

I principi del nuovo Codice dei contratti pubblici : tra conservazione e innovazione

A distanza di meno di dieci anni dall'entrata in vigore dell'ancora vigente apparato normativo della contrattualistica pubblica, il dlgs n. 50/2016, si è sentito il bisogno di adottare un "nuovo" testo unico dei contratti pubblici per cui è d'obbligo chiederci del perché di tale scelta o se si vuole della ritenuta opportunità di procedere ad un corposo restyling dell'attuale disciplina, un restauro che non è solo di tipo formale ma anche sostanziale

La risposta immediata e quella più appariscente del perché (e perché proprio ora) si è proceduto a tanto la si ritrova nel fatto che è l'Europa a chiederci, anzi ad imporci la percorrenza di una siffatta strada, allorchè l'Italia si è assunta all'atto di presentazione del PNRR i vari impegni previsti da siffatte misure tra cui proprio quello di varare la riforma del testo unico dei contratti pubblici. A ciò si aggiunga che l'esigenza di rinnovare l'armamentario normativo di disciplina della materia si (im)poneva anche per adeguare l'ancor vigente codice alla giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea e alle direttive comunitarie.

E già questo, giusto per cogliere direi prima facie le ragioni di una riforma nella misura appena approvata non è cosa di poco conto, tutt'altro;

Ma, a ben vedere, gli assunti interpretativi resi dalle corti d'oltralpe che impongono la rivisitazione di alcuni istituti della materia e i diktat imposti dalla finanza europea sono sì ragioni apprezzabili e quasi inevitabili ma non sono il solo motivo che hanno spinto Governo e Parlamento a mettere mano all'opera

di revisione, ancora una volta e anche in questa occasione funditus, dell'impianto normativo che regola una materia di così fondamentale importanza per lo sviluppo economico - sociale (e non solo) del nostro Paese, così come avvenne per il codice De Lise che pure per i suoi tempi aveva non poche pregevolezze.

Diciamocelo: sullo sfondo v'è qualcosa di più e soprattutto di più consistente rispetto ai fattori di riforma posti ab externo del sistema . Bisogna allora fare riferimento alle "voci di dentro", quelle che attengono all'in sé della disciplina vigente in relazione alle quali la materia è stata giudicata meritevole di rivisitazione.

La prima sensazione che si ha è che si è in primis voluto porre in essere, come poi efficacemente avvenuto , un'opera di sostanziale semplificazione o diciamo di snellimento dell'attuale disciplina volta ad eliminare alcune incrostazioni identificabili in una farraginosità o comunque appesantimento di alcuni meccanismi procedurali

Eh sì perché, in concreto l'impostazione di un nuovo assetto normativo trova la sua scaturigine in una situazione di non ottimale gestione delle procedure imputabile, questa, non tanto ad imperizia degli amministratori, ma alla vischiosità della disciplina, con conseguenti anomalie e difficoltà operative come rilevate dagli operatori del settore, percepite dal senso comune in relazione ai tempi e ai risultati delle procedure di affidamento dei contratti e testate dalla giurisprudenza . Tutto ciò in un lasso di tempo per il vero non particolarmente ampio ma che è stato sufficiente a farci rendere conto che la disciplina sinora applicata, quanto meno con riferimento ad alcuni istituti più in uso (si pensi all'avvalimento , al subappalto) non si è rivelata adeguatamente soddisfattiva degli interessi coinvolti nella

materia, quelli pubblici e quelli privati, tutti costituzionalmente tutelati, in un'azione amministrativa non perfettamente consona ai canoni dell'Art. 97 della Costituzione ma neppure a quelli consacrati dall'art. 41 della carta costituzionale.

In particolare ci si è resi conto della esistenza e persistenza di un impianto regolatorio non molto duttile, suscettibile, quanto ad applicazione ed interpretazione a soluzioni alquanto variegata e soprattutto un po' deficitario in relazione ai risultati da cogliere, con una sorta di stallo tecnico - amministrativo che in un contesto del fare un Paese moderno al giorno d'oggi anche in vista della realizzazione di un notevolissimo numero di opere oggetto degli obiettivi recati dal PNRR non può assolutamente permettersi.

E allora senza aulicità o preziosismi, diciamo pure che è accaduto quello che avviene nell'agire comune.

E' esattamente come un immobile che ha bisogno di una corposa opera di restauro o un'automobile il cui motore unitamente alla carrozzeria comincia ad arrancare.

S'imponesse e si impone un intervento che, prendendo ad ausilio le categorie edilizie sicuramente consone a dare idonea contezza della cosa, va dalla manutenzione ordinaria, a quella straordinaria, fino, almeno per alcuni punti, alla ristrutturazione anche pesante

Diciamo allora che c'era bisogno di un po' di questo e di quello e cioè le modifiche introdotte dal dlgs n. 36/2023 devono e vanno ad incidere sull'assetto ordinamentale della materia con effetti nel contempo di conservazione e di innovazione, con una operazione che va da un lato a consolidare alcuni elementi

dell'attuale testo unico ancora vitali e funzionanti e dall'altro lato a rinnovare e sostituire altri elementi rivelatisi abbisognevole di una opportuna revisione, in una operazione di cucì e scucì oltremodo corposa per quantità e qualità

E' evidente che sullo sfondo vengono prepotentemente in rilievo quelle indifettibili esigenze di chiarezza, semplificazione, tempestività e pragmatismo da perseguire con un assetto normativo della materia idoneo ad assicurarne la realizzazione

E allora ed è proprio il caso di dire in via prioritariamente logica, due semplici domande

La prima

L'impianto normativo recato dal dlgs n. 36 /2023 in concreto per come configurato risponde appieno alle esigenze di funzionalità ed efficacia sopra accennate ?

Beh, mi sento senz'altro di formulare un giudizio prognostico positivo.

Il nuovo codice ha tutte le carte in regola per produrre frutti fecondi in termini di chiarezza , trasparenza, tempestività ed efficacia della gestione delle procedure di gara e del tutto in grado di accompagnare , possiamo dire utilmente, passo dopo passo come si legge nella relazione illustrativa del testo unico gli amministratori e gli operatori economici in tutte le fasi di gestione di queste procedure, dalla programmazione e progettazione, alla esecuzione del contratto.

Diamo a Cesare quel che è di Cesare e allora dobbiamo prendere atto che vi sono novità più che positive che connotano questo corpus normativo : la riorganizzazione sistematica della

materia, la digitalizzazione dell'intero ciclo di vita dell'appalto, l'abbandono delle linee guida dell'ANAC, la riduzione di norme di eccessivo dettaglio e cosa che balza prepotentemente agli occhi del lettore l'incipit semplice ma di particolare significato di tutta l'opera, costituito dalla elencazione e illustrazione dei principi fondamentali che devono essere perseguiti e ai quali occorre necessariamente uniformarsi in sede applicativa ed interpretativa delle dettate prescrizioni

Si potrebbe obiettare, a voler essere piuttosto "severi" se non un po' cattivelli, a quest'ultimo proposito che tutto sommato si è trattato di una trasposizione in diritto positivo di *regulae iuris* indicate dalla giurisprudenza e che in fondo basterebbe ben tenere presente e non trascurare l'input di cui all'art. 97 della Costituzione

Così non è.

Spezziamo volentieri una lancia in favore del nuovo testo unico. Ben sappiamo che su tanti istituti contemplati dal dlgs n. 50/2016 si sono avuti, in giurisprudenza avvisi interpretativi abbastanza variegati se non contrastanti e ciò sia in primo grado che in appello e questo disorienta l'amministratore, instilla sfiducia nell'operatore economico e in definitiva nuoce a tutto il sistema ordinamentale

Ben venga allora un'attività di codificazione che in maniera netta ed inequivocabile fissi le norme fondanti e fondamentali della contrattualistica pubblica, quelle per intenderci in *apicibus*, alle quali non è possibile derogare nelle operazioni di applicazione e interpretazione della disciplina di riferimento

E ora la seconda domanda.

E' da chiedersi : le previsioni recate dal titolo I Parte Prima , quelle che fissano i principi generali, sono un libro dei sogni, una sorta di panacea per la soluzione delle varie problematiche applicative ed interpretative o ancora un semplice vademecum ?

Né l'uno né l'altro e neppure l'altro ancora : sono solo uno strumento tecnico da utilizzare ovviamente cum iudicio, quello stesso buon senso che il gran cancelliere Ferrer raccomandava al suo cocchiere per farsi largo (e salvare la propria incolumità) tra la folla tumultuosa dell'assalto ai forni, di manzoniana memoria .

Questo testo unico ha uno scopo ben preciso, quello di facilitare e agevolare al massimo per gli operatori del settore le attività di comprensione e di gestione della materia e non ultimo approntare anche sotto il versante del contenzioso una più efficace tutela per il privato.

Meritoriamente per raggiungere dette encomiabili finalità la Commissione preposta alla redazione ha configurato per il nuovo testo unico plurime vesti : si va dalla legge- cornice al pratico prontuario per l'operatore, insomma, se mi consentite un tocco alla Maradona e un tackla alla Gattuso

Scendendo ora nello specifico, una qualche si spera utile considerazione in ordine al contenuto dei primi tre articoli del dlgs n. 36/ 2023 recanti un incipit del tutto nuovo e direi dirompente : la previsione dei principi ispiratori del codice, risultato, fiducia, accesso al mercato.

Questi principi vengono affermati con note forti e chiare e con un tono per così dire perentorio che sta a significare come il

legislatore ci ha inteso consegnare tre paradigmi assolutamente indefettibili nella gestione della materia.

La riprova del ruolo assolutamente fondamentale di queste tre norme e della loro portata direttamente precettiva trova la sua più illuminante e illuminata conferma nella disposizione di chiusura contenuta dall'art. 4 secondo cui "le disposizioni del codice si interpretano e si applicano in base ai principi di cui agli artt. 1,2 e 3".

A ben vedere i principi di cui al primo e al secondo articolo, quello del risultato e quello della fiducia agiscono su due piani :
a) sono invero messaggi culturali, volti a dare una svolta all'agire amministrativo in questo settore. La cultura del fare e dell'operatività e l'abbandono del clima di sospetto che da sempre ha accompagnato la materia;

b) nel contempo non siamo in presenza per così dire formule "evanescenti e pure" : tutt'altro sono criteri interpretativi e direttamente applicativi e giustiziabili, invocabili sia da parte della p.a. a difesa del suo operato sia da parte del privato a dimostrazione della illegittimità della procedura le quante volte non siano stati compiutamente osservati.

In concreto, per il principio del risultato, si può ben dire che tutti gli adempimenti di attuazione della disciplina in questione sono funzionali all'ottenimento del risultato.

Si potrà osservare : ma in realtà quello del risultato è un obiettivo da sempre perseguito dalla P.A sicchè nihil sub sole novi.

Già, ma altro è la connotazione di un valore per così dire implicito e deducibile dal disposto di cui all'art. 97 Costituzione,

altro ancora è la codificazione di un tale obiettivo che diventa regola iuris cogente e parte integrante della fisiologia ed eventualmente della patologia dell'azione amministrativa.

Il risultato diventa criterio prioritario dell'esercizio discrezionale e giustificazione motivazionale della scelta fatta dal funzionario e quindi assume il ruolo e la funzione di elemento di fatto e di diritto essenziale e qualificante per la gestione delle procedure, alla stessa stregua degli altri elementi e per ciò stesso come verifica della corretta gestione o del malgoverno delle procedure nonché come misura della responsabilità del funzionario.

Stesso messaggio culturale e nel contempo precetto operativo assume la previsione di cui all'art.2 recante il principio di fiducia.

Tale termine nel suo significato etimologico sta ad evidenziare un atteggiamento positivo nelle relazioni con gli altri, confidandosi nell'altrui correttezza e affidamento con conseguente produzione di sicurezza e tranquillità

Ecco basta trasporre questa questo significato concettuale nel campo giuridico- amministrativo per dover prendere atto che questa iniezione di fiducia non è affatto un orpello retorico.

Se il legislatore ha voluto introdurre questo concetto di reciproca fiducia nell'azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione, dei suoi funzionari e degli operatori economici, ci sarà un perché (come recita una nota canzone) ed è rinvenibile nella avvertita esigenza di rimuovere o almeno ridurre in termini accettabili il deleterio fenomeno che purtroppo spesso accompagna l'agire degli apparati pubblici che conosciamo tutti, come singoli utenti della pubblici servizi, prima

ancora che come addetti ai lavori, quel clima di sospetto che contraddistingue l'esercizio dell'attività pubblica e che ha favorito il proliferare della c.d. burocrazia difensiva produttiva di inerzia e immobilismo. Per il vero qui si va oltre: a ben vedere questi sono principi e precetti che valgono universalmente, per tutto l'agire della p.a. e non solo per il settore dei pubblici contratti. sicchè quasi sicuramente saranno invocati anche in occasione di contestazione giudiziale di altre procedure; di qui il carattere generale se non generalissimo di una siffatta disciplina, quasi una legge cornice, complementare ed integrativa della normativa sul procedimento recata dalla 241/90

Insomma se non si è in presenza certo di una rivoluzione copernicana, nondimeno la valenza per così dire etica e pragmatica della previsioni legislative di cui agli artt. 1,2 e 3, in specie quella relativa al principio del risultato riveste una notevolissima importanza, anche perché questo stesso prioritario criterio dovrà essere preso in debita considerazione dal giudice amministrativo chiamato eventualmente a vagliare l'operato della p.a. lì dove dovrà assumere siffatti principi come criteri discretivi per stabilire la legittimità o illegittimità delle procedure relative all'affidamento dei contratti pubblici. E d'altra parte ci sono previsioni legislative chiare e forti e delle stesse non può non tenersi conto in tutte le sedi deputate.

Mi avvio alla conclusione .

Dell'utilità e della buona riuscita dell'operazione posta in essere con il corpus normativo di cui al dlgs n. 36/2023 siamo credo tutti positivamente convinti, anche se i concreti successi della normativa li vedremo per dirla sempre con altro noto motivo canoro.. solo vivendo.

Ma questo si sa rientra nel normale andamento delle cose ,
senza che ci si debba esaltare per le novità introdotte ma
neppure abbattere e soprattutto tenendo sempre presente la
stella cometa dell'agire dei pubblici poteri, il bene comune.

Grazie dell'attenzione

Andrea Migliozi

Presidente TAR Emilia Romagna sede di Bologna