuova disciplina oltre ad aver semplificato il livello di approfondimento della motivazione ha anche eliminato l'elenco richiesto dalla norma sopra citata.

Novità quest'ultima degna di nota, considerato che l'iscrizione nell'albo suddetto conduceva ad un regime misto dichiarativo e costitutivo.

L'istanza d'iscrizione nell'albo sfociava, infatti, in una sorta di segnalazione analoga alla scia e nei confronti dell'eventuale provvedimento di rigetto, adottato dall'Anac, era consentita l'impugnazione.

Il ricorso all'*in house* in precedenza richiedeva il possesso di un titolo d'abilitazione sottoposto al controllo dell'Anac.

La nuova versione dell'art. 7, inoltre, chiarisce i dubbi, in precedenza sollevati, in merito al fatto che gli enti possano procedere all'auto-produzione *in house* non soltanto nel settore degli appalti di servizi, ma anche d'opere o per la fornitura di beni.

IL PRINCIPIO DI CONSERVAZIONE
DELL'EQUILIBRIO CONTRATTUALE

Fabrizio Tigano

1. Il valore della prestazione e della controprestazione è, in linea di principio, irrilevante per il diritto essendo la materia rimessa alla autonomia contrattuale, salvo che ricorrano ipotesi patologiche che giustifichino lo scioglimento del contratto per vizi originari o sopravvenuti.

Da qualche tempo, tuttavia, la giurisprudenza ed il legislatore mostrano un'accresciuta sensibilità in relazione alla congruità dello scambio contrattuale, probabilmente in ragione delle contingenze emergenziali dell'ultimo turno di tempo, che hanno riproposto con forza il tema delle sopravvenienze impreviste sul *synallagma* contrattuale.

Anche la giurisprudenza di legittimità, del resto, ha ritenuto che debba sussistere una tendenziale equivalenza tra le prestazioni, rammentando che una evidente sproporzione fra esse è in grado di incidere sulla validità del contratto, determinandone la nullità per assenza di causa¹⁶.

Lo squilibrio che viene in considerazione può essere originario o sopravvenuto in ragione dell'insorgere di eventi imprevedibili al momento della conclusione del contratto.

In questo secondo ordine di casi trovano applicazione l'eccessiva onerosità sopravvenuta (in grado di portare alla risoluzione), la presupposizione e la rettifica del contratto. In siffatte ipotesi, seguendo principi propri dei contratti a livello internazionale, si parla della *gross disparity* (squilibrio originario) e dell'*hardship* (squilibrio sopravvenuto per cause imprevedibili) cui la *Relazione* al Codice fa espresso riferimento¹⁷.

¹⁶ Cfr., Cass. 10 luglio 2018, n. 18047, secondo cui “*l'impossibilità sopravvenuta della prestazione si ha non solo nel caso in cui sia divenuta impossibile l'esecuzione della prestazione del debitore, ma anche nel caso in cui sia divenuta impossibile l'utilizzazione della prestazione della controparte, quando tale impossibilità sia comunque non imputabile al creditore e il suo interesse a riceverla sia venuto meno, verificandosi in tal caso la sopravvenuta irrealizzabilità della finalità essenziale in cui consiste la causa concreta del contratto e la conseguente estinzione dell'obbligazione*”.

¹⁷ Cfr. Cass. 25 maggio 2007, n. 12235; Cass. 13 febbraio 1995, n. 1559; Cass. 19 ottobre 2006, n. 22396. Per un esame delle problematiche connesse alla pandemia, alla relativa normativa ed agli orientamenti della Corte di Cassazione, si rinvia alla *Relazione*

2. Il nuovo Codice dei contratti pubblici – d.lgs. n. 36/2023 – presenta sin dai primi articoli un’importante novità rispetto all’ormai “vecchio” d.lgs. n. 50/2016, ossia la fissazione, nei primi dodici articoli, di principi generali, regolativi dell’intera materia, probabilmente in grado di produrre effetti anche al di là dell’ambito dello stesso Codice.

Tra questi, all’art. 9, vi è il principio di conservazione dell’equilibrio contrattuale, la cui caratura può cogliersi sul versante economico-patrimoniale (valore della prestazione) come in quello strettamente normativo (contenuto delle obbligazioni assunte dai soggetti).

La conservazione dell’equilibrio contrattuale risponde a ragioni di equità e di proporzionalità delle rispettive prestazioni, con il fine ultimo di preservare il *synallagma*, ossia il nesso di corrispettività tra le prestazioni dedotte, sia nella genesi della reciproca assunzione delle obbligazioni sia nello svolgimento del contratto (c.d. *synallagma* funzionale): l’assenza del primo dà luogo a nullità del contratto *ex art.* 1325 c.c. per inesistenza della causa; nel secondo caso, il rimedio civilistico per eccellenza è la risoluzione in ragione dell’intervenuta sproporzione tra prestazioni originariamente proporzionate.

I rimedi previsti sono la rescissione e la risoluzione: mentre nella rescissione lo squilibrio è già presente nel momento di conclusione del contratto, nella risoluzione si verifica in un momento successivo, in ragione del sopravvenire di accadimenti imprevedibili e straordinari.

In dettaglio, la rescissione è disciplinata dagli artt. 1447 (“*Contratto concluso in stato di pericolo*”) e 1448 (“*Azione generale di rescissione per lesione*”); per la risoluzione occorre fare riferimento all’art. 1467 c.c. il cui primo comma consente, nei contratti ad esecuzione periodica o continuata (o differita), di richiedere l’applicazione di siffatto rimedio laddove la prestazione (in tesi, originariamente equilibrata) sia divenuta ineseguibile a causa del sopravvenire di eventi straordinari ed imprevedibili.

Occorre, peraltro, rammentare che l’anzidetta norma del codice civile non si applica laddove non sia netta la cesura rispetto al programma di interessi determinato *ab initio*, tenendo conto della normale *alea* contrattuale (contratti aleatori). Infatti, lo svolgimento del rapporto contrattuale contempla in sé un margine di *alea* ineliminabile connesso

Tematica n. 56 dell’8 luglio 2020 avente ad oggetto “*Novità normative sostanziali del diritto “emergenziale” anti-Covid 19 in ambito contrattuale e concorsuale*”, in www.cortedicassazione.it.

all'andamento dell'affare che la parte onerata deve sopportare e considerare *ab initio*.

Esiste la possibilità di evitare la risoluzione facendo ricorso al terzo comma dell'art. 1467 c.c., il quale consente l'equa modifica delle condizioni di contratto. La “*rinegoziazione*”, si badi, non è obbligatoria, in quanto la norma parla di *offerta* e di *modifica* contrattuale, tale da ricondurre ad equità le prestazioni e ricostituire l'equilibrio sinallagmatico¹⁸.

Le osservazioni che seguono ambiscono a evidenziare alcuni tratti di continuità e discontinuità tra la disciplina contrattuale privatistica e quella pubblicistica, nella quale, in particolare, vengono in considerazione sia l'*alea* contrattuale che la *rinegoziazione* (attraverso la revisione prezzi e la modifica contrattuale) in vista del riequilibrio del *synallagma*, pur con significative differenze, sulle quali saranno svolte alcune brevi osservazioni.

3. I principi cui si è testé fatto riferimento sono di pacifica e ricorrente applicazione in ambito civilistico; essi, tuttavia, non sono mai stati integralmente trasposti nella disciplina dei contratti pubblici, sia nella fase dell'evidenza pubblica che in quella esecutiva (per quel che vale, ancora oggi, tale bipartizione¹⁹) e non lo sono nemmeno nel nuovo Codice del 2023, segnando una intrinseca contraddizione con l'introduzione di principi come quello in esame, ma anche con altri (es., autonomia contrattuale) che connotano l'*incipit* del Codice medesimo.

Ed invero, la solenne affermazione in termini di principio contenuta nell'art. 9 suggerirebbe un quadro probabilmente diverso, potenzialmente in grado di scardinare vecchi adagi sulla rilevanza preminente dell'interesse pubblico e così determinare una maggiore (forse anche provvida) osmosi tra la disciplina contrattuale privatistica e pubblicistica, segnando una nuova ed opposta tendenza rispetto alla tradizionale immutabilità del contraente e del contratto, messa in crisi da gravi crisi economiche, sanitarie e politiche che hanno investito non solo l'Europa, ma tutto il mondo.

In tesi, dunque, vi è (o dovrebbe esservi) un temperamento a siffatte rigidità, perché non più accettabili e al passo coi tempi, ovvero: non si nutre più la certezza che sia tollerabile il permanente sbilanciamento “di

¹⁸ Su questo punto, v. *infra* quanto si dirà circa l'obbligo alla *rinegoziazione* previsto dal nuovo Codice degli appalti.

¹⁹ V. *infra* il contributo relativo a questo tema.

fondo” del *synallagma* sopportato solo da una parte, lasciando indenne la parte pubblica, oggi vincolata dalla solenne affermazione (ma non è una novità, a dire il vero) dei principi di buona fede e correttezza anche in funzione della riconosciuta autonomia contrattuale.

Vi è, cioè, un *dare* ed un *avere* non particolarmente lineare che proprio l’affermazione del principio finisce per evidenziare: in un contesto, cioè, di maggiore osmosi tra pubblico e privato in nome del raggiungimento del risultato, infatti, non sembra sussistano evidenti ragioni per mantenere antichi (dis)equilibri oggi desueti, ovvero posizioni di privilegio a favore delle amministrazioni pubbliche che, a ben guardare, sembrano porsi in netta antitesi con il sistema che, coraggiosamente, il legislatore ha provato a costruire, superando vecchi adagi e molti (giustificati) timori degli amministratori e delle stazioni appaltanti in genere.

4. Non ci si può nascondere, del resto, la rilevanza, potenzialmente dirompente dell’art. 9 in esame, il quale non a caso pone un vero e proprio diritto – cui corrisponde un preciso obbligo – alla rinegoziazione in presenza di fatti sopravvenuti ed imprevedibili che abbiano determinato un evidente squilibrio contrattuale.

Il ripristino dell’equilibrio – al di là delle ipotesi eccezionali di cui al comma 1 – è *per tabulas* affidato agli artt. 60 e 120 del nuovo Codice (ma non solo: il principio, in tesi, si dispiega su latitudini significativamente ampie), che disciplinano, rispettivamente, la revisione prezzi e le modifiche al contratto, sulla falsariga del precedente art. 106 del d. lgs. n. 50/2016, che si vorrebbe declinato in modo più elastico e coerente con il nuovo quadro disegnato dal legislatore del 2023.

A questo proposito, la *Relazione* offre alcuni elementi che si stima di dovere evidenziare, ovvero²⁰:

- la ribadita rilevanza delle finalità inerenti al pubblico interesse «*che restano immanenti al contratto e al rapporto che ne scaturisce, con conseguente esclusione della possibilità di accedere a una integrale trasposizione delle regole civilistiche e necessità di favorire il raggiungimento di un giusto punto di equilibrio idoneo a preservare tali interessi assicurando al tempo stesso adeguata ed effettiva tutela agli operatori economici*»;

- il carattere del diritto alla rinegoziazione, il quale costituisce, come si legge nella *Relazione*, «*un rimedio manutentivo maggiormente conforme*

²⁰ La *Relazione* è pubblicata, fra l’altro, nell’apposito *Dossier* in www.giustizia-amministrativa.it.

all'interesse dei contraenti – e dell'amministrazione in particolare, – in considerazione dell'inadeguatezza della tutela meramente demolitoria apprestata dall'art. 1467 c.c.»;

- la necessità che la disposizione vada “interpretata restrittivamente” in quanto «*richiede un rilevante squilibrio tra le prestazioni, da valutarsi alla luce delle concrete circostanze e dello specifico contenuto negoziale*»;

- l'invarianza finanziaria in sede di rinegoziazione, in quanto «*la rinegoziazione non altera il finanziamento complessivo dell'opera, perché è ammessa nei limiti dello stanziamento di bilancio originario*», anche tenuto conto delle “*economie da ribasso d'asta*».

Dunque, a ben guardare, non si può agevolmente parlare di una vera e propria conservazione della stabilità contrattuale, se per tale si intende la ricostituzione effettiva dell'originaria portata del *synallagma*, disponendo la stazione appaltante di somme che potrebbero rivelarsi insufficienti, ma che sarebbero giustificate dall'immanenza dell'interesse pubblico (anche in ragione di quanto disposto dalla legge delega).

Inoltre, come ancora risulta dal *Commento alla Relazione*, «*l'aspetto più delicato è quello del ricorso anche alle “economie da ribasso d'asta”, in quanto «tali economie non si possono considerare definitivamente acquisite fino al collaudo dell'intervento o al certificato di regolare esecuzione». E ciò perché «a vederla diversamente, il rischio di sopravvenienza di “circostanze straordinarie e imprevedibili” comporterebbe rischi ancora peggiori per il bilancio pubblico: la mancata esecuzione del contratto e la perdita dei fondi già spesi*».

Quanto sopra lascia diversi dubbi sulla effettività del principio, che – almeno nella dottrina e nella giurisprudenza civilistica – fonda il suo *ubi consistam* sulla parità dei contraenti *ab origine* e nel corso del rapporto. Se di equilibrio contrattuale vuol parlarsi, dunque, il principio in parola non può “tararsi” prevalentemente sull'interesse pubblico a pena di far sfumare la sua portata innovativa, riducendolo ad un'astratta affermazione senza alcuna effettiva ricaduta sulle alterazioni del *synallagma* oltre l'ordinaria *alea*.

In tal guisa, nella sostanza, il diritto alla rinegoziazione si risolve in un problema di bilancio e di garanzia per il risultato, ovvero per l'esecuzione del contratto, potenzialmente (non necessariamente, occorre dirlo, ma è sufficiente l'ipotesi) a discapito della controparte contrattuale.

La contraddizione è ancor più evidente – anche a non voler considerare i principi civilistici sopra sommariamente delineati – in relazione al comma 2, laddove si precisa che «*la rinegoziazione ha l'esclusiva finalità di ri-*

pristinare l'originario equilibrio del contratto, avuto riguardo al complesso degli atti alla base della costituzione del rapporto e con considerazione, quindi, anche del bando e del provvedimento di aggiudicazione», pur essendo evidente che la sproporzione sopravvenuta potrebbe essere di portata più ampia.

La finalità dichiarata, del resto, è «*circoscrivere la libertà dei contraenti*», in quanto «*l'accordo di rinegoziazione non solo deve avere ad oggetto il mero ripristino dell'equilibrio contrattuale originario, ma deve essere precipuamente volto a non alterarne la sostanza economica, in modo da evitare un'elusione delle regole della procedura ad evidenza pubblica*». Finalità non particolarmente convincente, giacché non si comprende come possa poi tradursi nella prioritaria ed immancabile realizzazione del solo interesse pubblico.

Per altro verso, il riferimento alle regole dell'evidenza pubblica non sembra così pertinente: il riequilibrio delle prestazioni serve proprio ad evitare la novazione del rapporto contrattuale, novazione che è esclusa dalla rinegoziazione intesa a ristabilire l'originario equilibrio contrattuale. Anzi, vi è il rischio di una modifica “sostanzialmente” *in peius* a seguito della rinegoziazione, ancorché, nel momento in cui si mira a ricostituire l'equilibrio originario, non possano determinarsi significativi mutamenti delle prestazioni in *in melius* come *in peius*.

5. L'art. 9 insieme agli artt. 60 e 120 (recanti rispettivamente la revisione dei prezzi e la modifica dei contratti in corso di esecuzione), costituisce un sistema, al di là degli eventi impreveduti ed eccezionali di cui al comma 1, atto a consentire l'ordinario riequilibrio contrattuale in caso di sopravvenienze che ne abbiano alterato l'equilibrio originario ed inciso sull'interesse alla prestazione.

La revisione prezzi è istituito ben noto anche ai Codici del 2006 e del 2016: dipende dal verificarsi di condizioni oggettive, in specie, la fluttuazione dei prezzi in misura superiore al 5% nella misura massima dell'80%, rimanendo il 20% restante quale rischio d'impresa.

La revisione è soggetta a precisi limiti di *budget*.

Ai sensi del comma 5, infatti, «*per far fronte ai maggiori oneri derivanti dalla revisione prezzi di cui al presente articolo le stazioni appaltanti utilizzano: a) nel limite del 50 per cento, le risorse appositamente accantonate per impreveduti nel quadro economico di ogni intervento, fatte salve le somme relative agli impegni contrattuali già assunti, e le eventuali ulteriori somme a di-*

sposizione della medesima stazione appaltante e stanziata annualmente relativamente allo stesso intervento; b) le somme derivanti da ribassi d'asta, se non ne è prevista una diversa destinazione dalle norme vigenti; c) le somme disponibili relative ad altri interventi ultimati di competenza della medesima stazione appaltante e per i quali siano stati eseguiti i relativi collaudi o emessi i certificati di regolare esecuzione, nel rispetto delle procedure contabili della spesa e nei limiti della residua spesa autorizzata disponibile».

Vi è, perciò, la possibilità che l'equilibrio contrattuale pregiudicato subisca il limite delle somme utilizzabili, ossia che l'inserimento delle clausole di rinegoziazione venga, infine, depotenziato in concreto, mettendo in discussione la stessa permanenza del contratto e la realizzazione degli interessi ad esso sottesi (compreso l'interesse pubblico).

Ancora una volta, il “nodo” è rappresentato dalla delega, che circo-scrive la revisione “*nel rispetto delle procedure contabili di spesa*”.

6. Le modifiche contrattuali disciplinate dall'art. 120 seguono la falsariga del precedente art. 106 d.lgs. n. 50/2016, seppure con alcune modifiche opportunamente riportate nella *Relazione*.

Significativa la novità posta dal comma 8 secondo cui «*il contratto è sempre modificabile ai sensi dell'articolo 9 e nel rispetto delle clausole di rinegoziazione contenute nel contratto. Nel caso in cui queste non siano previste, la richiesta di rinegoziazione va avanzata senza ritardo e non giustifica, di per sé, la sospensione dell'esecuzione del contratto. Il RUP provvede a formulare la proposta di un nuovo accordo entro un termine non superiore a tre mesi. Nel caso in cui non si pervenga al nuovo accordo entro un termine ragionevole, la parte svantaggiata può agire in giudizio per ottenere l'adeguamento del contratto all'equilibrio originario, salva la responsabilità per la violazione dell'obbligo di rinegoziazione*».

Il diritto alla rinegoziazione è dunque azionabile davanti al giudice, ma occorrerà chiarire, visti i precedenti, tutti i dubbi in merito alla giurisdizione, in modo da evitare problematiche già viste, da cui sono discese evidenti lesioni in termini di effettività della tutela.

LA CONSERVAZIONE DELL'EQUILIBRIO CONTRATTUALE:
QUESTIONI APERTE

Sara Spuntarelli

1. Premessa

Il complesso delle disposizioni introdotte con gli articoli 9, 60 e 120 del nuovo Codice dei contratti pubblici delinea un quadro di possibili interventi sull'assetto giuridico degli interessi delle parti a carattere manutentivo.

Si tratta di disposizioni che recano sia un principio generale che discipline specifiche circa la revisione dei prezzi e la modifica dei contratti in corso di esecuzione. Le disposizioni sono volte a consentire l'adattamento delle condizioni del contratto a mutamenti e sopravvenienze della realtà che ne alterino in maniera rilevante l'equilibrio originario.

Sul piano dei valori giuridici i processi di adeguamento rappresentano degli interventi di forte impatto perché destinati a incidere sul principio della certezza discendente dalla forza obbligatoria del contratto (*pacta sunt servanda*) e, per tale motivo, giustificati solo dalla tutela di un principio di rango altrettanto meritorio come quello di equità e, in definitiva, di giustizia, a fronte del mutare severo delle circostanze sfuggito alle previsioni delle parti o manifestatosi in corso di esecuzione nei contratti o rapporti di durata (*rebus sic stantibus*).

È proprio in virtù del fatto che il rapporto si estende temporalmente che flessibilità e adeguamento risultano essenziali per la conservazione dell'equilibrio contrattuale nonostante i mutamenti sopravvenuti.

Il tendenziale superamento delle concezioni volontaristiche in ambito contrattuale incentrate sul rispetto assoluto della volontà delle parti – che secondo questa impostazione una volta espressa acquisisce caratteri di stabilità ed immutabilità – ha lasciato progressivamente spazio a un'idea di contratto in evoluzione.

È specialmente nel corso del XX secolo che diventa necessario riconoscere rilevanza al mutamento dello stato di fatto verificatosi dopo la conclusione del contratto e durante la sua esecuzione, anche per effetto dei

due conflitti mondiali con il conseguente stravolgimento dell'economia mondiale.

In Germania, dopo una lunga opera giurisprudenziale nella direzione del riconoscimento della revisione del contratto, interviene nel 2002 la riforma del diritto delle obbligazioni.

In Francia, invece, la giurisprudenza per lungo tempo ha rifiutato l'idea della *imprévision* tranne in alcune ipotesi specifiche in cui è stato imposto l'obbligo di rinegoziazione per ribilanciare obblighi contrattuali sproporzionati sulla base del principio generale di buona fede. La revisione del contratto è stata riconosciuta in via generalizzata con la riforma del *Code civil* nel 2016 che prevede espressamente come rimedi principali la rinegoziazione e la revisione del contratto, facendo salva la possibilità di clausole di assunzione del rischio (art. 1195).

Tra i sistemi di *common law* quello inglese pretende un evento sufficientemente importante per inficiare il principio della *sanctity of contract* di modo che risultano insufficienti un mero aggravamento dei costi o una maggiore difficoltà di adempimento per integrare la *frustration*. Negli USA invece si ravvisa anche la figura della *impracticability* a data tutela a casi di sopravvenienze in cui la prestazione del debitore costituisce un peso insopportabile tale da alterare la natura essenziale della prestazione.

A fronte della varietà di approcci e soluzioni emerse a livello europeo ed internazionale un'esigenza di armonizzazione tale da favorire la prevedibilità giuridica degli affari in un contesto globale ha condotto alla introduzione di strumenti di *soft law* in materia contrattuale volti a disciplinare il mutamento di circostanze e manifestando una preferenza per la conservazione del contratto e per l'intervento sostitutivo-integrativo del giudice in caso di mancato accordo tra le parti (*l'hardship* nei Principi Unidroit dei Contratti commerciali internazionali ricorre quando si verificano eventi che alterano sostanzialmente l'equilibrio del contratto a causa dell'aumento dei costi della prestazione di una delle parti oppure per la diminuzione del valore della controprestazione; cfr. *Principles of European Contract Law - PECL, Draft Common Frame of Reference - DCFR*).

Sul fronte dei rapporti privati il legislatore nazionale nel codice civile del 1942 prevede 'solo' la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta.

ta e non anche una generalizzata possibilità di rinegoziazione, percorribile solo in ipotesi specifiche²¹.

È peraltro oggetto di dibattito se sia utile intervenire con esplicita disciplina legislativa volta alla generalizzazione dell'istituto o lasciare l'interpretazione libera di ricorrere agli strumenti introdotti con *soft law*²².

Nel diritto amministrativo l'introduzione del principio generale dell'art. 9 risponde anche all'esigenza di evidenziare un passato da superare.

Rispetto al principio generale del divieto di rinegoziazione nella fase di esecuzione, declinata in ragione del doveroso rispetto delle regole della concorrenza – esigenza considerata prevalente in ragione della salvaguardia della *par condicio* fra i concorrenti di una procedura ormai definitivamente conclusa e pertanto intangibile – oggi nei contratti con la pubblica amministrazione si passa al principio della doverosa rinegoziazione in presenza di sopravvenienze.

Nella differente lettura dell'attività contrattuale dell'amministrazione posta dal codice la dialettica tra principi conduce ad accordare alla rinegoziazione una diversa dignità e consente di configurare i meccanismi di adeguamento contrattuale, in presenza di sopravvenienze, come rispondenti ad esigenze legittime dell'aggiudicatario nei limiti del ripristino dell'originario equilibrio del contratto. Al contempo la rinegoziazione assume la finalità di salvaguardare anche l'interesse pubblico a che le prestazioni nei confronti delle amministrazioni non siano esposte col tempo al rischio di una diminuzione qualitativa²³.

Del resto nel quadro della progressiva fuga dal codice del 2016 la legislazione emergenziale aveva introdotto dei meccanismi di revisione dei corrispettivi contrattuali (art. 10, d.l. n. 77/2021) e la giurisprudenza amministrativa aveva riconosciuto che le regole della concorrenza sono comunque rispettate nella prima fase con possibilità di procedere alla rinegoziazione con l'impresa risultata aggiudicataria senza ledere il principio della *par condicio*.

²¹ In materia di appalto (art. 1664 c.c.), affitto (art. 1623 c.c.), contratto con obbligazioni del solo proponente (art. 1468 c.c.), clausola penale (art. 1384 c.c.).

²² V. JACOMETTI, *Il mutamento sopravvenuto di circostanze tra hard law e soft law*, Torino, Giappichelli, 2022, *passim*.

²³ Cfr. Cons. St., sez. IV, 7 luglio 2022, n. 5667.

2. Questioni aperte

La disposizione dell'art. 9 introduce tra i principi generali dei contratti pubblici quello della preferenza verso la flessibilità e la conservazione del rapporto contrattuale.

Il concetto di sopravvenienza è particolarmente difficile da delimitare. Molteplici sono le cause in grado di stravolgere le previsioni effettuate dai contraenti in sede di redazione di diritti ed obblighi reciproci in particolare quando il vincolo, per sua stessa natura, è destinato a produrre effetti in un momento successivo a quello della stipula, come accade nei contratti di durata ove l'esecuzione della prestazione si protrae per un periodo più o meno lungo, esponendosi a perturbazioni originariamente inimmaginabili e tuttavia idonee a sovvertire lo scopo pratico che i protagonisti della vicenda intendevano perseguire.

Le sopravvenienze devono essere tali da alterare l'equilibrio originario del contratto e derivare da circostanze straordinarie e imprevedibili, inoltre l'evento sopravvenuto deve essere estraneo alla normale alea insita nella tipologia contrattuale, all'ordinaria fluttuazione economica e al rischio di mercato. Si tratta di circostanze indicate con clausole di portata ampia che sarà la stessa amministrazione a dover delimitare con potere discrezionale.

Queste circostanze dovranno essere connotate dal carattere della eccezionalità in quanto rappresentano una limitazione dei principi che si riflettono nella forza obbligatoria del contratto che può essere derogata solo in virtù di un principio di giustizia contrattuale laddove, cioè, risulti ingiusto pretendere l'adempimento del contratto in circostanze completamente diverse rispetto a quelle in cui è stato concluso il contratto. Ma ovviamente anche l'ingiustizia risulta un concetto di difficile delimitazione. Problematica definizione che non può essere connessa a criteri soggettivi ma deve essere ancora a criteri oggettivi.

3. La rinegoziazione prima dell'avvio della esecuzione del contratto

Si pone la questione di valutare se la rinegoziazione possa intervenire prima dell'avvio della esecuzione del contratto. A favore di questa soluzione fa propendere la disciplina recata dall'art. 120 destinata espressamente alla disciplina delle modifiche del contratto in corso di esecuzione.

Del resto, la giurisprudenza ha mostrato diversità di vedute sul punto. Secondo un più tradizionale orientamento non può trovare accoglimento la domanda di modifica delle pattuizioni prima di procedere alla stipulazione del contratto, ostando il principio di parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza che ne deriva a che, dopo l'aggiudicazione di un appalto pubblico, l'amministrazione aggiudicatrice e l'aggiudicatario apportino modifiche alle disposizioni dell'appalto²⁴. A tale orientamento se ne affianca un altro che valorizzando i criteri di efficacia ed economicità afferma che, in presenza di particolari circostanze, possa giungersi alla rinegoziazione delle condizioni contrattuali sia in corso d'esecuzione che prima della stipula del contratto²⁵.

4. La qualificazione della situazione giuridica soggettiva sottesa e la relativa giurisdizione

La rinegoziazione viene qualificata dal codice come diritto. L'esegesi del testo fa propendere per una lettura della posizione giuridica tutelata dall'ordinamento quale diritto in senso tecnico, al quale corrisponde un obbligo della stazione appaltante; tuttavia, non qualificabile come obbligo a contrarre, cioè ad addivenire alla stipula di un accordo modificativo delle condizioni contrattuali, ma semmai come una obbligazione di mezzi, in virtù della quale i contraenti sono tenuti ad avviare nuove trattative.

Si pone in relazione alla qualificazione in termini di diritto soggettivo della situazione giuridica sottesa alla rinegoziazione un possibile problema di corretta individuazione della giurisdizione. Trattandosi di un diritto soggettivo potrebbe propendersi per la giurisdizione ordinaria.

Tuttavia, si tratta di un diritto al quale appare correlato in più di una circostanza un potere discrezionale della stazione appaltante.

In primo luogo, nel contesto della rinegoziazione *ex lege* dettata dal codice e volta ad offrire alle parti un armamentario per ricucire lo strappo tra l'equilibrio originario del contratto e la realtà sopraggiunta, la discrezionalità in capo alla stazione appaltante appare enucleabile nel contesto del comma 8 dell'art. 120, che disciplina le modalità procedurali della rinegoziazione. La parte deve avanzare senza ritardo al RUP una proposta che la disposizione, a differenza di quanto indicato dai principi Uni-

²⁴ Cons. St., sez. IV, 31/10/2022, n. 9426.

²⁵ Cons. St., sez. V, 11 aprile 2022, n. 2709; TAR Torino, 20 febbraio 2023, n. 180, in materia di revisione dei prezzi.

droit, non indica come necessariamente corredata di motivi, che però, viceversa, appaiono indispensabili a configurare i presupposti del diritto, azionabile solo in presenza delle circostanze indicate dalla disposizione dell'art. 9²⁶. Molto opportuna è invece la precisazione normativa circa l'inidoneità, di per sé, della proposta a sospendere l'esecuzione del contratto²⁷.

In ogni caso, la discrezionalità si apprezza nella proposta che il RUP deve formulare entro un termine non superiore a tre mesi (art. 120, comma 8). Questa proposta dovrà, infatti, anche tenere conto dell'interesse pubblico al rispetto del principio del risultato, inteso come scopo primario del codice alla esecuzione di contratti pubblici con la massima tempestività e il miglior rapporto possibile qualità-prezzo e come criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale nonché per l'individuazione della regola del caso concreto.

Inoltre, il RUP nella formulazione della proposta dovrà valutare la disponibilità finanziaria della stazione appaltante. Giova, sotto questo profilo, evidenziare che l'art. 9 suggerisce alle amministrazioni di prevedere nel quadro economico dell'intervento, alla voce imprevisti e accantonamenti e, se necessario, anche utilizzando le economie da ribasso d'asta, le risorse cui attingere in caso di richiesta di rinegoziazione.

Più discutibile rinvenire esercizio di potere discrezionale – e dunque ancor più fondata l'ipotesi di configurare una situazione giuridica di diritto soggettivo – in relazione all'art. 60 che prevede l'obbligo delle stazioni appaltanti di inserire, nei documenti di gara iniziali delle procedure, clausole di revisione dei prezzi da attivarsi al ricorrere di particolari condizioni di natura oggettiva che determinano una variazione dell'importo complessivo del costo dell'opera, della fornitura o del servizio in relazione alle prestazioni da eseguire in maniera prevalente, senza alterare la natura generale del contratto. La previsione introduce un meccanismo revisionale automatico operante in presenza di circostanze che determinano una variazione sull'importo del contratto oltre una determinata soglia (stabilita sulla base di appositi indici ISTAT).

²⁶ La regola relativa agli effetti dell'*hardship* (art. 6.2.3) presente nei Principi UNIDROIT specifica che la richiesta di rinegoziazione «deve essere fatta senza ingiustificato ritardo e deve indicare i motivi sui quali è basata»

²⁷ Nella stessa direzione sia il Codice civile francese che i principi Unidroit prevedono che la parte è tenuta ad eseguire le proprie obbligazioni durante la rinegoziazione.

La rinegoziazione può poi essere *ex voluntate* laddove le parti cerchino di prevedere i fatti che in futuro potrebbero turbare l'equilibrio scolpito nel contratto e le possibili reazioni, apponendo volontariamente clausole di rinegoziazione in attuazione del principio di autonomia contrattuale affermato oggi espressamente tra i principi generali della disciplina di settore della contrattualistica pubblica (art. 8) anche per le pubbliche amministrazioni.

Le stazioni appaltanti, specialmente quando il contratto risulti particolarmente esposto per la sua durata, il contesto economico di riferimento o per altre circostanze, sono invitate a favorire l'inserimento di clausole di rinegoziazione dandone pubblicità nel bando o nell'avviso di indizione: in questo modo non risulterebbero violate le regole della concorrenza, in quanto tutti i concorrenti si sarebbero trovati nella medesima situazione ove, risultati aggiudicatari, si fosse verificato l'evento perturbatore delle condizioni negoziali inizialmente pattuite.

La discrezionalità si rinviene quanto più le clausole siano generiche in ordine alle tipologie di interventi sopravvenuti, alle modalità e ai contenuti della rinegoziazione. Se da un lato il minor dettaglio è maggiormente idoneo a plasmarsi sulla mutevolezza della realtà, dall'altro renderanno più arduo individuare specifici inadempimenti anche a fini risarcitori. Inoltre, le clausole di rinegoziazione devono essere costruite in modo da non assegnare un potere discrezionale assoluto a una delle parti ed essere, per espressa disposizione normativa, chiare, precise ed inequivocabili, contribuendo in tal modo a configurare una situazione di diritto soggettivo azionabile innanzi al giudice ordinario senza la necessaria intermediazione dell'esercizio del potere discrezionale.

Discorso ancora diverso pare da svolgersi con riferimento alle concessioni rispetto alle quali il mancato rinvio dell'art. 9, comma 5, alle disposizioni sulla modifica dei contratti durante il periodo di efficacia (art. 189) e alla revisione dei contratti di concessione (art. 192) potrebbe far ritenere la non configurabilità in capo ai concessionari di un diritto soggettivo alla rinegoziazione delle condizioni del contratto.

È certo che la clausola generale di buona fede si erge a regola dei rapporti tra privati e pubblica amministrazione idonea a guidare la rinegoziazione e a concludere l'accordo di revisione preservando l'equilibrio economico-giuridico fissato al momento della stipulazione del contratto di evidenza pubblica. Soccorre il criterio della buona fede per valutare la condotta dei contraenti e stabilire, ad esempio, quando una delle parti

abbia assunto un comportamento solo in apparenza diretto a rinegoziare ma nella realtà inteso a non modificare i patti originari (c.d. trattativa maliziosa).

5. I poteri del giudice

Nonostante la funzione di integrazione che riposa sulla buona fede la scelta codicistica prevede la tutela per la parte svantaggiata in sede giurisdizionale per ottenere l'adeguamento del contratto all'equilibrio originario (art. 120, comma 8).

Ci si può domandare se l'accesso al giudice sia condizionato dal necessario esperimento del tentativo di rinegoziazione con l'amministrazione. Per questa soluzione potrebbe propendersi stando alla lettera della disposizione dell'art. 120 comma 8 a norma del quale la parte svantaggiata può agire in giudizio per ottenere l'adeguamento del contratto all'equilibrio originario, nel caso in cui non si pervenga al nuovo accordo entro un termine ragionevole.

In secondo luogo, in ipotesi di rifiuto o di fallimento della rinegoziazione quali sono i poteri del giudice? Il giudice deve agevolare un tentativo di accordo? Se l'accordo non viene raggiunto?

Se la disposizione è interpretata come volta ad introdurre una tutela in forma specifica – circostanza che potrebbe risultare indirettamente confermata dalla salvezza della responsabilità per violazione degli obblighi di negoziazione – si prefigurerebbe l'emanazione di una sentenza determinativa del nuovo contenuto del contratto che tenga conto dell'evento sopravvenuto, fermo restando che non si tratterebbe di novazione ma di modificazione.

Un intervento, dunque, a carattere sostitutivo-integrativo da parte del giudice – anche in via cautelare – sulle condizioni contrattuali volto ad un adeguamento, anche in via d'urgenza, alle sopravvenienze per ristabilire l'equilibrio alterato tra le prestazioni.

Tuttavia, la rinegoziazione, pur favorendo la possibilità di eliminare le conseguenze negative derivanti dal trascorrere del tempo non assicura l'effettiva sopravvivenza del rapporto contrattuale e sotto questo profilo, l'intervento del giudice non può assegnare più di quanto non sia effettivamente riconosciuto dall'ordinamento. In questa direzione l'intervento del giudice sembra piuttosto dover esser volto ad assicurare un comportamento delle parti secondo buona fede - nella specie ad avviare le tratta-

tive per ripristinare l'equilibrio economico contrattuale - la cui violazione potrebbe condurre alla demolizione del rapporto contrattuale.

In questo senso, la disposizione del comma 8 dell'art. 120 fa salva la responsabilità per la violazione dell'obbligo di rinegoziazione. Sembra dunque adottata la soluzione, già prevista dai PECL, di usare una norma di chiusura della regola della rinegoziazione secondo buona fede, in cui si consente al giudice di condannare al risarcimento dei danni cagionati dal rifiuto di una parte di avviare le trattative o dalla loro rottura in maniera contraria alla buona fede e alla correttezza.

Sotto questo profilo rileva anche il tema della prova in giudizio della situazione che ha alterato profondamente l'equilibrio del contratto che, in ragione della *ratio* della rinegoziazione limitata al ripristino dell'originario equilibrio del contratto oggetto dell'affidamento senza alterazione della sostanza economica, deve fondare l'imprevedibilità sulla base di criteri oggettivi prendendo in considerazione una persona ragionevole in medesime circostanze ed eventi al di fuori del controllo della parte svantaggiata.

La disposizione non chiarisce se la parte svantaggiata possa anche adire il giudice per chiedere la risoluzione del contratto (il codice civile francese, ad esempio, stabilisce che il giudice su domanda di parte, può, rivedere o risolvere il contratto alla data e alle condizioni che egli fissa).

Inoltre, a differenza della formulazione dell'*hardship* nei principi Unidroit ove entrambe le parti possono adire il giudice per la revisione o la risoluzione del contratto in tempi e modi di volta in volta da stabilire, la scelta codicistica sembra rivolgere la disciplina alla sola legittimazione della parte svantaggiata a chiedere la revisione delle condizioni per la conservazione dell'equilibrio contrattuale. Il comma 3 dell'art. 9 dispone però che se le circostanze sopravvenute rendono la prestazione in parte o temporaneamente inutile o inutilizzabile per uno dei contraenti questi ha diritto a una riduzione proporzionale del corrispettivo, secondo le regole dell'impossibilità parziale.

L'INNOVAZIONE NEL CODICE DEI CONTRATTI

Antonio Bartolini

1. Innovazione normativa

Diversi sono i profili che riguardano l'innovazione nel codice dei contratti.

In primo luogo, il Codice è esso stesso una innovazione, una “innovazione normativa”.

Difatti, innova l'ordinamento giuridico introducendo “novità normative”, e, innanzitutto, rappresenta un cambio di paradigma, essendo passato dalla logica dell'anticorruzione a quella del risultato. Tra le novità più rilevanti: l'introduzione di un set di principi quali quello di risultato, di fiducia, di equilibrio contrattuale, etc.; una disciplina rinnovata dei sottosoglia; l'appalto integrato; il sub-appalto a cascata; la presenza di una copiosa serie di allegati sostitutivi, soprattutto, delle linee guida di Anac.

2. Innovazione tecnologica delle procedure

La seconda innovazione è la “transizione digitale”, in quanto il Codice scommette sulla digitalizzazione delle procedure di evidenza pubblica e l'abbandono delle procedure cartacee. Il Codice si apre anche all'impiego di algoritmi e dell'uso dell'intelligenza artificiale (IA). Anche se desta più di una perplessità il completo affidamento che fa il Codice fa all'IA, non ponendo limiti al suo impiego, limitandosi a un mero richiamo «*al rispetto delle specifiche disposizioni in materia*» (art. 30, primo comma). Al momento specifiche disposizioni legislative sono del tutto mancanti, al contrario di altri ordinamenti che hanno assunto indirizzi di stretta legalità. Come anche il regolamento europeo sull'IA è ancora *in itinere*, sicché mancano sostanzialmente specifiche disposizioni in materia.

Né appaiono sufficienti limiti posti dal secondo comma dell'art. 30, che introducono principi, già elaborati in sede giurisprudenziale, come quello dello *human in the loop*, quello di conoscibilità e quello di non discriminazione, che, peraltro, appaiono essere presidi idonei per l'impiego degli algoritmi, ma non per sistemi di *machine* e *deep learning* in cui l'IA opera in base a meccanismi di autoapprendimento.

In questo ambito risulta poco comprensibile la scelta del Governo di cassare la proposta contenuta nello schema elaborato dalla Commissione speciale istituita presso il Consiglio di Stato, che voleva attribuire ad ANAC il potere di sperimentazione normativa (c.d. *sand-box*)²⁸.

In particolare, l'art. 223 contenuto nello Schema di Codice attribuiva ad Anac la possibilità di concedere deroghe alle disposizioni del Codice dei contratti con il fine di sperimentare o introdurre innovazioni.

Il mancato recepimento di tale disposizione non sembra essere il frutto di una scelta ben ponderata, proprio perché il campo delle innovazioni tecnologiche introdotte dal Codice è molto aperto, sicché la possibilità di chiedere la sperimentazione, avrebbe consentito all'autorità di regolazione, ovvero l'Anac, di valutare effetti e risultati delle innovazioni tecnologiche.

3. Il principio di innovazione

In terzo luogo, il Codice si preoccupa di disciplinare gli “appalti innovativi”, ovvero quelle procedure di evidenza pubblica che sono volte ad acquisire innovazioni tecnologiche.

Va, peraltro, notato che dall'elenco delle definizioni scompare la definizione di “innovazione”, contenuta, invece, nella lett. nnnn) dell'art. 3, del d.lgs. 50/2016. L'omissione così perpetrata dal nuovo Codice non sembra però un errore da matita blu. Difatti, la nozione di innovazione può essere tratta *aliunde*, e in particolare dalla recente Comunicazione della Commissione (*Orientamenti in materia di appalti per l'innovazione*, 2021/C 267/01), dove viene precisato che il termine “innovazione” può avere molteplici significati, distinguendo tra il “processo di innovazione”, cioè i servizi di R&S e “i risultati dell'innovazione”. Inoltre, precisa che l'innovazione può essere “incrementale”, “dirompente” e “trasformativa”: quest'ultima viene intesa come “una trasformazione più globale, provvedendo a esigenze insoddisfatte e rispondendo a richieste di riforme strutturali ed organizzative.

Inoltre, non ci si deve dimenticare che la definizione di “innovazione” per gli appalti innovativi è contenuta nella direttiva 24/2014/UE che la definisce come *«l'attuazione di un prodotto, servizio o processo nuovo o si-*

²⁸ Su tale vicenda v. la ricostruzione operata da M. MILANESI, *Lo sviluppo delle sandbox regolatorie italiane tra dubbi e opportunità. Requiem per l'art. 223, dello «Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici»*, in *Federalismi.it*, 28 giugno 2023.

gnificativamente migliorato, tra cui, ma non solo, i processi di produzione, di edificazione o di costruzione, un nuovo metodo di commercializzazione o organizzativo nelle prassi commerciali, nell'organizzazione del posto di lavoro o nelle relazioni esterne, tra l'altro allo scopo di contribuire ad affrontare le sfide per la società o a sostenere la strategia Europa 2020 per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva» (art. 2, § 1, n. 22).

Sicché, ai fini della direttiva appalti, innovazione è l'oggetto dei contratti volti ad acquisire prodotti o processi nuovi o significativamente migliorati rispetto a quelli presenti sul mercato. E, dunque, l'appalto, meglio, il contratto innovativo è quello volto ad acquisire opere, servizi o forniture nuove, non esistenti sul mercato, o notevolmente migliorate rispetto a quelle presenti nel mercato.

Merita, invece, essere sottolineato l'art. 113, del Nuovo Codice che a un certo punto riconosce l'esistenza di un "principio di innovazione": difatti tale disposizione, nell'occuparsi dei requisiti per l'esecuzione del contratto afferma che le «*stazioni appaltanti possono richiedere requisiti particolari per l'esecuzione del contratto, purché siano compatibili con il diritto europeo e con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, innovazione e siano precisati nel bando di gara, o nell'invito in caso di procedure senza bando o nel capitolato d'oneri*».

Il riferimento espresso del Nuovo Codice al rispetto del "*principio di innovazione*" richiede qualche riflessione aggiuntiva.

Difatti, in Europa si sta discutendo sull'esistenza e configurabilità di un "principio di innovazione" che possa controbilanciare gli aspetti più limitativi del principio di precauzione²⁹. Nonostante che autorevoli *think tank* dell'Unione europea individuino all'interno del Trattato l'esistenza implicita di questo principio³⁰, ad oggi è preferibile ritenere che il principio di innovazione – almeno nel diritto europeo – non abbia forza e rilevanza giuridica, quanto sia piuttosto un criterio di *better regulation*, che impone al decisore di valutare gli effetti di determinate normative (*in primis*, quelle ambientali) sull'esigenza prioritaria di innovazione. A tal fine va ricordato che la Commissione ha approntato un *toolbox* per la *Better regulation* in cui è preso in considerazione anche il principio di innova-

²⁹ Per un'ampia disamina delle problematiche poste dal principio di innovazione v. C. Ducuing, *A legal principle of innovation? Need for an assessment against the principle of democracy, Law, Innovation and Technology*, 2022, DOI:10.1080/17579961.2022.2113667.

³⁰ EPSC – European Political Strategy Centre, *Towards an Innovation Principle Endorsed by Better Regulation*, Issue 14, 30 June 2016.

zione ³¹. E che recentemente la proposta di “Regolamento relativo alle batterie” ha espressamente preso in considerazioni il principio di innovazione ³².

Il principio di innovazione, così inteso, tuttavia appare essere un criterio derivante dalla nozione lata del principio di precauzione, che come noto, può essere interpretato anche come principio che incoraggia le innovazioni in caso di dubbio. Questa accezione del principio di precauzione (chiamata debole) è presente nel diritto internazionale (accordo GATT del WTO) e sostanzialmente stabilisce che fino a quando non si ha certezza della pericolosità di un processo o di un prodotto l’attività non debba essere paralizzata.

E di recente nella giurisprudenza italiana (anche se con riferimento alla tutela della salute) si è parlato, in questa direzione, di “principio inverso di precauzione”, che opererebbe in maniera tale da incoraggiare la distribuzione del prodotto anche nel caso in cui vi siano dei rischi per la salute umana derivanti dall’ “ignoto irriducibile” che si nasconde dietro l’innovazione. Si tratta della nota sentenza del Consiglio di Stato sull’obbligo vaccinale Covid-19 secondo cui il «*principio di precauzione, che trova applicazione anche in ambito sanitario, opera in modo inverso rispetto all’ordinario e, per così dire, controintuitivo, perché richiede al decisore pubblico di consentire o, addirittura, imporre l’utilizzo di terapie che, pur sulla base di dati non completi (come è nella procedura di autorizzazione condizionata, che però ha seguito – va ribadito – tutte le quattro fasi della sperimentazione richieste dalla procedura di autorizzazione), assicurino più benefici che rischi, in quanto il potenziale rischio di un evento avverso per un singolo individuo, con l’utilizzo di quel farmaco, è di gran lunga inferiore del reale nocimento per una intera società, senza l’utilizzo di quel farmaco*»³³.

La sentenza a mio modo di vedere può essere generalizzata anche al diritto ambientale e, ora, anche al Codice dei contratti e rappresenta una puntuale applicazione di quello che altri definiscono come principio di innovazione (o precauzione debole o della precauzione inversa).

³¹ Commissione europea, *Better regulation Toolbox*, November 2021, https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/planning-and-proposing-law/better-regulation-why-and-how_en

³² *Proposta di regolamento del Parlamento e del Consiglio relativo alle batterie e ai rifiuti di batterie* (Sec 2020 420 final).

³³ Cons. St., III, 20 ottobre 2021, n. 7045.

Laddove, infatti, l'innovazione si trovi di fronte a situazioni di paradosso in cui per tutelare un interesse primario si sacrifica il medesimo interesse primario (salute c. salute; ambiente c. ambiente; ambiente c. paesaggio, etc.), tra i due lati del dilemma occorre dare prevalenza al lato che assicuri più benefici pubblici che rischi (in base ad un test di proporzionalità).

Il principio così inteso, dunque, rappresenta un giusto deterrente agli interessi oppositivi che molto spesso ostacolano l'innovazione.

Con l'art. 113 – non so se consapevolmente – si inserisce in questo dibattito sancendo che esiste nel nostro ordinamento giuridico, con particolare riferimento al Codice dei contratti, il principio di innovazione.

Il che non è un risultato ermeneutico di poco momento.

E a ben vedere il principio di innovazione appare essere un corollario di quel principio di risultato (art. 1) che costituisce il principio primo del Nuovo Codice.

Principio di innovazione, infatti, vuol dire che tra il fare e il non fare, occorre dare prevalenza, secondo criteri di prudenza, al fare, cioè al risultato.

Quindi quando l'art. 113, Nuovo Codice, quando consente alle stazioni appaltanti di imporre “requisiti particolari” per l'esecuzione del contratto, purché siano conformi al principio di innovazione, non fa altro che dare due criteri direttivi: uno in positivo, l'altro in negativo.

In positivo, il principio di innovazione favorisce l'introduzione di criteri che agevolino l'acquisizione di prodotti e processi innovativi.

In negativo, il principio di innovazione si pone come limite all'introduzione di criteri precauzionali che blocchino l'innovazione.

4. Appalti innovativi

In quarto luogo, il Codice si preoccupa di disciplinare gli appalti innovativi.

In apparenza la disciplina sembrerebbe limitata ai c.d. partenariati per l'innovazione (artt. 75 ss.), da un lato, e i c.d. appalti pre-commerciali (art. 135), dall'altro.

In realtà, se ci orientiamo all'interno del Codice, tramite la bussola della Comunicazione recante “Orientamenti in materia di appalti per l'innovazione”, ci si avvede che vi sono altre norme e disposizioni che sono orientate all'innovazione.

Innanzitutto, troviamo la disciplina sulle “Consultazioni preliminari di mercato” (artt. 77 e 78), che hanno la funzione di orientare la stazione appaltante o l’ente concedente nella scelta della procedura e dei relativi contenuti, quando intende acquisire un prodotto o un processo innovativo.

In questo caso è evidente l’asimmetria informativa in cui si trova la stazione appaltante, che, per l’appunto, ha la necessità di acquisire informazioni, indicazioni, idee dal mercato.

Il canovaccio della disciplina sulle Consultazioni di mercato è quello di evitare distorsioni della concorrenza e garantire a tutti gli interessati l’accesso alle informazioni acquisite in fase di consultazione.

La disciplina nazionale sulle Consultazioni di mercato necessita, poi, di essere integrate dalle indicazioni fornite dalla Commissione con i propri orientamenti.

Innanzitutto, il Codice, conformemente alle direttive europee, consente nel caso in cui l’innovazione sia coperto da brevetti o in genere da diritti di proprietà industriale (DPI), di procedere all’ “affidamento diretto” (art. 76). Anche in questo caso è, però, preferibile fa precedere l’affidamento da una Consultazione per vedere se il mercato offra soluzioni equivalenti; difatti, il Codice specifica che l’affidamento diretto può avvenire solo nel caso in cui «non esistono altri operatori economici o soluzioni alternative ragionevoli e l’assenza di concorrenza non è il risultato di una limitazione artificiale dei parametri dell’appalto» (art. 76, comma 3).

Il Nuovo Codice, peraltro, non pare avvertire che vi sono procedure particolarmente adatte all’acquisizione di innovazioni, senza dover ricorrere ai partenariati per l’innovazione e a quelli pre-commerciali.

Il Codice, infatti, non sembra prendere in considerazione la distinzione tra appalti innovativi in senso ampio e in senso stretto. Difatti, gli “appalti innovativi in senso ampio” sono quelli in cui l’amministrazione cerca innovazioni già presenti nel mercato per stimolare la crescita e lo sviluppo, mentre quelli in “in senso stretto”, sono proprio quelli diretti a stimolare l’ideazione, prototipazione e messa in commercio di nuovi prodotti e nuovi servizi: questi sono i c.d partenariati per l’innovazione e gli appalti pre-commerciali.

Per quanto riguarda gli appalti innovativi in senso ampio, la Commissione europea suggerisce di impiegare le procedure di negoziazione com-

petitive e il dialogo competitivo³⁴: ma dalla lettura del Nuovo Codice non emerge questa consapevolezza non essendoci alcun riferimento all'innovazione.

Gli “appalti innovativi in senso stretto” consistono essenzialmente in due procedure, ovvero “i partenariati per l'innovazione” e “gli appalti pre-commerciali”.

I partenariati per l'innovazione (art. 75, d.lgs. 36) consistono sostanzialmente in una procedura competitiva “a doppio oggetto”, in quanto il contratto mira ad individuare uno o più partner privati che in una fase intermedia sviluppino un prototipo ed in una seconda fase lo commercializzino. Infatti “il partenariato per l'innovazione include almeno due diversi contratti: un primo contratto di ricerca ed un secondo contratto di esecuzione dei risultati della ricerca.

L'innovazione viene sviluppata attraverso varie fasi di negoziazione tra più operatori e l'amministrazione, fino ad arrivare al prodotto o servizio innovativo da lanciare nel mercato.

Discussa è la natura del partenariato per l'innovazione, ovvero se sia assimilabile ad un contratto od una concessione (la distinzione tra contratto e concessione si fonda sul rischio: nel caso del contratto il rischio è a carico dell'amministrazione, nel caso della concessione è addossato al concessionario; sicché nel primo caso l'amministrazione corrisponde un prezzo, una remunerazione, mentre nel secondo caso al concessionario non è corrisposta una remunerazione, poiché il guadagno deriva dalla gestione del contratto concesso).

³⁴ La Commissione UE, nella Comunicazione sugli “Orientamenti in tema di appalti per l'innovazione” porta l'esempio di un'amministrazione che deve decidere se costruire un ponte o un tunnel, chiedendosi se debba essere ad unico o doppio senso di marcia, sopra o sotto il letto di un fiume, con modalità che non hanno precedenti. La Commissione per questa tipologia di opera suggerisce il ricorso al c.d. dialogo competitivo. L'amministrazione durante la negoziazione può, sulla base delle varie soluzioni proposte, procedere ad una sintesi delle indicazioni emerse durante il dialogo, sintesi progettuale che viene poi messa a gara tra i vari concorrenti (v. art. 74, d.lgs. 36/2023). Se, invece, la soluzione per realizzare il ponte è stata già individuata dall'amministrazione (ad es. ponte sotto il letto di un fiume) la negoziazione non riguarderà la soluzione innovativa, ma gli aspetti tecnici con cui realizzarla. In questo caso la Commissione UE suggerisce di ricorrere alla c.d. procedura competitiva con negoziazione, che consente all'amministrazione di negoziare con gli offerenti, in corso di gara, i requisiti tecnici in base alle indicazioni proposte dagli offerenti (art. 73, d.lgs. 36/2023).

L'opinione prevalente è che il partenariato per l'innovazione sia riconducibile allo schema del contratto di appalto e non alla concessione, atteso che i costi per la realizzazione dell'innovazione sono a carico della stazione appaltante.

Particolarmente complessa, peraltro, è la gestione dei diritti brevettuali (c.d. DPI) scaturenti dai partenariati per l'innovazione. La Commissione UE lascia libertà di scelta alle amministrazioni aggiudicatrici, anche se esprime un certo favor per lasciarne la titolarità in capo all'amministrazione. Nella comunicazione sugli "Orientamenti", tuttavia si dà atto che laddove i costi di investimento (per la pubblica amministrazione) sono alti si può prevedere, nel bando di gara, la possibilità di cessione dei DPI alle imprese che collaborano all'innovazione. In questo caso, la gestione dell'innovazione ed il relativo rischio passano al privato, sicché in questo caso si potrebbe ipotizzare la presenza di una concessione.

Il Nuovo Codice, peraltro, non si preoccupa di queste problematiche, limitandosi a dettare una disciplina volta a individuare i requisiti di qualificazione e la possibilità di scremare i partecipanti in corso di gara, dimostrando ancora una volta la sottovalutazione delle potenzialità degli appalti innovativi.

L'appalto pre-commerciale riguarda essenzialmente la fase creativa e di prototipazione di un prodotto o servizio nuovo. La procedura è sottratta al perimetro delle direttive europee e del Codice dei contratti, proprio perché si tratta di beni e servizi in fase prototipale non destinate direttamente al mercato. In altre parole, l'appalto pre-commerciale riguarda i servizi di ricerca e sviluppo e non comprende l'attività di sviluppo commerciale. Tra l'altro la condivisione del rischio è ripartita tra amministrazione ed innovatore, in quanto l'uso del prototipo non è esclusivo. Le indicazioni operative sono contenute nella Comunicazione della Commissione recante "Appalti pre-commerciali" (COM (2007) 799 def. Del 14.12.2007). La procedura di scelta del contraente deve rispettare solamente i principi europei di parità di trattamento, pubblicità e non discriminazione.

Il Codice (art. 135) si limita a prevedere che l'appalto pre-commerciale è un contratto escluso, cui si applicano solamente i primi tre articoli del Codice, ovvero i principi di risultato, fiducia e concorrenzialità. Inoltre, il Codice si preoccupa di precisare che i costi e i risultati dell'appalto non ricadano solamente sulla stazione appaltante, confermano l'idea del rischio condiviso.

5. Conclusioni

Il Nuovo Codice, in materia di innovazione tecnologica presenta più ombre che luci.

L'idea è quella che il “legislatore” si sia limitato a svolgere un compito, senza avere un disegno sulle potenzialità degli appalti come strumento di innovazione.

Partiamo dalle luci.

Indubbiamente i maggiori meriti del Codice riguardano l'innovazione tecnologica delle procedure, spingendo sulla digitalizzazione delle medesime. Tuttavia, il disegno si sarebbe potuto completare con l'introduzione della *sandbox* da attribuire all'Anac, che, invece, dal Governo è stata “sforbiciata”.

Il giudizio non può essere altrettanto positivo per quanto riguarda gli appalti innovativi.

Il Codice non ha colto le spinte dell'ordinamento comunitario volte a massimizzare le opportunità degli appalti innovativi, limitandosi a circoscrivere la problematica ai partenariati con scelte di carattere procedurale e non sostanziale. Sorprende, infine, il riferimento del Codice al “principio di innovazione”: in questo caso – non so se con consapevolezza – il Codice dei contratti va oltre al diritto europeo, dando forza giuridica a un principio – quello di innovazione – che al momento anche a livello europeo sembra essere un obiettivo più politico che giuridico.

LIBRO I – TITOLO II
L'AMBITO DI APPLICAZIONE, IL RESPONSABILE UNICO
E LE FASI DELL'AFFIDAMENTO

La struttura bifasica dei contratti pubblici
Contratti pubblici e concordato tra “vecchio” e “nuovo” Codice
Autonomie territoriali speciali e contratti pubblici

LA STRUTTURA BIFASICA DEI CONTRATTI PUBBLICI

Sebastiano Licciardello

La disciplina dei contratti pubblici viene tradizionalmente scomposta secondo uno schema – logico e cronologico – di tipo “bifasico”, nel quale si succedono due sequenze caratterizzate da un differente regime giuridico: la fase di scelta del contraente e quella di esecuzione del contratto.

Nella prima – anche detta fase “pubblicistica” – l’amministrazione agirebbe secondo moduli autoritativi, scanditi dagli atti del procedimento selettivo ad evidenza pubblica, disciplinato dalla legge in armonia con le direttive europee e retto dai principi propri dello statuto dell’amministrazione.

Nella seconda, che si svolge nel solco del rapporto contrattuale instaurato con l’aggiudicatario, l’amministrazione opererebbe, di regola, in veste di contraente e quindi in posizione di tendenziale parità con la controparte privata, secondo le regole del diritto comune.

La stipulazione del contratto, che segue l’aggiudicazione segnerebbe il “discrimine” *«tra la fase di scelta del contraente, (...) retta da norme cc.dd. “di azione” che involgono un sindacato proprio della discrezionalità amministrativa devoluto al giudice amministrativo, e la fase dell’esecuzione del contratto conseguente a tale scelta, concettualmente non diversa dai contratti stipulati tra i soggetti privati e, pertanto, naturalmente ricadente nella giurisdizione del giudice ordinario»* (Cons. st., V, n. 4025/2014).

Coerentemente con tale impostazione, per giurisprudenza costituzionale, mentre la disciplina (primaria) della fase pubblicistica pertiene all’ambito materiale della concorrenza, la fase che ha inizio con la stipulazione del contratto e prosegue con l’attuazione del rapporto negoziale è invece disciplinata da norme che vanno ascritte alla materia dell’ordinamento civile” *ex art. 117, co. 2, lett. l), Cost.:* ciò proprio in quanto, in tale fase, l’amministrazione si pone su un piano di tendenziale equiordinazione con il privato contraente, agendo *«non nell’esercizio di poteri, bensì nell’esercizio della propria autonomia negoziale»* (Corte cost. n. 401/2007, n. 53/2011).

La distinzione in esame si riflette, altresì, sulla consistenza delle situazioni giuridiche soggettive coinvolte, qualificabili di regola come interessi legittimi, o come diritti soggettivi interessati dall’esercizio di poteri am-

ministrativi, nella fase pubblicistica, e come diritti soggettivi “puri”, speculari ad obblighi privatistici (di rilevanza patrimoniale), nella fase di attuazione del rapporto, con quel che ne consegue in ordine al riparto di giurisdizione.

Infatti, l’art. 133, co. 1, lett. e), n. 1), c.p.a. devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie relative alle “procedure di affidamento” dei contratti (caratterizzate dall’esercizio di poteri e, quindi, dalla presenza di interessi ovvero dalla “commistione” fra interessi e diritti), mentre nella fase di esecuzione le controversie rimesse alla cognizione del giudice amministrativo sono soltanto quelle indicate dall’art. 133, co. 1, lett. e), n. 2, c.p.a., restando, di regola, devoluti al giudice ordinario i rapporti privatistici interni alla fase esecutiva.

Ed è proprio la questione di riparto di giurisdizione che ha “enfaticizzato” la costruzione bifasica che invece dal punto di vista sostanziale – come vedremo – è stata progressivamente svuotata per la consapevolezza che la fase per così dire privatistica dell’esecuzione del contratto si caratterizza per un pregnante rilievo dell’interesse pubblico che si insinua nella trama dei rapporti tra amministrazione e impresa ¹. Infatti, per l’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (n. 10/2020) il superamento del paradigma bifasico dei contratti pubblici «*schiude la strada ad una visione della materia, che fuoriesce dall’angusto confine di una radicale visione soggettivistica del rapporto tra il solo, singolo, concorrente e la pubblica amministrazione e che vede la confluenza e la tutela di molteplici interessi anche in ordine alla sorte e alla prosecuzione del contratto*».

Nella fase esecutiva, invero, viene a concretizzarsi il risultato programmato dall’amministrazione (opera pubblica o servizio che sia) che per l’impresa costituisce un obbligo contrattuale, incombendo su quest’ultima la effettiva realizzazione (*cura cum effectu*) del programma pubblico.

Il che non vuol dire che tra amministrazione ed impresa vi sia una “condivisione” nella cura dell’interesse pubblico, che i diritti dell’impresa “scemino” a situazioni di interesse legittimo, come conseguenza di una (inammissibile) subordinazione del diritto di impresa all’interesse pubbli-

¹ Parimenti la giurisprudenza la fase pubblicistica soggiace alle “regole di condotta” a carattere generale previste dal Codice civile, e segnatamente ai principi di correttezza e buona fede oggettiva, la cui violazione può generare responsabilità precontrattuale, sia dell’amministrazione che del privato, anche prima e a prescindere dall’intervenuta aggiudicazione (Cons. St., Ad. plen., n. 6/2005, n. 5/2018).

co: la circostanza che il programma da realizzare si identifichi con l'obiettivo (strategico) da raggiungere e che l'obiettivo coincide con il risultato che vincola nel fine l'impresa, se impedisce all'interesse pubblico di rappresentare "unilateralmente" il profilo causale del contratto stipulato non esclude di dare rilievo pubblicistico – nel complesso – al rapporto contrattuale.

Il che oggi trova conferma con la codificazione dei principi che, con il codice dei contratti pubblici del 2023, vengono a costruire uno statuto unitario del sistema con una refluenza evidente sul sistema di riparto fondato sulla struttura bifasica.

Senza pretesa di completezza va evidenziato che secondo un primo orientamento delle Sezioni unite, che interpreta estensivamente l'art. 133, lett. e), n. 1) c.p.a., ritiene spettare al giudice amministrativo la cognizione dei comportamenti e atti assunti non solo prima dell'aggiudicazione ma anche nella successiva fase – c.d. "intermedia" – compresa tra l'aggiudicazione e la stipula del contratto, circoscrivendo la giurisdizione del giudice ordinario, quale "giudice dei diritti", alla sola fase di esecuzione del rapporto (Cass., Sez. un., ord. n. 17858/2013; n. 14188/2015; n. 13191/2018; n. 2144/2018; n. 7219/2020). Tale indirizzo si informa in modo pedissequo alla scomposizione bifasica sopra richiamata, che, come visto, ha come rigido spartiacque il momento della stipula del contratto.

Un diverso orientamento di più recente emersione, allo stato prevalente, interpretando restrittivamente l'art. 133, lett. e), n. 1) c.p.a., esclude dall'ambito della giurisdizione esclusiva i comportamenti e atti che si collocano nella fase ("intermedia") tra l'aggiudicazione e la stipulazione del contratto, reputando che, in tale fase, la giurisdizione debba ripartirsi secondo il criterio generale, con la conseguenza che sarebbero devolute alla cognizione del giudice amministrativo solo le controversie in cui si faccia questione di interessi legittimi (Cass., Sez. un., ord. n. 16419/2017; n. 28979/2020; n. 24411/2018; n. 17329/2021; n. 11257/2022; n. 111/2023).

La giurisprudenza più recente sembra, quindi, individuare una fase "intermedia" che corre tra l'aggiudicazione e la stipula del contratto, nell'ambito della quale atti e comportamenti dell'amministrazione potrebbero, in tesi, risultare sganciati da un collegamento (anche solo mediato) con il potere: la procedura ad evidenza pubblica "degraderebbe", in questi casi, a mera occasione del danno, il quale discenderebbe *sic et simpliciter* dalla violazione del dovere di correttezza (precontrattuale), lesiva del diritto soggettivo all'autodeterminazione negoziale. La contro-

versia spetterebbe dunque al giudice ordinario, in quanto «*il presupposto della giurisdizione del giudice amministrativo, anche nelle materie di giurisdizione esclusiva, è sempre che la controversia inerisca ad una situazione di potere dell'amministrazione e che la causa petendi si radichi nelle modalità di esercizio del potere amministrativo*» (Cass., Sez. un., n. 13595/2022).

In altri termini, nella c.d. fase intermedia tra l'aggiudicazione e il contratto vi sarebbe un'ampia gamma di situazioni «*che possono collocarsi in una fase sì prenegoziale, ma nella quale l'esercizio di poteri discrezionali pubblicistici non viene (più) in rilievo*» (Cass., Sez. un., n. 11257/2022). Dovrebbe inoltre predicarsi la giurisdizione del giudice ordinario anche quando l'esercizio, da parte della P.A., di un potere autoritativo (quale, ad es., la disposta decadenza dall'aggiudicazione) che si colloca ancora nella fase di selezione del contraente privato, rappresenti «*solo un presupposto fattuale*» che rimane «*sullo sfondo*» della pretesa azionata, la quale risulti cioè soltanto «*occasionata dalla procedura di evidenza pubblica*», senza rinvenire in essa il suo specifico fondamento (Cass., Sez. un., ord. n. 17329/2021; n. 111/2023). In queste ipotesi, invero non sempre di agevole individuazione, la circostanza che il danno risulti cagionato mentre è ancora in corso la fase pubblicistica sarebbe «*non rilevante in funzione della determinazione della giurisdizione sulla domanda proposta*» (Cass., Sez. un., n. 28979/2020).

Dal canto suo, la giurisprudenza amministrativa sembra accedere ad una lettura diversa e per certi versi opposta. L'Adunanza plenaria ha, infatti, di recente affermato che spettano alla giurisdizione amministrativa le controversie risarcitorie per danno c.d. “da provvedimento illegittimo favorevole annullato” (in autotutela o dal giudice), quale ben può essere anche l'aggiudicazione, ricorrendo in tali ipotesi un danno pur sempre correlato all'esercizio del potere e, come tale, addirittura incluso nel perimetro nella giurisdizione generale di legittimità qualora non si verta in un'ipotesi di giurisdizione esclusiva (Cons. St., Ad. plen., n. 20/2021).

Per l'Adunanza plenaria la giurisdizione amministrativa dovrebbe, dunque, predicarsi persino ove sia dedotta in giudizio la lesione dell'affidamento riposto sull'apparente legittimità del provvedimento ampliativo, poiché il danno risulterebbe, in questi casi, pur sempre connesso all'esercizio del potere. Alla stregua di una siffatta impostazione, alla giurisdizione amministrativa andrebbe ricondotta, *a fortiori*, l'ipotesi in cui il danno precontrattuale sia provocato da comportamenti successivi all'aggiudicazione e anteriori alla stipula del contratto, ossia ancora

“interni” alla fase pubblicistica, essendo la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo estesa anche alle “controversie risarcitorie” relative a “procedure di affidamento” (così, implicitamente, il già richiamato precedente n. 5/2018, nel quale tuttavia il danno evento veniva identificato nella lesione dell’autodeterminazione negoziale quale diritto soggettivo in sé, mentre la pronuncia n. 20/2021, pur in modo ambiguo, pare ricondurre il danno alla lesione di un interesse oppositivo). Infatti, in linea con tale impostazione, proprio con riguardo alla c.d. fase intermedia o “grigia” le Sezioni del Consiglio di Stato ritengono attratte nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie, incluse quelle risarcitorie *ex art. 133, lett. e), n. 1 c.p.a., «che attengono ad atti che, pur collocandosi dopo l’aggiudicazione, riguardano comunque la procedura di affidamento, nel senso che ne determinano le sorti o incidono sull’individuazione del contraente e comunque sono originate dall’adozione o dalla caducazione di provvedimenti amministrativi»* (Cons. St., V, n. 7217/2021).

Il contendere dei due plessi giurisdizionali oltre a fare riaffiorare la risalente concezione di giurisdizione come potere (da spartire tra Giudice ordinario e amministrativo) piuttosto che come servizio da rendere, determina incertezze che hanno indubbe ricadute su amministrazioni ed imprese.

Il che conferma la necessità di muoversi partendo anzitutto da una (ri)costruzione del sistema dei contratti pubblici prescindendo dalla risalente costruzione bifasica.

Invero, è ormai indiscussa la presenza di “momenti” pubblicistici anche nella fase esecutiva. Quest’ultima – un tempo considerata marginale rispetto all’evidenza pubblica, in ragione del suo (ritenuto) assorbimento, pressoché integrale, nel diritto privato dei contratti – ha assunto negli ultimi decenni crescente rilevanza anche nella disciplina positiva dei contratti pubblici, fino a trovare sistemazione in un corpo di disposizioni tendenzialmente organico, inserito nel Titolo V della Parte II del Codice di cui al d.lgs. n. 50/2016 (artt. 100 ss.) e oggi contenuto nella Parte VI del Libro II del nuovo Codice adottato con d.lgs. n. 36/2023, intitolata appunto “Dell’esecuzione” (artt. 113 ss.), nonché nel Titolo III della Parte II del Libro IV dello stesso d.lgs. n. 36/2023 con specifico riferimento alle concessioni (artt. 188 ss.). Tale disciplina contempla svariati atti espressione di potere amministrativo.

A titolo solo esemplificativo, sono considerati espressione di poteri autoritativi (e non negoziali) – al di là dell’ambiguo *nomen juris* talvolta

utilizzato dal legislatore – l’autorizzazione al subappalto (art. 105, comma 4, d.lgs. n. 50/2016, ora art. 119, commi 4 e 16 d.lgs. n. 36/2023), la sospensione dell’esecuzione disposta dal RUP (art. 107, comma 2, d.lgs. n. 50/2016, ora art. 121, comma 2, d.lgs. n. 36/2023), alcune ipotesi di risoluzione (art. 108, commi 1 e 2, d.lgs. n. 50/2016, ora art. 122 d.lgs. n. 36/2023), concretanti ipotesi speciali di autotutela, facoltativa o eccezionalmente doverosa, comprese quelle previste in tema di concessioni (art. 176, comma 1, d.lgs. n. 50/2016, ora art. 190 d.lgs. n. 36/2023).

Il che, in punto di giurisdizione, determinerebbe la riemersione del criterio ordinario di riparto fondato sulla consistenza della situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio, che in queste ipotesi avrà natura di interesse legittimo e condurrà, pertanto, alla giurisdizione generale di legittimità. Il che smentisce l’idea che, al fine di individuare il giudice munito di giurisdizione nella materia in esame, sia sufficiente (o possibile) tirare una linea netta tra fase pubblicistica e fase esecutiva. Nelle controversie inerenti all’esecuzione di un contratto pubblico occorrerà, infatti, “verificare” se sussista la giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo, *«non potendo escludersi che anche nella fase esecutiva del contratto di appalto l’amministrazione committente disponga di poteri autoritativi, il cui esercizio si manifesta attraverso atti aventi natura provvedimento espressione di discrezionalità valutativa, a fronte dei quali la posizione soggettiva del privato si attegga a interesse legittimo»* (Cass., SS.UU., ord. 23468/2016).

Va aggiunto che, ove invece vengano in rilievo “poteri” ritenuti negoziali, e non pubblicistici, esercitabili nella fase esecutiva, si tratta pur sempre di fattispecie potestative di diritto privato “speciale”, con tratti fortemente derogatori rispetto al diritto comune: gli atti che ne costituiscono esercizio devono sì considerarsi “paritetici” (intesi qui come espressione di “potestà” negoziale piuttosto che amministrativa), ma nella consapevolezza – utile ai fini del loro sindacato – che la previsione dei relativi effetti o, se l’effetto non operi *ex lege*, l’esercizio delle facoltà attribuite dalla legge all’amministrazione, sono pur sempre retti da considerazioni inerenti ad interessi pubblici e alla particolare natura del contraente (pubblico) che tali poteri esercita e tali interessi cura.

Sul punto basti ricordare che la risoluzione del contratto non richiede l’avvio di un procedimento amministrativo secondo le disposizioni della legge n. 241/1990, ma secondo le “speciali” disposizioni del codice dei contratti pubblici che comunque procedimentalizzano l’attività dell’ammi-

nistrazione. Parimenti il recesso (doveroso) dal contratto in seguito ad informativa antimafia (artt. 88, comma 4-ter e 92, comma 4, d.lgs. n. 159/2011), che per la recente giurisprudenza «*non [è] un provv. di autotutela, ma un atto ricognitivo che constata la verifica della condizione risolutiva*» (Cons. St., Ad. plen., n. 23/2020).

Contribuiscono a connotare in senso pubblicistico la fase di attuazione del rapporto negoziale, altresì, i recenti approdi giurisprudenziali in tema di accesso agli atti e documenti relativi alla fase esecutiva. Nonostante i richiami in apparenza restrittivi contenuti nelle norme che regolano la sequenza pubblicistica, la fase di esecuzione non si sottrae alla disciplina dell'accesso documentale e civico, la quale rinviene anzi nell'intera materia dei contratti pubblici il proprio terreno di elezione, dovendosi ritenere estesa anche agli atti e ai documenti della fase esecutiva, anche in virtù dell'intenso collegamento che sussiste tra quest'ultima e la pregressa procedura di scelta del contraente, le cui ragioni concorrenziali risulterebbero frustrate “a posteriori” ove fosse preclusa ai concorrenti la possibilità di verificare, tramite le forme di accesso previste dall'ordinamento, la corretta esecuzione della commessa da parte dell'aggiudicatario (Cons. St., Ad. plen., n. 10/2020).

Si restituisce così alla procedura quella unitarietà anzitutto nel risultato da realizzare che la costruzione bifasica ha fatto recedere.

Su un piano generale, può ritenersi che la correlazione tra fase pubblicistica e fase esecutiva, per l'incidenza di principi ad esse comuni che ne fa emergere un costante collegamento in chiave pubblicistica, che mette in crisi schema bifasico.

La “specialità” della P.A.-contraente, che non persegue i fini liberi dell'attività negoziale comune ma quelli, desumibili dalla legge, connessi all'esigenza di realizzare certi lavori o approvvigionare certi beni e servizi, si riflette anche sulla fase esecutiva, che non è mai riducibile a mera attuazione di un “comune” rapporto contrattuale.

Il quadro sopra descritto trova conferma nel Codice dei contratti pubblici adottato nel 2023. Più latamente, l'impianto generale e i principi della materia enunciati nel nuovo Codice – come quello del “risultato”, significativamente collocato all'art. 1 ed espressamente riferito anche all'esecuzione – sembrano confermare questa impostazione. La scomposizione logica e cronologica (della “vicenda”) dei contratti pubblici in due fasi, lungi dal potersi considerare in termini rigidamente dicotomici, designa piuttosto uno schema composito di perseguimento dell'interesse pub-

blico unitariamente inteso, nel quadro di un'attività pur sempre “funzionalizzata” nel suo complesso, in cui la prevalenza dei moduli pubblicistici o privatistici nelle diverse fasi non denota una separatezza funzionale né una diseguale caratterizzazione dei fini dell'attività, ma solo una diversa modulazione del “mezzo”, informata a criteri di proporzionalità e adeguatezza applicati già in sede di astratta prefigurazione legislativa.

Le questioni affrontate hanno una indubbia refluenza sul problema di riparto della giurisdizione “semplicisticamente” ancorato alla costruzione bifasica.

La costruzione unitaria dovrebbe invero aprire una riflessione sul Giudice più adeguato a conoscere le controversie inerenti ai contratti pubblici ove la sempre più evidente presenza di interessi pubblici anche dopo la stipula del contratto determinano una non facile distinzione tra situazione giuridiche soggettive.

Se la scelta della giurisdizione deve essere indifferente al cittadino, stante l'unità della funzione giurisdizionale nei principi del giusto processo (art. 111 Cost.), la qualità della tutela resa con il servizio giustizia deve essere garantita al cittadino dal giudice più adeguato sia per formazione, che per cultura e *forma mentis*.

Non sempre il Giudice ordinario si è dimostrato adeguato.

In questa prospettiva una prima risposta alla questione sembra che si stia data con la definizione dei nuovi compiti dei CCT, prevedendosi all'art. 216 del d.lgs. n. 36/2023 che se, per qualsiasi motivo, i lavori non possono procedere con il soggetto designato, prima di risolvere il contratto la stazione appaltante acquisisce il parere del collegio consultivo tecnico, anche in ordine alla possibilità che gravi motivi tecnici ed economici rendano preferibile la prosecuzione con il medesimo soggetto².

Ancora una volta ciò che rileva non sono rapporti paritetici ma l'interesse pubblico alla realizzazione del risultato.

² Nel parere il collegio consultivo tecnico valuta anche la possibilità di decidere: a) se procedere all'esecuzione in via diretta dei lavori, anche avvalendosi di altri enti o società pubbliche nell'ambito del quadro economico dell'opera; b) se interpellare i soggetti che hanno partecipato alla originaria procedura di gara per stipulare un nuovo contratto per l'affidamento del completamento dei lavori alle condizioni proposte dall'operatore economico interpellato; c) se indire una nuova procedura per l'affidamento del completamento dell'opera; d) se proporre alle autorità governative la nomina di un commissario straordinario per lo svolgimento delle attività necessarie al completamento dell'opera.

La giurisdizione esclusiva può essere oggi una scelta per assicurare adeguata efficacia ed effettività alla tutela delle imprese, non tanto per l'intreccio (inestricabile) di diritti soggettivi ed interessi legittimi, quanto piuttosto per il rilievo di interessi pubblici, ancorché in presenza di rapporti (tendenzialmente) paritetici, anche nella fesa esecutiva. Rispondendo alla esigenza di garantire una tutela effettiva, non solo costitutiva, da parte di quel giudice che è dotato di una particolare sensibilità e cultura alle questioni amministrative.

Sempre in quest'ottica va letta la previsione dell'art. 124, comma 1, cpa, introdotto dall'art. 209, comma 1, lett. d), D.Lgs. 31 marzo 2023, n. 36 per 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»*. La Relazione al codice dei contratti precisa che *«la norma si basa, comunque, sul presupposto secondo cui la lesione dell'affidamento che viene in rilievo nell'ambito del procedimento di gara, anche quando realizzato attraverso comportamenti, presenta un collegamento forte con l'esercizio del potere... specie in considerazione del fatto che, nella materia degli appalti pubblici, il giudice amministrativo gode di giurisdizione esclusiva (art. 133, comma 1, lett. e), n. 1, c.p.a.), che si estende, oltre che ai comportamenti amministrativi (in base alla previsione generale contenuta nell'art. 7 c.p.a.), anche alle controversie risarcitorie»*.

CONTRATTI PUBBLICI E CONCORDATO
TRA “VECCHIO” E “NUOVO” CODICE

Giovanni Fabio Licata

1. Ambito di applicazione e interessi coinvolti

L'art. 95 del codice della crisi d'impresa si occupa delle conseguenze che l'attivazione della procedura di concordato determina per la disciplina dei contratti pubblici, in una dimensione che ricomprende sia la (ammissibilità della) partecipazione alle gare pubbliche che la (possibilità della) continuazione dei contratti già stipulati con le pubbliche amministrazioni.

Concretamente, la disposizione dell'art. 95 non esaurisce l'intero ambito applicativo nel caso rilevante, e infatti le prescrizioni in essa contenute debbono essere correlate, e per quanto occorra sistematicamente coordinate, con quelle al riguardo presenti nel codice dei contratti pubblici. Peraltro, lo stesso d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 è puntualmente intervenuto sulla disciplina del codice dei contratti pubblici, a quel momento presente nel d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50. Sennonché, nel momento in cui si scrive, la disciplina dei contratti pubblici è adesso contenuta nel d.lgs. n. 31 marzo 2023, n. 36, norma valida, ma le cui disposizioni acquisteranno efficacia il giorno 1° luglio 2023. Per ragioni di coerenza espositiva, quindi, si riferirà della disciplina in atto vigente, successivamente segnalandosi le novità o gli elementi di discontinuità della nuova. D'altra parte, in argomento occorre registrare un certo attivismo giurisprudenziale, in effetti esteso anche alle corti europee e al giudice costituzionale, e ciò principalmente si deve alla rapida successione temporale che ha progressivamente interessato l'evolversi della disciplina. L'analisi svolta, quindi, si confronta costantemente con la giurisprudenza fino a questo momento disponibile.

Il confronto applicativo tra contratti pubblici e concordato restituisce una significativa complessità rispetto alla valutazione e alla modulazione degli interessi coinvolti. Tra questi interessi, infatti, vi è quello della stazione appaltante alla regolare acquisizione della commessa pubblica, ma anche quelli della continuità dell'attività d'impresa e della tutela dei creditori, o più in generale quello della “manutenzione” delle dinamiche

produttive cui la nuova disciplina della crisi d'impresa funzionalmente tende. La problematica, peraltro, non concerne solo la dimensione sostanziale relativa alla identificazione "ottimale" dell'assetto di interessi, ma anche quella procedurale pertinente alle modalità con le quali lo stesso si sviluppa, secondo una progressione che interessa sia l'amministrazione che il giudice, ancorché nell'ambito di attività che connotano in senso peculiare, tra l'altro perché diretta alla cura di interessi ultronei alla mera attribuzione dei diritti, l'esercizio della giurisdizione.

2. Concordato e partecipazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici

La prima questione da affrontare concerne la possibilità per le imprese che abbiano presentato domanda di concordato di partecipare alle procedure di gara per l'assegnazione di contratti pubblici.

A tal proposito, la disciplina presente all'art. 80, comma 5, lett. b) del d.lgs. n. 50/2016, per come appunto modificata dall'art. 372, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 14/2019, rende uniforme la necessità di procedere con l'esclusione dalla partecipazione alle procedure d'appalto per i casi della liquidazione giudiziale, della liquidazione coatta e del concordato preventivo, e ciò anche laddove sia stato semplicemente avviato un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni. In particolare, quanto al concordato, la nuova disciplina elimina la rilevanza della distinzione tra le diverse tipologie di concordato proponibili, sicché adesso anche per la ipotesi del concordato con continuità aziendale l'esclusione dalla gara diviene necessaria.

Si conferma tuttavia, come nella precedente legislazione, il rapporto tra la regola dell'esclusione e l'eccezione dell'ammissione, in particolare secondo le precise regole identificate all'art. 95, comma 3, del codice della crisi. Così, l'impresa che abbia presentato domanda di concordato può comunque essere ammessa alla gara se ottiene l'autorizzazione dal tribunale o, successivamente al decreto di apertura della procedura, da parte del giudice delegato, previa acquisizione del parere del commissario giudiziale laddove già nominato. Ancorché poco chiara risulti la formulazione del comma 4 dell'art. 95, la stessa disposizione può ragionevolmente essere interpretata nel senso che l'autorizzazione debba essere concessa dopo il deposito della relazione da parte del un professionista indipendente, relazione che deve quindi essere valutata previamente al rilascio

dell'autorizzazione con la quale deve essere attestata la coerenza tra il contratto pubblico che si propone di stipulare e il piano concordatario predisposto, nonché la ragionevole capacità dell'impresa che il concordato richiede, o ha in essere, di adempierlo.

Un aspetto sul quale ci si può interrogare è se l'autorizzazione risulti essere non solo condizione necessaria, ma anche sufficiente rispetto alla partecipazione alla singola gara; dunque, senza che l'amministrazione aggiudicatrice possa (mai) compiere alcun tipo di valutazione in merito. La questione non è emersa in giurisprudenza, dove anzi sembra implicitamente rappresentarsi una preferenza nei confronti del descritto automatismo, mentre qualche considerazione problematica è apparsa in dottrina. E, in effetti, potrebbe essere considerata la necessità di riconoscere un qualche margine di valutazione in capo alla stessa pubblica amministrazione, per mantenerne intatte le potestà al cospetto della funzione concretamente esercitata, e del resto non mancandosi di considerare che del procedimento che all'autorizzazione del tribunale conduce essa amministrazione non è parte, e non può perciò in quella sede al riguardo né contraddire né interloquire.

La disciplina vigente pone anche una diversificazione rispetto ai requisiti necessari ai fini della partecipazione alla gara che assume (anche) carattere temporale in quanto relativa allo stato del procedimento. Infatti, secondo le previsioni adesso presenti all'interno dell'art. 110 del d.lgs. n. 50/2016, fino a che la domanda di concordato sia stata solo depositata ma non ancora dichiarata ammissibile ai sensi dell'art. 47 del d.lgs. n. 14/2019, per la partecipazione alle procedure di affidamento non è sufficiente l'autorizzazione, ma è altresì sempre necessario l'avvalimento dei requisiti di un altro soggetto¹. Dopo la dichiarazione di ammissibilità del concordato preventivo, invece, l'impresa ammessa non necessita di avvalimento dei requisiti di altro soggetto². Inoltre, secondo quanto previsto all'art. 110, comma 6, l'ANAC rimane titolata ad identificare mediante linee guida (que)i requisiti aggiuntivi che una impresa in concordato deve possedere ai fini della partecipazione a una gara, e in caso diverso subordinarne la partecipazione e la stipula dei relativi contratti

¹ Cfr. d.lgs. n. 50/2016, art. 110, comma 4.

² Cfr. d.lgs. n. 50/2016, art. 110, comma 5.

all'avvalimento con altro operatore, che dunque potrebbe essere necessario anche successivamente all'ammissione al concordato³.

Un problema dibattuto è stato quello relativo alla necessità dell'autorizzazione ai fini della partecipazione alle gare quando sia già intervenuta l'omologazione del concordato, ed è questione che continuerà a porsi perché non risolta dalla nuova disciplina in tema di crisi d'impresa. Una parte della giurisprudenza amministrativa, argomentando principalmente sul dato per cui l'omologazione non determina alcuna cesura nel procedimento di concordato e nella tutela degli interessi che questo persegue, e che comunque a seguito dell'omologazione la libertà dell'impresa non potrebbe dirsi piena in quanto condizionata al perseguimento degli obiettivi prefigurati nella proposta presentata e approvata dai creditori, considera di ritenere l'autorizzazione necessaria anche dopo questo momento⁴. Altra giurisprudenza, invece, ritiene di poterne prescindere, e ciò in primo luogo sulla base dell'argomento testuale per cui la normativa non lo richiede (espressamente), diversamente dalle altre fasi (presentazione dell'istanza, ammissione al concordato da parte del tribunale) in cui si articola il procedimento di concordato⁵. In questa giurisprudenza viene anche sviluppato un ragionamento di tipo finalistico, correlato alla funzione dell'autorizzazione rispetto ai procedimenti di aggiudicazione di gare pubbliche. Si dubita, infatti, che l'autorizzazione in questione risulti esclusivamente correlata alla tutela "pubblicistica" della stazione appaltante, non mancandosi inoltre di evidenziare che, continuandosi a ritenere necessaria la stessa autorizzazione anche dopo l'omologazione, si limiterebbe ingiustificatamente l'autonomia gestionale dall'impresa in qualche misura dalla stessa dopo questo momento acqui-

³ Nello schema di "Codice dei contratti pubblici" trasmesso dal Consiglio di Stato al Governo, e dal Consiglio dei Ministri già approvato, il sistema complessivo dell'avvalimento (sia quello "singolare" sia quello "generale" riconducibile alla sussistenza dei c.d. requisiti aggiuntivi) sembra venire meno, giacché la disposizione corrispondente all'attuale art. 110, che sarebbe il nuovo art. 124 («esecuzione o completamento dei lavori, servizi o forniture nel caso di procedura di insolvenza o di impedimento alla prosecuzione dell'affidamento con l'esecutore designato») non prevede (più) alcuna tipologia di avvalimento, peraltro eliminando la potestà dell'ANAC nel testo descritta, tra l'altro sino a questo momento non esercitata.

⁴ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 7 giugno 2021, n. 4302; Cons. Stato, sez. V, 3 gennaio 2019, n. 69.

⁵ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 24 agosto 2022, n. 7445; Cons. Stato, sez. V, 29 maggio 2018, n. 3225; Cons. Stato, sez. V, 22 ottobre 2018, n. 6030.

sita: in apparente contrasto con la generazione di ricavi che supportano la continuazione dell'attività d'impresa, rallentando il procedimento di aggiudicazione delle gare e contrastando con i principi a queste presupposti, tra cui in primo luogo quello del *favor participationis*, peraltro senza alcuna apprezzabile forma di tutela aggiuntiva per la stazione appaltante⁶.

Un'altra questione che ha dato luogo a contrasti giurisprudenziali è quella inerente al momento (ultimo) entro il quale l'autorizzazione per la partecipazione alle gare deve essere acquisita, e la riforma del codice della crisi non sembra avere posto specifiche innovazioni sul punto. La giurisprudenza amministrativa⁷, poi seguita anche dall'ANAC⁸, aveva già da tempo avuto modo di considerare che l'autorizzazione, del tribunale o del giudice delegato, deve intervenire prima che il procedimento di evidenza pubblica si concluda, identificandosi quindi nell'atto di aggiudicazione il termine ultimo entro il quale la stessa dovrebbe pervenire alla stazione appaltante. Sul punto si è quindi espressa l'adunanza plenaria del Consiglio di Stato⁹, dando conferma a questo orientamento, e tuttavia considerando che rimane nella disponibilità della stazione appaltante verificare se, rispetto al caso concreto, un'autorizzazione tardiva, ma sopraggiunta in tempo utile per la stipula del contratto di appalto, possa a questi fini assumere efficacia integrativa o sanante¹⁰.

Prima che sul punto si pronunciasse l'adunanza plenaria del Consiglio di Stato, poi, era controverso se la presentazione del concordato nella forma c.d. in bianco, e cioè con riserva successiva di presentazione della proposta, ipotesi questa adesso disciplinata dall'art. 44 del d.lgs. n. 14/2019, conducesse alla necessità di escludere l'impresa che l'aveva introdotta dalle procedure di gara. L'argomento favorevole si basava sulla perdita automatica dei requisiti di partecipazione come conseguenza della presentazione di una tale domanda, e aveva riscontrato l'avallo, sia pure negli esclusivi termini della non immediata contrarietà con il diritto europeo di una simile impostazione, da parte della Corte di giustizia¹¹. La plenaria, certo basandosi sulla lettura sistematica delle disposizioni rile-

⁶ In questi termini in particolare, più di recente, Cons. Stato, sez. V, 27 ottobre 2022, n. 9147, specificamente punti 9 ss.

⁷ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 21 febbraio 2020, n. 1328.

⁸ Cfr. ANAC, parere precontenzioso, 22 aprile 2020, n. 362.

⁹ Cfr. Cons. Stato, ad. plen., 27 maggio 2021, nn. 9 e 11, in entrambe al punto 10.

¹⁰ Cfr. ancora Cons. Stato, ad. plen., nn. 9/2021 e 11/2021, sempre al punto 10.

¹¹ Cfr. C. Giust., sez. X, 28 marzo 2019, *Idi srl* (C-101/18).

vanti¹², ma anche considerando che un simile modo di ragionare contrasterebbe con gli scopi di salvaguardia della continuità aziendale che la struttura tipologica del concordato con riserva si propone di preservare, ha ricondotto anche questa ipotesi alla comune struttura derogatoria rispetto alla regola dell'esclusione per le imprese partecipanti sottoposte a concordato, dunque considerando necessaria ai fini della regolare partecipazione l'acquisizione dell'autorizzazione del tribunale (anche in questo caso sempre prima dell'aggiudicazione). La soluzione affermata si giurisprudenzialmente continua anche adesso ad assumere rilevanza, atteso in particolare che questa si è formata nell'ambito di una legislazione sostanzialmente corrispondente a quella presente nell'odierna formulazione del d.lgs. n. 14/2019. In particolare, poiché al comma 3 dell'art. 95 si consente la partecipazione, previa autorizzazione e acquisito il parere del commissario giudiziale ove già nominato, non può che continuare ad ammettersene la rilevanza per il concordato c.d. in bianco, alla cui presentazione appunto non segue, nemmeno con il nuovo codice della crisi, la nomina del commissario giudiziale.

La disciplina presente nel d.lgs. n. 36/2023 contiene in effetti alcune novità, per un verso innovando quella precedente, e per un altro recependo espressamente taluni esiti cui era pervenuta la giurisprudenza.

In particolare, quanto al primo profilo viene del tutto eliminata la necessità dell'avvalimento, adesso quindi non più necessario ai fini della partecipazione alle gare prima della pronuncia sull'ammissibilità del concordato. Nella stessa direzione, viene meno il potere regolatorio dell'ANAC rispetto alla possibilità di prevedere requisiti aggiuntivi che una impresa in concordato deve possedere per potere partecipare alle gare.

Quanto al secondo aspetto, invece, l'art. 94, comma 5, lettera d) del d.lgs. n. 36/2023, mentre conferma la regola dell'esclusione per le imprese che abbiano presentato domanda di concordato, pone l'"eccezione" dell'ammissione laddove le stesse abbiano ottenuto la relativa autorizzazione del Tribunale o del giudice delegato *entro la data dell'aggiudicazione*, con ciò quindi recependosi nel diritto positivo gli esiti dell'elaborazione giurisprudenziale. Lo stesso articolo, peraltro, conferma ai fini della partecipazione l'ulteriore requisito previsto dall'art. 95, comma 4, del d.lgs.

¹² Cfr. nuovamente Cons. Stato, ad. plen., n. 11/2021, con specifico riferimento ai punti 5 ss. per il ragionamento di cui al testo.

n.14/2019, e cioè la necessità del previo deposito della relazione di un professionista che attesti la conformità al piano predisposto e la ragionevole capacità di adempimento del contratto.

3. Concordato ed esecuzione di contratti pubblici

Accanto alla questione degli effetti che il concordato assume rispetto alla partecipazione alle gare per l'aggiudicazione di contratti pubblici, vi è quella delle conseguenze che il concordato determina sui contratti pubblici in corso di esecuzione.

A tal proposito, l'art. 95 del codice della crisi pone al primo comma la regola per cui questi contratti non si risolvono per effetto della presentazione della domanda di concordato, sanzionando con l'inefficacia ogni eventuale patto contrario. Più precisamente, il deposito della domanda di accesso al concordato preventivo non ne impedisce la continuazione, ma occorre che il professionista indipendente attesti la conformità della continuazione del contratto al piano e la ragionevole capacità dell'operatore economico in crisi di adempierlo. Poiché la disposizione, in questo caso posta al secondo comma, richiede l'attestazione di conformità al piano solo per il caso in cui esso sia in effetti stato predisposto, la (possibilità di) continuazione va evidentemente riferita anche all'ipotesi della domanda di concordato presentata ai sensi dell'art. 44 del d.lgs. n. 14/2019, ancorché sempre si necessiti della relazione del professionista indipendente che attesti la ragionevole capacità di adempimento. Solo per l'ipotesi del concordato liquidatorio, invece, si richiede in aggiunta che l'attestazione da parte del professionista indipendente indichi che la continuazione risulta necessaria ai fini della migliore liquidazione dell'azienda in esercizio. Della stessa continuazione può altresì beneficiare la società cessionaria o conferitaria dell'azienda o dei rami d'azienda cui il contratto o i contratti siano stati trasferiti, ma innovando rispetto al passato viene adesso richiesto a questi fini che la stessa deve necessariamente possedere i requisiti per la partecipazione alla gara e l'esecuzione del contratto.

Quello che c'è di nuovo rispetto alla pregressa disciplina è che i contratti pubblici pendenti mantengono comunque la loro efficacia, sin dal deposito della domanda di concordato e senza necessità alcuna di autorizzazione giudiziale. Poiché, quindi, è adesso per i contratti pubblici (necessaria ma) sufficiente la semplice relazione del professionista ai fini della prosecuzione, che è per ciò la "regola", potrebbe apparire non del tutto

coerente la formulazione dell'art. 110 del d.lgs. n. 50/2016, il quale fa certo salva l'applicazione dell'art. 95 del codice della crisi, ma nel suo primo comma sembra porre come prioritario l'interpello dei soggetti che hanno partecipato alla originaria procedura di gara al fine di stipulare un nuovo contratto quando, appunto, in capo all'aggiudicatario via sia una procedura di concordato preventivo. Sempre con riferimento al coordinamento tra disposizioni, poi, nell'ambito del codice della crisi si dimostra in qualche misura perplesso il collegamento tra la continuazione dell'efficacia dei contratti che la norma speciale di cui all'art. 95 pone e la più generale disciplina dei contratti pendenti nel concordato presente all'art. 97. In primo luogo, perché la logica del rapporto tra disposizione generale e disposizione particolare vorrebbe che fosse questa ad "aprire" alle previsioni specifiche di quella, e non viceversa. Più in generale, proprio perché la continuazione nei contratti pubblici costituisce la regola ma abbisogna della relazione del professionista che ne accerta la conformità al piano, riesce difficile prefigurare la rilevanza della sospensione o dello scioglimento del contratto su istanza del debitore concordatario che proprio l'art. 97 prevede, e che ha però nell'incoerenza dell'esecuzione del contratto – rispetto al piano presentato o che si assume di volere presentare – il suo presupposto applicativo.

Nell'ambito della vigente disciplina, quindi, non rimane che constatare la specialità della continuazione dei contratti pubblici pendenti al cospetto del concordato, specialità che tuttavia costituisce sempre come generale la continuazione ancorché esposta alla condizionalità, e comunque continuazione che, diversamente dall'ambito generale regimato dall'art. 97, non sembra potere conoscere, salvo sopravvenienze, sospensioni o scioglimenti dai rapporti contrattuali una volta che la stessa, in conseguenza alla presentazione della relazione del professionista che ne accerti la conformità al piano, venga in evidenza.

La disciplina presente nel d.lgs. n. 36/2023, e segnatamente l'art. 124, comma 5, di questa, pone immediato riferimento alle previsioni di cui all'art. 95, commi 1 e 2 del d.lgs. n. 14/2019, quindi dando continuità alla previgente disciplina. Peraltro, la stessa disposizione pone un riferimento espresso anche all'art. 44 del d.lgs. n. 14/2019, di modo che la possibilità di partecipazione nel caso di concordato c.d. in bianco non è adesso subordinata a una valutazione esegetica, ma invece puntualmente prevista.

Inoltre, l'art. 124 del d.lgs. n. 36/2023, sempre al comma 5, disciplina l'ipotesi per cui la domanda di concordato sia stata presentata dopo il

provvedimento di aggiudicazione ma prima della stipula del contratto. Per tali ipotesi, la norma prevede che l'autorizzazione alla partecipazione debba comunque intervenire nel termine di cui all'art. 18 comma 2 del Codice dei contratti pubblici, e cioè entro sessanta giorni dall'aggiudicazione medesima.

4. Disciplina concordataria, contratti pubblici e raggruppamenti di imprese

La disciplina in questione deve adesso essere verificata rispetto ai raggruppamenti di imprese nell'ambito dei quali la mandataria, la mandante ovvero più imprese del medesimo raggruppamento siano interessate da vicende relative al concordato.

In termini generali, e sempre sul presupposto per cui sia acquisita l'autorizzazione sulla scorta della relazione presentata dal professionista indipendente, un raggruppamento nell'ambito del quale una impresa sia sottoposta a concordato può comunque (continuare *a*) partecipare alla gara, ma il comma 5 dell'art. 95 esclude questa possibilità per il caso in cui sia la mandataria ad essere sottoposta a concordato, così come rimane esclusa la partecipazione nella ipotesi per la quale non sia una soltanto tra le mandanti del raggruppamento ad essere interessate dalle vicende concordatarie. In effetti, la disposizione pone riferimento alle imprese "in" concordato, dunque, in termini strettamente letterali, (solo) a quelle che abbiano non soltanto presentato la relativa domanda, ma che altresì siano state ammesse alla procedura. La lettura coordinata delle disposizioni rilevanti, dalle quali si evince che la relazione del professionista deve esprimersi sulla conformità al piano solo ove questo sia già stato predisposto, unitamente alla valutazione funzionale che vuole la salvaguardata della continuità aziendale fino a che non sia immediatamente leso l'interesse della stazione appaltante alla "corretta" acquisizione della commessa pubblica, fa però ragionevolmente ritenere che la regolarità della partecipazione del raggruppamento alla gara non è esclusa nemmeno laddove una delle imprese di questo abbia, al momento della partecipazione, presentato domanda di concordato in bianco, purché anche in questo caso sia senza indugio richiesta l'autorizzazione del tribunale (alla partecipazione alla gara), che dovrà comunque essere ottenuta prima che intervenga l'aggiudicazione. L'impossibilità che la mandataria di un raggruppamento si trovi in concordato ai fini della regolare partecipazione

alla gara del raggruppamento medesimo sembra stridere con la possibilità dell'impresa che vi sia sottoposta di parteciparvi invece singolarmente. Nella vigenza della pregressa legislazione, tuttavia, sulla compatibilità di una simile regolamentazione con il dato costituzionale si è pronunciato il giudice delle leggi¹³, di modo che, nonostante le critiche diffusamente emerse, non resta che prendere atto di questa reiterata posizione del legislatore.

Occorre peraltro identificare la sorte della partecipazione del raggruppamento sia nel caso in cui il concordato interessi la mandataria, circostanza che si è visto essere sempre vietata, sia anche nel caso in cui la mandante non abbia ricevuto, o più semplicemente non abbia richiesto, l'autorizzazione del tribunale. In particolare, il problema che si è posto, e che è stato controverso in giurisprudenza, è se nel corso della gara il raggruppamento possa essere additivamente implementato, segnatamente mediante l'ingresso al suo interno di soggetti che non ne facevano originariamente parte.

Sul punto rilevano ancora oggi le regole previste, in modo uniforme e tuttavia con qualche variazione lessicale, ai commi 17 e 18 dell'art. 48 del d.lgs. n. 50/2016, regole che concernono, rispettivamente, la mandataria e la mandante, nonché il comma 19-ter dello stesso articolo, che estende la rilevanza delle medesime regole, in quegli articoli precedenti prevista per la fase dell'esecuzione, anche alla fase di gara. Così, sebbene per il comma nono dell'art. 48 sia vietata qualsiasi modificazione soggettiva dei raggruppamenti rispetto alla composizione esistente in sede di offerta, il comma 17 dello stesso articolo consente che la mandataria possa essere sostituita da un altro tra gli operatori economici del raggruppamento che si costituisca come mandatario avendone i requisiti di qualificazione, così come il comma 18 impone al mandatario di indicare altro operatore economico in possesso dei requisiti. Nonostante, e ciò riguarda soprattutto la formulazione del comma in ultimo richiamato, dove è presente la locuzione "operatore economico subentrante", potesse in qualche misura argomentarsi per una sostituzione additiva, la valutazione giurisprudenziale emersa dalle pronunce dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato, basata soprattutto sulla rilevanza del principio di concorrenza, ammette la modificazione soggettiva esclusivamente in diminuzione, di modo che il raggruppamento "residuo" deve sempre costituirsi con i (soli) partecipan-

¹³ Cfr. C. cost. 7 maggio 2020, n. 85.

ti di quello preesistente, e deve comunque sempre potere autonomamente continuare nella piena permanenza dei requisiti, fermo peraltro restando che tale sostituzione non può mai giovare ad eludere l'originaria mancanza di un requisito di partecipazione alla gara. Sempre secondo le indicazioni emerse in giurisprudenza, occorre che l'evento che conduce alla sottrazione interna sia portato dal raggruppamento a conoscenza della stazione appaltante, a meno che la stessa non ne abbia *aliunde* conoscenza e possa per ciò direttamente attivarsi, affinché la stessa assegni un congruo termine per la riorganizzazione del raggruppamento ai fini della (continuazione alla) partecipazione, a garanzia dei principi di trasparenza e di concorrenza¹⁴.

La disciplina presente nel d.lgs. n. 36/2023 contiene sul punto delle disposizioni che sembrano divergere da quelle pregressa, anche per come perfezionatesi nell'interpretazione giurisprudenziale.

Infatti, la disposizione di cui all'art. 97 presente nel nuovo codice dei contratti pubblici non sembra porre distinzione alcuna tra mandataria e mandanti nel raggruppamento, consentendo la partecipazione al raggruppamento che compri di avere estromesso o sostituito l'operatore in concordato e, deve ritenersi, che non abbia ottenuto l'autorizzazione alla partecipazione, con altro soggetto munito dei necessari requisiti, salva comunque l'immodificabilità sostanziale dell'offerta¹⁵. Quello che non appare essere mutato, invece, è la necessità di una tempestiva comunicazione al riguardo alla stazione appaltante, circostanza che adesso trova riscontro nelle previsioni, dall'art. 97 puntualmente richiamate, dell'art. 96 della stessa normativa che qui si analizza. Alla stazione appaltante rimane comunque la valutazione della tempestività della comunicazione e della sufficienza delle misure adottate, e se tale valutazione risulta negativa il raggruppamento viene escluso con decisione motivata.

¹⁴ Cfr. ancora Cons. Stato, ad. plen., n. 9/2021 punto 18 e 10/2021, punto 37.

¹⁵ Subentro che la giurisprudenza europea sembra ammettere in termini di principio nel rapporto tra crisi d'impresa e contratti pubblici, quando appunto si dia il riscontro della equivalenza sostanziale dell'offerta. Cfr. Corte di giustizia europea, quarta sezione, 3 febbraio 2022, *Advania Sverige* (C-461/20).

AUTONOMIE TERRITORIALI SPECIALI E CONTRATTI PUBBLICI

Gaetano Armao

1. Considerazioni preliminari

Il riparto di competenze tra Stato e Regioni e Province autonome di Trento e Bolzano in materia di contratti pubblici ha subito profonde modificazioni a causa degli interventi del legislatore statale, sostanzialmente connessi con l'attribuzione statale della tutela della concorrenza, *ex art.* 117, secondo comma lett. e) Cost. e per spinta della giurisprudenza costituzionale (sin dalla celeberrima sent. 303 del 2003 sebbene riferita ai lavori pubblici), determinando il progressivo restringimento degli ambiti materiali di intervento per le autonomie regionali e provinciali, senza tuttavia esaurirli, in ossequio ai principi di adeguatezza e proporzionalità (Corte cost sent. n. 345 del 2004), laddove non ricompresi nelle materie attribuite alla competenza statale¹.

Si è passati, infatti, da una legge-quadro (che era limitata ai lavori pubblici e lasciava ad altre norme la regolazione di forniture e servizi), che proprio per sua natura postulava un duplice livello di disciplina legislativa tra Stato, Regioni e province autonome (l. 11 febbraio 1994,

¹ Per una ricostruzione del contesto tra i contributi più recenti si v. F. GUELLA, *La disciplina sugli appalti e le competenze dell'autonomia speciale, dai lavori ai contratti pubblici*, in *Nuove aut.*, 2-2017, 279 e ss.; H. SIMONETTI, *La disciplina dei contratti pubblici: le esperienze nazionale e siciliana a confronto*, ivi, 343 e ss.; V. LATORRACA, *Le competenze dello Stato e delle Regioni (art.2)*, in M. CLARICH (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, 2019, 123 ss.; F. CORTESE, *Diritto europolitico dei contratti pubblici*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici, Vol. I, Fonti e principi. Ambito. Programmazione e Progettazione*, Milano, 2019, 99 ss.; C. CASTALDO, *Criteri premiali di aggiudicazione: concorrenza e non discriminazione nel riparto di competenza tra Stato e Regioni (nota a Corte costituzionale, sentenza del 14 gennaio 2022, n. 4)*, in *Piemonte delle aut.*, 2-2022; V. DESANTIS, *La sent. 23/2022 come occasione di nuova razionalizzazione del riparto di competenze in materia di procedure a evidenza pubblica*, in *Le Regioni*, 3-2022, 527 e ss.

In generale sul rapporto tra concorrenza, disciplina degli appalti e competenze Regionali v. G. CORSO, *La tutela della concorrenza come limite della potestà legislativa (delle Regioni e dello Stato)*, in *Dir. Pubbl.*, 2002, 981 ss. e M. CLARICH, *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici e concorrenza nel diritto europeo e nazionale*, in *Dir. Amm.*, 1-2016, 71 ss.

n.109), ma anteriore alla riforma costituzionale del 2001, alla scarsa disciplina che emerge dalle disposizioni della l. 21 giugno 2022, n. 78 (“*delega al Governo in materia di contratti pubblici*”).

Tale legge di delegazione ha conferito al Governo il compito di emanare una compiuta disciplina in materia di contratti pubblici e, come noto, l'esecutivo ha affidato al Consiglio di Stato l'elaborazione dello schema di codice dei contratti pubblici, poi emanato con il d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36. A differenza dei precedenti codici in materia, nessuna specifica norma è tuttavia rinvenibile nel testo del codice, mentre le disposizioni codicistiche e gli allegati, si limitano ad alcuni riferimenti peraltro disomogenei e privi di organicità.

Nel contesto delineato dalla giurisprudenza in materia, di cui meglio si dirà nel prosieguo di queste considerazioni, tale carenza di disciplina (una sorta di “*scotomizzazione*” del ruolo delle autonomie speciali, peraltro neanche chiarita o semplicemente accennata nella relazione di accompagnamento²) rischia di alimentare ulteriore contenzioso, costituzionale ed amministrativo, e di rendere incerta la piena applicazione di norme il cui obiettivo prioritario è la semplificazione e la fluidificazione delle decisioni amministrative in materia di contratti pubblici ed, in generale, del regime dei contratti pubblici che hanno condotto ad un secondo codice di recepimento delle direttive in materia del 2014, basato su principi in taluni casi profondamente diversi da quelli che ispirarono il precedente.

2.1. Il contesto normativo: dalla legge quadro del 1994 al Codice del 2023

Da una breve ricostruzione dell'evoluzione della disciplina statale emerge che la richiamata normativa quadro del 1994 (art. 1, secondo comma) prevedeva, dettando norme unitarie per le autonomie territoriali, che: «*per la disciplina delle opere e dei lavori pubblici di competenza delle Regioni anche a statuto speciale, delle province autonome di Trento e di Bol-*

² Emblematico dell'approccio che ha caratterizzato il rapporto tra regolazione statale e regionale in materia di contratti pubblici il riferimento alle Regioni nella relazione a commento dell'art. 17 con specifico riferimento ai termini di conclusione delle procedure di selezione: «*la fissazione di un termine generale di conclusione delle procedure di gara potrebbe far sorgere dubbi di costituzionalità con riguardo alla sfera di autonomia delle Regioni, che possono essere superati ove si consideri che tale previsione attiene alla materia della tutela della concorrenza*».

zano e degli enti infraregionali da queste finanziati, i principi desumibili dalle disposizioni della presente legge costituiscono norme fondamentali di riforma economico-sociale e principi della legislazione dello Stato ai sensi degli statuti delle Regioni a statuto speciale e dell'articolo 117 della Costituzione, anche per il rispetto degli obblighi internazionali dello Stato» (norma che, invero, si ricollega a quanto già previsto dall'art. 1, terzo comma, l. n. 584 del 1977, di recepimento della normativa comunitaria in materia di appalto di lavori pubblici).

Con l'avvento del d.lgs 12 aprile 2006, n. 163, primo “Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture” che sulla scorta dell'esperienza francese ha ricondotto ad un solo testo l'intera normativa di settore, fu nuovamente dedicata una specifica e più articolata previsione alle competenze legislative di Stato, Regioni e province autonome in materia (art. 4), stabilendo che queste ultime avrebbero esercitato *«la potestà normativa nelle materie oggetto del presente codice nel rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e delle disposizioni relative a materie di competenza esclusiva dello Stato»* (primo comma), intervenendo anche sui delicati profili di diritto intertemporale (*«nelle materie di competenza normativa regionale, concorrente o esclusiva, le disposizioni del presente codice si applicano alle Regioni nelle quali non sia ancora in vigore la normativa di attuazione e perdono comunque efficacia a decorrere dalla data di entrata in vigore della normativa di attuazione adottata da ciascuna Regione»*, quarto comma), ed infine prevedendo per le autonomie speciali l'adeguamento della *«propria legislazione secondo le disposizioni contenute negli statuti e nelle relative norme di attuazione»* (quinto comma) (c.d. “clausola di salvaguardia”).

La ricordata ultima previsione del codice del 2006 è stata poi trasfusa nel d.lgs. n. 50 del 2016 che al riguardo (art.2, commi primo e terzo) ha inteso declinare in termini generali l'esercizio delle competenze legislative di Stato, Regioni e province autonome stabilendo che: *«le disposizioni contenute nel presente codice sono adottate nell'esercizio della competenza legislativa esclusiva statale in materia di tutela della concorrenza, ordinamento civile, nonché nelle altre materie cui è riconducibile lo specifico contratto»* e ribadendo, con riguardo alle autonomie speciali, che: *«le Regioni a statuto speciale e le province autonome di Trento e di Bolzano adeguano la propria legislazione secondo le disposizioni contenute negli statuti e nelle relative norme di attuazione»*.

Il progressivo contenimento della competenza regionale e provinciale ha infine condotto il legislatore del 2022 a limitare a tale clausola di salvaguardia la previsione inserita nella legge delega (art.2). Come in precedenza accennato, il nuovo codice, a differenza dei precedenti, ha poi del tutto obliterato una specifica disciplina della fattispecie in esame, nel probabile presupposto di ritenere esaustiva la previsione appena richiamata come interpretata dalla giurisprudenza.

2.2. La portata della “clausola di salvaguardia”: cenni

La previsione del ricordato art. 2 della legge delega del 2022 va ricondotta ad una delle molteplici varianti della c.d. “*clausola di salvaguardia normativa*”, ritualmente inserite nella legislazione incidente sulle competenze delle Regioni speciali e, in particolare, in quella finanziaria. Tali clausole svolgono - pur nelle diverse formule con le quali esse vengono declinate - una funzione biunivoca con effetti preminenti di tipo propulsivo, come quella contenuta nell’art. 2 della l. n.78 del 2022 e nella precedente normativa, o, addirittura, di tipo preservativo rispetto all’applicazione della normativa statale.

Nel primo caso, risulta preminente l’effetto ricognitivo della competenza regionale e provinciale, ove sia invece prioritaria la finalità di preservare l’ambito di autonomia normativa, più ricorrente in materia finanziaria, il legislatore intende cautelare gli enti ad autonomia speciale dalla necessità di dare immediata ed integrale applicazione a talune delle disposizioni della legge statale, nel caso in cui queste intervengano in ambiti riservati all’autonomia statutaria di tali enti, ferme ed impregiudicate restando le forme di esercizio dell’autonomia legislativa.

Come precisato dalla più recente giurisprudenza costituzionale tali clausole, lungi dal costituire “mere formule di stile”, a lungo stigmatizzate per la “eccessiva vaghezza della loro formulazione” e conseguentemente considerate “prive di significato normativo” (in tal senso già sent. nn. 88, 118 e 134 del 2006, n. 105 del 2007), svolgono, invece, una ben precisa funzione di delimitazione competenziale.

Alle clausole in argomento deve quindi esser riconosciuta, caso per caso ed avuto riguardo alle norme della Costituzione e degli statuti, «*la precisa funzione di rendere applicabili le disposizioni della medesima legge agli enti ad autonomia differenziata, a condizione che tali disposizioni non siano lesive delle prerogative regionali e provinciali*», rivestendo, quindi, una pre-

cisa funzione di *«limite per l'applicazione delle disposizioni della legge statale in cui ciascuna clausola è inserita e implicano che le disposizioni della legge statale non siano applicabili nei confronti degli enti a statuto speciale, se in contrasto con gli statuti e le relative norme di attuazione»*. Anche quando di tenore più rigoroso la presenza di tale tipo di clausola non determina autonomamente l'inapplicabilità alle autonomie speciali delle disposizioni di legge statale cui essa rimanda, allorché gli ambiti investiti da tali disposizioni siano ascrivibili a materie di competenza legislativa esclusiva statale (ed il caso della concorrenza appare emblematico), in quanto *«prevalente sulle competenze degli enti ad autonomia speciale»* e nei confronti delle quali la Regione *«non può opporre alcuna attribuzione fondata sullo statuto o sulle norme di attuazione statutaria»* (così, da ultimo, sent. n. 153 del 2022 e giur. citata).

3. Gli orientamenti della giurisprudenza costituzionale: cenni

Non è possibile in questa sede, per ragioni di contenimento dello scritto, svolgere una compiuta disamina della copiosa giurisprudenza in materia. Ci si limiterà pertanto ad alcuni richiami utili ad individuare i principali e più recenti orientamenti e che, plausibilmente, sono alla base delle scelte operate dal legislatore delegato con il codice appena entrato in vigore.

La giurisprudenza della Corte costituzionale, con riguardo all'esercizio da parte delle Regioni a statuto speciale e delle province autonome di competenze legislative primarie in materia di lavori pubblici e, più in generale, dei contratti pubblici ha sottolineato che gli interventi di riforma di matrice eurounitaria hanno imposto *«l'attuazione di principi uniformi su tutto il territorio del Paese»* (così già sent. n. 482 del 1995, seguita, in senso analogo, dalle pronunce n. 263 del 2016, n. 36 del 2013, n. 74 del 2012, n. 328, n. 184 e n. 114 del 2011, n. 221 e n. 45 del 2010)³. Sulla base

³ Giova ricordare che la Corte di giustizia da oltre un ventennio si orienta nella prospettiva di una concorrenza effettiva nel settore degli appalti pubblici, puntualmente declinato dalla normativa eurounitaria, con l'obiettivo: *«di proteggere gli interessi degli operatori economici stabiliti in uno Stato membro che intendano offrire beni o servizi alle amministrazioni aggiudicatrici stabilite in un altro Stato membro»*, facendone discendere l'obbligo di rispettare *“il principio di parità di trattamento degli offerenti”*, come parimenti quello di trasparenza al fine di garantire la piena osservanza del *“divieto di discriminazione in base alla nazionalità”* (tra le altre si veda Corte di Giust. VI sez., 27 novembre 2001, in c. riun. C-285/99 e C-286/99).

di tale linea interpretativa il Giudice delle leggi ha ricondotto ai principi dell'ordinamento anche profili basilari del diritto dei contratti *«relativi, soprattutto, alle fasi di conclusione ed esecuzione del[l']appalto, che devono essere uniformi su tutto il territorio nazionale, in ragione dell'esigenza di assicurare il rispetto del principio di uguaglianza [...]»* (sent. n. 74 del 2012; ma già sentt. n. 269 del 2014, n. 187 del 2013), ciò al fine di *«garantire l'uniformità nel territorio nazionale delle regole fondamentali di diritto che disciplinano i rapporti fra privati e, come tali, si impongono»* anche per le autonomie speciali (sentt. n. 189 del 2007 e n. 43 del 2011).

In tal guisa, la normativa statale sui contratti pubblici che attiene alla disciplina della tutela della concorrenza, ex art. 117, secondo comma lett. e) Cost. e dell'ordinamento civile⁴, in quanto materie di incidenza trasversale, va ricondotta nel contesto delle “norme fondamentali di riforma economico-sociale” (cfr. sentt., n. 263 del 2016, n. 269 del 2014, n.187 e n.36 del 2013). Da tale qualificazione, esplicitata nella ricordata norma del codice del 2016 (art.2), ma non riprodotta in quello del 2023, discende la delimitazione della competenza esclusiva delle autonomie speciali corroborata dalla generalizzata tendenza a ricondurre il complesso delle norme codicistiche al novero dei richiamati limiti di tale competenza⁵.

In correlazione alla predetta qualificazione della legislazione in materia dei contratti pubblici⁶, vanno ricordate alcune recenti sentenze che hanno riguardato le autonomie speciali e tutte di segno sostanzialmente univoco nel ritenere preminenti le competenze legislative statali. Pur se con riguardo alle previsioni del codice previgente, le recenti sentt. 9 luglio 2019, n. 166 relativa alla Regione Sardegna, 5 maggio 2020, n. 98 ineren-

⁴ Attinenti alle fasi procedimento/contratto sulle quali v. S. LICCIARDELLO, *La struttura bifasica dei contratti pubblici*.

⁵ Da ultimo, la Corte (sent. 132 del 2023), nel dichiarare l'illegittimità costituzionale di una delle disposizioni della l.r. della Regione Puglia n. 13 del 2001, ha ribadito che intervenuta la riforma del Titolo V e venuta meno la materia «lavori pubblici di interesse regionale», contemplata nel previgente art. 117 Cost., lo Stato ha revisionato l'intera disciplina dei contratti pubblici ricorrendo alla fonte codicistica *«le cui norme sono in buona parte riconducibili alle materie “tutela della concorrenza” e “ordinamento civile”, che la riforma costituzionale del 2001 ha attribuito in via esclusiva alla competenza legislativa statale»*.

⁶ In particolare: della regolamentazione uniforme della qualificazione e selezione dei concorrenti, delle procedure di affidamento e dei criteri di aggiudicazione, in quanto miranti a garantire il rispetto delle regole concorrenziali e dei principi eurounitari di libera circolazione delle merci e prestazione dei servizi e libertà di stabilimento, nonché di parità di trattamento, di non discriminazione, di proporzionalità e di trasparenza.

te alla Regione Toscana, 17 febbraio 2021 n. 16, nei confronti della Regione Siciliana, 28 gennaio 2022, n. 23 e 27 aprile 2023, n. 79 concernenti le Province autonome di Trento e di Bolzano, delineano un quadro abbastanza chiaro, ancorché non del tutto nitido, del riparto di competenze tra Stato e Regioni e province autonome in materia di contratti pubblici.

Le norme regionali censurate dal Giudice delle leggi, nella gran parte dei casi volte ad eludere, quando non ad aggirare le regole eurounitarie trasfuse nell'ordinamento interno in materia di procedure ad evidenza pubblica, hanno impattato, quindi, su un contesto giurisprudenziale ormai abbastanza chiaro che ha reso l'esercizio della potestà legislativa delle autonomie speciali residuale, se non addirittura recessiva.

Non può revocarsi in dubbio, quindi, che un'esplicita e puntuale previsione nel nuovo codice dei contratti pubblici avrebbe potuto meglio delineare confini che, per alcuni profili, appaiono tutt'ora incerti⁷, con il rischio, invero prevedibile, di interventi dei legislatori regionali e provinciali tendenzialmente “*straripanti*”⁸, come comprovato dall'esteso contenzioso costituzionale sin qui maturato.

4. Le recenti norme di attuazione del Trentino-A.A. e del Friuli-V.G.

Giova ricordare in merito che, già sotto la vigenza del codice del 2016, sono state emanate le norme di attuazione degli Statuti del Trentino-Alto Adige e del Friuli-Venezia Giulia in materia di contratti pubblici, di contenuto sostanzialmente identico (d.lgs. 7 settembre 2017, n. 162 e d.lgs. 3 ottobre 2022, n. 159, per la Sicilia analoghe norme sono all'esame della Commissione paritetica), che si aggiungono alle norme di attuazione delle autonomie speciali in materia.

Tali previsioni, se per un verso stabiliscono che la disciplina regionale deve rispettare le disposizioni unionali e le norme legislative fondamentali di riforma economico-sociale (comprese quelle che «*stabiliscono i livelli minimi di regolazione richiesti dal diritto dell'UE in materia di appalti e*

⁷ Deve infatti allarmare la circostanza che “*il restringimento delle prerogative regionali e provinciali non sia ancora stato del tutto definito e che i limiti imposti alle legislazioni regionali in materia di «lavori pubblici» siano molto più vasti di quel che le stesse autonomie parrebbero ritenere*”, così DESANTIS, *op.cit.*, 531.

⁸ Pur in un quadro di riferimento profondamente mutato di fronte ridimensionamento delle competenze appaiono tuttavia ancora attuali alcune delle preoccupazioni espresse sui rischi di frammentazione da R. DE NICTOLIS, *Appalti di lavori pubblici e Corte costituzionale: da uno a sette codici dei lavori pubblici?*, in *Urb. e appalti*, n. 4/2010, 377 e ss.

concessioni, le procedure di aggiudicazione e i contratti pubblici, compresa la fase della loro esecuzione, relativi a lavori, servizi e forniture»), richiamano, altresì, il principio eurounitario alla stregua del quale gli atti di recepimento di direttive dell'UE «*non possono prevedere l'introduzione o il mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive stesse*» (c.d. divieto di infioresatura o “*gold plating*”) (art.1, primo comma). Per altro verso le disposizioni in commento individuano la possibilità che, con legge, vengano approntati specifici interventi volti ad agevolare la partecipazione agli appalti pubblici delle piccole e medie imprese «*in quanto importanti fonti di competenze imprenditoriali, d'innovazione e di occupazione*» (art.1, secondo comma).

Sull'opportunità offerta dalla norma di attuazione si innestano alcune disposizioni della l. Prov. aut. Bolzano 23 luglio 2021, n. 5, sottoposte al sindacato della Corte costituzionale, la quale, pur statuendone l'incostituzionalità, ha fatto salva la normativa attuativa dello statuto speciale ritenendo che essa possa aver applicazione nel rispetto delle norme fondamentali delle riforme economico-sociali e ritenendo che essa si collochi «*nel solco dell'armonia con la Costituzione e con i principi dell'ordinamento giuridico della Repubblica ... compresi quelli attinenti ad aspetti basilari della disciplina contrattuale*» (sent. n. 79 del 2023), al fine di assicurare le esigenze di uniformità di trattamento, nell'intero territorio nazionale, in ossequio «*al principio costituzionale di eguaglianza*» (sent. n. 23 del 2022, ma già n. 43 del 2011).

L'alveo entro il quale può quindi dispiegarsi l'esercizio della potestà legislativa regionale, esiste sebbene possa apparire circoscritto, potendo svolgersi lungo il percorso declinato dalle norme di attuazione e dall'interpretazione della Corte che, su fattispecie analoga (pur se concernente la Toscana), ha dichiarato costituzionalmente illegittime, in quanto in contrasto con i richiamati principi, le previsioni normative che riservano la partecipazione alle micro, piccole e medie imprese con sede legale e operativa nel territorio regionale (la citata sent. n.98 del 2020, in linea con analoghi orientamenti sulle ll.rr. di tutela delle imprese locali negli appalti pubblici, sentt. n. 28 del 2013 e n. 440 del 2006)⁹. È quindi entro i

⁹ Sulla quale v. L. PARONA, *Clausole di territorialità e promozione delle PMI nell'affidamento dei contratti pubblici. Considerazioni a margine della sentenza n. 98/2020 della Corte costituzionale*, in *Ist. del federalismo*, 4/2020, 973 ss.

Sull'illegittimità dell'inserimento negli avvisi di manifestazione di interesse di clausole “territoriali” restrittive, volte a favorire le imprese con sede legale nel proprio territorio,

descritti argini che possono trovarsi gli spazi di esercizio, in concreto, della competenza regionale in materia: dai profili organizzatori a quelli non regolati in sede codicistica da norme fondamentali di riforma economico-sociale e come tali autoapplicative negli ordinamenti regionali e provinciali.

5. Gli scarni riferimenti del codice del 2023

Se il nuovo ordinamento dei contratti pubblici risulta carente di un'esauritiva demarcazione della regolazione multilivello, ad eccezione della ricordata previsione dell'art. 2 della legge delega, non meno laconici appaiono i riferimenti nel corpo del codice e degli allegati.

Si richiamano, a titolo esemplificativo, tre casi:

A) l'art. 19 (*“Principi e diritti digitali”*)¹⁰, all'ottavo comma prevede, con una norma programmatica, che *«le Regioni e le province autonome assicurano il rispetto delle disposizioni di cui alla presente parte e il supporto alle stazioni appaltanti»*. Appare di tutta evidenza, in considerazione delle complesse refluenze di tipo organizzatorio e funzionale riguardanti la digitalizzazione del settore, che la disposizione intenda esprimere un indirizzo, se non un auspicio rinviando, tuttavia, alla fase applicativa la risoluzione delle complesse questioni che postula la digitalizzazione del settore.

B) L'art. 119 disciplina il subappalto che per le complesse questioni insorte in ordine alla previgente normativa codicistica, è settore non scevro da complesse problematiche che il legislatore ha progressivamente risolto¹¹. A compendio delle disposizioni sulle forme di corresponsione diretta da parte della stazione appaltante degli importi per le prestazioni eseguite

in quanto pregiudizievole dei principi di libera concorrenza e di parità di trattamento, oltre che di buon andamento dell'amministrazione pubblica, si veda la nota del Presidente ANAC del 12 maggio 2023 - fasc.5705.2022 (<https://www.anticorruzione.it/documents/91439/120614/Atto+del+Presidente+del+12+maggio+2023+fasc.5705.202.pdf/f85ce906-df91-bcf7-292a-ce44aaf95b0e?t=1684152621477>)

¹⁰ In merito si veda il contributo di G. AVANZINI, *La digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti pubblici*.

¹¹ In merito alle complesse questioni giurisprudenziali che hanno condotto a reiterate modifiche della disciplina del subappalto ed alla normativa del Codice del 2023 si rinvia al contributo di A. GIUSTI, *Il Subappalto*.

dal subappaltatore (undicesimo comma)¹², il comma 19 della norma in esame fa salva: «*la facoltà per le Regioni a statuto speciale e per le province autonome di Trento e Bolzano, di disciplinare ulteriori casi di pagamento diretto dei subappaltatori*». Invero, la previsione individua un ambito ristretto entro il quale legiferare a livello regionale/provinciale, dovendosi, per converso, ritenere inibito un intervento al di fuori del circoscritto contesto indicato. In altre parole, l'indicazione normativa sembrerebbe svolgere una funzione limitativa, mentre individua la possibilità di un'ulteriore regolazione.

C) Un ulteriore esempio, ma che va in senso opposto a quelli in precedenza evocati, avuto riguardo al rapporto tra normativa statale e delle autonomie speciali, è costituito dalla disciplina sulla verifica preventiva di interesse archeologico (VPIA) che il nuovo codice disciplina all'art. 41, quarto comma, prevedendo che tale verifica venga svolta con le modalità procedurali di cui all'allegato I.8. Si tratta di un peculiare intervento regolativo articolato in tre tempi: un primo, quello delineato dallo stesso allegato, un secondo, contenente semplificazioni e fluidificazioni da definire con d.P.C.M. entro il 31 dicembre 2023¹³, ed un terzo, a regime, lasciato alla competenza regolamentare del Governo che sostituirà l'allegato stesso¹⁴.

Va segnalato che l'allegato attribuisce alle Regioni a statuto speciale ed alle Province autonome la possibilità di dotarsi di una disciplina specifica della procedura di verifica preventiva dell'interesse archeologico per le opere di loro competenza sulla base di quanto disposto dal già menzio-

¹² La norma prevede che la stazione appaltante possa corrispondere direttamente al subappaltatore ed ai titolari di sub-contratti non costituenti subappalto, l'importo dovuto per le prestazioni dagli stessi eseguite in tre differenti casi: “*a) quando il subcontraente è una microimpresa o piccola impresa; b) in caso di inadempimento da parte dell'appaltatore; c) su richiesta del subcontraente e se la natura del contratto lo consente*”.

¹³ Il decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, è previsto venga emanato su proposta del Ministro della cultura, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, per l'adozione delle linee guida “*finalizzate ad assicurare speditezza, efficienza ed efficacia alla procedura di cui al presente articolo. Con il medesimo decreto sono individuati procedimenti semplificati, con termini certi, che garantiscano la tutela del patrimonio archeologico tenendo conto dell'interesse pubblico sotteso alla realizzazione dell'opera*”.

¹⁴ L'allegato, in sede di prima applicazione del Codice, regola la fattispecie sino alla data di entrata in vigore di un “*corrispondente regolamento emanato ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con il Ministro della cultura, sentito il Consiglio superiore dei lavori pubblici, che lo sostituisce integralmente anche in qualità di allegato al Codice*”.

nato allegato. Ma non tutte le autonomie speciali godono di potestà legislativa primaria ed amministrativa in materia di beni culturali, né ricomprendono nella loro organizzazione le soprintendenze ai BB.CC.¹⁵.

6. Le iniziative Regionali di recepimento del Codice

Si è precisato che la scelta di non contemplare nel codice dei contratti una disposizione che, in applicazione della clausola di salvaguardia e sulla scorta della giurisprudenza del Giudice delle leggi, delineasse con nitore gli spazi di intervento del legislatore regionale/provinciale, se ha privato il quadro regolativo di elementi di certezza, ha tuttavia lasciato impregiudicati i margini d'autonomia dei legislatori.

Invero non risultano pendenti ricorsi da parte delle Regioni speciali e delle Province autonome nei confronti del d.lgs. 37 del 2023¹⁶, e ciò a differenza di quanto avvenuto in passato. Ma non è detto che il contenzioso non si sviluppi nei confronti delle normative regionali e provinciali. Occorrerà attendere lo spirare dei termini di impugnazione per le normative regionali/provinciali per trarre alcune conclusioni.

Le Regioni e le Province autonome si sono mosse con strategie diverse.

La Provincia autonoma di Bolzano ha tempestivamente provveduto ad apportare alcune modifiche alla previgente normativa in relazione alle previsioni del codice dei contratti pubblici, approvando la l. p. 16 giugno 2023, n. 11, recante “Modifica alla l.p. 17 dicembre 2015, n. 16 “Disposizioni sugli appalti pubblici”¹⁷, le cui norme sono efficaci dal 1° luglio 2023¹⁸. Mentre quella di Trento, con il palesato obiettivo riordinare l'ordinamento provinciale sui contratti pubblici, seppur con un iter parti-

¹⁵ In questa sede si può solo accennare alla questione, mentre la Regione Siciliana, ad esempio, ha competenza legislativa esclusiva ex art. 14 dello Statuto lett. *n*) e *r*), ed amministrativa, giusta dd.PP.RR. nn. 635 e 637 del 1975; la Regione autonoma della Sardegna, pur godendo di tale competenza (artt. 3 e 4 dello Statuto), ma attende ancora il definitivo trasferimento delle competenze in materia, altre Regioni, come il Friuli-Venezia Giulia, hanno in merito competenze analoghe a quelle delle Regioni ordinarie, declinate dal d. lgs. 2 marzo 2007, n. 34.

¹⁶ Cfr. https://www.cortecostituzionale.it/ricorsi.do?operazione=ricerca_avanzata

¹⁷ V. http://lexbrowser.provinz.bz.it/doc/it/230519/legge_provinciale_16_giugno_2023_n_11.aspx?view=1

¹⁸ Alla quale ha fatto seguito la Circolare dell' *Agenzia per i procedimenti e la vigilanza in materia di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, n. 7 del 4 luglio 2023, “*Novità di rilievo introdotte dalla L.P. n. 11/2023, che ha adeguato la L.P. n. 16/2015 al nuovo Codice dei contratti pubblici*”.

colarmente contorto, ha adottato, giusta delibera della Giunta provinciale del 31 marzo 2023, n. 548, un nuovo regolamento in materia¹⁹. Ma si veda, adesso, anche l'art. 11 l.p. 26 maggio 2023, n. 4 (“Variazione al bilancio di previsione della Provincia autonoma di Trento per gli esercizi finanziari 2023-2025 e disposizioni urgenti in materia di tributi locali, di finanza locale, di patrimonio, di contratti pubblici e di personale”, che ha provveduto ad abrogare norme previgenti incompatibili con il nuovo quadro sancito dal codice, in vigore dal 1° luglio.

Con riguardo alla Valle D’Aosta va richiamata la delibera della Giunta regionale del 6 luglio scorso, n. 752, che, «*in considerazione dell’efficacia, a decorrere dal 1° luglio 2023, delle disposizioni di cui al d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36*» e nelle more di una più ampia revisione della normativa regionale di settore, ha approvato disposizioni organizzative sulla centralizzazione della committenza dei contratti pubblici²⁰.

Per quanto concerne la Regione autonoma della Sardegna, la l.r. 13 marzo 2018, n. 8, recante “Nuove norme in materia di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture”, non risulta ancora sottoposta a modifiche ed integrazioni strutturali²¹.

Infine, nella Regione Siciliana, ove vige una disposizione di rinvio (c.d. dinamico o recettizio) alla legislazione statale operato dall’art. 24 della l.r. 17 maggio 2016, n. 8 sicché le previsioni del codice dei contratti pubblici del 2023 trovano già applicazione. La Giunta regionale ha approvato un dd.l. (n. 519, “Recepimento del nuovo codice dei contratti pubblici”),

¹⁹ V. <https://delibere.provincia.tn.it/scripts/VediAllegato.asp>, regolamento recante: “Riordino e semplificazione dell’ordinamento provinciale in materia di contratti pubblici in attuazione dell’art. 14 della l. prov. 27 dicembre 2021, n. 21 e ulteriori modificazioni del decreto del Presidente della Provincia 11 maggio 2012, n. 9-84”, emanato con D. Pres.P. Trento 12 aprile 2023, n. 8-84/Leg., poi coordinato con le modifiche introdotte dal D. Pres. P. 12 giugno 2023, n. 12-88/Leg.

²⁰ Cfr. <https://consultazione.delibere.regione.vda.it/amministrazione/delibere/documento.aspx?vis=vis&tipo=d&id=1001179>

²¹ È iscritto all’esame del Consiglio regionale il d.d.l. 373, presentato dalla Giunta regionale e recante “*Disposizioni di carattere istituzionale e ordinamentale su varie materie*”, che all’art. 19 prevede la modifica degli artt. 4, 6, 8 della l.r. n. 8 del 2018, al fine “*di rendere la normativa regionale coerente e adeguata alla corrispondente disciplina dettata a livello nazionale uniformando la regolamentazione in tema di programmazione dei lavori pubblici e di attività di verifica preliminare all’indizione della gara*”. Sulla l.r. del 2018, come ricordato, si è pronunciata la Corte costituzionale con la sent. n. 166 del 2019 dichiarando l’illegittimità di alcune disposizioni (37, commi 1, 2, 3, 4 e 8, e dell’art. 39, commi 1, 2 e 3, e 45).

attualmente all'esame dell'Assemblea regionale, che ha l'obiettivo di realizzare la riorganizzazione della struttura delle stazioni appaltanti ed introdurre alcune semplificazioni procedurali²².

Quello sinteticamente descritto è uno scenario in divenire, ancora frammentato ed incompleto, ma che consente di rilevare un dinamismo dei legislatori regionali/provinciali i cui esiti, tuttavia, non possono condurre a conclusioni univoche.

7. Brevi considerazioni conclusive

La scelta del legislatore delegato, pur di fronte al grande contributo offerto dal Consiglio di Stato nella predisposizione dello schema di decreto legislativo, di omettere del tutto una specifica norma sulle competenze regionali in materia che declinasse la clausola di salvaguardia inserita nella legge delega, lungi dal rappresentare una soluzione efficiente, rischia di alimentare il già conflittuale rapporto tra Stato e Regioni in materia. È infatti un dato purtroppo acclarato che la materia sia caratterizzata, in particolare nell'ultimo ventennio, da un contenzioso costituzionale rilevante sinteticamente richiamato.

Tale contenzioso, in gran parte dei casi subito dalle Regioni e dalle Province autonome, ha suscitato negli anni recenti ben cinque pronunce della Corte costituzionale, ma soprattutto ha determinato fasi di incertezza regolativa che hanno rallentato lavori, forniture e servizi con effetti sulla capacità di investimento e di spesa delle amministrazioni, ma anche di tempestivo impiego delle risorse europee, refluendo negativamente sull'attività di imprese e professionisti.

Aver scelto, piuttosto che una disciplina dettagliata che chiarisse le zone ancora grigie di una complessa relazione competenziale, magari do-

²² La disposizione modifica il primo comma dell'art. 1, l.r. 12 luglio 2011 n. 12, stabilendo che a decorrere dall'entrata in vigore del d.lgs. n. 50 del 2016 “*si applicano nel territorio della Regione le disposizioni in esso contenute e le successive modifiche ed integrazioni nonché i relativi provvedimenti di attuazione, gli istituti, le nomenclature e le qualificazioni in esso richiamate, fatte comunque salve le diverse disposizioni introdotte dalla presente legge*”. Come precisato nella relazione al d.d.l. con l'entrata in vigore del nuovo Codice “*si rende necessario l'allineamento della norma di riferimento regionale al nuovo quadro normativo nazionale*”. Il d.d.l. è stato approvato con deliberazione della Giunta n. 253 del 19 giugno 2023, con la precedente delibera, n. 182 del 26 aprile 2023, era stato approvato un atto d'indirizzo in merito.

po un confronto e raccordo con le stesse Regioni²³, l'implicito riconoscimento di un quadro ancora in parte incerto, può riaprire una stagione di contenziosi che giustapporsi rispetto alle esigenze di semplificazione e fluidificazione delle decisioni pubbliche in materia nella logica del risultato che ispira, quale principio prioritario, la nuova legislazione.

I prossimi mesi delineeranno meglio uno scenario ancor oggi incerto. Fermo restando che solo la leale collaborazione tra i legislatori ed un confronto costruttivo multilivello possono solo dar ulteriore smalto ad un codice dei contratti pubblici che, seppur tra luci ed ombre, costituisce un importante passo in avanti dell'ordinamento giuridico italiano.

²³ Va evidenziato, invero, che le Regioni sul punto non hanno espresso una precisa posizione, probabilmente per avere margini di manovra in sede attuativa (e così assegnandosi il ruolo di “lepri” piuttosto che di inseguitori), pur di fronte alle assai articolate proposte emendative formulate in *Conferenza Unificata* e poi in audizione alle competenti commissioni Parlamentari. In particolare le proposte hanno riguardato: gli investimenti PNRR-PNC che devono seguire la normativa attuale tracciata dal d.l. semplificazione; la nomina del RUP a tempo determinato; la revisione dei prezzi anche servizi e forniture; i prezzari regionali; il cottimo fiduciario; la qualificazione di diritto delle Regioni e per i soggetti aggregatori sia per i servizi e le forniture che per lavori; la rimodulazione dei poteri sanzionatori di ANAC in materia di qualificazione delle stazioni appaltanti che, dalle interlocuzioni. Invero si può rintracciare una proposta emendativa, invero meramente ripetitivi della previsione già esistente nella legge delega, (n. 13, art. 228-bis “*Clausola di salvaguardia-Funzioni delle regioni a statuto speciale e delle province autonome*”, per la quale “*per le regioni a statuto speciale resta fermo quanto disposto dall’articolo 2 della legge 21 giugno 2022, n. 78. Le province autonome di Trento e di Bolzano adeguano la propria legislazione secondo le disposizioni contenute nei rispettivi statuti speciali nello statuto speciale e nelle relative norme di attuazione*”). v. https://www.camera.it/application/xmanager/projects/leg19/attachments/upload_file_doc_acquisiti/pdfs/000/008/122/Conferenza_Regione_e_delle_province_autonome.pdf

PARTE II
DELLA DIGITALIZZAZIONE DEL CICLO DI VITA DEI CONTRATTI

La digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti pubblici

LA DIGITALIZZAZIONE DEL CICLO DI VITA DEI CONTRATTI PUBBLICI

Giulia Avanzini

1. Premessa

Il d.lgs. 36/2023 dedica un intero capo alla digitalizzazione di quello che viene significativamente definito il “ciclo di vita dei contratti pubblici” (artt. 19 – 36). L’obiettivo di fondo è quello di realizzare una digitalizzazione completa delle procedure, dalla programmazione fino all’esecuzione dei contratti stessi, attraverso la realizzazione di un ecosistema integrato di piattaforme informatiche. La trasformazione non investe quindi singoli profili o momenti ma l’intero processo di acquisto, gestito in modalità nativa digitale.

Molte delle disposizioni contenute nella parte del Codice in esame non costituiscono in realtà delle novità assolute, dal momento che il settore dei contratti pubblici è stato da sempre particolarmente permeabile all’evoluzione tecnologica e all’introduzione di norme che ne hanno accompagnato lo sviluppo. Il Codice si colloca dunque per un verso in sostanziale continuità rispetto alla previgente disciplina, razionalizzando o riformando istituti già esistenti, dall’altro si ispira a nuovi modelli evolutivi, come spesso accade in un campo che ha spesso costituito terreno di innovazione e di sperimentazione.

La scelta di dedicare un’apposita e specifica sezione alla digitalizzazione nell’ambito della quale vengono definiti sia i principi sia la disciplina puntuale dei singoli istituti, nonché il riferimento al ciclo di vita digitale dei contratti, rappresentano di per sé una novità.

Tale impostazione riflette innanzitutto l’esigenza di rendere pienamente evidente l’attuazione del PNRR, e in particolare della missione M1C1-70/75, che considera la digitalizzazione *end to end* delle procedure di acquisto della pubblica amministrazione secondo un sistema di *Smart Procurement* come uno degli elementi strategici di ripresa e di riforma

dell'intero settore¹. In questo modo anche la delicata fase di esecuzione dovrebbe essere integrata e meglio gestita.

Nel contempo, superando l'approccio frammentario del precedente Codice, tale scelta mette in risalto la maggiore consapevolezza del legislatore nei confronti delle difficoltà che da sempre hanno caratterizzato l'*e-procurement* pubblico e la sua disciplina. I limiti sono dovuti ad un approccio legislativo fino ad ora disorganico, circoscritto a singole fasi o specifiche tipologie di procedura, all'interno di quadro normativo e tecnico estremamente complesso e variabile, spesso preoccupato solo di alcuni aspetti formali di transizione dal cartaceo al digitale².

2. I principi

Il Codice dedica alcune disposizioni espresse all'enunciazione dei principi e dei diritti digitali, individuati nella neutralità tecnologica, nella trasparenza, nella sicurezza informatica e nell'unicità dell'invio (art. 19 e 28), che erano già in parte previsti o desumibili dal codice di amministrazione digitale (CAD)³.

Essi vengono declinati con attenzione specifica al settore della contrattualistica pubblica. In particolare, il principio dell'*once only* nei rapporti tra amministrazioni e tra queste e gli operatori economici impone che tutte le informazioni necessarie alle procedure di evidenza pubblica siano acquisite una sola volta e siano prodotte e trasmesse solo attraverso gli strumenti informatici, nella massima condivisione e apertura. La trasparenza, a cui viene dedicata un'apposita disposizione (art. 28), è intesa come tracciabilità oltre che come piena conoscibilità di ogni fase della procedura. Particolare attenzione viene quindi espressamente richiesta per garantire la *Data privacy* e il rispetto di standard tecnici di sicurezza informatica.

Se tali precisazioni arricchiscono il significato e la portata dei principi richiamati, rischiano tuttavia di rimanere ancora una volta invocazioni

¹ Tale obiettivo viene ribadito dalla stessa legge delega L. 21 giugno 2022, n. 78: nel delineare gli obiettivi da perseguire nella riforma del Codice dei contratti il legislatore fa riferimento alla riduzione e certezza dei termini da perseguire anche attraverso la digitalizzazione delle procedure.

² In questo senso: Cons. St., 2 dicembre 2022, *Relazione illustrativa Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante "Delega al Governo in materia di contratti pubblici"*

³ D.lgs., 7 marzo 2005, n. 82.

astratte o ottative dal momento che la loro attuazione suppone da un lato un'attività di regolazione tecnica e giuridica molto intensa demandata ad una pluralità di soggetti come ANAC, AGID e ANC, dall'altro si traduce nell'imposizione di una serie di obblighi e oneri in capo alla stazione appaltante, come l'acquisto e l'aggiornamento di software e hardware adeguati e certificati, la comunicazione di vari dati e informazioni e soprattutto la riorganizzazione della propria struttura senza che tutto ciò determini un arretramento delle garanzie e dei diritti degli operatori economici.

3. Digitalizzazione debole

La disciplina del Codice sviluppa aspetti molto diversi dell'ampio fenomeno di trasformazione che viene ricondotto alla transizione digitale. Il termine evoca infatti due distinti profili, quello della digitalizzazione debole o documentale, nell'ambito della quale le tecnologie informatiche sono utilizzate per la formazione, la conservazione e la trasmissione dei documenti amministrativi e dei dati prodotti o detenuti dalla pubblica amministrazione e quello della digitalizzazione forte o algoritmica, che conduce all'automazione totale o parziale delle decisioni, sostituendosi al funzionario umano. La prima è funzionale e servente rispetto alla seconda e ne costituisce una necessaria premessa, ma si tratta di due dinamiche da analizzare in maniera differente, in quanto generano questioni diverse.

Alcune disposizioni che oggi ritroviamo nella parte seconda del Codice sono riconducibili alla digitalizzazione debole e riguardano istituti introdotti nell'ordinamento in anni recenti, che sono stati oggetto di rivisitazione. Il problema che il Codice affronta non è tanto l'attratta previsione di tali strumenti, ma il loro popolamento e aggiornamento, senza il quale rimangono scatole vuote, prive di utilità.

In tale prospettiva il ciclo di vita digitale dei contratti di esplica all'interno di quello che il Codice definisce l'Ecosistema Nazionale di *e-procurement*, ovvero l'insieme delle piattaforme e dei servizi digitali interconnessi e interoperabili che interessano il ciclo di vita stesso e che consentono lo svolgimento di tutta una serie di attività, dalla presentazione dei documenti di gara e delle offerte, alla pubblicazione, trasmissione e accesso alla relativa documentazione, all'esplicazione dei controlli anche in fase di esecuzione da parte della stazione appaltante. Al fine di favorirne lo sviluppo e l'aggiornamento continuo il Codice ha previsto che

l'ecosistema dovrà inglobare una serie di anagrafi e banche dati che sono indicate testualmente dall'art. 22 comma 3⁴.

L'asse portante dell'Ecosistema nazionale è costituito dalla Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici (BDNCP), già istituita presso ANAC che ne conserva la titolarità;⁵ il Codice potenzia tale istituto al fine di trasformarlo nel collettore nazionale di tutti i dati relativi al ciclo di vita dei contratti pubblici, quale mezzo di valorizzazione del patrimonio di conoscenze in possesso delle amministrazioni pubbliche. Costituito come un portale, la sua articolazione interna è disciplinata direttamente dal legislatore, che prevede la sua suddivisione in sezioni e introduce altresì una serie di sanzioni per chi omette di comunicare dati o trasmette informazioni non veritiere. ANAC ha adottato con Delibera del 20 giugno 2023, n. 261⁶, il provvedimento che individua le informazioni che le stazioni appaltanti sono tenute a trasmettere alla BDNCP attraverso le piattaforme telematiche e i tempi entro i quali i titolari delle piattaforme e delle banche dati debbono garantire l'integrazione con i servizi abilitanti l'ecosistema di approvvigionamento digitale⁷.

Il Fascicolo Virtuale dell'Operatore Economico (FVOE), opera all'interno della BDNCP di cui costituisce una sezione⁸ e permette alle Stazioni Appaltanti e agli Enti aggiudicatori l'acquisizione dei documenti che comprovano il possesso dei requisiti di carattere generale e speciale

⁴ Proprio al fine di evitare che alcuni dati o informazioni vengano esclusi. L'elencazione delle banche dati non è tassativa, ma può essere integrata con DPCM, previo parere di ANC e AGID.

⁵ Già prevista dall'art. 213 del previgente Codice. La disposizione recepiva quanto previsto dall'art. 6 *bis* del d.lgs. 82/2005.

⁶ Anac, Delibera del 20 giugno 2023, n. 261, con cui viene adottato il provvedimento di cui all'articolo 23, comma 5, del d.lgs. n. 36/2023 che è entrato in vigore il 1° luglio 2023 e acquisterà efficacia a decorrere dal 1° gennaio 2024.

⁷ “La Banca dati Anac - afferma il Presidente Giuseppe Busia - mette in campo una garanzia fondamentale per il cittadino, interconnettendo gli operatori del settore e le amministrazioni, creando un sistema unico di raccolta delle informazioni, da quelle del casellario giudiziario alle attestazioni di regolarità fiscale rilasciate dall'agenzia delle entrate, a quelle di regolarità contributiva rilasciate dall'Inps”.

⁸ IL FVOE istituito dalla L. 108/2021 (c.d. Decreto Semplificazioni-*bis*), che nel suo intento riformatore, modificava l'art. 81, comma 4 *bis* del Codice del 2016, e ne prevedeva l'attivazione all'interno della Banca dati nazionale dei contratti pubblici è stato disciplinato dalla delibera ANAC n. 464/2022, che resterà in vigore fino al 1° gennaio 2024. Il FVOE ha sostituito il precedente sistema di AVC pass, introdotto da Anac per la gestione delle gare.

occorrenti per partecipare alle gare e, nel contempo, consente agli operatori economici di inserire nel sistema i documenti la cui produzione è a proprio carico⁹. Già previsto dall'art. 81 comma 4 *bis* del previgente codice e dal novembre 2022 divenuto obbligatorio per partecipare alle gare d'appalto, ha come obiettivo quello di ridurre i tempi e i costi delle procedure in quanto permette alle stazioni appaltanti di utilizzare gli accertamenti già effettuati da un'altra stazione appaltante e le certificazioni già ottenute in un'altra procedura per ammettere l'operatore economico alla gara, velocizzando l'attività di verifica dei requisiti. Inoltre, gli operatori economici vedono ridotti notevolmente gli oneri di riprodurre per ogni procedura di gara le certificazioni a comprova dei requisiti posseduti, peraltro già nella disponibilità dell'amministrazione.

Il problema fondamentale che il Codice affronta non è tanto la disciplina dell'istituto, quanto il raccordo con le diverse autorità competenti al rilascio delle certificazioni che debbono confluire nel FVOE (si pensi alle prefetture per la certificazione antimafia), che ai sensi del comma 3 dell'art. 24 sono chiamate ad una complessa attività di riforma della propria organizzazione e delle proprie procedure oltre che dei propri sistemi informatici al fine di garantire in tempo reale la disponibilità delle relative informazioni attraverso la piattaforma. In tale prospettiva ANAC ha prontamente adottato con Delibera del 20 giugno, n. 262¹⁰ il provvedimento con cui sono specificati i dati e le informazioni che debbono essere inseriti nel FVOE per i quali è obbligatoria la verifica tramite BDNCP, nonché i termini e le modalità di consultazione e aggiornamento degli stessi. Le stazioni appaltanti e tutti i soggetti pubblici interessati sono quindi chiamate ad un rapido quanto complesso adeguamento.

Ogni stazione appaltante deve quindi dotarsi di una Piattaforma di approvvigionamento digitale, intesa come l'insieme dei servizi e dei sistemi informatici interconnessi e interoperanti necessari per svolgere le

⁹ Già il decreto semplificazioni aveva previsto che la verifica dei requisiti non si fermasse alla fase di aggiudicazione ma si estendesse a quella di esecuzione e dunque al mantenimento dei requisiti da parte di chi si era aggiudicato la gara, che il Fascicolo fosse utilizzato per tutte le procedure di affidamento e che fosse istituito l'Elenco degli operatori economici già verificati.

¹⁰ In attuazione dell'articolo 24, comma 4, del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36.

procedure di gara in forma digitale secondo le specifiche tecniche adottate da AGID¹¹.

Il termine per consentire l'adeguamento tecnologico è fissato per il 1° gennaio 2024, entro tale data le stazioni appaltanti che non abbiano conseguito la certificazione digitale e quindi non siano in possesso degli strumenti richiesti non riceveranno il CIG, con la conseguenza della totale paralisi dell'attività contrattuale. Il termine appare troppo breve per la complessità degli adempimenti richiesti e sarebbe auspicabile un periodo transitorio più lungo.

4. Digitalizzazione forte

Oltre a razionalizzare alcuni istituti già esistenti, come i sistemi dinamici di acquisizione (SDAPA), le aste e i cataloghi elettronici, che operano o nell'ambito di acquisti correnti o limitatamente ad alcune fasi della procedura, determinando dunque un'automazione settoriale o parziale delle procedure di evidenza pubblica, la disposizione più innovativa introdotta dal Codice è l'art. 30.

Tale norma disciplina in termini generali l'automazione delle procedure di evidenza pubblica anche attraverso il ricorso all'intelligenza artificiale, cui ogni stazione appaltante può, ove possibile ricorrere, nell'ambito dell'intero ciclo di vita dei contratti pubblici e nel rispetto di una serie di garanzie che la norma esplicita. Al comma 3 vengono infatti positivizzate le regole generali elaborate dalla stessa giurisprudenza del Consiglio di Stato¹² che costituiscono il nucleo minimo di tutela che deve essere garantito qualora l'amministrazione adotti delle decisioni algoritmiche (ovvero i c.d. principi di legalità algoritmica)¹³. Il riferimento è ai canoni di «*conoscibilità e comprensibilità, per cui ogni operatore economico ha diritto a conoscere l'esistenza di processi decisionali automatizzati che lo*

¹¹ AGID, Determinazione 1° giugno 2023, n.137/2023, “*Requisiti tecnici e modalità di certificazione delle Piattaforme di approvvigionamento digitale*”, ai sensi dell'art. 26 del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 recante Codice dei contratti pubblici.

¹² Cons. St., Sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270; Id, 13 dicembre 2019, n. 8472, 8473, 8474; Id, 4 febbraio 2020, n. 881.

¹³ Per un'ampia ricostruzione: L. TORCHIA, *Lo stato digitale*, Bologna, 2023, spec. 109 e ss.; E. CARLONI, *I principi di legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate di fronte al giudice amministrativo*, in *Dir. Amm.* 2020, 271 e ss.; G. AVANZINI, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici, predeterminazione analisi predittiva e nuove forme di intellegibilità*, Napoli, 2019.

riguardino e, in tal caso, a ricevere informazioni significative sulla logica utilizzata; non esclusività della decisione algoritmica, per cui deve essere garantito nel processo decisionale un contributo umano capace di controllare, validare ovvero smentire la decisione automatizzata; non discriminazione algoritmica, per cui il titolare mette in atto misure tecniche e organizzative adeguate al fine di impedire effetti discriminatori nei confronti degli operatori economici».

La relazione al Codice del Consiglio di Stato sottolinea l'importanza di questa disposizione che apre all'uso di sistemi intelligenti, utilizzando per la prima volta a livello normativo il termine stesso di intelligenza artificiale senza porre limiti all'automazione anche integrale delle procedure, nella misura in cui l'applicazione di tali sistemi migliora l'efficienza delle stazioni appaltanti. In tale prospettiva la previsione espressa dei principi di legalità algoritmica viene considerata una sufficiente garanzia per gli operatori economici, idonea altresì a non penalizzare o comprimere la sperimentazione di nuove tecnologie in un settore così strategico.

La norma, tuttavia, presenta una serie di limiti.

In primo luogo, non sono precisati i presupposti applicativi dell'automazione; utilizzando il termine "ove possibile", si lascia ampio spazio alle singole stazioni appaltanti nell'automazione anche di momenti discrezionali della procedura. Ciò lascia aperto e insoluto il problema della automazione delle scelte discrezionali, che sembrerebbe essere implicitamente ammessa.

La questione è resa più grave anche dal generico riferimento all'intelligenza artificiale, che rimane un'espressione vaga, di cui non esiste una definizione positiva, e che può dunque ricomprendere sistemi molto diversi tra di loro e dotati di un differente grado di autonomia nella individuazione della soluzione, come il *machine learning*. Tali sistemi di apprendimento automatico non appaiono del tutto compatibili con il principio di legalità nella misura in cui non si limitano ad eseguire delle istruzioni, ma creano essi stessi il codice da applicare¹⁴. La decisione da essi prodotta non è la mera esecuzione di criteri e regole date, ma frutto di un autonomo processo decisionale, per molti aspetti oscuro anche dal punto di vista tecnico. Il Codice lascia dunque alle stazioni appalti la libertà di individuare il sistema più opportuno, esponendole ad una serie di rischi, di cui il legislatore non pare avere piena consapevolezza.

¹⁴ B. AUBY, *Il diritto amministrativo di fronte alle sfide digitali*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2019, 619 ss..

Il rispetto delle generali regole di legalità algoritmica, cristallizzate nella disposizione, appare infatti quanto mai insufficiente ad approntare una effettiva tutela dell'operatore economico, e finisce per riproporre problemi evidenziati dalla dottrina che ha analizzato l'impatto dell'automazione delle decisioni pubbliche nel rapporto tra cittadini e amministrazione pubblica¹⁵.

La conoscenza e la comprensione del modo di procedere di alcuni sistemi non è immediatamente facile da garantire e soprattutto non è chiaro attraverso quali strumenti, in quale momento e con quali modalità, se d'ufficio o su espressa richiesta della parte. Considerazioni non dissimili valgono con riferimento alla necessità di un'interlocuzione o validazione umana delle risultanze algoritmiche (il cd. *Human on the loop*), dal momento che essa può intervenire a monte o a valle della decisione, interessare diversi soggetti ed avere intensità differente, fino alla previsione di una procedura alternativa che si svolge secondo le modalità tradizionali o l'individuazione di nuove figure organizzative. La non discriminazione algoritmica può essere garantita in fase di progettazione del sistema, ma suppone un'attenta supervisione delle amministrazioni coinvolte, chiamate a saper governare il programma informatico.

La genericità dei principi enunciati determina il rischio di soluzioni divergenti e contraddittorie, la cui individuazione è lasciata alle singole stazioni appaltanti in modo frammentario e disomogeneo, e l'incertezza che ne deriva rischia di generare un ulteriore fronte contenzioso e appare dunque difficilmente praticabile. Sarebbe auspicabile l'introduzione di una disciplina più attenta, che senza irrigidire eccessivamente il procedimento ponesse alcune regole di base comuni nell'automazione del processo decisionale che opera in un settore delicato e strategico.

5. BIM.

Uno strumento digitale di significativa importanza è costituito da BIM, *Building Information Modeling*, disciplinato nell'art. 43 del Codice che lo rende obbligatorio a decorrere dal 1° gennaio 2025, per tutti gli af-

¹⁵ R. CAVALLO PERIN, *Ragionando come se la digitalizzazione fosse data*, in *Dir. Amm.*, 2020, 305 ss.; N. PAOLANTONIO, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Sconcerto e stilemi (sul controllo giurisdizionale delle decisioni algoritmiche)*, in *Dir. Amm.* 2021; B. MARCHETTI, *Amministrazione digitale*, (voce), in *Funzioni amministrative. Enciclopedia del Diritto I Tematici*, 2022, Vol. 3, 75 e ss.

fidamenti relativi alla progettazione e alla realizzazione di opere di nuova costruzione e per gli interventi su costruzioni esistenti per importo a base di gara superiore a 1 milione di euro. Al di sotto di tale soglia il ricorso a tale strumento è facoltativo e con valore meramente premiale¹⁶.

BIM era già previsto dall'art. 23, comma 13 del precedente codice¹⁷, come strumento facoltativo e era quindi disciplinato in modo puntuale dal d.m. n. 560 del 2017 (c.d. decreto Baraton) poi modificato dal d.m. n. 312 del 2021, che ne hanno ampliato progressivamente l'applicazione secondo una tempistica coincidente con quella prevista dal Codice. La novità è rappresentata dal fatto che ora è una norma primaria a stabilire i tempi di attuazione e la disciplina tecnica attraverso l'allegato 1.9, al fine di imprimere una maggiore certezza ed effettività alla disciplina.

Il Codice esprime un deciso rafforzamento della fiducia nella capacità di gestione dell'investimento pubblico da parte della pubblica amministrazione attraverso tale tecnologia, ma lascia aperte una serie di questioni di rilevante importanza visto che BIM troverà applicazione nella maggior parte dei contratti di realizzazione di opera pubbliche.

La prima questione nasce dal fatto non esiste, nemmeno a livello tecnico internazionale, una definizione precisa di cosa si intenda per BIM e il Codice, pur utilizzando una terminologia più moderna rispetto alla precedente disciplina, non affronta il problema, nemmeno nell'allegato 1.9 che ne completa la disciplina.

Senza poter ripercorrere in questa sede una questione di così ampio respiro, si deve riconoscere al giudice amministrativo¹⁸, il tentativo di darne una definizione giuridicamente rilevante. Alla luce di tale giurisprudenza BIM è individuato in una metodologia di progettazione basata sull'integrazione di diversi elementi, che consente di realizzare modelli virtuali dell'intervento da realizzare, digitalmente accurati e contenenti con altissima precisione i dati relativi a tutte le fasi di realizzazione dell'intervento stesso, dalla progettazione, al collaudo e alla gestione della

¹⁶ Tale facoltà è subordinata all'adozione delle misure stabilite nell'allegato I.9, di cui al comma 4; in particolare le stazioni appaltanti debbono essere dotate di un proprio ambiente di condivisione dati, di cui sono definite le caratteristiche e prestazioni, la proprietà dei dati e le modalità per la loro elaborazione, condivisione e gestione nel corso dell'affidamento e della esecuzione dei contratti pubblici, nel rispetto della disciplina del diritto d'autore, della proprietà intellettuale e della riservatezza.

¹⁷ La norma ha dato attuazione all'art. 22 della Direttiva 2014/24/UE.

¹⁸ TAR Lombardia, Sez. I, 29 maggio 2017, n. 1210; Cons. St., Sez. V, 10 dicembre 2020, n. 7908.

vita utile dell'edificio. Si tratta di uno strumento dinamico, di un flusso di lavoro integrato e interoperabile che realizza una collaborazione diretta tra tutti i soggetti che a diverso titolo sono coinvolti, attraverso la condivisione di tutti i dati relativi all'infrastruttura. Esso realizza dunque l'aggregazione di tutte le informazioni secondo un processo coordinato e collaborativo che consente di progettare e monitorare l'andamento dei lavori e la gestione dell'opera una volta conclusa. I vantaggi che ne derivano sono molteplici e sono stati ampiamente enucleati in dottrina¹⁹. In questa sede si può sottolineare come l'applicazione di BIM garantisce trasparenza e accessibilità totale ai dataset che la stazione appaltante condivide con gli operatori economici e consente maggiore rigore e un monitoraggio costante e diretto sui costi e i tempi di esecuzione delle opere²⁰.

Dal momento che il Codice non ha preso posizione sul punto rimane così aperto un problema centrale, ovvero la mancanza di certezza in ordine anche solo alle coordinate minime che il formato BIM deve rispettare, per poter essere legittimamente utilizzato. Tali questioni erano già emerse nella giurisprudenza formatasi prima del Codice, e appaiono ora destinati a riproporsi: per esempio, rimane dubbio se la modellazione in 3D di tutti i progetti sia parte essenziale del modello, quali siano gli elementi caratterizzanti tale metodologia, se sia o meno necessaria la figura del BIM Manager e come si qualifichi.

In secondo luogo, la soglia di 1 milione di euro, come sottolineato nella stessa relazione del Consiglio di Stato, andrebbe rivista alla luce di valutazioni ulteriori, che considerino l'impatto dell'implementazione di tali strumenti nella strategia patrimoniale complessiva degli enti coinvolti, in modo che il loro necessario utilizzo non venga a comprimere eccessivamente le capacità operative di enti non particolarmente qualificati con metodologie irragionevoli e sproporzionate.

In terzo luogo, l'ambito di applicazione oggettivo della disciplina non appare quindi particolarmente definito, dal momento che il legislatore esclude l'applicazione di BIM per gli interventi di ordinaria e straordinaria manutenzione, a meno che essi non riguardino opere precedentemente eseguite con l'uso dei suddetti metodi e strumenti di gestione informativa digitale, ma non specifica nemmeno nell'allegato cosa si debba intendere

¹⁹ Per un approfondimento Cfr: G. RACCA, *La modellazione digitale per l'integrità, l'efficienza e l'innovazione nei contratti pubblici*, in *Ist. del Federalismo* 2019, 739 e ss.

²⁰ Tra gli ulteriori vantaggi rientra una deflazione del contenzioso, dal momento che una progettazione dettagliata porta ad una diminuzione dei vizi di progettazione.

per “interventi su costruzioni esistenti”. Si tratta infatti di una locuzione non ricompresa nel glossario tecnico-giuridico dell’edilizia e che lascia ampi margini di incertezza nella sua interpretazione. Non è nemmeno chiaro come il sistema trovi applicazione laddove gli interventi riguardino immobili vincolati dal punto di vista paesaggistico, storico artistico e ambientale.

Infine, possiamo infine rilevare che BIM può funzionare e portare con sé numerosi vantaggi, a patto che l’amministrazione e gli operatori economici abbiano raggiunto una maturità digitale che consenta alla prima di governare tali processi ai secondi di potervi partecipare attivamente. In questa prospettiva il termine del 1° gennaio 2025 appare poco adeguato soprattutto per i gravosi adempimenti che l’allegato 1.9 pone in capo alle stazioni appaltanti che devono adottare tale metodologia.

6. Considerazioni conclusive

Il Codice segna una tappa importante nell’evoluzione e nell’adeguamento della disciplina positiva ai profondi cambiamenti tecnologici in atto e alle potenzialità che essi offrono. Tuttavia, gli ambiziosi obiettivi che il legislatore si pone rischiano di rimanere in parte inapplicati.

Permangono significative difficoltà di attuazione di una serie di istituti la cui operatività richiede l’emanazione di disposizioni di dettaglio, spesso di natura tecnica, demandate all’intervento di una pluralità di soggetti quali ANAC, AGID E ANC. Tali organismi stanno adottando in questi mesi decine di provvedimenti, che dovranno tuttavia essere recepiti in tempi brevissimi dalle amministrazioni coinvolte e dagli operatori economici chiamati a raggiungere un elevato grado di maturità digitale.

Il baricentro della disciplina, nonostante il riferimento al ciclo di vita dei contratti, rimane costituito essenzialmente dalle procedure di selezione del contraente, mentre continuano a rimanere sullo sfondo le questioni e le informazioni legate alla provvista, alla esecuzione e alla gestione delle opere realizzate, momenti che la digitalizzazione dovrebbe permettere di integrare maggiormente in un *continuum* razionalizzato. Tutto ciò suppone tuttavia, come lo stesso Consiglio di Stato ha sottolineato nella relazione illustrativa, un ripensamento complessivo delle procedure e degli adempimenti in un’ottica nativa digitale e una riorganizzazione profonda dell’amministrazione pubblica.

Il rischio più grave da evitare è che la digitalizzazione si trasformi in una forma di irrigidimento e di ulteriore formalizzazione di procedure che non riescono fino in fondo ad essere governate dai soggetti coinvolti, e che si trasformino in ulteriori adempimenti burocratici incapaci di rispondere alla pluralità di esigenze delle stazioni appaltanti.

Nel contempo, la vera innovazione, ossia l'automazione dello stesso processo decisionale non è accompagnata da un quadro regolatorio adeguato idoneo ad indirizzare e tutelare i soggetti coinvolti. La formula generale contenuta dell'art. 30 dovrebbe meglio coordinarsi con le disposizioni più puntuali ma anche più risalenti, come quelle sulle aste elettroniche che sono assoggettate e presupposti applicativi più rigidi.

LIBRO II - PARTE II
DEGLI ISTITUTI E DELLE CLAUSOLE COMUNI

La disciplina sulle clausole sociali nel d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36

La disciplina sulle clausole ambientali

LA DISCIPLINA SULLE CLAUSOLE SOCIALI
NEL D.LGS. 31 MARZO 2023, N. 36

Edoardo Caruso

1. Un filo rosso che accomuna gli ultimi tre interventi di riforma generale del settore dei contratti pubblici (2006, 2016 e 2023) è dato dal progressivo rafforzamento dell'attenzione per i profili sociali negli acquisti delle amministrazioni. Determinanti in questo percorso di rafforzamento sono state le importanti novità introdotte in tema di clausole sociali dal d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, per quanto non meno rilevanti siano le misure introdotte dagli interventi normativi successivi: quelli di modifica del previgente Codice, ma soprattutto quelli riconducibili alla *governance* del PNRR e alla disciplina di affidamento dei relativi contratti¹.

Nella medesima direzione si pone il d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 che conferma e implementa questo percorso, coerentemente peraltro con i criteri contenuti nella legge delega 21 giugno 2022, n. 78. Si tratta ovviamente di un giudizio complessivo, che non esclude alcuni distinguo legati alla sussistenza di aspetti perfettibili e, soprattutto, alla eterogeneità e molteplicità dei profili regolativi riconducibili al tema delle clausole sociali nei contratti pubblici.

Dal momento che la soluzione più adeguata per affrontare tale complessità è di distinguere in base alla tipologia dell'interesse sociale perseguito, si riprende la dicotomia elaborata dalla dottrina gius-lavoristica tra clausole sociali di equo trattamento o di prima generazione e clausole sociali di riassorbimento o di seconda generazione, cui deve oggi aggiungersi una terza categoria composta dalle misure di occupazione promozionale per cui si può parlare di clausole sociali di terza generazione.

2. Le novità principali attengono all'equo trattamento, normativo e retributivo, dei lavoratori impiegati nelle commesse pubbliche alla cui garanzia sono rivolte diverse disposizioni contenute negli artt. 11, 41

¹ Cfr. art. 47 del d.l. 31 maggio 2021, n. 77 conv. con modificazioni da l. 29 luglio 2021, n. 108.

commi 13 e 14, 57 comma 1, 102, 108 comma 9, 110 commi 4 e 5, 119 commi 2 e 6 ss. del nuovo Codice².

Un primo merito che può riconoscersi alla recente codificazione è di aver espressamente sancito – tramite opportuni rinvii e soprattutto un miglior coordinamento e una maggior coerenza “interna” della formulazione normativa – il ruolo di architrave di questo micro sistema normativo dell’art. 11, contenente l’obbligo per l’aggiudicatario di applicare un contratto collettivo rispettoso dei tre criteri normativamente definiti³. Se nella definizione di tali criteri sono state confermate le importanti evoluzioni già raggiunte con l’art. 30 comma 4 del Codice del 2016, il nuovo art. 11 porta “al culmine” la risalita tra i principi generali della materia della garanzia dell’equo trattamento e, soprattutto, affronta (e presumibilmente risolve) la principale questione rimasta ambigua in vigenza della precedente disciplina. Invero, la notevole frammentazione intersettoriale e intrasettoriale che caratterizza la contrattazione collettiva in Italia ha fino ad ora comportato che, soprattutto per gli affidamenti di prestazioni ibride e/o eterogenee, rimanesse in capo all’operatore economico un certo margine di scelta nell’individuazione del CCNL da applicare in fase esecutiva, nonostante la pregnanza e il rigore dei tre criteri previsti dall’art. 30, comma 4. Tale margine di scelta per gli operatori economici era preservato, anche a fronte dei tentativi di talune stazioni appaltanti di indicare il CCNL da applicare, da quell’indirizzo giurisprudenziale prevalente, che rifletteva il timore di una possibile violazione degli artt. 39 e 41 Cost., secondo cui la scelta del contratto collettivo non può che rientrare tra le prerogative dell’imprenditore⁴. In questo modo, seppur entro i confini del rispetto dell’art. 30 comma 4, si ammetteva un certo grado di *shopping* contrattuale e di *dumping* sociale, con possibile nocimento di tutte quelle esigenze cui l’equo trattamento dei lavoratori risulta funzionale (*infra*).

² Queste previsioni, di seguito esaminate, si aggiungono a quelle riconducibili alla c.d. «funzione strategica negativa dei *public procurement*», volta cioè a rafforzare “indirettamente”, tramite l’attività contrattuale della p.a., il rispetto degli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dalla normativa europea e nazionale, dai contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali di diritto del lavoro indicate nell’allegato X alla direttiva 2014/24/UE (con riguardo ai soli contratti di appalto, cfr., artt. 95, comma 1, lett. a; 107, comma 2; 110 comma 5, lett. a del d.lgs. n. 36/2023).

³ Criterio settoriale/territoriale, criterio soggettivo/rappresentativo e criterio della stretta connessione con l’oggetto del contratto da affidare.

⁴ Tra le tante, da ultimo, Cons. St., sez. V, 9 agosto 2021, n. 5795.

Il nuovo art. 11, nel prevedere al comma 3 la possibilità per gli operatori economici di indicare nella propria offerta un contratto collettivo differente da quello indicato dagli atti di gara «*purché garantisca ai dipendenti le stesse tutele*»⁵, riconosce espressamente il potere della stazione appaltante di individuare il livello di tutela minimo che deve essere garantito ai lavoratori, in tal modo andando oltre l'indirizzo giurisprudenziale in precedenza richiamato. La maggiore omogeneità nello standard normativo ed economico da garantire ai lavoratori rafforza non solo la loro tutela, ma anche la garanzia di una *fair competition* tra gli operatori economici e presumibilmente anche il buon andamento dell'attività contrattuale dell'amministrazione e, quindi, del risultato amministrativo.

Le ragioni per cui tale previsione non dovrebbe contrastare con le previsioni costituzionali sopra richiamate sono state puntualmente chiarite, in linea con le considerazioni già svolte da parte della dottrina, nella relazione sullo schema di decreto elaborato dalla Commissione; tra queste, rileva innanzitutto il fatto che l'applicazione di un determinato CCNL (o dello standard equivalente) non viene autoritativamente imposta dalla legge, ma consegue alla sua accettazione da parte dell'operatore economico il quale decide liberamente di partecipare alla procedura di aggiudicazione e di stipulare il contratto⁶.

Più problematico appare invece il rapporto tra l'art. 11 e il diritto Ue: se da un lato la tendenziale uniformità degli standard lavoristici da rispettare in fase esecutiva rafforza, come anticipato, l'effettività della *fair*

⁵ L'ANAC, nella Nota Illustrativa al Bando tipo n. 1/2023, par. 7, approvato dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 309 del 27 giugno 2023, ha fornito alle stazioni appaltanti utili indicazioni operative con riguardo sia all'individuazione del CCNL da applicare sia alla valutazione di equivalenza tra il contratto indicato e quello differente utilizzato dall'impresa.

⁶ Relazione p. 27: «*La previsione non pare in contrasto con l'art. 39 Cost. in quanto non è diretta a estendere ex lege ed erga omnes l'efficacia del contratto collettivo, ma si limita a indicare le condizioni contrattuali che l'aggiudicatario deve applicare al personale impiegato, qualora, sulla base di una propria e autonoma scelta imprenditoriale, intenda conseguire l'appalto pubblico, restando libero di applicare condizioni contrattuali diverse nello svolgimento dell'attività imprenditoriale diversa; e restando libero di accettare o non la clausola dell'appalto pubblico oggetto dell'aggiudicazione (accettando, quindi, anche l'esclusione dalla procedura). I medesimi argomenti possono essere utilizzati per affermare la compatibilità anche rispetto all'art. 41 Cost., tenuto conto altresì che la libera iniziativa economica "non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale". Il consentire alla p.a. la scelta di indicare il CCNL applicabile alle prestazioni oggetto di gara sembra trovare giustificazione proprio sotto questo profilo (Art. 41, secondo comma, Cost.)*».

competition e dei principi di parità di trattamento e di trasparenza, dall'altro rimane aperta, in termini analoghi a quanto già evidenziato in dottrina rispetto all'art. 30 comma 4 del Codice del 2016, la questione della compatibilità con l'art. 3 paragrafo 1 della direttiva c.d. distacco (96/71/Ce) nella parte in cui questa individua un elenco di materie, più ristretto del contenuto dei contratti collettivi, che costituisce il *trattamento* (minimo ma anche) *massimo* di tutela che lo Stato ospitante può legittimamente garantire ai lavoratori distaccati. Tali conclusioni sono frutto dei limiti individuati dalla Corte di giustizia nelle sentenze note come “*Laval quartet*”; tuttavia, la direttiva Ue 2022/2041 dell'ottobre 2022 sui salari minimi adeguati, e in particolare il suo articolo 9 dedicato proprio agli appalti pubblici, potrebbe aver portato a uno stemperamento di tali limiti (il condizionale è tuttavia d'obbligo data la complessità della tematica, nonché alla luce del passaggio introdotto nella versione finale del Considerando n. 31 ove si precisa che tale direttiva non crea alcun obbligo supplementare in relazione alle direttive sui *public procurement*).

2.1. Il nuovo Codice realizza un passo in avanti anche con riguardo all'effettività delle clausole sociali. In tal senso va richiamato l'art. 102 (“Impegni dell'operatore economico”) ai sensi del quale gli atti di gara devono richiedere agli operatori economici di assumere l'impegno a garantire l'equo trattamento dei lavoratori nei termini sopra descritti, precisando le modalità con cui intendono rispettare tali impegni. Spetta quindi all'amministrazione, utilizzando qualsiasi mezzo, verificare la loro attendibilità con riguardo alla sola offerta dell'aggiudicatario (art. 102 comma 2); corrispondente appare la portata precettiva del comma 4 dell'art. 11, con la sola specificazione che, nei in cui l'operatore economico ai sensi del comma 3 indichi un CCNL diverso da quello previsto dagli atti di gara, la stazione appaltante prima di procedere all'affidamento o all'aggiudicazione deve acquistare una sua «*dichiarazione di equivalenza delle tutele*». Viene così riproposto un meccanismo di verifica funzionalmente corrispondente a quello che, limitatamente alle clausole sociali di equo trattamento, era già stato introdotto dagli interventi correttivi al Codice del 2016 (in particolare all'art. 95, comma 10 che aveva previsto un controllo sul rispetto dei costi del lavoro da parte dell'offerente quale adempimento di carattere generale, a prescindere cioè dall'instaurarsi

dell'eventuale sub-procedimento di anomalia)⁷, ancorché riferito a quei *valori economici medi* rappresentati dai minimi salariali retributivi previsti dalle apposite tabelle ministeriali

Questa novità circa l'oggetto della verifica sui costi della manodopera, avente a oggetto non più gli standard medi contenuti nelle tabelle ma quelli normativi e retribuiti previsti dal CCNL, ridimensiona ma non fa del tutto venir meno l'utilità del controllo sul rispetto delle tabelle nella fase di verifica di anomalia dell'offerta, stante la differenza di contenuti tra queste e i CCNL e le peculiarità di tale (eventuale) sub-procedimento⁸. E infatti viene confermato, in termini analoghi al previgente art. 97, il controllo sul costo del personale nella verifica di anomalia; questo controllo rimane incentrato sulla differenza tra i suddetti *valori economici medi* contenuti nelle tabelle, che ammettono scostamenti al ribasso (art. 109 comma 5 lett. d) e i *valori economici minimi* che vanno ricavati dalle fonti collettive e vanno rispettati senza possibilità di giustificazioni (109, comma 4 lett. a).

Viene opportunamente confermato anche il potere sostitutivo della stazione appaltante in caso di ritardo nel pagamento delle retribuzioni da parte dell'aggiudicatario o dei subappaltatori (art. 11 co. 5). Sempre con riguardo all'effettività delle clausole sociali di prima generazione, non appaiono del tutto condivisibili quelle letture che enfatizzano la "ritrovata centralità" che, in effetti, l'art. 57 comma 1 sembra riconoscere agli atti di gara: ancorché la suddetta disposizione richieda alla stazione appaltante di inserire nei bandi e negli avvisi apposite clausole sociali aventi a oggetto l'obbligo di applicazione di un CCNL, tale obbligo per l'aggiudicatario è direttamente previsto dagli artt. 11 comma 1 e 119 comma 7, residuando in capo agli atti di gara il solo compito di individuare il livello minimi di tutela tramite l'indicazione di uno specifico CCNL *leader*, strettamente connesso all'oggetto del contratto.

⁷ Coerentemente, la nuova disposizione in tema di criteri di aggiudicazione non richiede più alla stazione appaltante di verificare il rispetto dei costi della manodopera dell'offerta, limitandosi a prevedere l'onere per gli operatori economici, a pena di esclusione, di indicare i costi della manodopera nell'offerta (art. 108, comma 9).

⁸ D'altronde, nella misura in cui tengono conto del c.d. costo delle sostituzioni del personale assente per malattie, ferie e altre evenienze, le tabelle ministeriali svolgono anche una funzione più strettamente connessa alla garanzia della congruità dell'offerta e della sua "sostenibilità" economica in fase esecutiva; sul tema cfr. Cons. Stato, sez. V, 22 novembre 2022, n. 10272.

2.2. Per concludere l'analisi delle previsioni poste a garanzia dell'equo trattamento dei lavoratori, vanno considerati, innanzitutto, i commi 13 e 14 dell'art. 41 che ribadiscono il ruolo centrale delle tabelle ministeriali nella costruzione degli atti di gara e, in particolare, nella definizione dei costi della manodopera. In parte innovativo è invece il secondo periodo del comma 14 della medesima disposizione: nel prevedere che *«I costi della manodopera e della sicurezza sono scorporati dall'importo assoggettato al ribasso»*, ripropone una disposizione che era stata introdotta nei correttivi del Codice del 2006 ma poi eliminata a seguito delle diverse criticità rilevate dalla dottrina e dall'Autorità di settore. Criticità che appaiono in gran parte superate dal successivo periodo del nuovo art. 41 comma 14 secondo cui *«Resta ferma la possibilità per l'operatore economico di dimostrare che il ribasso complessivo dell'importo deriva da una più efficiente organizzazione aziendale»*: a ben vedere, si tratta di previsione che recepisce un condivisibile indirizzo presente in giurisprudenza che, tuttavia, non sempre ha trovato coerente applicazione nella prassi amministrativa e giurisprudenziale in quanto, in più occasioni, sono stati considerati ammissibili scostamenti sui costi della manodopera non giustificati da reali efficienze organizzative. Trattasi di una previsione cui potrebbe attribuirsi, a una prima lettura, una rilevanza circoscritta, ma che invece pare riflettere la centralità attribuita dal nuovo Codice al principio del risultato, come pure un suo possibile ruolo quale “valvola di regolazione” nel bilanciamento tra gli interessi c.d. orizzontali (tra cui quelli sociali e di tutela dei lavoratori) e gli interessi “esterni” del mercato e dei suoi operatori. D'altronde, come è stato osservato, anche *«da una norma transitoria può trarsi una filosofia»*.

Vanno inoltre prese in considerazione le diverse previsioni volte garantire ai lavoratori in subappalto le medesime tutele normative ed economiche previste per lavoratori impiegati dall'aggiudicatario. Si tratta di una finalità presente nei testi normativi previgenti che, come emerge già dalla netta affermazione di tale regola/principio contenuta nel comma 5 dell'art. 11, il nuovo Codice intende rafforzare per compensare, si ritiene, la liberalizzazione del subappalto e, in particolare, l'apertura al subappalto a cascata.

Lo standard di tutela da assicurare ai lavoratori in subappalto viene specificato dall'art. 119 comma 12 del nuovo Codice che a ben vedere riprende – salvo un opportuno intervento chiarificatore, già suggerito in via interpretativa – quanto previsto dall'art. 105 comma 14 del Codice

del 2016 così come modificato dall'art. 49 del d.l. 31 maggio 2021, n. 77⁹, anche in quel caso in funzione di contrappeso alle misure di liberalizzazione del subappalto. In particolare, il generale dovere del subappaltatore di garantire ai lavoratori un trattamento non inferiore a quello che avrebbe garantito il contraente principale (artt. 11 comma 5 e 119 comma 12 primo periodo) si concreta nel più puntuale obbligo di applicare il medesimo CCNL allorquando *«le attività oggetto di subappalto coincidano con quelle caratterizzanti l'oggetto dell'appalto oppure riguardino le lavorazioni relative alle categorie prevalenti e siano incluse nell'oggetto sociale del contraente principale»* (119 comma 12 primo periodo).

Diverse sono le disposizioni volte ad assicurare l'effettività di tali garanzie per i lavoratori del subappalto: oltre alle forme di responsabilità solidale tra aggiudicatario e subappaltatore (art. 119 commi 6 e 7), va richiamato il terzo periodo dell'art. 119 comma 12¹⁰ contenente il divieto per l'aggiudicatario di ribassi sui costi della manodopera nell'affidamento ai subappaltatori e l'obbligo per la stazione appaltante di provvedere alla *«verifica dell'effettiva applicazione della presente disposizione»*, come pure il potere sostitutivo della stazione appaltante in caso di ritardo nel pagamento delle retribuzioni (art. 119 comma 8 che rinvia all'art. 11 comma 5; in tale ipotesi è previsto il coinvolgimento della direzione provinciale del lavoro, cfr. art. 119 comma 9).

Queste previsioni vanno coordinate con due ulteriori disposizioni introdotte dal legislatore del 2023 per le medesime finalità, ovvero l'art. 57 comma 1 nella parte in cui richiede alla stazione appaltante di inserire negli atti di gara specifiche clausole sociali volte ad assicurare la parità di trattamento dei lavoratori del subappaltatore e il contrasto al lavoro irregolare¹¹; e l'art. 102 che richiede all'operatore economico di assumere i medesimi impegni, ovvero di assicurare che *«ai subappaltatori siano garantite le stesse tutele economiche e normative dei suoi dipendenti e a contrastare il lavoro irregolare»*.

Questo micro sistema normativo denota, anche nella sua tendenziale ridondanza, la ferma intenzione del legislatore di coniugare la maggior

⁹ Convertito con modificazioni dalla l. 29 luglio 2021, n. 108.

¹⁰ Anch'esso riprodotto di una disposizione già introdotta dal d.l. n. 77/2021.

¹¹ Sul punto rileva anche il comma 14 dell'art. 119 secondo cui *«Per contrastare il fenomeno del lavoro sommerso irregolare il documento unico di regolarità contributiva è comprensivo della verifica della congruità della incidenza della mano d'opera relativa allo specifico contratto affidato (...)*».

flessibilità nell'utilizzo del subappalto imposta dall'ordinamento UE con il divieto di far ricorso a tale strumento per ridurre i costi della manodopera a danno dei lavoratori e del loro equo trattamento; al tempo stesso la genericità di tali previsione pare riflettere quanto evidenziato in questo volume nel contributo in tema di subappalto, circa la difficoltà di risolvere, attraverso strumenti comunque riguardanti la fase dell'aggiudicazione (inserimento di clausole sociali, impegni dell'operatore economico), questioni e problemi che attengono essenzialmente alla fase esecutiva (sul punto si tornerà al § successivo).

3. Oltre all'applicazione di CCNL *leader* e alla garanzia della parità di trattamento dei lavoratori nel subappalto (*supra* § 2.1 e 2.2), l'art. 57 comma 1 del nuovo Codice richiede alla stazione appaltante di inserire «specifiche clausole sociali con le quali sono richieste, come requisiti necessari dell'offerta, misure orientate tra l'altro a garantire» le «pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate» e «la stabilità occupazionale del personale impiegato».

La scelta di “sovraccaricare” di contenuti la disposizione sulle clausole sociali, in precedenza concernente la sola stabilità occupazionale (cfr. art. 50 del Codice del 2016), potrebbe presentare alcune criticità.

Innanzitutto, relativamente al suo ambito applicativo¹²: per quanto esso sia più esteso rispetto al previgente art. 50, essendo venuta meno la limitazione ai contratti di lavori e servizi ad alta intensità di manodopera, tale perimetro di operatività non sembra adattarsi con la stessa adeguatezza alle diverse tipologie di clausole sociali considerate dal vigente art. 57¹³. Inoltre, appare non troppo meditata la scelta, compiuta al momento dell'approvazione del Codice, di aggiungere nell'art. 57 le clausole sociali di occupazione promozionale (c.d. di terza generazione) che, valorizzate dal d.l. n. 77/2021 per i contratti del PNRR e prese in considerazione dalla legge delega 21 giugno 2022, n. 78, erano invece state “marginalizzate” nelle prime versioni dello schema di decreto ai soli *contratti ri-*

¹² «Per gli affidamenti dei contratti di appalto di lavori e servizi diversi da quelli aventi natura intellettuale e per i contratti di concessione (...) tenuto conto della tipologia di intervento, in particolare ove riguardi il settore dei beni culturali e del paesaggio, e nel rispetto dei principi dell'Unione europea (...)». L'art. 57 dovrebbe trovare applicazione agli affidamenti di qualsiasi importo (cfr. il contributo in questo volume su «La disciplina sulle clausole ambientali» sull'art. 57, comma 2).

¹³ *Contra* ANAC nella citata Nota Illustrativa al Bando tipo n. 1/2023.

servati di cui all'art. 61¹⁴. Invero, non sempre tutte le finalità sociali indicate da tale disposizione possono essere perseguite congiuntamente, nell'ambito della stessa procedura di affidamento: si pensi alla difficoltà di contemperare, nei casi di cambio appalto, la stabilità occupazionale del precedente aggiudicatario con la promozione dell'occupazione di giovani, donne, disabili e lavoratori svantaggiati.

Si ritiene che questo possibile cortocircuito possa essere risolto in via interpretativa ai sensi dell'art. 4, valorizzando, nonostante il tenore letterale della previsione («devono contenere»), la discrezionalità della stazione appaltante di individuare – ove la situazione concreta lo renda necessario, anche alla luce dei principi di risultato, fiducia e accesso al mercato – la tipologia di finalità sociale da perseguire sulla base delle caratteristiche del singolo affidamento e del suo oggetto¹⁵.

Con riguardo agli strumenti per assicurare l'effettività di tali clausole sociali di seconda e terza generazione, va nuovamente richiamato l'art. 102 sugli impegni dell'operatore economico. A ben vedere, questa disposizione – nel richiedere allo stesso di illustrare come intende adempiere gli “impegni sociali” e alla stazione appaltante di verificarne l'attendibilità – introduce un meccanismo nella sostanza corrispondente al c.d. “progetto o piano di riassorbimento” il cui utilizzo era stato suggerito dal Consiglio di Stato in sede consultiva per le clausole sociali di seconda generazione. Si tratta di soluzione da giudicare senz'altro con favore che sembra implicare il definitivo superamento della portata generale della (discussa) regola (di origine) pretoria sulla tendenziale irrilevanza in fase di gara degli obblighi posti quali condizioni di esecuzione¹⁶. Non convince, invece, la

¹⁴ Cfr. allegato II.3. Quella di circoscrivere l'ambito applicativo delle clausole sociali di terza generazione ai contratti riservati è una scelta che, al netto di giudizi di merito/opportunità, risulta non del tutto lineare

¹⁵ Il riconoscimento di uno spazio per la discrezionalità della stazione appaltante non implica che quest'ultima possa derogare interamente agli obblighi in questione, non applicando alcuna clausola sociale. Come rilevato da ANAC (cfr., nell'ambito della “Reazione annuale 2023” della stessa Autorità, la comunicazione del 9 giugno 2023 «*Pnrr, il 70% degli appalti avviato in deroga alla clausola sulle assunzioni di giovani e donne*»), ciò è invece avvenuto con riguardo alle clausole di occupazione promozionale di cui all'art. 47 del d.l. n. 77/2021 che, però, prevede espressamente, a determinate condizioni, la possibilità per la stazione appaltante di non inserire tali clausole negli atti di gara.

¹⁶ Regola che, a ben vedere, non appare del tutto coerente con la logica sottesa a diverse previsioni del nuovo Codice, nel senso di una valutazione globale del ciclo di vita dell'intera operazione contrattuale (cfr. art. 1, 21).

scelta di non seguire l'interessante soluzione prevista dall'art. 47 del d.l. n. 77/2021 di rendere *ex lege* obbligatorio l'inserimento negli atti di gara di clausole penali e altri strumenti volti a sanzionare l'inadempimento del contraente degli obblighi di natura sociale: se è vero che la fase dell'esecuzione rappresenta il "tallone d'Achille" della sostenibilità della contrattualistica pubblica, questa soluzione avrebbe rappresentato un importante correttivo.

4. L'aspetto più problematico della disciplina in tema di clausole sociali (e ambientali, su cui cfr. il relativo contributo in questo volume) del Codice del 2023 attiene tuttavia all'assenza di una previsione legittimante in via generale i contratti pubblici sostenibili, tale cioè da orientare la discrezionalità delle stazioni appaltanti al perseguimento di obiettivi c.d. orizzontali e alla produzione di valore pubblico/sociale mediante i loro acquisti. Non è stata infatti riproposta una disposizione corrispondente all'art. 30 comma 1, ultimo periodo, del d.lgs. 50/2016 che consentiva *«nei limiti in cui è espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice»* di subordinare il principio di economicità *«ai criteri, previsti nel bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute, dell'ambiente, del patrimonio culturale e alla promozione dello sviluppo sostenibile, anche dal punto di vista energetico»*.

L'inquadramento di tale "lacuna", e più in generale dell'assenza di riferimenti alla sostenibilità tra i principi del nuovo Codice, richiederebbe una analisi complessiva del nuovo testo normativo (dai principi generali e dal loro effettivo "significato" alle previsioni che consentono e/o impongono alle amministrazioni l'inserimento di considerazioni sociali e ambientali¹⁷) evidentemente incompatibile con l'economia della presente riflessione. Dovendo quindi semplificare, sembrano possibili 3 distinte soluzioni interpretative.

i. si tratterebbe dell'invito del legislatore a guardare ai contratti pubblici «senza romanticismo, con grande concretezza», con un inevitabile ridimensionamento, rispetto al dato normativo previgente, della loro funzione sociale;

¹⁷ Tra le previsioni che consentono l'inserimento di considerazioni sociali (o ambientali) vanno senz'altro richiamate l'art. 108 comma 4 («l'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, è valutata sulla base di criteri oggettivi, quali gli aspetti qualitativi, ambientali o sociali, connessi all'oggetto dell'appalto») e l'art. 113 in tema di condizioni per l'esecuzione del contratto.

ii. secondo una soluzione intermedia, il Codice del 2023 avrebbe considerato la finalizzazione dei contratti pubblici al perseguimento di obiettivi di sostenibilità come “compito” preminentemente legislativo più che dell’amministrazione e della sua discrezionalità;

iii. non pare tuttavia da escludere a priori una soluzione differente, sicuramente più gradita ai fautori della funzione sociale dei contratti pubblici, secondo cui la scelta delle stazioni appaltanti di orientare la loro discrezionalità al perseguimento di obiettivi di sostenibilità costituirebbe parte integrante del binomio fiducia-risultato. Tale lettura troverebbe fondamento nel considerare la sostenibilità inglobata nel principio del risultato, che infatti deve essere perseguito *«nell’interesse della comunità e per il raggiungimento degli obiettivi dell’Unione europea»* (art. 1); essa, peraltro, si porrebbe in continuità con alcune intuizioni di attenta dottrina, tra cui quella che considera il *value for money* una nozione *«complex and multi-faceted»* il cui concreto significato dipende dalle scelte della stazione appaltante, e quella secondo cui la sostenibilità non può più essere considerata come una deroga al principio di economicità, trattandosi ormai di un elemento intrinseco alla stessa.

LA DISCIPLINA DELLE CLAUSOLE AMBIENTALI

Antonietta Lupo

1. Com'è a tutti noto, già a far data dal Piano d'Azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della pubblica amministrazione (cd. PAN GPP), il nostro Paese si era attivato per favorire la diffusione degli appalti verdi, definendo obiettivi ambientali in termini qualitativi e quantitativi, aspetti metodologici generali e categorie merceologiche di riferimento.

La natura facoltativa di tali previsioni, tuttavia, aveva smorzato l'espansione del *Green public procurement* che, difatti, è rimasto per lungo tempo un fenomeno marginale.

Seguendo la scia tracciata dalla previgente normativa di settore e dal c.d. Collegato ambientale (legge n. 221/2015), il d.lgs. n. 50/2016 aveva poi dato nuovo vigore alle istanze eurounitarie e nazionali di promozione della sostenibilità ambientale, menzionandole esplicitamente tra i principi fondativi della disciplina di settore. Come si ricorderà, infatti, l'art. 30, comma 1 aveva espressamente previsto la possibilità per le stazioni appaltanti di subordinare il principio di economicità alla tutela dell'ambiente e alla promozione dello sviluppo sostenibile, nel dichiarato intento di contribuire alla cristallizzazione del *Green Public Procurement* quale strumento strategico di politica economica determinante ai fini della riduzione degli impatti ambientali e della promozione di modelli di produzione e consumo più sostenibili.

Rilevanza alla tutela ambientale veniva garantita, altresì, dal successivo art. 34 (poi modificato dal d.lgs. n. 56/2017), il quale innovativamente prevedeva l'introduzione obbligatoria, nella documentazione progettuale e di gara, delle specifiche tecniche e delle clausole contrattuali contenute nei criteri ambientali minimi (d'ora in avanti CAM) definiti con decreto del MATTM per specifica categoria di spesa.

In questo contesto normativo si inserisce la legge n. 78/2022, con cui il Governo è stato delegato ad adottare «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 raziona-

lizzare, riordinare e semplificare la disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture».

Dando seguito, dunque, alle indicazioni della legge delega, il nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 36/2023) procede alla razionalizzazione e semplificazione della disciplina, prevedendo, tra l'altro, misure volte a garantire il rispetto dei criteri di responsabilità energetica e ambientale nell'affidamento degli appalti mediante la definizione dei CAM.

La nuova disciplina si pone correttamente e coerentemente in continuità con la previgente normativa di settore, favorendo l'integrazione delle variabili ambientali nelle procedure di gara in diverse disposizioni di dettaglio.

Appare significativo rilevare, tuttavia, come – in sede di rappresentazione dei principi comuni – non si rinvenga più alcun riferimento alla possibile subordinazione del principio di economicità ad altre esigenze non strettamente funzionali alla disciplina dei contratti pubblici e, conseguentemente, al bilanciamento tra economicità e criteri ambientali e alla prevalenza dell'uno e/o dell'altro.

Per comprendere la *ratio* di tale innovazione occorre fare riferimento al principio di risultato, enunciato nell'art. 1 del Codice, che – nella relazione al Codice – rappresenta uno dei «criteri di interpretazione delle altre norme del Codice».

Detto principio – sintetizzato nell'affidamento del contratto e nella sua esecuzione con la massima tempestività e il miglior rapporto possibile qualità/prezzo – rappresenta la finalità principale a cui le stazioni appaltanti devono tendere nell'esercizio della loro attività. Nel settore dei contratti pubblici esso costituisce attuazione del principio del buon andamento e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità.

Se dunque, nell'ottica del legislatore, il principio di economicità è fine da perseguire e parametro di verifica della “correttezza” – sotto il profilo del risultato – dell'azione amministrativa (*rectius* dell'affidamento e della realizzazione tempestiva dei contratti pubblici), esso ragionevolmente non potrà essere “relativizzato”, né potrà essere subordinato ad altri fini pubblici ritenuti apprezzabili, tra i quali appunto il fine della protezione dell'ambiente e della promozione dell'efficienza energetica.

La “propensione” verso il risultato, in altri termini, sfata l'idea della tutela ambientale quale principio fondamentale della materia dei contratti pubblici, tale che la sua attuazione possa prevalere anche sulle esigenze di economicità.

Coerente con questa mutata prospettiva è la disposizione contenuta nel comma 4 dell'art. 1, la quale afferma che il principio di risultato costituisce criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto.

L'utilizzo della formula "criterio prioritario" induce ragionevolmente a ritenere che, d'ora in avanti, il bilanciamento tra interessi pubblici economici ed altre istanze pubblicistiche meritevoli di tutela, ivi comprese le esigenze sociali e la tutela della salute e dell'ambiente, non potrà essere espletato (come avveniva durante la vigenza del d.lgs. n. 50/2016) conformemente al principio dello sviluppo sostenibile, ma dovrà essere condotto alla luce dei dogmi di cui il principio di risultato è traduzione ed attuazione, ovverosia buon andamento, economicità, efficienza ed efficacia.

Rebus sic stantibus, d'ora in avanti, l'amministrazione aggiudicatrice dovrà esplicitare caso per caso, in conformità a detti principi, il *modus procedendi* ottimale e giustificare la razionalità (soprattutto economica, stante il riferimento al miglior rapporto possibile qualità/prezzo di cui all'art. 1, comma 1) delle proprie scelte ambientalmente sostenibili.

V'è, infine, da rilevare che il principio di risultato deve essere perseguito nell'interesse della comunità e per il raggiungimento degli obiettivi dell'Unione europea.

Il riferimento a detti parametri preventivi di identificazione del risultato (con i quali le amministrazioni possono confrontarsi e sulla base dei quali l'interprete può verificare la legittimità dell'*agere* amministrativo) induce a ipotizzare che, nell'attuale impianto codicistico, le esigenze ambientali trovino comunque occasione di valorizzazione nei limiti in cui risultino proiettate verso il raggiungimento del risultato dell'interesse della collettività e degli obiettivi europei.

2. L'art. 57, comma 2, rubricato "Clausele sociali del bando di gara e degli avvisi e criteri di sostenibilità energetica e ambientale", costituisce la norma cardine in tema di tutela ambientale e di efficienza energetica.

Con formulazione non dissimile al previgente art. 34, la citata disposizione codicistica conferma l'obbligatorietà della contrattazione verde, imponendo l'inserimento, nella documentazione progettuale e di gara, delle specifiche tecniche e delle clausole contrattuali contenute nei CAM – definiti per specifiche categorie di appalti e concessioni e differenziati, ove tecnicamente opportuno, in ragione dell'entità economica di appalto o concessione – con decreto del MASE.

Nell’ottica della obbligatorietà dei CAM si pongono, altresì, l’art. 107 (Principi generali in materia di selezione), il quale legittima la non aggiudicazione dell’appalto all’offerente che abbia presentato l’offerta economicamente più vantaggiosa qualora si accerti che detta offerta non soddisfi gli obblighi in materia ambientale stabiliti dalla normativa europea e nazionale e l’art. 110, comma 5 (Offerte anormalmente basse), il quale consente alle stazioni appaltanti – nelle procedure sopra soglia comunitaria – di escludere l’offerta anormalmente bassa che non rispetti gli obblighi in materia ambientale.

Lungi dal risolversi in una mera norma programmatica, la disposizione di cui all’art. 57 costituisce, a ben vedere, un obbligo immediatamente cogente per le amministrazioni aggiudicatrici.

Tale onere è da ritenersi applicabile agli affidamenti di qualunque importo, sebbene l’art. 57 non ne faccia esplicita menzione così come, invece, prevedeva il precedente art. 34. Considerato, infatti, che l’art. 57 trova collocazione nella Parte II del Libro II dedicata agli istituti e alle clausole comuni contenenti «*disposizioni trasversali, tra esse eterogenee e comuni all’appalto*», aventi la caratteristica di «*comune denominatore*»¹⁸, è da ritenersi che il dovere di contribuire al conseguimento degli obiettivi ambientali sia riferibile (salvo specifiche previsioni) anche ai casi di affidamento di contratti di lavori, servizi e forniture sottosoglia.

In tal senso pare deporre, peraltro, il successivo art. 48, comma 3 laddove, nel disporre espressamente che «*ai contratti di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea si applicano, se non derogate (...) le disposizioni del codice*», indurrebbe a ritenere che anche a tali contratti siano necessariamente applicabili le norme di portata generale (tra le quali, appunto, l’art. 57) e quelle contenute negli allegati cui tali norme del Codice fanno espresso richiamo.

L’imperatività dei CAM non sembrerebbe operare, invece, con riguardo agli affidamenti *in house*, la cui procedura sconta il diverso e peculiare criterio applicativo contenuto nell’art. 7, comma 2 sotto il profilo specifico e caratterizzante dell’onere motivazionale che oggi risulta “semplificato” e prevalentemente incentrato su ragioni che diano conto dei vantaggi conseguibili dalla collettività in termini di economicità, celerità e perseguimento degli interessi strategici.

¹⁸ Cons. St., relazione del 7 dicembre 2022.

Considerato che l'obbligatorietà dei CAM persegue il fine di garantire che la politica nazionale in materia di appalti pubblici verdi sia incisiva nell'obiettivo del conseguimento della transizione ecologica del nostro Paese (oltre che nell'obiettivo della circolarità dei consumi della pubblica amministrazione, anche alla luce delle indicazioni provenienti dalla Unione europea), si auspicava che il legislatore delegato estendesse il rispetto delle clausole ambientali anche alle società *in house*.

Vero è che l'art. 2, direttiva n. 2014/23/UE riconosce il principio di auto-organizzazione amministrativa, secondo cui le autorità nazionali «*scelgono autonomamente di organizzare l'esecuzione di lavori o la prestazione di beni e servizi*» al fine di garantire un elevato livello di qualità, sicurezza e accessibilità così come la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale dei diritti dell'utenza nei servizi pubblici. Al contempo, però, non può non evidenziarsi come tale libertà non sia illimitata, dovendo essere esercitata nel rispetto delle regole fondamentali del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, tra le quali certamente è da annoverarsi l'obbligo di integrazione della tutela ambientale che promuove una tutela trasversale dell'ambiente, imponendone la considerazione anche rispetto ad attività non immediatamente funzionali alla protezione ambientale.

Ciò, peraltro, trova conferma sia nell'art. 3-*quater*, d.lgs. 152/2006, ai sensi del quale «*la tutela dell'ambiente e degli ecosistemi naturali (...) deve essere garantita da tutti gli enti pubblici e privati e dalle persone fisiche e giuridiche pubbliche o private*», sia in numerose disposizioni settoriali, sia ancora da ultimo nel Dispositivo per la ripresa e la resilienza (Regolamento UE 241/2021), il quale impone in capo a ciascuna amministrazione titolare di risorse comunitarie destinate all'attuazione del PNRR l'adozione di criteri ambientali conformi al principio del "Do No Significant Harm" (DNSH).

3. L'obbligatorietà della contrattazione "verde" va di pari passo con un'altra importante novità: la valorizzazione, sotto il profilo economico, delle procedure di affidamento di appalti e concessioni conformi ai CAM.

A nostro avviso, la novità assume rilievo sotto un duplice profilo.

In primo luogo, essa sembra recepire gli approdi giurisprudenziali in tema di considerazione del costo dei CAM nella definizione del prezzo da considerare come base d'asta.

Come si ricorderà, in passato, si era sollevata qualche perplessità in merito all'inserimento dei CAM nella documentazione progettuale e di gara. Si riteneva, al riguardo, che le clausole ambientali, richiedendo apprezzabili sforzi di adeguamento ed investimenti economici, potessero avere portata escludente soprattutto per le micro e piccole imprese.

Al fine di consentire agli operatori economici la presentazione di una proposta concreta e realistica e di evitare, conseguentemente, alterazioni della concorrenza tra imprese, la prevalente giurisprudenza, quindi, aveva ritenuto necessaria la considerazione del costo dei CAM nella definizione della base d'asta, imputando in capo alla stazione appaltante un vero e proprio obbligo di quantificare, nel modo più preciso e appropriato possibile, il costo di approvvigionamento dei quantitativi richiesti di materie prime e i costi relativi ai servizi richiesti dai bandi in oggetto. E, ciò nonostante, la riconosciuta possibile esistenza di carenze informative sia con riferimento alle specifiche categorie merceologiche, sia con riferimento alla disponibilità di dati precisi a livello territoriale disaggregato (per regione).

In secondo luogo, la novità legislativa pare incentivare l'inserimento, nelle procedure di evidenza pubblica, di parametri ambientali diversi e/o aggiuntivi rispetto ai CAM.

4. I CAM permeano in modo trasversale tutte le fasi della procedura di evidenza pubblica.

Dovendo essere necessariamente indicate dalla stazione appaltante già in sede di predisposizione dei bandi di gara, le considerazioni ambientali consentono, in primo luogo, di delineare i requisiti dell'oggetto dell'appalto ossia le specifiche tecniche del prodotto, del lavoro o del servizio da appaltare. L'allegato II.5 (che, in sede di prima applicazione del Codice sarà abrogato a decorrere dalla data di entrata in vigore di un corrispondente regolamento adottato ai sensi dell'art. 17, comma 3, legge n. 400/1988 con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti), similmente all'allegato XIII del previgente Codice dei contratti pubblici, include infatti tra le prescrizioni tecniche che definiscono le caratteristiche richieste di un materiale, di un prodotto, di un servizio o di una fornitura i «livelli della prestazioni ambientali e le ripercussioni sul clima».

Come specificato nella Parte II.A titolata "Specifiche tecniche", la considerazione degli aspetti ambientali attiene non solo alle caratteristiche del bene finale, ma anche al processo o metodo di produzione o pre-

stazione dei lavori, delle forniture o dei servizi richiesti, o a uno specifico processo per un'altra fase del loro ciclo di vita anche se questi fattori non sono parte del loro contenuto sostanziale, purché siano collegati all'oggetto dell'appalto e proporzionati al suo valore e ai suoi obiettivi.

In secondo luogo, i CAM influiscono sulla fase di scelta del contraente sotto un duplice profilo: da un lato, concorrono a qualificare gli operatori economici (anche con riferimento al possesso di certificazioni ambientali); dall'altro, consentono di introdurre criteri premianti diretti ad attribuire un punteggio ulteriore al prodotto che presenta prestazioni migliori di quelle assicurate dalle specifiche tecniche.

Da ultimo, i CAM possono assumere rilievo nella successiva fase della concreta esecuzione del contratto. Il riferimento è, a questo riguardo, alla previsione di cui all'art. 113 laddove consente agli enti aggiudicatori di richiedere condizioni esecutive aggiuntive rispetto all'oggetto del contratto in senso stretto (attinenti anche a esigenze sociali e ambientali), a condizione che siano precisate nel bando di gara, o nell'invito in caso di procedure senza bando, o nel capitolato d'onere e siano compatibili con i noti principi del diritto comunitario.

Ma, l'integrazione delle variabili verdi all'interno della disciplina sugli appalti ha importanti ricadute anche sui criteri di aggiudicazione dei contratti pubblici: la dimensione ambientale è, infatti, espressamente inclusa fra i parametri di valutazione della migliore offerta collocandosi, a pieno titolo, nel contesto dell'iniziativa economica e della concorrenza.

Più specificamente, relegata la regola del minor prezzo ad un ruolo marginale, l'art. 108 conferma quale criterio generale di selezione delle offerte quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, proponendo due modalità di valutazione: quella del miglior rapporto qualità/prezzo, in cui il prezzo può essere temperato anche da fattori di natura ambientale o sociale, e quello della valutazione dell'offerta mediante la comparazione del costo/efficacia quale il costo del ciclo di vita.

L'idea di fondo che emerge con estrema chiarezza è, a ben vedere, l'ampliamento del concetto di qualità dell'offerta attraverso l'attribuzione di maggiore valore economico ai beni e servizi con caratteristiche "green" che, sebbene possano comportare ulteriori oneri in capo agli operatori economici in termini di compatibilità ambientale della prestazione proposta e una presumibile maggiore spesa pubblica, consentono di conseguire risultati virtuosi sotto il profilo della tutela dell'ambiente.

Di questo nuovo approccio è parte fondamentale il costo del ciclo di vita, vale a dire un criterio di carattere meno qualitativo che, nondimeno, consente di apprezzare l'impatto ambientale di un prodotto inglobando, nella valutazione dell'offerta, costi ulteriori rispetto al prezzo del bene, dell'opera o del servizio, come i costi relativi all'acquisizione, i costi connessi all'utilizzo (quali consumo di energia e altre risorse), i costi relativi al fine vita e quelli imputati a esternalità ambientali legati ai prodotti, servizi o lavori nel corso del ciclo di vita (purché il loro valore monetario possa essere determinato e verificato), nonché i costi delle emissioni di gas ad effetto serra e di altre sostanze inquinanti e quelli connessi alla mitigazione del *climate change*.

Come si vede, dunque, la dimensione dei costi ambientali assurge a eventuale criterio di aggiudicazione, non solo negli appalti aggiudicati attraverso l'offerta economicamente più vantaggiosa, ma anche in quelli aggiudicati con il criterio del costo più basso che è alternativo a quello del solo prezzo.

La tutela ambientale è, in ogni caso, garantita anche ove il criterio prescelto sia quello del solo prezzo: il riferimento al costo, infatti, consente alle amministrazioni di considerare anche le esternalità ambientali e ogni profilo correlato all'intero ciclo di vita del prodotto.

All'attualità, tuttavia, stante l'assenza di linee guida e di indirizzi omogenei e condivisi, la quantificazione in termini economici del costo del ciclo di vita e, in modo particolare, delle esternalità ambientali, risulta di difficile realizzazione.

5. Gli appalti verdi sono appalti complessi che richiedono adeguate capacità tecniche sia nell'individuazione dei beni ambientalmente sostenibili, sia nella gestione delle diverse fasi della procedura di evidenza pubblica in cui sono presenti variabili ambientali.

Basti pensare, a titolo esemplificativo, alla fase di verifica di conformità ai CAM dei beni e servizi offerti nell'ipotesi in cui detti criteri non trovino nel possesso di una specifica etichetta la prova della loro rispondenza, o ancora alla fase di valutazione della migliore offerta implicante una quantificazione monetaria del costo del ciclo di vita e delle esternalità ambientali.

Non sempre, tuttavia, le amministrazioni dispongono di professionalità interne in grado di individuare la soluzione progettuale migliore sotto

il profilo economico-ambientale, per via di un fisiologico *deficit* organizzativo e di competenze tecniche specifiche.

Questa carenza di professionalità ha posto, in passato, evidenti questioni di asimmetria informativa a svantaggio dell'amministrazione e a beneficio dell'operatore privato, che in taluni casi hanno comportato un'inefficiente allocazione delle risorse pubbliche laddove il privato, sfruttando la propria maggiore conoscenza del mercato, è riuscito a contrattare condizioni economiche più vantaggiose.

Fino all'entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti, purtroppo, questo aspetto non ha trovato la giusta valorizzazione, sebbene – già a far data dal 2016 – l'art. 38, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016 avesse introdotto un sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti.

Acquisita la consapevolezza che un'efficace implementazione del *Green Public Procurement* necessiti, non solo di regole chiare e realisticamente applicabili, ma soprattutto di un'adeguata professionalizzazione delle stazioni appaltanti, l'art. 2, comma 4 del nuovo Codice dei contratti pubblici prevede ora che le stazioni appaltanti adottino azioni per la copertura assicurativa per rafforzare e dare valore alle capacità professionali dei dipendenti, compresi i piani di formazione menzionati all'art. 15, comma 7 a mente del quale le stazioni appaltanti – in coerenza con il programma degli acquisti di beni e servizi del programma dei lavori pubblici di cui all'art. 37 – adottano un piano di formazione per il personale che svolge funzioni relative alle procedure in materia di acquisti di lavori servizi e forniture.

TITOLO IV - CAPO II
I REQUISITI DI ORDINE GENERALE

Grave illecito professionale (art. 98, d.lgs. 36/2023)

GRAVE ILLECITO PROFESSIONALE
(ART. 98, D.LGS. 36/2023)

Nino Paolantonio

1. Il comma 1 dispone che *«l'illecito professionale grave rileva solo se compiuto dall'operatore economico offerente, salvo quanto previsto dal comma 3, lettere g) ed h)»*. La relazione del Consiglio di Stato sullo schema di decreto elaborato dalla Commissione spiega questa scelta invocando l'Atto di segnalazione ANAC n. 3 del 27 luglio 2022 (delibera n. 370 del 27 luglio 2022), che aveva evidenziato la necessità di una presa di posizione sulla delicata questione del c.d. “contagio” dell'operatore economico da parte della persona fisica priva di investiture (non compresa tra i soggetti di cui all'art. 94, co. 3°).

Il c.d. “socio sovrano” è quel socio persona fisica o società che detiene la larga maggioranza del capitale di una società; dunque, il socio che in una società in cui vige il principio maggioritario, avendo il dominio dell'assemblea ordinaria e straordinaria, ha il potere di nomina esclusiva degli amministratori e dei sindaci e può decidere le modifiche dell'atto costitutivo e determinare le decisioni più rilevanti. Svolge, quindi, per effetto della propria partecipazione di maggioranza, un ruolo dominante all'interno della compagine societaria, determinando e condizionando, con scelte personali, l'attività della società.

Il socio sovrano non si limita ad esercitare i diritti amministrativi e patrimoniali che derivano dalla sua partecipazione sociale, ma utilizza il potere di cui gode per impartire direttive agli amministratori della società e, dunque, per esercitare il potere di governo della stessa.

Il socio sovrano può, dunque, esercitare, di fatto, l'amministrazione delle società del gruppo.

Per tale ragione il Consiglio di Stato ha sempre affermato che l'amministrazione può desumere il compimento di “gravi illeciti” da ogni vicenda pregressa dell'attività professionale dell'operatore economico, *«anche quando la condotta riprovevole è riferibile a coloro che sono in grado di orientare le scelte del concorrente in assenza di immedesimazione organica»*.

È questo il “contagio: *«secondo siffatta impostazione se la persona fisica che nella compagine sociale riveste un ruolo influente per le scelte della società, anche al di là di un’investitura formale e, dunque, anche se in via di fatto, è giudicata inaffidabile per aver commesso un illecito nella pregressa attività professionale, inaffidabile può essere considerata – in virtù appunto del suo potere necessariamente condizionante le decisioni di gestione – anche la società che dirige o è in grado di orientare con le sue indicazioni»* (Cons. Stato, sez. V, 4 giugno 2020, n. 3507; Id., 27.11.2020, n. 7471).

Questa interpretazione si pone oggi in contrasto con la lettera normativa, il che non pare apprezzabile: escludere che la condotta del socio sovrano, proprio perché tale, renda impermeabile la qualificazione dell’operatore economico in punto di grave illecito professionale sfugge alla *ratio* di una verifica condotta in concreto sulla integrità ed affidabilità dell’operatore stesso, di fatto nelle mani del socio persona fisica o giuridica non titolare di cariche, e pone le premesse per favorire possibili quanto deplorabili intestazioni di comodo o gestioni sommerse elusive della *ratio* europea della causa facoltativa di esclusione.

2. Lo schema elaborato dal Consiglio di Stato prevedeva un comma 3 dell’art. 98 del seguente tenore: *«se la stazione appaltante opera nell’interesse di un altro soggetto, l’esclusione è disposta previa motivata determinazione di quest’ultimo»*.

La relazione precisava che il comma *«... individua quale sia l’autorità competente a disporre l’esclusione; la disposizione si è resa necessaria per le fattispecie in cui un soggetto pubblico gestisca la procedura volta alla stipulazione di un contratto nell’interesse di un altro soggetto ed è volta a chiarire che il momento “deliberativo” di verifica della sussistenza dei presupposti rientra nella sfera di competenza di quest’ultimo. È qui ribadito l’obbligo di motivazione che si evince già dal sistema generale (art. 3 della legge n. 241/1990)»*.

L’espunzione di tale comma operata dal Governo appare logica e razionale: non si vedrebbe la ragione per cui la procedura (svolta ad esempio da una centrale di committenza o da un soggetto aggregatore) imputata per legge ad un ente distinto da quelli nel cui interesse la procedura stessa si svolge dovrebbe essere privato del potere, funzionale al risultato dell’approvvigionamento di beni, servizi e forniture, di curare in prima persona la selezione dei concorrenti che stipuleranno i singoli contratti o accordi quadro, e che debbono dimostratore al titolare della selezione, quindi, la propria integrità ed affidabilità.

3. Lo schema elaborato dal Consiglio di Stato contemplava inoltre tra i mezzi di prova del grave illecito professionale, all'art. 3), un indice sintomatico (lett. i) espressivo di una vera e propria clausola generale: *«commissione, da parte dell'operatore economico, di condotte diverse da quelle di cui alle precedenti lettere, la cui gravità incida in modo evidente sull'affidabilità ed integrità del medesimo in misura tale da compromettere l'interesse pubblico»*.

La Relazione spiega che *«la lett. i) contiene una disposizione di chiusura riferibile a condotte integranti fatti di reato diversi da quelli espressamente menzionati ovvero anche non costituenti fatto di reato, che è sembrato opportuno introdurre e che non sembra contrastare con la lett. n) della legge delega, considerato che si tratta di una causa di esclusione facoltativa per lo Stato membro, e, sul piano pratico, della impossibilità di “codificare” ogni fattispecie comportamentale grave idonea ad incidere sul motivato giudizio di affidabilità ed integrità»*.

Il Governo ha espunto questa clausola generale, probabilmente perché attributiva di una assai ampia discrezionalità amministrativa, trattandosi di comparare condotte atipiche con un interesse pubblico da concretizzare e massimizzare di volta in volta.

L'operazione non sembra particolarmente allarmante – che la si condivida o meno – in ragione dell'ampia formulazione dell'art. 57, comma 4, della direttiva 2014/24 (*«se l'amministrazione aggiudicatrice può dimostrare con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, il che rende dubbia la sua integrità»*), il che esclude anche ragioni a sostegno di una ipotetica quanto erronea prospettazione di violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione, poiché la CGUE, con sentenza 14 gennaio 2021 (causa C-387/19), ha affermato che l'art. 57 è immediatamente applicabile nell'ordinamento degli Stati membri.

4. Un ulteriore profilo di novità si ravvisa nel comma 4 dell'art. 98, che recita: *«la valutazione di gravità tiene conto del bene giuridico e dell'entità della lesione inferta dalla condotta integrante uno degli elementi di cui al comma 3 e del tempo trascorso dalla violazione, anche in relazione a modifiche intervenute nel frattempo nell'organizzazione dell'impresa»*.

La forma avverbiale “nel frattempo” induce a riflettere sulla codificazione – così pare, almeno – di un recente indirizzo giurisprudenziale che,

in controtendenza ad altro consolidato avviso di segno opposto, afferma l'applicabilità delle misure di *self cleaning* relative al grave illecito professionale non già solo *pro futuro*, ma anche ove assunte nell'ambito della procedura di gara in cui si manifesta la possibile causa di esclusione.

L'avverbio "frattempo" evoca uno spazio di tempo che intercorre tra due fatti o momenti successivi: se il momento di partenza può essere individuato nella manifestazione dell'evento o nella acquisita consapevolezza – essenziale anche ai fini delle dichiarazioni da rendere in vista della qualificazione alla procedura evidenziale – dei potenziali effetti rilevanti per la valutazione *ex art.* 98 del Codice (la risoluzione contrattuale, la notificazione del decreto che dispone il giudizio, e così via dicendo), il momento finale non appare di altrettanto certa individuazione.

La Relazione del Consiglio di Stato allo schema di codice si limita ad osservare che il comma 4 (nello schema comma 5) «*prevede i criteri sottesi alla valutazione di gravità, tra i quali assume particolare rilievo – soprattutto con riferimento alle fattispecie penalmente rilevanti – quello relativo al "tempo trascorso dalla violazione"*», senza però occuparsi della locuzione successiva, ossia alle misure organizzative intervenute "nel frattempo" nell'organizzazione dell'impresa.

Si diceva che la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha sempre affermato che le misure di *self cleaning* trovano applicazione soltanto *pro futuro* (Cons. St., sez. III, 2.8.2021 n. 5659, Cons. St., V, 6.4.2020 n. 2260"), logico essendo che le misure non producano un effetto retroattivo: solo dopo l'adozione delle stesse la stazione appaltante può, infatti, essere ritenuta al riparo dalla ripetizione di pratiche scorrette ad opera degli stessi organi sociali, posto anche che «... *l'atto sanzionatorio remunera una condotta ormai perfezionata in ogni elemento*» (giur. cit.).

Il recente orientamento giurisprudenziale dichiara di porsi in continuità con il precedente ma, in verità, solo in apparenza: afferma che il principio della irretroattività del *self cleaning* «... *va tuttavia applicato criticamente, con riferimento alle specifiche peculiarità del caso di specie: onde non incorrere in un fenomeno di eterogenesi dei fini dell'istituto di riferimento. Il quale ha una finalità conservativa, e al tempo stesso mira a garantire il committente pubblico rispetto all'affidabilità professionale del contraente privato*» (Cons. Stato, III, 7.11.2022, n. 9782).

Giurisprudenza assai recente afferma, in dichiarata continuità con la citata sentenza della Corte di Giustizia UE 14 gennaio 2021 (causa C-387/19) che «... *la tesi della inapplicabilità delle misure di self cleaning alle*

gare in corso, di origine pretoria, in quanto non prevista né nella direttiva appalti, e neppure nel codice dei contratti, costituente una mera “prassi”, che preclude alle stazioni appaltanti di valutare il contenuto e l’idoneità delle misure di ravvedimento operoso assunte dagli operatori al fine di eliminare qualsiasi dubbio sulla propria affidabilità ed integrità, ingenerato da vicende penali pregresse, non può essere condivisa», poiché «... la valutazione “in astratto” dell’affidabilità ed integrità dell’operatore economico, fondata sul solo fatto storico, deve essere declinata “in concreto”, tenendo conto di tutte le circostanze di fatto che caratterizzano la fattispecie in esame, tra le quali rientrano anche le misure di self cleaning nel frattempo assunte dall’operatore economico Ciò riguarda sia i casi in cui le vicende penali e le conseguenti misure di self cleaning si riferiscano al periodo intercorrente tra la data di presentazione dell’offerta e quella di aggiudicazione ..., sia i casi in cui tali circostanze siano intervenute nella fase intercorrente tra l’aggiudicazione e la stipulazione della convenzione ...» (Cons. Stato, III, 22.2.2023, n. 1791): quindi, evidentemente, il “frattempo” di cui parla anche la novella include (addirittura) la fase procedimentale destinata alla verifica dei requisiti di qualificazione, da esperirsi dopo l’intervenuta aggiudicazione.

In verità, la giurisprudenza della CGUE ha affermato che l’art. 57, paragrafo 6 della direttiva 2014/24/UE osta ad una prassi in forza della quale un operatore economico è tenuto a fornire spontaneamente, al momento della presentazione della sua domanda di partecipazione o della sua offerta, la prova dei provvedimenti di ravvedimento operoso adottati per dimostrare la sua affidabilità nonostante l’esistenza, nei suoi confronti, di un motivo di esclusione facoltativo di cui all’articolo 57, paragrafo 4, di detta direttiva, come modificata dal regolamento delegato 2015/2170, qualora un simile obbligo non risulti né dalla normativa nazionale applicabile né dai documenti di gara: è la stazione appaltante, in assenza di altra norma prescrittiva, a dover sollecitare la prova di eventuali misure di *self cleaning*.

Il che non significa, come oggi il Codice sembra disporre (ma auspicabile sarebbe un’interpretazione restrittiva), che il ravvedimento possa intervenire in gara, o addirittura a gara conclusa, per sanare un presunto *deficit* di affidabilità che l’amministrazione deve pur sempre valutare in relazione alle circostanze di tempo e di pregiudizio dell’interesse pubblico, sempre nel rispetto dei principi di imparzialità e *par condicio*, declinazioni antesignane dei principi europei di non discriminazione e proporzionalità.

5. Meritevole di attenzione è il comma 7 dell'art. 98, secondo cui *«la stazione appaltante valuta i provvedimenti sanzionatori e giurisdizionali di cui al comma 6 motivando sulla ritenuta idoneità dei medesimi a incidere sull'affidabilità e sull'integrità dell'offerente; l'eventuale impugnazione dei medesimi è considerata nell'ambito della valutazione volta a verificare la sussistenza della causa escludente»*.

La Relazione spiega che la disposizione è volta a precisare l'onere motivazionale che incombe sull'amministrazione allorché desuma la sussistenza di una causa di esclusione da una sentenza di condanna non definitiva ovvero da provvedimenti emessi nel procedimento penale a questa prodromici ovvero di natura cautelare, reale o personale; *«... sul solco della giurisprudenza prevalente, chiarisce che la stazione appaltante non può limitarsi a fare riferimento all'esistenza di tali “fatti storici”, ma che debba, seppur sinteticamente, dar conto dei motivi per cui li considera rilevanti a fini escludenti; in un sistema costituzionale quale quello italiano, assistito dalla c.d. presunzione di innocenza, ex art. 27 Cost., essa sembra indispensabile, e si connette, sotto il profilo logico, al precedente comma 4 del presente articolo. ... Nell'Atto di segnalazione dell'ANAC n. 3 del 27 luglio 2022 si era fatta presente l'opportunità di “chiarire la rilevanza delle violazioni non definitivamente accertate e introdurre la possibilità di graduare in misura proporzionale sia le conseguenze delle condotte che l'obbligo di motivazione posto a carico della stazione appaltante in relazione alle scelte adottate”. Si è ritenuto di non “graduare” l'obbligo motivazionale ... né le conseguenze delle condotte; ... quanto all'obbligo di motivazione, esso in realtà non è ricollegabile alla non definitività dell'accertamento, ma ai parametri di cui al comma 2 ed alla portata dimostrativa degli atti valutati»*.

La specificazione dell'onere motivazionale sulla idoneità dei fatti ad incidere sull'affidabilità dell'operatore smentisce la Relazione, alla stregua della giurisprudenza secondo cui, in caso di esclusione, la motivazione dev'essere tutt'altro che sintetica (*«la stazione appaltante, che non ritenga la pregressa vicenda professionale dichiarata dal concorrente incisiva della sua moralità professionale, non è tenuta a esplicitare in maniera analitica le ragioni di siffatto convincimento, potendo la motivazione risultare anche implicita o per facta concludentia, ossia con l'ammissione alla gara dell'impresa, mentre è il provvedimento di esclusione, fondato sulla valutazione di gravità tale da elidere l'affidabilità del concorrente, che richiede l'assolvimento di un particolare onere motivazionale; in sintesi, la stazione appaltante deve motivare puntualmente le esclusioni, e non anche le ammis-*

sioni, se su di esse non vi è, in gara, contestazione», Cons. Stato, V, 9 maggio 2023, n. 4642).

Un tema nuovo si pone con riguardo all'obbligo di tenere in adeguata considerazione la pendenza dell'impugnazione per «... *verificare la sussistenza della causa escludente*»: sembrerebbe che la valutazione implichi un giudizio prognostico sull'esito dell'impugnazione, ma questa lettura va esclusa.

La giurisprudenza ha infatti già chiarito, interpretando l'antesignano art. 38, comma 1, lett. f) del d.lgs. 163/2006, che «*non è dato pretendere dalla stazione appaltante un autonomo ed approfondito accertamento, per il quale difetterebbero oltretutto le necessarie competenze, delle circostanze emerse in sede penale, in ordine alle quali è bensì necessario ma anche sufficiente: a) l'indicazione della idoneità della fonte (che, nella specie, è rappresentata dalla autorità giudiziaria); b) la verifica di pertinenza dei fatti ai fini della loro attitudine a dimostrare la negligenza o la mala fede del concorrente; c) il controllo di rilevanza degli stessi, anche sotto il profilo della consistenza e gravità; d) la trasfusione delle ridette valutazioni in congruo ed esplicativo supporto motivazionale*» (Cons. St., sez. V, 17 settembre 2018, n. 5424)” (Cons. Stato, V, 3 agosto 2022, n. 6822).

PARTE VI
DELL'ESECUZIONE

Il Subappalto

IL SUBAPPALTO

Annalisa Giusti

1. Premessa

All'entrata in vigore del nuovo Codice, il dibattito sul subappalto continua a essere focalizzato sulla disciplina dei limiti e sulla loro tenuta, anche a seguito della soppressione del divieto del subappalto a cascata. È su questi aspetti, dunque, che si intende concentrare le osservazioni che seguono, anche come contributo alla discussione sull'impatto e sulle criticità della novella legislativa.

Il dibattito sui limiti al subappalto, così come il confronto sulle regole rinnovate, non può essere decontestualizzato dalle vicende che hanno preceduto la revisione della sua disciplina.

2. Le vicende pregresse

L'art. 119 del d.lgs. 36/2023 rappresenta la conclusione di un tormentato percorso giurisprudenziale e normativo che aveva portato, già con il Codice del 2016, a una regolamentazione dell'istituto che aveva ormai perso molti dei tratti originariamente delineati dal legislatore.

Davanti al non semplice bilanciamento fra le esigenze di una più ampia apertura del mercato delle commesse pubbliche (soprattutto per le piccole e medie imprese) e la necessità di evitare che il subappalto divenisse la via per facili infiltrazioni criminose e per la riduzione delle tutele dei lavoratori, il codice del 2016 aveva infatti esordito con una disciplina fortemente restrittiva.

Il testo originario dell'art. 105 puntava a una tutela innanzitutto preventiva dall'illegalità con una serie di misure consistenti, sinteticamente, nella fissazione di una percentuale massima della quota subappaltabile da determinare sull'importo complessivo del contratto, nell'indicazione di una terna di subappaltatori al momento della presentazione dell'offerta per i contratti di importo pari o superiore alla soglia comunitaria o, indipendentemente dall'importo a base di gara, per quelli riguardanti le attività maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa. Sempre in chiave di rafforzamento preventivo della legalità, quale deterrente nella

scelta di subappaltatori non affidabili, si prevedeva l'esclusione automatica dell'offerente seppure per un motivo riferibile al solo subappaltatore. A tutela della filiera del subappalto, ancora in una prospettiva di prevenzione, vigeva il divieto di ribassare i prezzi applicabili alle prestazioni subappaltate oltre il venti per cento rispetto ai prezzi risultanti dall'aggiudicazione.

Alle regole preventive amministrative facevano (e fanno tuttora) da rinforzo quelle repressive penali: l'art. 21 della l. 646/1982 punisce il delitto di subappalto non autorizzato (comunemente detto subappalto illecito).

Le previsioni di rigore sul subappalto sono state progressivamente attenuate – se non smantellate – per la convergenza di diversi ma correlati fattori.

A far emergere le criticità della norma sono state, innanzitutto, le difficoltà operative, in particolare quelle legate all'indicazione della terna dei subappaltatori che, nell'intento di evitare l'ingresso di operatori non affidabili, finiva per restringere le opportunità per gli aspiranti subcontraenti e limitava le disponibilità di imprese subappaltatrici per gli stessi aggiudicatari. Parimenti, anche la scelta di assegnare alle stazioni appaltanti il compito di decidere, gara per gara, se consentire o meno il subappalto, era considerata contraria al principio di libera organizzazione dei fattori della produzione. Meno critiche, anche se favorevoli all'ampliamento della iniziale percentuale del 30%, erano le posizioni rispetto alla predeterminazione di un limite percentuale generale e astratto.

Molti di questi rilievi sono confluiti nell'esposto presentato alla Commissione Europea da parte dell'Associazione nazionale dei costruttori edili¹⁹ che ha portato all'apertura di una procedura di infrazione nei confronti dell'Italia²⁰, con la quale si invitava il legislatore nazionale a eliminare il contrasto con le norme unionali non solo delle previsioni relative alla percentuale subappaltabile e all'indicazione della terna ma anche dei divieti, rispettivamente, di essere subappaltatore di un altro offerente nella stessa procedura di gara e di subappalto a cascata.

Quanto al limite obbligatorio al subappalto, la Commissione ne evidenziava la contrarietà al principio secondo cui occorre favorire una maggiore partecipazione delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici, di

¹⁹ Esposto presentato l'8 febbraio 2017.

²⁰ Lettera di costituzione in mora della Commissione europea 24/01/2019 – Infrazione n.2018/2273

cui il subappalto è uno dei modi essenziali di realizzazione. Le direttive (art. 63, paragrafo 2, della direttiva 2014/24/UE), infatti, non escludono la facoltà delle amministrazioni aggiudicatrici di limitare il diritto degli offerenti di ricorrere al subappalto, ma una simile restrizione deve essere giustificata dalla particolare natura delle prestazioni da svolgere. L'art. 71, paragrafo 2, della direttiva 2014/24/UE, inoltre, consente alle amministrazioni aggiudicatrici di chiedere agli operatori di indicare nelle loro offerte "i subappaltatori proposti": tuttavia, la previsione di proporre sempre una terna di subappaltatori, anche quando all'offerente ne occorrono meno di tre o addirittura quando non intendono fare ricorso a nessun subappaltatore, a giudizio della Commissione, era contraria al principio di proporzionalità di cui all'art. 18, paragrafo 1, della direttiva 2014/24/UE. La Commissione giudicava, ancora, incompatibile con tale principio il divieto all'offerente in una data procedura di gara di essere subappaltatore di un altro offerente nella stessa procedura di gara²¹.

Da ultimo, anche il divieto in modo generale e universale che le prestazioni subappaltate possano essere oggetto di ulteriore subappalto, veniva giudicato in contrasto non solo con i principi di proporzionalità e parità di trattamento di cui all'art. 18 della Dir. 2014/24 ma anche con l'art. 71, par. 5 che prevede che l'obbligo di indicare nome, recapito e rappresentanti legali dei subappaltatori possa essere esteso anche «*ai subappaltatori dei subappaltatori del contraente principale o ai subappaltatori successivi nella catena dei subappalti*», legittimando contratti derivati successivi al primo.

L'ulteriore e determinante fattore è stato il succedersi di pronunce della Corte di Giustizia che hanno giudicato non conformi al diritto unionale i pilastri del sistema preventivo di contrasto all'illegalità.

Con la sentenza del 26 settembre 2019 (causa C-63/18) –Vitali S.p.A. c. Austostrade per l'Italia S.p.A. i giudici del Lussemburgo hanno censurato la scelta del legislatore italiano di introdurre il limite generale e universale alla facoltà di subappaltare il contratto.

Più che l'approdo della decisione è interessante ricostruire il percorso argomentativo della Corte, anche per differenziarne la prospettiva rispetto ai rilievi formulati con la procedura di infrazione.

Nella soluzione prospettata dai giudici europei non può essere letta la sola affermazione della centralità del principio di concorrenza (prevalen-

²¹ Si tratta dell'art. 105, co. 4 lett. a) così come modificato dal D.lgs. 19 aprile 2017, n. 56 e poi soppressa dall'articolo 10, comma 1, della legge n. 238 del 2021.

te, invece, nella lettera di messa in mora della Commissione) quanto la ricerca di un suo corretto bilanciamento con le esigenze di legalità. La Corte di Giustizia, infatti, ha inserito il tema dei limiti al subappalto nella cornice più ampia dei limiti ai principi della libertà stabilimento e della libera prestazione dei servizi all'interno dell'Unione (artt. 49 e 56 T.F.U.E) per motivi di moralità pubblica, ordine pubblico e pubblica sicurezza di cui all'art. 36 T.F.U.E. In questa cornice, agli Stati membri è affidato un compito essenziale nell'assicurare la trasparenza nel mercato delle commesse pubbliche (cfr. pt. 36) e nel porlo al riparo da infiltrazioni criminose, sebbene ciò significhi eventualmente sacrificare le regole e i principi fondamentali del Trattato, a cui sono improntate anche le norme sugli appalti pubblici. Sulla base di tali premesse, la pronuncia non esclude che la predeterminazione di una quota percentuale massima delle prestazioni subappaltabili possa essere astrattamente idonea a tale scopo (cfr. pt. 38). Tuttavia, anche simili scelte devono essere mediate dal necessario rispetto dei principi generali di aggiudicazione degli appalti, validi per *«tutta la procedura»*, quindi anche per l'esecuzione, nella quale si iscrive il subappalto, in particolare i principi di parità di trattamento, di trasparenza e di proporzionalità. Per essere proporzionata, la definizione del limite percentuale della quota subappaltabile deve essere affidata a una *«valutazione caso per caso da parte dell'ente aggiudicatore»* (cfr. pt. 40), tenendo conto del settore economico interessato dall'appalto, della natura dei lavori, dell'identità dei subappaltatori.

Nel novembre 2019, la Corte di Giustizia²² – causa C- 40271811 – ha confermato il suo precedente e ha altresì censurato il limite, anch'esso generale e astratto, alla percentuale di ribasso praticabile sul subappalto. Infine, a gennaio 2020 (causa C-395/18) ha definito le condizioni di conformità delle norme nazionali che impongono l'automatica esclusione anche del concorrente per una delle cause riferibili al solo subappaltatore con la previsione dell'art. 57, par. 4 Dir. 2014/24.

A latere, ma collegato e condizionato da tali vicende, vi è stato il susseguirsi di interventi normativi finalizzati a riattivare il tessuto economico italiano, anche attraverso la leva degli appalti: la convergenza delle pronunce della Corte di Giustizia con le esigenze di semplificazione delle gare, aveva portato alla riscrittura dell'art. 105 in termini non molto difformi rispetto a quelli del codice rinnovato.

²² Va precisato che la Corte in questa circostanza si è pronunciata sulla conformità alla precedente direttiva del 2004 dell'art. 118, co. 2 e co. 4, d.lgs. 163/2006.

3. Il codice del 2023

In base all'art. 119 comma 2 del d.lgs. 36/2023 – come nell'ultima versione dell'art. 105– le limitazioni al subappalto devono essere supportate da una «*adeguata motivazione nella decisione di contrarre*» che consenta alle stazioni appaltanti «*eventualmente avvalendosi del parere delle Prefetture competenti*» di indicare «*nei documenti di gara le prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto da eseguire a cura dell'aggiudicatario in ragione delle specifiche caratteristiche dell'appalto*», ivi comprese quelle di cui all'art. 104, comma 11²³, «*in ragione dell'esigenza di rafforzare, tenuto conto della natura o della complessità delle prestazioni o delle lavorazioni da effettuare, il controllo delle attività di cantiere e più in generale dei luoghi di lavoro o di garantire una più intensa tutela delle condizioni di lavoro e della salute e sicurezza dei lavoratori ovvero di prevenire il rischio di infiltrazioni criminali*». Si può prescindere da tale ultima valutazione quando i subappaltatori siano iscritti nell'elenco dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori di cui al comma 52 dell'art. 1 della legge 6 novembre 2012, n. 190, oppure nell'anagrafe antimafia degli esecutori istituita dall'articolo 30 del decreto-legge 17 ottobre 2016, n. 189, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 dicembre 2016, n. 229.

Il testo della norma recepisce le indicazioni della giurisprudenza europea circa la valutazione “caso per caso” dei limiti da introdurre al subappalto ma indica alle amministrazioni il percorso motivazionale, aggiungendo a elementi comuni al diritto europeo (“le specifiche caratteristiche dell'appalto”) altri aspetti dai quali emerge l'eco dei “timori” italiani nei confronti del subappalto, legati essenzialmente alla tutela della sicurezza sui luoghi di lavoro o al pericolo di infiltrazioni criminali.

Il compito di salvaguardia del contratto, prima lasciato al legislatore attraverso limiti generali e universali, viene ri-affidato alle stazioni appaltanti, valorizzandone l'autonomia e la flessibilità nella gestione della gara. Si tratta di un onere motivazionale di non semplice adempimento, giacché impegna le amministrazioni, nelle fasi iniziali della procedura (determina a contrarre e stesura degli atti di gara) non solo a valutazioni legate alla specificità del progetto e già riscontrabili in quella fase (le specifiche caratteristiche dell'appalto) ma anche a considerazioni su profili strettamente inerenti l'esecuzione (il controllo delle attività di cantiere, dei luoghi di lavoro) e più difficilmente ponderabili al momento della preparazione della gara.

²³ Sono “le opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali”.

Concretamente, la *littera legis*²⁴ sembra escludere che le stazioni appaltanti possano avvalersi di mere formule di stile, che ripetano pedissequamente il dato normativo, richiedendo invece una motivazione puntuale. D'altro canto, proprio la difficoltà di motivare e il timore di impugnazioni rischiano di avallare scelte più semplici, a favore del subappalto libero, vanificando la ricerca di quell'equilibrio fra concorrenza, legalità e tutela del contratto che connota il diritto sia unionale che nazionale in materia.

4. In particolare, il subappalto a cascata

Il timore che dal divieto si passi a una poco ponderata liberalizzazione caratterizza anche la discussione intorno al subappalto a cascata, anch'esso affidato all'autonomia delle amministrazioni, nei limiti indicati dall'art. 119. La norma, al comma 17, con una disposizione speculare al comma 2, rimette alle stazioni appaltanti l'indicazione nei documenti di gara delle «*prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto che, pur subappaltabili, non possono formare oggetto di ulteriore subappalto, in ragione delle specifiche caratteristiche dell'appalto e dell'esigenza, tenuto conto della natura o della complessità delle prestazioni o delle lavorazioni da effettuare, di rafforzare il controllo delle attività di cantiere e più in generale dei luoghi di lavoro o di garantire una più intensa tutela delle condizioni di lavoro e della salute e sicurezza dei lavoratori oppure di prevenire il rischio di infiltrazioni criminali*». Anche per il subappalto a cascata, si prescinde da tale ultima valutazione quando i subappaltatori ulteriori siano iscritti nell'elenco dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori di cui al comma 52 dell'art. 1 della legge 6 novembre 2012, n. 190, ovvero nell'anagrafe antimafia degli esecutori istituita dall'articolo 30 del decreto-legge 17 ottobre 2016, n. 189, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 dicembre 2016, n. 229. Specificamente destinate al subappalto a cascata, ancora, sono le disposizioni del comma 12 sugli obblighi per il subappaltatore relativamente alle prestazioni a loro volta affidate in subappalto. Un analogo diretto riferimento al subappalto a cascata si ha al comma 8, per il ritardo nel pagamento delle retribuzioni o per l'inadempienza

²⁴ Confermato anche dallo schema di Bando tipo n. 1/2023 “Procedura aperta per l'affidamento di contratti pubblici di servizi e forniture nei settori ordinari sopra le soglie europee con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo” licenziato da Anac il 21 aprile 2023 e sottoposto a consultazione.

contributiva risultante dal DURC, per i quali si prevede il pagamento diretto della stazione appaltante alle condizioni indicate al comma 11.

La tecnica normativa utilizzata lascerebbe intendere che le altre disposizioni previste per il subappalto non siano applicabili ai subcontratti ulteriori, che rimarrebbero, pertanto, dietro le quinte dell'esecuzione del contratto e del primo subappalto, rimessi alla completa autonomia delle parti subappaltatrici.

Sebbene le garanzie indicate dal comma 2 dell'art. 119 rappresentino già un argine importante affinché il subappalto a cascata non diventi facile porta di ingresso per l'elusione delle norme a tutela sia della legalità che della qualità del contratto, su alcuni aspetti sarebbe utile maggiore chiarezza da parte del legislatore, senza affidarli a un vaglio di compatibilità del subappaltatore (principale) e della stazione appaltante o alla lente dell'interprete.

In mancanza di tale specificazione, l'art. 119, nelle parti in cui si riferisce in via generale al "subappalto" può essere interpretato nel senso di estenderlo a tutti i subcontratti, anche successivi al primo: è questo il caso dei contratti di fornitura o servizi esclusi *ex art.* 119, comma 3; per quelli invece qualificati *ex lege* come subappalti, occorrerebbe specificare i limiti quantitativi necessari per tale assimilazione. Parimenti riferita anche ai successivi subappaltatori potrebbe intendersi la previsione del comma 10, sulla sostituzione del subcontraente rispetto al quale sia stata accertata l'esistenza di una causa di esclusione. In linea con gli obblighi di verifica affidati dal comma 12 alla stazione appaltante, anche la norma che, per i contratti di lavori, richiede che siano indicati nei cartelli esposti all'esterno del cantiere i nominativi di "tutte" le imprese subappaltatrici è applicabile al subappalto a cascata. La stessa estensione può praticarsi per le previsioni sui piani di sicurezza di cui al comma 15, incaricando l'affidatario del coordinamento di "tutti" i subappaltatori operanti nel cantiere; altresì compatibile sembra essere la previsione di cui al comma 20 per la certificazione dei lavori compiuti in subappalto.

Una più esplicita affermazione del principio, invece, dovrebbe esserci circa il regime delle responsabilità nei confronti della stazione appaltante per le prestazioni oggetto del subappalto, che l'art. 119 comma 6 attribuisce in solido al contraente principale e al subappaltatore ma che necessiterebbe maggiore chiarezza nel definire le responsabilità di ciascuno di essi per le prestazioni dei successivi subcontraenti, essenziale ai fini della salvaguardia del contratto e del risultato.

Particolarmente problematica, inoltre, appare l'estensione delle regole sull'autorizzazione al subappalto. La prestazione subappaltata può essere iniziata solo con l'autorizzazione della stazione appaltante, che l'affidatario deve richiedere almeno venti giorni prima del suo inizio. Entro lo stesso termine, infatti, deve trasmettere il contratto di subappalto alla stazione appaltante, unitamente alla dichiarazione del subappaltatore attestante l'assenza delle cause di esclusione e il possesso dei requisiti di ordine speciale. Il contratto, fra l'altro, deve indicare puntualmente l'ambito operativo del subappalto sia in termini prestazionali che economici. Alla stazione appaltante è concesso un termine di trenta giorni per il rilascio dell'autorizzazione, decorsi i quali, senza che si sia provveduto, si intende concessa.

L'autorizzazione al subappalto, al contrario dell'omologo istituto di diritto privato, ha natura provvedimento e svolge una funzione primaria di tutela dell'ordine pubblico economico, in chiave sia preventiva che repressiva. Quale strumento di prevenzione, permette all'amministrazione il controllo, prima dell'inizio dell'esecuzione, sull'esistenza dei presupposti per il subappalto e dei requisiti dei subappaltatori, consentendo, in caso di difetto di quest'ultimi, la loro sostituzione oppure che la prestazione possa essere svolta dal contraente.

La repressione è invece affidata all'art. 21 della l. 646/1982 che, nel 2018, nell'ambito delle misure del c.d. pacchetto sicurezza²⁵, è stato trasformato da contravvenzione a delitto, con un sensibile inasprimento delle pene. La norma punisce il reato doloso proprio di chi concede opere che abbia in appalto dalle amministrazioni senza chiedere l'autorizzazione o nonostante il diniego della stessa; in linea con la tesi maggioritaria che nega la punibilità del concorrente la cui condotta non sia espressamente incriminata dalla norma di parte speciale, la condotta del subappaltatore, seppur necessaria, non può essere punita.

La giurisprudenza ha esteso l'applicabilità della norma anche alle fattispecie negoziali equiparate al subappalto, sanzionando il nolo a caldo e le forniture con posa in opera non autorizzati; è stata invece esclusa la rilevanza penale della mancata autorizzazione per contratti genericamente derivati, sebbene concernenti prestazioni strumentali o accessorie all'opera o al servizio cui l'appaltatore si sia obbligato in proprio nei confronti del committente.

²⁵ Il riferimento è al “decreto sicurezza” d.l. 113/2018 convertito con modificazioni dalla L. 1° dicembre 2018, n. 132.

La rilevanza penale della condotta incide anche sui rapporti contrattuali, poiché il contratto di subappalto eventualmente concluso è nullo per violazione di norme imperative *ex art. 1418, comma 1, c.c.*, con la conseguente impossibilità per le parti negoziali di fare valere eventuali diritti da esso derivanti; l'art. 21 *cit.*, infine, legittima, in caso di condanna, l'amministrazione a chiedere la risoluzione del contratto.

Dal testo dell'art. 119 non è chiaro se debba essere chiesta l'autorizzazione all'ulteriore subappalto e se, in caso affermativo, da parte del subappaltatore (primario) o se, addirittura, dall'affidatario; quali eventualmente debbano essere i documenti da produrre e quali le conseguenze della mancata autorizzazione.

Si tratta di un profilo operativo importante ma che ha anche risvolti teorici rilevanti.

Se l'autorizzazione della stazione appaltante non fosse necessaria ma si richiedesse solo quella dell'affidatario, non si sarebbe più di fronte a una fattispecie provvedimentale ma l'atto autorizzatorio avrebbe natura consensuale, al pari di quanto avviene nell'omologo istituto di diritto privato. Perderebbe, però, quella funzione di tutela dell'ordine pubblico economico prima ricordata, rendendone peraltro difficile la convivenza con le norme di garanzia indicate al comma 2 dell'art. 119.

Senza chiarire preliminarmente il ruolo dell'affidatario sarebbe inoltre difficile estenderne la punibilità per gli ulteriori subcontratti non autorizzati. L'assenza di una previsione legislativa espressa, allo stato attuale, esclude la punibilità della condotta del subappaltatore.

5. Riorientare il dibattito

Un'ultima considerazione, infine, può essere complessivamente fatta in relazione al dibattito sul subappalto e i suoi limiti. La discussione – che si è riportata nelle sue linee essenziali e alla quale si è cercato di introdurre alcuni ulteriori spunti di riflessione – tradisce la tendenza a cercare, ancora una volta, la soluzione ai problemi di un istituto dell'esecuzione nella fase di scelta del contraente. Questa prospettiva ha condizionato non solo le soluzioni legislative ma ha anche guidato la lettura delle indicazioni provenienti dalla giurisprudenza europea. La Corte di Giustizia, nel menzionato caso *Vitali*, ha però sottolineato come la scarsa efficacia dei controlli di verifica che l'amministrazione aggiudicatrice deve effettuare in forza del diritto nazionale non può giustificarne la sostanziale rassegna-

zione e il rifugio in limitazioni generali e astratte, valide aprioristicamente per tutte le gare. Ciò vale a maggior ragione in un contesto ordinamentale che «già prevede numerose attività interdittive espressamente finalizzate ad impedire l'accesso alle gare pubbliche alle imprese sospettate di condizionamento mafioso o comunque collegate a interessi riconducibili alle principali organizzazioni criminali operanti nel paese»²⁶.

Se, come l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato²⁷ ha sottolineato, «nel nostro ordinamento, l'esecuzione del contratto non è una terra di nessuno, lasciata all'arbitrio dei contraenti e all'indifferenza dei terzi», occorre una più consapevole riappropriazione anche di questa fase, in linea con quanto indicato dallo stesso art. 71 della Direttiva 2014/24 che apre affidando alle “autorità nazionali competenti” innanzitutto l'adozione di misure adeguate a garantire l'osservanza degli obblighi di cui all'art. 18 par. 2, cioè gli obblighi in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro “nell'esecuzione dei contratti pubblici”.

Seppur non semplice e immediato, il dibattito sul subappalto ha la necessità di affrancarsi dai soli profili patologici e di distorsione dell'istituto, di abbandonare la logica della contrapposizione fra soluzioni preferibili e di essere riportato in una dimensione più ampia, che coinvolga l'intera filiera che presiede alla buona riuscita della gara, a partire dalla sua preparazione – con una buona progettazione, verifiche e validazioni effettive, in grado di cogliere la complessità dell'appalto e far compiere scelte proporzionate in sede di determina a contrarre; con la scelta di un responsabile del progetto competente e, non da ultimo, con l'effettivo funzionamento del sistema di qualificazione della stazioni appaltanti – fino alla sua esecuzione, grazie all'efficace e organizzata direzione dei lavori, all'effettiva sinergia con il r.u.p. e a un'efficiente organizzazione del cantiere.

Per gli aspetti richiamati, è un dibattito che non può risolversi nella sola dimensione normativa e giuridica ma che richiede la convergenza e l'impegno di altre discipline, a partire da quelle quotidianamente coinvolte nell'esecuzione del contratto: in questo, del resto, sembra potersi cogliere una delle direzioni da intraprendere per garantire, anche col subappalto, il principio del risultato.

²⁶ Cfr. pt. 42 della sentenza

²⁷ Ad. Pl., 2 aprile 2020, n. 10

LIBRO IV
DEL PARTENARIATO PUBBLICO-PRIVATO E DELLE CONCESSIONI
PARTE II
DEI CONTRATTI DI CONCESSIONE

**La disciplina del partenariato pubblico-privato
e il contratto di concessione**

LA DISCIPLINA DEL PARTENARIATO PUBBLICO-PRIVATO E IL CONTRATTO DI CONCESSIONE

Gian Franco Cartei

1. Continuità e discontinuità nel nuovo Codice e la nozione di Partenariato Pubblico-Privato

A distanza di pochi anni dalla redazione del testo contenuto nel d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50 del 2016 la disciplina in materia di contratto di concessione di lavori e servizi registra significativi mutamenti ad opera del d. lgs. 31 marzo 2023 attuativo della legge delega 21 giugno 2022. In vero, l'ordito del vecchio Codice aveva mostrato anche in questa materia limiti tali da suggerirne una revisione. Occorre, ad ogni modo, precisare che non siamo in presenza di una riscrittura integrale della disciplina, la quale resta ben ancorata alla Direttiva 24/13/UE e per non pochi profili al Codice recentemente abrogato.

La nuova disciplina sul contratto di concessione presenta molti profili innovativi. Tra questi merita limitare l'analisi a due temi particolarmente cruciali: la nozione di rischio operativo e la disciplina sulla revisione del contratto. Come sarà posto in luce, si tratta di aspetti non solo tra loro speculari, ma complementari. Prima di procedere nell'analisi merita, tuttavia, anteporre qualche considerazione sulla nozione di partenariato pubblico-privato e sulla sua rilevanza in seno alla disciplina del contratto di concessione.

Il Libro IV del Codice reca come titolo «Del Partenariato Pubblico-Privato e delle concessioni». La menzione della disciplina del Partenariato Pubblico-Privato (PPP) prima ancora di quella della concessione costituisce un indice sistematico da cui non sembra potersi prescindere. In vero, la nozione di PPP non ha mai superato un carattere generico e descrittivo neppure nella sede in cui è stata originariamente concepita, vale a dire quella eurounitaria. Sul punto non occorre indugiare, quanto merita piuttosto segnalare che nella disposizione di cui all'art. 174, comma 1, del Codice appare agevole rintracciare le indicazioni già fornite dall'esecutivo comunitario nel *Libro verde* del 2004 con riguardo alle caratteristiche generali delle operazioni di PPP, le quali risultano così compendiate: 1) la collaborazione di lungo periodo tra la pubblica Amministrazione ed il

partner privato; 2) la modalità di finanziamento del progetto fondata in larga misura dalle garanzie fornite dalla parte privata; 3) la ripartizione dei compiti secondo un criterio che assegna alla parte privata la responsabilità delle varie fasi di vita del progetto ed a quella pubblica la definizione degli obiettivi, nonché la funzione di verifica e di controllo; 4) la ripartizione dei rischi, addebitati di solito al soggetto privato.

I contratti di PPP sono stati nel tempo oggetto di critiche, le quali hanno riguardato per lo più profili quali la scarsa competenza dei soggetti aggiudicatori, la mancanza di un'analisi delle opzioni, l'inadeguatezza della ripartizione dei rischi e l'insufficienza della pressione concorrenziale con conseguenze negative sulla capacità negoziale dell'amministrazione aggiudicatrice. Le criticità del modello partenariale, peraltro, non hanno dissuaso gli estensori del Codice dal riproporlo, seppur con alcune modifiche rispetto al Codice previgente al fine di rispettare il criterio direttivo contenuto nella legge di delegazione 21 giugno 2022, n. 78.

In primo luogo, si è proceduto ad un'inversione sistematica della materia dei contratti di PPP, per cui le disposizioni sul PPP sono poste in testa a tutte le figure contrattuali col compito di fornire una cornice concettuale comune a dei contratti che, qualunque sia la loro configurazione, si presentano come una "operazione economica". La dimensione imprenditoriale di tali operazioni pare presente, altresì, nella previsione ad opera della disposizione di cui all'art. 175, comma 1 di un «*programma triennale delle esigenze pubbliche idonee a essere soddisfatte attraverso forme di partenariato pubblico-privato*», in cui a fianco della convenienza per l'amministrazione occorre valutare la convenienza per il mercato a finanziare i singoli progetti. Nella medesima prospettiva va inquadrata la redazione di una "Valutazione preliminare di convenienza e fattibilità" su aspetti quali l'idoneità del progetto ad essere finanziato con risorse private, l'efficiente allocazione del rischio operativo, la capacità del progetto di generare soluzioni innovative, la capacità di indebitamento dell'ente, nonché a confrontare per l'intera durata del rapporto contrattuale la stima dei costi e benefici del progetto di PPP in rapporto ad un contratto di appalto di egual durata.

Un breve cenno merita, infine, la previsione di cui all'ultimo comma dell'art. 175, secondo cui «*Ai soli fini di contabilità pubblica, si applicano i contenuti delle decisioni Eurostat ...*». Il riferimento alle decisioni *Eurostat* deve essere interpretato alla luce dell'abrogazione della norma di cui all'art. 165, secondo comma, del Codice previgente che limitava il valore

complessivo del contributo pubblico stabilito a favore del concessionario al quarantanove per cento del costo complessivo comprensivo di eventuali oneri finanziari. Su tale profilo occorre tornare nel prosieguo della presente trattazione.

2. Il contratto di concessione e l'efficiente allocazione del rischio operativo

La norma di cui all'art. 175, comma 2, prevede che la valutazione preliminare di convenienza e fattibilità del ricorso al PPP deve incentrarsi, tra l'altro, sulla «*efficiente allocazione del rischio operativo*». Prima di affrontare il tema del rischio e della sua allocazione merita segnalare un primo elemento innovativo: il Codice estende l'applicazione della concessione a qualsiasi tipologia di opera pubblica, in tal modo, riconoscendo la possibilità di realizzare mediante il contratto di concessione anche le così dette opere «fredde», in cui è la medesima amministrazione aggiudicatrice ad essere destinataria del servizio. Come noto, alla luce dell'art. 165 del Codice previgente il ricorso alla concessione era limitato alle opere così dette «calde», intendendosi per tali le opere capaci di generare reddito attraverso la fruizione da parte dei terzi, e ciò in contrasto con la direttiva del 2014 da cui semmai affiorava l'indicazione di ammettere alla disciplina della concessione ogni tipo di opera, incluse, pertanto, quelle destinate alla fruizione del solo ente concedente.

Ad ogni modo, allo stato, oltre alle «opere tiepide» anche le «opere fredde» possono essere oggetto di un contratto di concessione, secondo quanto si desume dalla disposizione di cui all'art. 177, comma 4, del Codice. Per quanto la norma presenti taluni elementi di incertezza interpretativa, il riferimento al rischio legato soltanto sul lato dell'offerta e l'erogazione del corrispettivo sulla base della disponibilità dell'opera paiono riferimenti esegetici già presenti nel vecchio Codice del 2016 e riferibili alle ipotesi in cui l'amministrazione è al contempo soggetto concedente e fruitore del servizio.

Venendo al concetto di rischio, come noto, a far data dalla comunicazione del 2000 la Commissione ha sottolineato, da un lato, l'importanza del trasferimento della responsabilità della gestione al concessionario, dall'altro, la necessità che l'alea legata al rischio economico non venga mai meno, pena altrimenti la rinuncia alla qualificazione del contratto come concessione a favore del contratto di appalto. Sul piano squisita-

mente definitorio non si ravvisano particolari novità nella nozione di rischio operativo: l'espressione utilizzata dalla norma di cui all'art. 177, primo comma, del Codice, infatti, appare identica a quella adoprata dall'art. 3, primo comma, lett. zz del Codice previgente e dall'art. 5 della direttiva europea. In particolare, il rischio operativo è quello «*legato alla realizzazione dei lavori o alla gestione dei servizi e comprende un rischio dal lato della domanda o dal lato dell'offerta o da entrambi*».

La formula normativa, dunque, non pone particolari problemi interpretativi se non per la mancata declinazione tipologica delle componenti del rischio, la quale era presente nel vecchio Codice che enumerava il rischio di mercato, il rischio di disponibilità ed il rischio di costruzione. Secondo una linea interpretativa che pare consolidata, il rischio sul lato della domanda è tuttora costituito dal tradizionale rischio di mercato, quello che nella norma di cui all'art. 3, comma 1, lett. ccc) del Codice previgente era indicato come «*il rischio legato ai diversi volumi di domanda del servizio che il concessionario deve soddisfare, ovvero il rischio legato alla mancanza di utenza e quindi di flussi di cassa*»; quanto al rischio sul lato dell'offerta, secondo lo scrivente, vale tuttora il riferimento al *rischio di disponibilità* tipico dei contratti in cui non sussiste un rischio di mercato ed il posto dell'utenza è assunto dalla pubblica Amministrazione quale soggetto fruitore o pagatore.

In vero, un cenno a parte sembra meritare il *rischio di costruzione* e la sua sopravvivenza all'interno della disciplina del contratto di concessione. Nella disciplina previgente, come noto, questo era previsto all'interno della nozione di rischio operativo ed era definito ad opera della norma di cui all'art. 3, primo comma, lett. aaa) quale «*il rischio legato al ritardo nei tempi di consegna, al non rispetto degli standard di progetto, all'aumento dei costi, a inconvenienti di tipo tecnico nell'opera e al mancato completamento dell'opera*». Il fatto che non sia menzionato in alcuna disposizione del nuovo Codice e non figuri nell'Allegato I.1 non sembra significare che non sia più contemplato nella disciplina della concessione.

Altro aspetto su cui merita spendere qualche riflessione è costituito dal “prezzo”, costituito dal contributo pubblico che l'ente concedente può riconoscere in sede di gara al concessionario ai fini del raggiungimento dell'equilibrio economico-finanziario e di solito consistente in un contributo finanziario o nella cessione della proprietà di immobili o di altri diritti reali. La soglia massima di tale contributo era stato innalzata al quarantanove per cento del costo dell'investimento complessivo, comprensivo

degli oneri finanziari, ad opera della norma di cui all'art. 101, comma 1, lett. *a* del d. lgs. 19 aprile 2017, n. 56. Nessun limite, invece, è stato previsto dalla disposizione di cui all'art. 177, comma 6 del Codice, per cui pare evidente che il superamento della predetta soglia non ha conseguenze sulla legittimità dell'operazione, ancorché sia altrettanto evidente che conseguenze continuino a sussistere sotto il profilo della corretta imputazione contabile degli investimenti in opere pubbliche.

3. I confini del rischio operativo

Sotto una prospettiva diversa da quella da ultimo accennata la nozione di rischio operativo pone qualche ulteriore interrogativo sull'oggetto e l'ambito ricoperto. Beninteso, anche qui non mancano elementi di continuità concettuale e lessicale con il passato come, ad esempio, la previsione contenuta nella norma contenuta nell'art. 177, comma 2, secondo cui il rischio operativo si considera assunto *«quando, in condizioni operative normali, non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione»*.

Più problematica appare, invece, la previsione sui confini della nozione di rischio operativo. Sul punto la norma di cui all'art. 177, comma 3, asserisce che il rischio operativo è quello che *«deriva da fattori eccezionali non prevedibili e non imputabili alle parti»*. La disposizione in esame se presa alla lettera rischia di esprimere un significato improprio della nozione in quanto sembra affermare che il rischio sia soltanto quello che deriva da eventi caratterizzati, oltre che dalla imprevedibilità, da un elemento di eccezionalità, laddove sembra di poter affermare che è la normalità delle contingenze, e non la loro eccezionalità, a costituire il criterio di riferimento rilevante. Sembra, pertanto, necessario riformulare il significato della norma ed affermare che il rischio operativo investe la gestione nella sua totalità in una cornice di *«condizioni operative normali»*, al di là delle quali l'operatore economico, dinanzi alla pratica impossibilità di far fronte ad una gestione in perdita, è sollevato dagli obblighi della disciplina negoziale.

4. Revisione del contratto e rideterminazione delle condizioni di equilibrio

Come accennato, l'equilibrio economico-finanziario della gestione ricopre una rilevanza cruciale per un contratto di durata quale è la concessione, giacché il suo venir meno può provocare la cessazione dell'attività e del servizio. La peculiarità della questione suggerisce di ricordare che già il Codice previgente aveva ampliato i presupposti per l'avvio della procedura di rideterminazione delle condizioni di riequilibrio e, pertanto, di revisione del piano economico-finanziario. La norma di cui all'art. 165, ultimo comma, aveva modificato, infatti, il dettato dell'art. 143, comma 8, del Codice del 2006, estendendo a *«qualsiasi fatto non riconducibile al concessionario»* il presupposto per l'attivazione della procedura di revisione contrattuale. In realtà, neppure la dizione di cui al Codice del 2016 ha fugato tutti i dubbi sul ricorso a tale procedura: quali ipotesi ammettere e quali escludere, per un verso, e quali principi applicare, per l'altro, sono risultati tra gli aspetti della disciplina non del tutto chiariti dal laconico riferimento contenuto nella norma di cui all'art. 30, ultimo comma, alle disposizioni del codice civile per la fase di esecuzione contrattuale.

La revisione del contratto di concessione è oggetto della previsione di cui all'art. 192, prima parte del comma 1, del Codice, secondo cui: *«Al verificarsi di eventi sopravvenuti straordinari e imprevedibili, ivi compreso il mutamento della normativa o della regolazione di riferimento, purché non imputabili al concessionario, che incidano in modo significativo sull'equilibrio economico-finanziario dell'operazione, il concessionario può chiedere la revisione del contratto nella misura strettamente necessaria a ricondurlo ai livelli di equilibrio e di traslazione del rischio pattuiti al momento della conclusione del contratto».*

La disposizione in esame sembra confermare la natura di contratto commutativo e non aleatorio della concessione: il rischio contrattuale, infatti, assume una rilevanza causale ampia, ma non esclusiva. La disciplina presenta profili di conferma della precedente ad iniziare dalla finalità conservativa o, come anche si è detto, manutentiva del contratto. Altro profilo di conferma deriva dalla necessità che gli eventi non possano essere imputabili al concessionario, ma semmai al concedente. Restano, pertanto, valide ragioni per chiedere la revisione del contratto ogni ipotesi di *ius variandi* operato dal concedente così come di *factum principis* (leggi, regolamenti).

La disposizione in esame allude a eventi sopravvenuti «*straordinari e imprevedibili*», utilizzando così una dizione diversa da quella dell'art. 165, comma 6, del Codice previgente che parlava genericamente di «*fatti non riconducibili al concessionario*». Siamo di fronte ad una definizione diversa e più restrittiva dei presupposti abilitanti alla richiesta della procedura di revisione?

Una prima indicazione di metodo sembra si possa ricavare dalla medesima nozione di rischio operativo, la quale, delimitando l'area di responsabilità del concessionario, circoscrive al contempo la possibilità di rinegoziare le condizioni contrattuali. Una seconda indicazione interpretativa sembra rintracciabile nella medesima direttiva del 2014, la quale al cons. n. 75 riconosce espressamente che i contratti di concessione «*generalmente comportano disposizioni tecniche e finanziarie complesse e di lunga durata, soggette ai mutamenti delle circostanze*»; e se, per un verso, individua nel rischio operativo il perno della disciplina contrattuale, per l'altro, ammette espressamente l'esistenza di «*circostanze esterne e imprevedibili*» al momento dell'aggiudicazione segnalando, altresì, «*la possibilità di prevedere modifiche alla concessione per mezzo di clausole di revisione o di opzione*», incluse quelle concernenti «*adattamenti della concessione che si rendano necessari a seguito di difficoltà tecniche apparse durante l'esecuzione o la manutenzione*» (cons. n. 76 e 78).

L'impostazione del legislatore europeo sembra costituire tuttora il paradigma interpretativo di riferimento. In realtà, sembra doversi tener conto di altri elementi normativi contenuti in seno allo stesso Codice. In particolare, merita richiamare il principio di cui all'art. 9 in tema di conservazione dell'equilibrio contrattuale, il quale in via ermeneutica sembra applicabile anche alla fattispecie di cui all'art. 192. Del resto, l'analogia tra le due disposizioni, al di là di una comune logica manutentiva e ripristinatoria, appare assistita da una chiara evidenza testuale, ad iniziare dai presupposti: in entrambi i casi si allude a circostanze 'straordinarie e imprevedibili' destinate ad alterare e compromettere l'equilibrio contrattuale originario; in entrambi i casi poi l'attività di rinegoziazione impone dei limiti all'amministrazione, la quale non può rinegoziare liberamente il contenuto del contratto, ma deve pur sempre attenersi al limite dell'equilibrio originario. Parimenti, anche nella norma di cui all'art. 189 in materia di modifica contrattuale troviamo un riferimento al possibile inserimento nel contratto di clausole di rinegoziazione, trattandosi, per riprendere le parole della norma di cui all'art. 9, quarto comma, di un

contratto *«particolarmente esposto per la sua durata, per il contesto economico di riferimento o per altre circostanze, al rischio delle interferenze da sopravvenienze»*.

Ma esiste un altro profilo che merita porre in evidenza: a differenza della norma di cui all'art. 192 che nulla dice sul punto, la disposizione di cui all'art. 9 offre un'indicazione sul significato da attribuire all'espressione *«circostanze straordinarie e imprevedibili»*, allorché precisa che esse devono risultare *«estranee alla normale alea, all'ordinaria fluttuazione economica e al rischio di mercato»*, là dove appare chiara l'intenzione del legislatore di individuare il presupposto legittimante la richiesta di revisione contrattuale in un criterio di normale alterazione del quadro economico di riferimento senza che debbano ricorrere, pertanto, situazioni di estrema ed irreversibile gravità.

In presenza di tali presupposti la parte 'svantaggiata' ha il diritto di chiedere la revisione del contratto. La qualificazione giuridica della situazione soggettiva come diritto non pare porsi in dubbio: siamo, infatti, nel campo dell'esecuzione contrattuale, luogo di elezione del diritto soggettivo e della giurisdizione ordinaria. Tale diritto è esercitabile, sempre stando alla lettera dell'art. 9, purché *«la parte svantaggiata, che non abbia volontariamente assunto il relativo rischio»* nel regolamento contrattuale. Se tale circostanza non ricorre al diritto corrisponde l'obbligo di rinegoziazione, per cui, dinanzi al rifiuto opposto dalla controparte di avviare la revisione, può essere chiesta l'applicazione dell'art. 2932 c.c.

Occorre, tuttavia, osservare un *caveat*: la revisione non può 'riscrivere' la sostanza della concessione o inserire modifiche sostanziali alla medesima, pena, altrimenti, la violazione della disposizione di cui all'art. 189, comma 1; deve osservare, altresì, il limite imposto dai livelli di equilibrio e di traslazione del rischio pattuiti al momento della conclusione del contratto. Si ravvisa anche qui una *ratio* identica a quella prevista dall'art. 9, comma 1, ma anche una differenza: la disposizione da ultimo richiamata, infatti, pone un limite finanziario alla rinegoziazione costituito dalle *«somme indicate nel quadro economico dell'intervento, alle voci imprevisi e accantonamenti e, se necessario, utilizzando le economie da ribasso d'asta»*. Siamo in presenza di un vincolo normativo, vincolo non riproposto dalla disposizione di cui all'art. 192. La ragione di tale omissione deve essere probabilmente ricercata nella natura della concessione quale accordo complesso di lunga durata, per cui non sembrano porsi i limiti suddetti. La soluzione in tali casi può essere quello di una proroga della durata del-

la concessione o di una riformulazione dei contenuti del piano economico finanziario.

Può accadere che, malgrado il rispetto del principio di buona fede, la revisione non sortisca l'esito sperato. La disposizione ammette tale evenienza, la quale può avvenire per vari accadimenti legati alla situazione di fatto, così come alle nuove condizioni del mercato o al ciclo economico. In tali casi, ogniqualvolta le parti contraenti non riescono a stabilire un accordo si apre il ricorso al recesso contrattuale.

LIBRO V - PARTE I - TITOLO I
I RICORSI GIURISDIZIONALI

Le novità in tema di contenzioso

LE NOVITÀ IN TEMA DI CONTENZIOSO

Maria Alessandra Sandulli

Il Codice interviene sulle disposizioni del rito speciale per le controversie in tema di affidamento dei contratti pubblici di cui all'art. 119, lett a, del c.p.a. (contenute negli artt 120 ss. c.p.a.) all'art. 209, facendo però salve, all'art. ..., le disposizioni specialissime sulle controversie relative agli atti legati all'attuazione del PNRR, introdotte (con un metodo di dubbia legittimità costituzionale) in sede di conversione in legge del d.l. n. 68 del 2022. Si tratta, come noto, delle disposizioni, ampiamente criticate, che, in direzione opposta a quella tracciata dalla direttiva 2007/66/CE, operano una ennesima frustrazione del diritto di difesa contro le violazioni delle norme sostanziali che regolano l'attività amministrativa *in subiecta materia*, prevedendo nuove costrizioni delle tempistiche processuali e nuovi limiti alla tutela cautelare e alla tutela conformativo/ripristinatoria, con conseguente sovvertimento del ruolo del giudice amministrativo, ridotto di fatto a "giudice del risarcimento".

Limitando questo breve contributo alle modifiche introdotte dal CCP al sistema "a regime", si osserva che il d.lgs. 36/23, pur tendenzialmente confermando il disegno del c.p.a., provvede - finalmente - ai necessari aggiornamenti, integralmente riscrivendo, nell'art. 209, anche se con limitate modifiche sostanziali, gli artt. 120, 121 e 124. Restano invece immutati gli artt. 122 (a parte un mero *drafting* formale) 123 e 125.

È importante evidenziare che il nuovo testo dell'art. 120, oltre a precisare espressamente che la relativa disciplina si applica anche agli atti delle procedure di affidamento delle concessioni, riflette la volontà di cercare, per quanto possibile, di semplificare/ridurre, oltre alle procedure di affidamento, anche il contenzioso *in subiecta materia*, rafforzando al contempo le garanzie di difesa, attraverso una maggiore trasparenza degli atti e dei documenti di gara e una razionalizzazione del rapporto tra fase di affidamento, *standstill* procedimentale e impugnazione dell'aggiudicazione. L'obiettivo è stato quello di eliminare l'irragionevole anticipazione dell'impugnazione dell'aggiudicazione a un momento antecedente a quello in cui essa acquista efficacia e di ridurre i c.d. "ricorsi al buio" e i

“tempi morti” dei giudizi nell’attesa dell’accesso agli atti e ai documenti non ostesi e della verifica dei requisiti.

La parte garantista della novella si completa con l’importante disposizione che pone fine alla moltiplicazione del – già oneroso – contributo unificato nel caso di impugnazione con motivi aggiunti di diversi atti della medesima procedura di gara (art. 120, comma 7).

In questa linea si colloca il nuovo comma 2 dell’articolo, che, anticipando l’oggetto del precedente comma 5, ha – finalmente – riscritto e “aggiornato” le disposizioni sulla decorrenza dei termini di impugnazione degli atti delle procedure di affidamento dei suddetti contratti, precisando che esso «decorre, per il ricorso principale e per i motivi aggiunti, dalla ricezione della comunicazione dell’atto impugnato ai sensi dell’articolo 90 del codice dei contratti pubblici oppure, dal momento in cui gli atti sono messi a disposizione ai sensi dell’articolo 36, commi 1 e 2, del codice dei contratti pubblici», mentre per i bandi e gli avvisi con cui si indice una gara, laddove autonomamente lesivi, il termine decorre dalla pubblicazione di cui agli artt. 84 e 85 del medesimo codice contrattuale. Resta, evidentemente, fermo il rinvio all’art. 42 c.p.a. per la disciplina del ricorso incidentale, naturalmente tenendo conto delle nuove garanzie per le tempistiche di impugnazione di atti/documenti (o di deduzione di vizi ricavabili da atti/documenti) ostesi in un momento successivo alla notifica del ricorso principale.

Per una migliore comprensione dell’importanza della prima parte della novella, merita leggerla in combinato disposto con gli artt. 17, 18, 36, 90 e 209.

In particolare, l’art. 17 reintroduce la distinzione tra “proposta di aggiudicazione” e “aggiudicazione”, disponendo, al comma 5, che «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», al comma 7, che «*Una volta disposta l’aggiudicazione, il contratto è stipulato secondo quanto previsto dall’articolo 18*» e, al comma 10, che «*La pendenza di un contenzioso non può mai giustificare la sospensione della procedura o dell’aggiudicazione, salvi i poteri cautelari del giudice amministrativo e quelli di autotutela della stazione appaltante, da esercitarsi da parte del dirigente competente*». Tuttavia, diversamente dall’art. 32, com-

ma 8, del d.lgs. n 50/2016, il nuovo CCP non fa espressa menzione della responsabilità erariale si limita ad affermare, all'art. 18, comma 7, che «*La mancata o tardiva stipula del contratto al di fuori delle ipotesi di cui ai precedenti commi [id est, la sospensione legale per effetto dello standstill o la sospensione giurisdizionale] costituisce violazione del dovere di buona fede, anche in pendenza di contenzioso*». Sembra, dunque, che – ferma la generale responsabilità per condotte omissive dipendenti da dolo o colpa grave (nei termini tratteggiati dall'art. 2) – l'unica responsabilità potrebbe essere nei confronti dell'aggiudicatario, che però, in forza di quanto previsto dall'art. 5, comma 4, e dal novellato art. 124 c.p.a. (v. infra), potrebbe essere il primo a temere la stipula e potrebbe quindi espressamente manlevare il committente da tale responsabilità.

Ogni riferimento all'aggiudicazione contenuto nel nuovo Codice è dunque all'atto che, confermando la proposta all'esito dei prescritti controlli sui requisiti, la rende definitiva ed efficace. Conseguentemente, in coerenza con il principio di necessaria attualità e concretezza dell'interesse a ricorrere, sia la decorrenza del termine dilatorio procedimentale per la stipula del contratto che quella dei termini di impugnazione dell'aggiudicazione sono state posticipate alla comunicazione di tale atto.

L'art. 18 dispone, infatti, opportunamente, al comma 3, che «*Il contratto non può essere stipulato prima di 35 giorni dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione (...)*». Si evita così di “bruciare” la dilazione della stipula del contratto in un periodo che spesso è inferiore a quello necessario a tale verifica.

L'art. 36, sempre in coerenza con le condizioni di concretezza e attualità dell'interesse ad agire, dispone, poi, al comma 9, che «*Il termine di impugnazione dell'aggiudicazione e dell'ammissione e valutazione delle offerte diverse da quella aggiudicataria decorre comunque dalla comunicazione [evidentemente dell'aggiudicazione] di cui all'articolo 90*». La disposizione, ripresa dall'art. 209, si combina con i co. 1 e 2 dello stesso art. 36, i quali dispongono che «*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. 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».

In questo modo si reintroduce - e si rafforza - il sistema (introdotto dal codice contrattuale del 2006 e incomprensibilmente cancellato da quello del 2016) di accesso automatico e immediato (senza onere di richiesta) a tutti i verbali, dati, atti e informazioni della procedura, espressamente comprendendovi le offerte dei primi cinque candidati nelle parti che il committente non ha ritenuto di dover oscurare. Come già rappresentato sin dall'interno della Commissione, sarebbe stato opportuno per maggiore chiarezza - e, soprattutto, efficacia- dell'obbligo, la precisazione che la disponibilità di tali atti, informazioni e documenti deve essere assicurata "contestualmente alla comunicazione dell'aggiudicazione", con conseguente responsabilità dell'ufficio e del funzionario preposto in caso di inadempimento. L'obiettivo, come anticipato, è stato quello di evitare i ricorsi "al buio" (con inutile dispendio di risorse dei concorrenti e improvvisto consumo della risorsa giustizia) e di dare, sin da subito, ai concorrenti interessati le informazioni necessarie a verificare il corretto svolgimento della procedura e a contestarne eventualmente con più robustezza l'esito, con conseguente rafforzamento della effettività della tutela e, al contempo, riduzione delle parentesi istruttorie negli eventuali giudizi. A questi fini, il richiamato art. 36 introduce (forzando un po' la delega) un rito specialissimo e con tempistiche estremamente rapide per contestare - rispettivamente, da parte dell'offerente e/o da parte degli altri concorrenti - l'eventuale totale/parziale diniego di oscuramento e/o l'eventuale eccesso di oscuramento. E, naturalmente, condiziona l'ostensione degli atti o parti di atti di cui era stato chiesto l'oscuramento al decorso dei termini (10 gg) per l'impugnazione della decisione sulla relativa istanza.

È evidente, pertanto, anche da una lettura necessariamente congiunta con quella del novellato art. 120 c.p.a., che la correlazione (enunciata dal comma 9 dell'art. 36) del termine di impugnazione dell'aggiudicazione e dell'ammissione e valutazione delle offerte diverse da quella aggiudicataria alla comunicazione della prima ai sensi dell'art. 90 ha il chiaro fine di rimarcare l'insussistenza, prima di tale momento, di un interesse all'impugnazione di tali atti, fermo però restando, in base ai principi e al disposto del nuovo art. 120, che tale termine può decorrere «oppure dal momento in cui gli atti sono messi a disposizione ai sensi dell'articolo 36, commi 1 e 2, del codice dei contratti pubblici».

Dal momento che la certezza del termine di impugnazione costituisce una garanzia di effettività della tutela assolutamente irrinunciabile, anche le riportate disposizioni processuali dovrebbero peraltro essere opportunamente integrate al fine di rendere assolutamente e definitivamente chiaro che (i) la dilazione non può essere un'opzione, ma vale solo per i vizi non ancora conoscibili; (ii) si tratta di una dilazione e non di una anticipazione: quest'ultimo chiarimento è essenziale per non dare spazio a strumentali eccezioni delle amministrazioni resistenti e/o dei controinteressati sulla necessità di anticipare l'impugnazione di verbali e atti endoprocedimentali casualmente conosciuti prima della comunicazione di quello effettivamente lesivo o, all'opposto, a un atteggiamento di estrema prudenza dei ricorrenti (c.d. "contenzioso cautelativo") con sostanziale fallimento delle nuove regole dirette a evitare un inutile spreco della risorsa giustizia.

In quest'ottica, come ho già avuto occasione di suggerire, il nuovo secondo periodo del comma 2 dell'art. 120 potrebbe a questi fini essere allora più opportunamente così riformulato come segue: «Il termine decorre, per il ricorso principale e per i motivi aggiunti, dalla ricezione della comunicazione dell'atto impugnato ai sensi dell'articolo 90 del codice dei contratti pubblici oppure, se si impugnano atti diversi e non direttamente comunicati oppure si denunciano vizi conoscibili dagli atti messi a disposizione ai sensi dell'articolo 36, commi 1 e 2, del codice dei contratti pubblici, dai successivi momenti in cui tali atti sono stati effettivamente messi a disposizione». Analogamente, il comma 9 dell'art. 36 potrebbe essere opportunamente integrato con la precisazione «o dai successivi momenti in cui la stazione appaltante o l'ente concedente abbia messo a disposizione gli atti impugnati e quelli da cui sono evincibili i vizi dedotti».

In un'ottica di migliore equilibrio tra i diversi interessi (di accelerazione e di tutela giurisdizionale) andrebbe inoltre a mio avviso riconsiderata l'opportunità, già rappresentata anche nell'ambito della Commissione, di anticipare la fase di eventuale contestazione degli oscuramenti delle offerte (contro il diniego o contro l'eccesso di oscuramento) al momento della proposta di aggiudicazione, in modo da utilizzare il tempo della verifica dei requisiti per definire il pur rapidissimo rito disegnato dallo stesso art. 36 per tale contenzioso.

A questi fini occorrerebbe aggiungere alle comunicazioni di cui all'art. 90 quella della proposta di aggiudicazione e della sottostante graduatoria e prevedere la messa a disposizione degli atti di cui all'art. 36, comma 1 e

2, contestualmente a tale comunicazione, facendo decorrere da tale momento i termini per contestare le decisioni sull'oscuramento delle offerte, così che, al momento della comunicazione dell'aggiudicazione, i concorrenti abbiano già la massima disponibilità del quadro fattuale di riferimento per decidere se e come contestarla.

Insisto sul punto anche per una importante ragione di carattere sostanziale.

Ferma restando la necessità di ogni opportuna attività istruttoria e di verifica per raggiungere un risultato di qualità (soggettiva e oggettiva) dell'affidamento, è evidente invero che l'anticipazione del contenzioso sull'accesso - ma anche, e soprattutto, l'introduzione di un termine per la verifica dei requisiti e, a monte, per il rilascio delle informazioni all'uopo necessarie da parte delle autorità e degli organismi competenti - avrebbe l'ulteriore importante effetto di ridurre il ricorso agli affidamenti d'urgenza, prevista e disciplinata dall'art. 17 del nuovo Codice contrattuale, che è di fatto un altro strumento per aggirare l'istituto dello *standstill* e quel poco che resta della tutela cautelare.

Per il resto, il nuovo art. 120 ricalca formalmente o sostanzialmente le precedenti disposizioni, ivi comprese, quelle -più volte criticate -che, negli anni, hanno progressivamente limitato, anche "a regime" la tutela giurisdizionale in *subiecta* materia, togliendo spazio la tutela cautelare e costringendo i giudici a irragionevoli e inattuabili tempistiche di fissazione dell'udienza, rese peraltro vieppiù utopistiche dall'apprezzabile insistenza, al comma 6 dello stesso nuovo art. 120, sulla regola generale introdotta dall'art. 55, comma 2 c.p.a., ma purtroppo raramente rispettata, che, in caso di istanza cautelare, all'esito dell'udienza in camera di consiglio e anche in caso di rigetto dell'istanza, il giudice deve provvedere ai necessari approfondimenti istruttori (oltre che, ovviamente, come prescritto dal citato art. 55, all'integrazione del contraddittorio).

In chiusura di questa sintesi sul nuovo sistema delle tempistiche impugnatorie, merita dar conto delle difficoltà inevitabilmente derivanti dalla normativa transitoria, che "scaglionava" il momento di effettiva entrata in vigore delle disposizioni che lo compongono.

Come noto, in linea generale, le disposizioni del nuovo CCP, seppure *entrate in vigore* il 1° aprile 2023, *acquistano efficacia* il 1° luglio 2023 (art. 229, comma 2). Tra queste è compreso l'art. 209, che contiene la riscrittura degli articoli 120, 121 e 124 c.p.a.

Dette norme dovrebbero essere applicate, a partire dal 1° luglio, secondo il consueto criterio *tempus regit actum*, anche ai giudizi in corso

L'art. 226 dispone però, al comma 2, che i *procedimenti in corso* al 1° luglio continuano a essere regolati dalle disposizioni del codice contrattuale del 2016.

Ne consegue che a tali procedimenti non si applicano le disposizioni di cui all'art. 10 d.lgs. 36/23 sulla nullità/non apposizione delle clausole di esclusione ulteriori a quelle tassativamente indicate dagli artt 94 e 95.

Peraltro, l'art. 225 di tale decreto rinvia al 1° gennaio 2024 l'efficacia di numerose disposizioni, tra le quali tutte le norme (procedimentali e processuali) in materia di pubblicità e di accesso agli atti (art. 36). Mentre quelle concernenti le comunicazioni di cui all'art. 90 acquistano efficacia dal 1° luglio 2023, al pari delle disposizioni riguardanti il processo e i pareri di precontenzioso.

È stato quindi rilevato (M. Lipari, L'Amministrativista.it) che la riferita scelta legislativa è destinata a provocare qualche serio problema applicativo, con riguardo alla disciplina concernente la precisa individuazione della *decorrenza* del termine di proposizione del ricorso, che, come visto, è strettamente collegata alla nuova regolamentazione sostanziale delle comunicazioni e dell'accesso. Sicché essa potrà trovare effettiva e integrale applicazione solo quando dette regole saranno applicabili, tutte, a pieno regime.

Proprio le ragioni addotte dall'Adunanza Plenaria n. 12 del 2020 per giustificare il decorso del termine di impugnazione dall'art. 76 del d.lgs. n. 50/16 dovrebbero però valere a trasferirlo sulla comunicazione dell'aggiudicazione ai sensi dell'art. 90 del nuovo codice, fermo restando, fino all'entrata in vigore del nuovo art. 36, il regime ordinario dell'accesso agli atti non resi disponibili contestualmente a tale comunicazione. Fermo restando che non dovrebbe essere applicabile il limite di 15 gg per la richiesta di accesso introdotto in via assolutamente autonoma dall'Adunanza Plenaria in base a una lettura distorta dell'art. 79 del codice del 2006, sorprendentemente avallata dalla Corte costituzionale.

Come anticipato, l'art. 209 riproduce l'art. 121, limitandosi in sostanza a un'opera di *drafting* e di eliminazione dei riferimenti al codice contrattuale del 2006, senza intervenire (se non per un mero aggiornamento di un richiamo all'art. 121 nell'art. 123) sugli artt. 122, 123 e 125.

La novella interviene invece in modo significativo sulla disciplina della tutela risarcitoria per equivalente, dettata dall'art. 124 c.p.a.. In partico-

lare, nel sostituire integralmente tale articolo, la novella stabilisce - al suo nuovo comma 1, 3° periodo - che «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». Attraverso una norma sulla giurisdizione, il legislatore, riprendendo ed estendendo la portata di quanto disposto dal comma 4 dell'art. 5 (recante i "principi di buona fede e di tutela dell'affidamento" nell'affidamento dei contratti *de quibus*), afferma quindi, per la prima volta, il diritto del committente (si parla di stazione appaltante, ma è evidente, anche dal confronto con la corrispondente disposizione di cui all'art. 5, comma 4, che la regola vale anche per l'ente concedente) di agire in via di rivalsa - e addirittura di esperire un'azione autonoma di risarcimento - nei confronti dell'operatore economico che, ponendo in essere un comportamento illecito, abbia concorso a determinare un esito illegittimo della gara. La ragione della disposizione è espressamente ricondotta nella Relazione alla «necessità - specie in un contesto ordinamentale che vede ridurre i casi di tutela specifica mediante subentro a favore della tutela per equivalente - di esplicitare un rimedio (l'azione di rivalsa appunto) che consenta di ritrasferire almeno in parte il danno risarcito dall'amministrazione sull'aggiudicatario illegittimo che, del resto, in assenza di meccanismo di rivalsa, beneficerebbe di un arricchimento ingiusto». Come rilevato in altre occasioni, non posso non esprimere serie preoccupazioni per la riferita disposizione, che, se letta nel contesto di un sistema di tutela giurisdizionale che indebitamente privilegia la tutela risarcitoria per equivalente rispetto a quella soprassessoria e caducatoria (in evidente spregio anche alla qualità della prestazione), corre il rischio di ridurre il contenzioso sui contratti *de quibus* a una controversia tra privati. Il che, oltretutto, farebbe dubitare della *ratio* della sua attribuzione alla giurisdizione esclusiva al giudice amministrativo, che ha, invece, la sua ragion d'essere nel garantire la "giustizia nell'amministrazione", a necessaria e imprescindibile tutela dell'effettività dei principi enunciati dall'art. 97 e dalle altre disposizioni costituzionali che regolano e limitano l'esercizio del potere amministrativo. Per non dire del rischio che, con un'interpretazione allargata del concetto di illecito, le conseguenze degli errori del committente - e, a monte, dell'incertezza delle regole - siano fatte sostanzialmente ricadere in massima parte sull'aggiudicatario, disincentivando gli imprenditori a partecipare alle gare indette nel nostro Paese. La questione induce a fare un

breve accenno anche al comma 3 del medesimo art. 5, il quale dispone che «In caso di aggiudicazione annullata su ricorso di terzi o in autotutela, l'affidamento non si considera incolpevole [*recte*, non vi è legittimo affidamento: ndr] se l'illegittimità è agevolmente rilevabile in base alla diligenza professionale richiesta ai concorrenti». La disposizione sembra dare spazio a una presunzione di concorso di colpa dell'aggiudicatario illegittimo: presunzione che pone, a ben vedere, problemi di coerenza con l'enunciazione, al comma 1 dell'art. 2, del principio di fiducia "reciproca" e conferma la distonia di un sistema che, mentre tende a giustificare gli errori delle pubbliche amministrazioni e dei loro funzionari/commissari, che, pure, dovrebbero avere una specifica e adeguata competenza all'esercizio dei compiti loro precipuamente affidati, usa un opposto parametro di valutazione delle condotte degli operatori privati¹.

A chiusura del tema risarcimento, va - infine - fin da ora segnalata la previsione che, nel confermare la regola generale di cui all'art. 34, comma 4, c.p.a., secondo cui il giudice individua i criteri di liquidazione del danno, rimette però al danneggiante la formulazione di una proposta entro un termine perentorio, aggiungendo che la mancata formulazione della proposta nel termine assegnato o la significativa differenza tra l'importo ivi indicato e quello liquidato nella sentenza resa sull'eventuale giudizio di ottemperanza costituiscono elementi valutativi ai fini della regolamentazione delle spese di lite in tale giudizio, fatto salvo quanto disposto dall'art. 91, comma 1, c.p.c.

In conclusione, nonostante le ricordate - poche - modifiche *in melius* dell'art. 120 e l'attenzione della giurisprudenza a non abdicare al poterdovere di bilanciamento dei diversi interessi tipico della tutela cautelare, il complessivo contesto sopra descritto, con la progressiva estensione delle norme formalmente eccezionali di riduzione della tutela caducatoria e soprassessoria, spinte addirittura a chiamare di fatto il giudice responsabile dei ritardi nel rispetto degli obblighi assunti con il PNRR, fa sempre più temere per una grave e sostanziale regressione della tutela giurisdizionale in questa e in altre materie che, pure, hanno una estrema importanza per la tenuta e la ripresa del Paese e nelle quali, di conseguenza, non è possi-

¹ È il tema più generale delle autocertificazioni, su cui si rinvia a M.A. SANDULLI, *La semplificazione della produzione documentale mediante le dichiarazioni sostitutive di atti e documenti e l'acquisizione d'ufficio (art. 18, l. n. 241 del 1990 s.m.i. e d.P.R. n. 445 del 2000 s.m.i.)* in *Principi e regole dell'azione amministrativa*, II ed., Milano, 2020 e in *Giustiziainsieme.it*, 2020.

bile prescindere dal rispetto delle regole sostanziali, essenziale per la fiducia degli operatori e degli investitori.

