



La nuova disciplina dei contratti pubblici

Commento al D.Lgs. 31 marzo 2023, n. 36

a cura di

Brunella Bruno, Marco Mariani, Emilio Toma



Giappichelli

Gli Autori

- Adesso Carmelina: *Consigliere di Stato* [focus n. 1]
- Ancora Luciano: *Avvocato amministrativista* [focus n. 3]
- Angelini Gianluca: *Avvocato, Responsabile Area Civile e Lavoro, Direzione Legale Acquedotto Pugliese s.p.a.* [cap. VI]
- Annetta Massimiliano: *Avvocato penalista, Docente di diritto penale e direttore del Master Universitario in Compliance degli enti presso Università IUL* [focus 9]
- Annibali Angelo: *Avvocato amministrativista* [cap. X, par. 1]
- Aureli Fabrizia: *Avvocato amministrativista* [cap. IX, focus n. 5, 11]
- Balducci Pierluigi: *Avvocato amministrativista* [cap. VIII]
- Blando Roberta: *Avvocato amministrativista, dottoranda in Teoria dei Contratti, dei Servizi e dei Mercati, Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"* [cap. X, par. 2]
- Bruno Brunella: *Consigliere di Stato e Giudice tributario* [cap. IV]
- Carbonara Antonio: *Ingegnere, Responsabile Area Interventi Reti, Informatizzazione e Opere Connesse PNRR, Direzione Industriale – Acquedotto Pugliese s.p.a.* [cap. V]
- Carparelli Ottavio: *Avvocato, dirigente Avvocatura del Comune di Fasano* [cap. X, parr. 5 e 6]
- de Marco Nicolò: *Avvocato amministrativista* [cap. XVI, par. 5]
- Del Pace Miria: *Avvocato amministrativista* [cap. XV]
- Di Carlo Daniela: *Consigliere di Stato* [focus n. 7]
- Di Lecce Sabina Ornella: *Avvocato amministrativista* [cap. XVI, par. 4]
- Di Paola Luigi: *Avvocato, Contract & Subcontract Management Vice President Tecnimont s.p.a.* [cap. XVI, par. 6]
- Faviere Marcello: *Magistrato amministrativo* [cap. VII, focus n. 12]
- Ghiribelli Annalisa: *PhD in Diritto costituzionale, Dirigente pubblico* [cap. XII, par. 2]
- Maggio Ida Carla: *Avvocato, PhD in Diritto processuale civile, Contract & Legal Claim Analyst Tecnimont s.p.a.* [cap. XVI, par. 6]
- Mariani Marco: *socio fondatore Studio legale associato Catte Mariani, Presidente Commissione "Administrative and Regulatory Law" dell'UIA* [cap. I, cap. XII, par. 1]
- Miele Gianmarco: *Avvocato specializzato in ambito di Diritto civile e amministrativo* [cap. XIII]

- Miele Pierfrancesco: *Avvocato Amministrativista, dottorando di ricerca in diritto amministrativo* [cap. II]
- Miele Tommaso: *Presidente aggiunto della Corte dei conti, Presidente della Sezione giurisdizionale della Corte dei conti per il Lazio, Direttore del Servizio Massimario e della Rivista della Corte dei conti* [cap. XIV]
- Papa Loredana, *Avvocata amministrativista* [cap. XI]
- Rodio Nico Lorenzo: *Avvocato Amministrativista, dottorando in Economia e Finanza delle Amministrazioni Pubbliche – Università degli Studi “Aldo Moro” di Bari* [focus n. 4]
- Rodio Raffaele Guido: *Ordinario di Diritto costituzionale, Università degli Studi “Aldo Moro” di Bari, avvocato amministrativista* [capp. XVII, XVIII]
- Santini Matilde: *Avvocato amministrativista* [focus 10]
- Savino Pietro Giorgio: *Direttore Legale Acquedotto Pugliese s.p.a.* [cap. X, parr. 3, 4]
- Tallini Valerio: *Docente di Diritto Amministrativo nell’Università della Tuscia, Avvocato amministrativista* [cap. IX; focus 1, 5, 8, 10, 11]
- Tamburrino Francesco: *Avvocato amministrativista* [cap. XII, parr. 3, 4]
- Tempesta Giuseppe: *Avvocato amministrativista con specializzazione in diritto dell’Unione Europea* [cap. III]
- Toma Emilio: *Avvocato amministrativista* [cap. XVI, parr. 1, 2, 3; focus 6]
- Vescio di Martirano Valentino: *Dirigente Avvocato, Coordinatore Avvocatura Asl Roma 5, Docente a contratto in Diritto Amministrativo delle Nuove Tecnologie, Università “Guglielmo Marconi” di Roma* [focus 13]
- Višnjić Adela: *Avvocato, Contract & Legal Claim Junior Analyst Tecnimont s.p.a.* [cap. XVI, par. 6]

Capitolo I

Il lungo cammino verso il nuovo Codice dei contratti pubblici

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L’evoluzione della normativa dell’Unione Europea. – 3. La normativa italiana.

1. Introduzione

Il Codice dei contratti pubblici (D.Lgs. 31.3.2023, n. 36) entrato in vigore il 1° aprile 2023 costituisce l’ultimo approdo normativo di convergenti esigenze nazionali ed eurounitarie.

Il principale mezzo con cui l’Unione Europea ha cercato di creare prosperità e di consolidare la pace in Europa è la creazione di un **mercato unico** attraverso l’eliminazione delle barriere commerciali¹.

¹ La creazione di prosperità attraverso il commercio si basa sulla premessa che l’apertura dei mercati alla concorrenza straniera migliorerà il benessere economico. In Europa, la prosperità economica era vista anche come un mezzo primario per il raggiungimento della pace: si riteneva che una stretta dipendenza economica commerciale avrebbe potuto (ed in effetti così è stato) ridurre il rischio di future ostilità. La rimozione delle barriere al commercio nei mercati governativi è un aspetto di questa politica di rimozione delle barriere commerciali, ed è questa che fornisce la logica e la base giuridica del regime dell’UE sugli appalti pubblici. La logica che sta alla base della creazione del mercato unico in generale è la teoria del vantaggio comparato elaborata da Ricardo. Si tratta di una teoria fondamentale alla base della maggior parte degli accordi di libero scambio. In breve, essa afferma che sia il benessere economico totale del gruppo di libero scambio che quello di ogni singolo paese saranno massimizzati dal libero commercio tra i membri: tale libero commercio porta ogni Stato a specializzarsi in quei settori in cui ha un vantaggio comparativo, con il risultato di un uso più efficiente delle risorse e quindi di un aumento della ricchezza. Secondo la teoria del libero mercato, le leggi della domanda e dell’offerta – la “mano invisibile” del mercato – opereranno per produrre questa allocazione ottimale delle risorse se alle persone è permesso di commerciare liberamente in ambito transfrontaliero. Oltre ai benefici derivanti dagli scambi commerciali, la specializzazione basata sul vantaggio comparativo produce anche altri vantaggi, tra cui la capacità delle imprese di sfruttare le economie di scala che si ottengono servendo mercati

Le gestioni degli appalti pubblici che non consentono la **libera concorrenza** di operatori economici di altri Stati per servire il mercato pubblico sono una possibile fonte di distorsione degli scambi commerciali e quindi possono essere dannose per la massimizzazione del benessere economico nazionale e globale. Si possono individuare diversi tipi di pratiche che rientrano in questa categoria:

1. protezione dell'industria che non gode di un vantaggio comparato;
2. protezione delle industrie potenzialmente competitive;
3. sostegno agli obiettivi sociali e ambientali;
4. sicurezza nazionale;
5. corruzione e clientelismo;
6. assenza di pressioni commerciali;
7. mancanza di trasparenza;
8. procedure di affidamento inefficienti.

più vasti e gli effetti dinamici (come una maggiore innovazione di prodotto) di una maggiore concorrenza. La teoria suggerisce anche che gli Stati beneficerebbero economicamente dell'apertura dei loro mercati anche se lo fanno unilateralmente, cioè senza ricevere un accesso reciproco ai mercati esteri. Per molti, l'idea che si possa guadagnare economicamente eliminando la protezione dell'industria nazionale o non erigendo barriere per proteggere la nuova industria nazionale sembra controintuitiva. Forse è più facile comprendere come ciò possa avvenire concentrandosi sui costi del protezionismo, piuttosto che sui meri benefici della concorrenza. I benefici del protezionismo sono certamente molto visibili in termini, ad esempio, di creazione o conservazione di posti di lavoro nelle attività protette e di creazione o conservazione di profitti nelle imprese nazionali. Tuttavia, ci sono anche dei costi. Per esempio, la protezione dell'industria nazionale influisce negativamente sulla qualità e sul prezzo dei prodotti di quell'industria, sia per i consumatori sia per le imprese che li utilizzano. La teoria economica del libero scambio afferma che i costi superano i benefici in termini puramente economici. Comunque anche la teoria del libero scambio è controversa sotto vari aspetti. Inoltre, anche i suoi più forti sostenitori non sono a favore di un libero scambio illimitato e accettano che alcuni limiti siano auspicabili. Possiamo anche notare che non è solo l'impatto del libero scambio in sé che può avere effetti negativi sugli interessi "non commerciali", ma anche i particolari mezzi scelti per raggiungerlo. Nel settore degli appalti pubblici una critica talvolta mossa all'applicazione del principio di trasparenza come mezzo per combattere la discriminazione nei confronti delle imprese e dei prodotti stranieri è che impedisce agli Stati di utilizzare la discrezionalità negli appalti che, in alcune circostanze, potrebbe migliorare il rapporto qualità-prezzo negli appalti, o che richiede l'uso di metodi di appalto che non sono efficienti in termini di costo del processo, il che può, a sua volta, influire sul rapporto qualità-prezzo dissuadendo le imprese migliori dal partecipare agli appalti pubblici. Tuttavia, anche i governi che accettano in linea di principio l'auspicabilità di un significativo libero scambio, spesso non aprono unilateralmente i loro mercati. Gran parte della spiegazione di ciò risiede nel fatto che, anche per i governi che accettano i benefici del libero scambio, spesso ci sono difficoltà all'interno del sistema politico: in larga misura, ciò è dovuto al fatto che i costi del libero scambio sono più visibili all'opinione pubblica rispetto ai benefici, e sono anche concentrati nel loro impatto su individui o comunità specifiche che hanno un incentivo ad agire politicamente (attraverso l'esercizio del voto o con altri mezzi). D'altra parte, i costi della protezione, in termini di prezzi più alti, sono ampiamente distribuiti tra i consumatori e le imprese, e sono spesso troppo nascosti. Consumatori e delle imprese e sono spesso troppo nascosti e limitati nel loro impatto sui singoli individui per influenzare il loro comportamento politico.

Le politiche di apertura dei mercati pubblici al libero scambio si basano, invece, sull'idea che un contributo importante alla crescita economica deriva dalle dimensioni di questi mercati. La Commissione europea ha recentemente stimato che gli appalti pubblici rappresentano circa il 14% del PIL dell'UE (in valori assoluti, circa 2 miliardi di euro all'anno)² ed è dunque evidente la crucialità dell'affermazione di un mercato di libero scambio europeo degli stessi.

2. L'evoluzione della normativa dell'Unione Europea

Il sistema normativo che l'UE ha creato per attuare la politica del mercato interno negli appalti pubblici deriva principalmente da due fonti, rispettivamente di rango primario e derivato:

- A) il Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE) (già Trattato che istituisce la Comunità europea – TCE), e
- B) le Direttive sugli appalti.

Per quanto riguarda la prima, il **TFUE** contiene norme generali che, tra l'altro, vietano a ciascuno Stato membro di porre in essere politiche e atti discriminatori verso gli altri.

Alcune disposizioni del TFUE vietano, in generale, le azioni governative che producono discriminazione nei confronti di imprese o prodotti di altri Stati membri, e questo include gli appalti pubblici discriminatori.

Questi principi del TFUE hanno un effetto diretto, cioè sono vincolanti per i

² Fonte: https://single-market-economy.ec.europa.eu/single-market/public-procurement_en. La spesa per gli appalti pubblici in percentuale del PIL è aumentata leggermente in tutta l'OCSE nell'ultimo decennio, passando dall'11,8% del PIL nel 2008 al 12,6% del PIL nel 2019. La pandemia da COVID-19 ha portato a un'impennata degli appalti pubblici in rapporto al PIL nel 2020. Tra i 22 Paesi OCSE-UE per i quali sono disponibili dati, gli appalti pubblici sono aumentati dal 13,7% del PIL nel 2019 al 14,9% del PIL nel 2020. Questi aumenti sono dovuti sia all'acquisto di beni e servizi da parte dei governi per sostenere le loro risposte alla COVID-19, sia alla diminuzione del PIL a causa della crisi. Gli appalti pubblici come quota della spesa pubblica totale sono diminuiti in tutti i Paesi OCSE rispondenti di 1-2 punti percentuali nel 2020 rispetto al 2019. Questo perché la spesa pubblica non legata agli appalti è cresciuta più rapidamente di quella legata agli appalti. I pacchetti di sostegno forniti dai governi in risposta alla pandemia hanno aumentato drasticamente la spesa pubblica totale (53,6% del PIL nei Paesi OCSE-UE in media nel 2020). La distribuzione tra la spesa complessiva per gli appalti pubblici dei governi centrali e subnazionali rimane sostanzialmente invariata, con il 64% della spesa per gli appalti dei Paesi OCSE-UE che avviene a livello subnazionale. Gli appalti pubblici sono utilizzati in tutte le funzioni di spesa del governo, dalla sanità alla protezione dell'ambiente, all'ordine pubblico e agli affari economici (compresi infrastrutture, trasporti, comunicazioni, energia e ricerca e sviluppo). La spesa sanitaria ha rappresentato la quota maggiore della spesa in appalti pubblici, con una media del 29,3% nei Paesi OCSE nel 2019.

governi degli Stati membri e possono essere applicati nei loro confronti³. Va inoltre affermato che queste disposizioni del TFUE si applicano in linea di principio a tutti gli appalti aggiudicati dagli enti pubblici. Ciò dunque riguarda anche gli appalti che non rientrano nell'ambito di applicazione delle Direttive UE (ad esempio, perché il loro valore è inferiore alle soglie finanziarie di rilievo europeo: è il fenomeno dei c.d. contratti sotto soglia).

Le più significative disposizioni sono:

- l'art. 34 del TFUE (*ex art. 28 del TCE*) sulla libera circolazione delle merci (*ex art. 30*);
- l'art. 56 del TFUE (*ex art. 49 del TCE*) sulla libera prestazione di servizi (*ex art. 59*);
- l'art. 49 (*ex art. 43 del TCE*) sulla libertà di stabilimento (*ex art. 52*).

Nell'ambito di tale contesto proconcorrenziale, vanno qui ricordati altri principi che ne sono corollari, come la parità di trattamento, la non discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità, la trasparenza. Sono altresì rilevanti i principi della riservatezza e dell'efficienza.

Il TFUE vieta inoltre agli Stati membri di fornire assistenza alle imprese ("aiuti di Stato"), tranne che in determinate circostanze. L'aggiudicazione di un appalto pubblico può costituire un aiuto di Stato illegale ai sensi del TFUE quando il contratto non ha la natura di operazione commerciale⁴.

Comunque, va chiarito che una misura considerata un ostacolo agli scambi ai sensi degli artt. 34, 49 o 56 del TFUE (*ex artt. 28, 43 o 49 del TCE*, rispettivamente) non è automaticamente vietata. Infatti ci sono molte ragioni legittime per cui gli Stati possono desiderare di limitare l'accesso ai loro mercati⁵.

Esistono due tipi di giustificazioni che possono essere addotte nell'ambito delle norme sulla libera circolazione: le deroghe esplicite⁶ e le limitazioni implicite⁷. L'UE ha inoltre adottato una Direttiva speciale sui mezzi di ricorso⁸.

³ Tuttavia, questi principi del TFUE sono stati considerati insufficienti per aprire i mercati degli appalti. In particolare, si è ritenuto necessario che gli appalti siano assegnati con procedure trasparenti, in modo che le autorità che aggiudicano gli appalti pubblici non potessero mascherare eventuali comportamenti discriminatori sotto un manto di discrezionalità. Inoltre, sono state ritenute auspicabili disposizioni speciali per garantire che le regole potessero essere applicate efficacemente dagli offerenti danneggiati. Per garantire ciò, l'UE ha adottato Direttive che regolano le procedure di aggiudicazione degli appalti più importanti, che prevedono, per esempio, che gli Stati pubblicizzino i loro contratti in tutta Europa e aggiudicarli solo con criteri "commerciali".

⁴ Ad esempio, quando lo Stato paga a un appaltatore a un prezzo superiore a quello di mercato.

⁵ Ciò può avvenire, ad esempio, per impedire l'importazione di prodotti non sicuri o che danneggiano la salute o l'ambiente – e che l'interesse al libero accesso al mercato deve essere bilanciato con questi altri interessi. La questione di come debba essere esattamente raggiunto questo equilibrio tra commercio e altri interessi nazionali è uno dei più difficili per i regimi commerciali.

⁶ L'art. 36 del TFUE (*ex art. 30 del TCE*) consente agli Stati membri di derogare all'art. 34 del TFUE (*ex art. 28 del TCE*) per motivi di "moralità pubblica o di ordine pubblico". L'art. 34 del

Passando ad esaminare, sia pur nella necessaria sintesi propria di questo lavoro, la **normativa eurounitaria di rango derivato**, possono essere individuate nel tempo cinque fasi distinte di attività legislativa e di riforma, a cui corrispondono quattro generazioni di Direttive⁹, come segue:

I) La storia delle Direttive che regolano le procedure di aggiudicazione degli appalti risale al 1971, quando fu adottata una Direttiva per regolare gli appalti di lavori pubblici (Direttiva 71/305/CEE). Nel 1977 è stata adottata una Direttiva che applica regole simili agli appalti pubblici di forniture (Direttiva 77/62/CEE).

II) Tra la fine degli anni '80 e l'inizio degli anni '90 si è assistito a un'ondata di riforme degli appalti pubblici, che perseguivano l'obiettivo della Commissione europea di completare il mercato unico entro il 1992¹⁰.

TFUE (ex art. 28 del TCE) per motivi di “moralità pubblica, ordine pubblico o pubblica sicurezza, tutela della salute e della vita delle persone, degli animali o delle piante; tutela della salute e della vita delle persone, degli animali o delle piante; la tutela del patrimonio nazionale avente valore artistico, storico o archeologico; o la protezione del patrimonio industriale e commerciale”. Il ricorso alle deroghe è soggetto a una serie di condizioni.

⁷ Anche quando non si applica una deroga esplicita del TFUE, la Corte di Giustizia della UE (CGUE) ha riconosciuto che una misura non viola l'art. 34 TFUE (ex art. 28 del TCE) se può essere giustificata sulla base di una serie di altri motivi di interesse pubblico – definiti “requisiti obbligatori” – riconosciuti dalla CGUE. Questi includono la protezione dei consumatori, la tutela dell'ambiente, l'efficacia della vigilanza fiscale e il miglioramento delle condizioni di lavoro. Si tratta di un elenco non esaustivo che la CGUE può ampliare se ritiene opportuno riconoscere un interesse particolare. Tali misure sono inoltre soggette al principio di proporzionalità. Gli artt. 49 e 56 TFUE (ex artt. 43 e 49 del TCE), allo stesso modo, sono inapplicabili quando le misure possono essere giustificate da considerazioni di interesse generale riconosciute dalla CGUE.

⁸ Direttiva 2007/66/CE.

⁹ Le Direttive di “prima generazione” sono: 1. Direttiva 71/305/CEE (appalti di lavori pubblici), 2. Direttiva 77/62/CEE (appalti pubblici di forniture), 3. Direttiva 80/767/CEE (alcune amministrazioni aggiudicatrici). Le Direttive di “seconda generazione” sono: 1. Direttiva 89/440/CEE (appalti di lavori pubblici), 2. Direttiva 92/50/CEE (appalti pubblici di servizi), 3. Direttiva 93/36/CEE (appalti pubblici di forniture), 4. Direttiva 93/37/CEE (appalti pubblici di lavori). Le Direttive di “terza generazione” sono: 1. Direttiva 2004/17/CE (appalti nei settori idrico, energetico, trasporto e servizi postali), 2. Direttiva 2004/18/CE (appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi). Le Direttive di “quarta generazione” sono: 1. Direttiva 2014/24/UE (appalti pubblici nei settori ordinari, che abroga la Direttiva 2004/18), 2. Direttiva 2014/25/UE (appalti degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, c.d. settori «speciali», che abroga la Direttiva 2004/17), 3. Direttiva 2014/23/UE (aggiudicazione dei contratti di concessione).

¹⁰ Questa fase ha riguardato: A) le revisioni della Direttiva 71/305/CEE sui lavori e della Direttiva 77/62/CEE sulle forniture (rispettivamente nel 1989 e nel 1988, con le Direttive 89/440/CEE sui lavori e 88/295/CEE sulle forniture), per apportare alcuni miglioramenti a tali Direttive. Nel 1993 le varie disposizioni in materia di lavori e forniture sono state riunite in due testi consolidati (che hanno introdotto anche alcune piccole modifiche) la Direttiva 93/36/CEE sugli appalti di forniture e la Direttiva 93/37/CEE sui lavori pubblici. B) L'estensione del sistema normativo agli appalti di lavori e forniture aggiudicati in settori precedentemente esclusi: a tal proposito va citata la Direttiva 90/531/CEE, relativa agli appalti di lavori e forniture aggiudicati nei settori “di pubblica utilità”

III) In una terza tornata legislativa, le Direttive sulle procedure di aggiudicazione sono state modificate alla luce del fatto che l'UE e i suoi Stati membri erano diventati parte del nuovo Accordo sugli appalti pubblici (AAP) dell'Organizzazione Mondiale del Commercio (OMC, o WTO nell'acronimo inglese)¹¹.

IV) Negli anni '90 è stato attuato un ampio programma di riforme, che ha portato a sostanziali revisioni e consolidamenti. Nel 1996 la Commissione europea ha prodotto un Libro Verde (Gli appalti pubblici nell'Unione Europea: esplorare la via da seguire per avviare un dibattito sulla politica degli appalti pubblici). Questa pubblicazione, tuttavia, non prevedeva cambiamenti di ampia portata. Piuttosto, il Libro Verde affermava che "È stato definito un quadro legislativo completo sugli appalti pubblici" e che "è auspicabile un periodo di stabilità in questo quadro" e quindi non si intende apportare alcun cambiamento fondamentale"¹².

V) Dopo un lungo iter legislativo (quasi quattro anni), che ha comportato numerosi emendamenti alle proposte iniziali e che prevedeva una procedura di conciliazione, sono state adottate due nuove Direttive. Si tratta della Direttiva 2004/18 che riguarda la maggior parte del settore pubblico e la Direttiva 2004/17 relativa ai contratti dei servizi di pubblica utilità, spesso indicate insieme come il "pacchetto legislativo". L'approccio di base e le disposizioni di queste ultime sono le stesse delle vecchie Direttive e quindi gran parte della precedente giurisprudenza rimane rilevante. Tuttavia, sono stati introdotti molti cambiamenti importanti. Dopo l'adozione del pacchetto legislativo del 2004, l'Unione Europea ha completato iniziative per il rafforzamento del regime degli appalti¹³.

precedentemente esclusi. C) L'estensione del sistema normativo agli appalti pubblici di servizi nel 1992, con la Direttiva 92/50/CEE agli appalti pubblici di servizi nel 1992 e agli appalti di servizi aggiudicati dalle imprese di pubblica utilità nel 1993, con la Direttiva 93/38/CEE.

¹¹ A tal fine sono state emanate la Direttiva 97/52/CE, per il settore pubblico, e la Direttiva 98/4/CE, che modifica la Direttiva sui servizi di pubblica utilità. In base all'AAP, l'UE e gli Stati membri consentono l'accesso ai mercati degli appalti dell'UE ad alcuni paesi terzi (ad esempio, Stati Uniti e Giappone), mentre i paesi che fanno parte dell'accordo di partenariato economico si impegnano a loro volta a rispettare obblighi simili verso gli Stati membri (e tra di loro). L'AAP, tuttavia, non disciplina le relazioni degli Stati membri dell'UE tra di loro.

¹² Il Libro Verde ha identificato una serie di questioni da prendere in considerazione, che si concentravano principalmente sul garantire che gli enti applichino le regole esistenti e che le imprese siano in grado di trarne vantaggio. A quanto pare, la Commissione si aspettava che tali questioni venissero affrontate principalmente attraverso misure pratiche o revisioni legislative limitate, ad esempio facilitando l'accesso al mercato attraverso l'informazione e la formazione. Tuttavia, il processo ha portato alla fine a modifiche significative del quadro normativo esistente, in quanto le risposte al Libro Verde hanno suggerito con forza la necessità di questo, e ciò è stato accettato nella Comunicazione pubblicata nel 1998. In questa comunicazione, intitolata "Gli appalti pubblici nell'Unione europea", la Commissione ha affermato che la legislazione era necessaria per due motivi principali. Una era quella di "semplificare" le complesse regole attuali, sia tramite chiarimenti che, se necessario, modifiche. L'altra era quella di introdurre una maggiore flessibilità per tenere conto di "nuove pratiche o realtà di mercato".

¹³ In particolare, l'UE ha adottato la Direttiva 2007/66/CE (di seguito "Direttiva ricorsi"). Questa

VI) Da ultimo, nel 2014 l'UE ha emanato un ulteriore nuovo pacchetto di Direttive in materie di appalti¹⁴ – definite di “quarta generazione” – e segnatamente le **Direttive 2014/23/UE**¹⁵ (sull'aggiudicazione dei contratti di concessione), **2014/24/UE**¹⁶ (sugli appalti pubblici nei settori c.d. ordinari), e **2014/25/UE**¹⁷ (sulle

Direttiva modifica le due precedenti Direttive sui ricorsi e, in particolare, rafforza i rimedi a disposizione delle imprese danneggiate per far rispettare le norme sugli appalti. Inoltre è stata adottata la Direttiva 2009/81/CE sugli appalti, che è una Direttiva specifica per gli appalti nel settore della difesa e della sicurezza (che modifica le Direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE).

¹⁴ La revisione della normativa europea sugli appalti pubblici è finalizzata ad accrescere l'efficienza della spesa pubblica, facilitando in particolare la partecipazione delle piccole e medie imprese (PMI) e consentendo un miglior uso degli appalti per sostenere il conseguimento di obiettivi ambientali e sociali, nonché di soluzioni innovative. Le novità riguardano l'ambito di applicazione, la fase di scelta del contraente, dalle procedure di affidamento ai criteri di selezione delle offerte, e l'esecuzione del contratto.

¹⁵ La Direttiva 2014/23/UE reca, per la prima volta, una disciplina unitaria sull'aggiudicazione dei contratti di concessione che, in conseguenza dell'esame presso le istituzioni europee, è stata modificata rispetto al testo proposto dalla Commissione. In primo luogo, è infatti esplicitamente riconosciuto il principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche, per cui le autorità nazionali, regionali e locali possono liberamente organizzare l'esecuzione dei propri lavori o la prestazione dei propri servizi per garantire, in particolare, un elevato livello di qualità, sicurezza e accessibilità, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utenza nei servizi pubblici (art. 2). A tal fine, le predette autorità possono decidere di espletare i loro compiti d'interesse pubblico avvalendosi delle proprie risorse o in cooperazione con altre amministrazioni aggiudicatrici o di conferirli a operatori economici esterni. È, altresì, fatta salva la libertà per gli Stati membri, di definire, in conformità del diritto dell'Unione, quali essi ritengano essere i servizi d'interesse economico generale, mentre la Direttiva esclude dal suo ambito di applicazione i servizi non economici d'interesse generale (art. 4). Ciò premesso, la Direttiva per la prima volta detta regole generali unitarie per le concessioni di lavori – in precedenza disciplinate nell'ambito della Direttiva 2004/18 sugli appalti pubblici – e di servizi alle quali, nella precedente disciplina, si applicavano solo i principi generali del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (libertà di circolazione delle merci, di stabilimento e di fornire servizi, parità di trattamento, non discriminazione, riconoscimento reciproco, trasparenza e proporzionalità). I principi generali per l'aggiudicazione delle concessioni richiamano le novità delle Direttive sugli appalti pubblici laddove si fa riferimento al rispetto degli obblighi applicabili in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro (art. 30, paragrafo 3), alla disponibilità elettronica dei documenti di gara (art. 34), alla lotta alle frodi, al clientelismo e alla corruzione, nonché alla prevenzione dei conflitti di interesse (art. 35).

¹⁶ La revisione della normativa europea sugli appalti pubblici è finalizzata ad accrescere l'efficienza della spesa pubblica, facilitando in particolare la partecipazione delle piccole e medie imprese (PMI) e consentendo un miglior uso degli appalti per sostenere il conseguimento di obiettivi ambientali e sociali, nonché di soluzioni innovative. Le novità riguardano l'ambito di applicazione, la fase di scelta del contraente, dalle procedure di affidamento ai criteri di selezione delle offerte, e l'esecuzione del contratto. Relativamente all'ambito di applicazione, è di fatto integrato l'elenco dei servizi assoggettato alla Direttiva (Allegato XIV) attraverso la soppressione della distinzione tra i cosiddetti “servizi A”, soggetti integralmente alla disciplina europea, e i “servizi B”, la cui aggiudicazione deve rispettare unicamente le disposizioni sulle specifiche tecniche e sulla trasmissione di un avviso relativo al risultato dell'aggiudicazione degli appalti.

¹⁷ Questo pacchetto di Direttive del 2014 in materia degli appalti è caratterizzato da un avvic-

procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, ossia nei c.d. settori speciali). Sin da ora è da segnalare che la Direttiva n. 23/2014 rappresenta la prima disciplina unitaria a livello europeo sull'aggiudicazione dei contratti di concessione.

3. La normativa italiana

La normativa italiana in materia di contratti pubblici può essere distinta cronologicamente utilizzando come discrimine i primi anni '90 del XX secolo, in quanto in tale manciata di anni si è verificata la coincidenza tra impulsi eurounitari e nazionali. I primi muovevano dalla necessità di intensificare le azioni per creare un vero mercato unico degli appalti pubblici, mentre a livello nazionale l'esigenza derivava soprattutto dal tentativo di riformare un settore gravemente sospettato di essere terreno fertile per fenomeni corruttivi (con i corollari di inefficacia e inefficienza dell'azione amministrativa) a seguito di indagini della magistratura penale conosciute col nome di "mani pulite".

Andando per ordine, risale al 1865 la prima Legge sulle opere pubbliche (Legge 20.3.1865, n. 2248, Allegato F), emanata subito dopo l'Unità d'Italia. Le successive norme di riferimento erano contenute all'interno del R.D. 18.11.1923, n. 2440, denominato Legge di Contabilità di Stato, e nel suo regolamento attuativo (R.D. 23.5.1924, n. 827). Con questo intervento normativo si voleva garantire l'interesse pubblico attraverso la definizione della scelta del miglior offerente, così da garantire gli interessi di economicità e di efficacia dei lavori affidati.

Dopo una lunga fase di sostanziale stabilità normativa, all'inizio degli anni '90 si assiste ad una forte produzione legislativa in materia di appalti pubblici conseguentemente alla necessità di recepire le Direttive europee in materia e ad esigenze interne di lotta alla corruzione.

In tale contesto va menzionata la Legge n. 109/1994 (c.d. Legge Merloni) – che ebbe tre riforme organiche note come Merloni-bis, *ter* e *quater* – in materia di la-

namiento della disciplina dei settori "speciali" a quella dei settori ordinari. Ciononostante, le norme per i cosiddetti settori "speciali", in cui sono compresi acqua, energia, trasporti e servizi postali, continuano a essere contenute in una Direttiva ad hoc (Direttiva 2014/25/UE). Gran parte delle novità già segnalate per i settori ordinari è riprodotta nella disciplina applicabile ai settori speciali: ciò vale, a titolo esemplificativo, per le nuove procedure riguardanti i partenariati per l'innovazione (art. 49), i criteri ambientali e sociali attraverso il rispetto degli obblighi in tale ambito (art. 36, paragrafo 2), i criteri di aggiudicazione dell'appalto (art. 82), i costi del ciclo di vita (art. 83), la fase di esecuzione dei contratti (artt. 87-90). Permane un regime specifico che riguarda, in generale, i sistemi di qualificazione degli operatori economici (art. 77), l'accessibilità di norme e criteri oggettivi per l'esclusione e la selezione degli offerenti o dei candidati agli operatori economici interessati (art. 78), nonché norme ad hoc per i vari settori speciali.

veri pubblici, a cui erano seguiti il d.P.R. n. 554/1999 (regolamento attuativo) il D.M. n. 145/2000 (nuovo capitolato generale d'appalto) e il d.P.R. n. 34/2000 (sistema di qualificazione delle imprese) e altre normative di carattere tecnico. In materia di appalti di servizi e forniture, si segnalano rispettivamente il D.Lgs. n. 157/1995 e il D.Lgs. n. 402/1998, e nei settori c.d. esclusi il D.Lgs. n. 158/1995.

Il quadro normativo è stato, poi, profondamente innovato dal **D.Lgs. 12.4.2006, n. 163**¹⁸ (Codice degli appalti pubblici o c.d. Codice de Lise) – adottato sulla base della norma di delega contenuta nell'art. 25 della Legge comunitaria 2004 (Legge n. 62/2005) – che ha recepito le Direttive comunitarie 2004/17 e 2004/18 del 31 marzo 2004. Esso ha uniformato e razionalizzato l'intera materia dei contratti pubblici, in particolare unificando le discipline (precedentemente tenute distinte in separate fonti normative) dei lavori dei servizi e delle forniture, introducendo elementi di semplificazione delle procedure e nuovi istituti di derivazione comunitaria precedentemente sconosciuti alla disciplina italiana degli appalti pubblici. Il Codice de Lise era entrato in vigore il 1° luglio 2006 e il suo regolamento di attuazione è stato emanato solo 4 anni dopo con il d.P.R. n. 207/2010.

A seguito dell'adozione di un ulteriore pacchetto di Direttive dell'UE (nn. 23-24-25/2014), per il loro recepimento il Legislatore italiano ha approvato la Legge di delegazione n. 11/2016 e il **D.Lgs. 18.4.2016, n. 50** (Codice dei contratti pubblici). Tale Codice ha avuto un'esistenza davvero travagliata, e non solo per le 47 fonti normative che hanno in vario modo emendato il suo testo. Il riferimento è anche alla inusuale fonte di "soft law" (principalmente, le linee guida dell'ANAC) a cui era principalmente affidata l'attuazione del Codice, che tuttavia il legislatore del 2019 ha repentinamente abbandonato nel 2019 per fare ritorno alla tradizionale fonte regolamentare governativa, ma senza che venisse mai emanata e in tal modo producendo un regime transitorio caratterizzato da gravi incertezze interpretative e difficoltà operative.

La pandemia da COVID-19 ha poi accelerato quel fenomeno già latente di introduzione di fonti extravaganti rispetto al Codice¹⁹, in particolare con una lunga serie di decreti legge (quasi sempre emendati in sede di conversione), fra cui vanno almeno menzionati i due c.d. decreti di semplificazione (rispettivamente: D.L. n. 76/2020 convertito con modificazioni con Legge 11.9.2020, n. 120; D.L. n.

¹⁸ Tale Codice è stato in vigore per esattamente dieci anni, ma in tale periodo ha subito emendamenti (talvolta anche profondi) da 64 fonti normative.

¹⁹ Così esordisce C. CONTESSA, in *"Le novità del 'Decreto semplificazioni', ovvero: nel settore dei contratti pubblici esiste ancora un 'Codice?'"*: "Nonostante l'enfatica *rubrica legis* che lo caratterizza, il Decreto-legge n. 76 del 2020 non recherà certamente nel settore degli appalti un maggiore grado di semplificazione. Al contrario, il sistema che emerge all'esito della novella normativa del 2020 risulta più complesso e articolato di quello sino ad oggi vigente, si frammenta in numerosi regimi temporalmente differenziati e mina alla radice la stessa unitarietà del sistema, che dovrebbe rinvenire nel Codice di settore il proprio punto centrale di riferimento" (<https://www.fareappalti.it/2020/12/21/claudio-contessa-le-novita-del-decreto-semplificazioni-ovvero-nel-settore-dei-contratti-pubblici-esiste-ancora-un-codice/>).

77/2021 convertito con modificazioni con Legge 29.7.2021, n. 108).

Da ultimo, un impulso decisivo è stato fornito dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (**PNRR**), approvato dal Parlamento il 27.7.2021: nell'ambito delle riforme abilitanti sono state previste anche nuove norme per aumentare l'efficienza e l'efficacia amministrativa di spesa delle ingentissime risorse finanziarie messe a disposizione dall'UE. Pertanto, sono state emanate misure legislative in via di urgenza (cfr. il D.L. 31.5.2021, n. 77 conv. mod. Legge 29.7.2021, n. 108, nonché il D.L. n. 36/2022 conv. mod. Legge 29.6.2022, n. 79) e altre a "regime": proprio a tal proposito è stata approvata dal Parlamento la Legge delega 21.6.2022, n. 78 ed ha così avuto formalmente inizio l'iter di approvazione del nuovo Codice dei contratti pubblici, poi adottato con **D.Lgs. 31.3.2023, n. 36**.

Si avrà modo di descrivere le novità apportate rispetto al precedente Codice del 2016 nel corso della trattazione (nonché nei box appositamente dedicati), limitandoci qui a segnalare che il Codice del 2023 si compone di 229 articoli ordinati in 5 libri corredati da ben 38 Allegati, con il compito di fornire immediatamente al Codice le disposizioni ad esso attuative. In tal senso, la principale novità riguarda proprio la natura "autoconclusiva" (o se si preferisce, autosufficiente) del testo approvato.

Va infatti rammentato che la caratteristica del quadro normativo italiano sugli appalti pubblici negli ultimi decenni si è caratterizzato per una insostenibile instabilità. Da un lato il legislatore – pur dopo aver adottato dei "Codici" – è intervenuto con continui e non sempre organici interventi, che per il loro carattere alluvionale hanno inevitabilmente prodotto effetti opposti rispetto a quelli dichiarati di semplificazione²⁰ e accelerazione. Dall'altro, l'alta percentuale di norme "incompiute" (nel senso di incomplete perché carenti delle indefettibili disposizioni di dettaglio costantemente in attesa di essere emanate da fonti subordinate) ha di fatto determinato un susseguirsi di sempre diversi "periodi transitori", caratterizzati da inestricabili disposizioni pregresse mantenute provvisoriamente in vigore solo "in quanto compatibili" e dunque di incerta applicabilità.

D'altronde, come diceva Ennio Flaiano, in Italia nulla è più stabile del provvisorio.

²⁰ Sulla difficile ed interminabile stagione delle semplificazioni, si rinvia a M. MARIANI, *Art. 51 – Modifiche al decreto-legge 16 luglio 2020 n. 76*, in *Commento al Decreto PNRR 2021* (co-curatore) Key editore, Milano, 2022; ID., "Art. 51 – Modifiche al decreto-legge 16 luglio 2020 n. 76" (autore), in *Commento al Decreto PNRR 2021* (co-curatore) Key editore, Milano, 2022; ID., "Art. 51 – Modifiche al decreto-legge 16 luglio 2020 n. 76" (autore), in "I contratti pubblici dopo il Decreto PNRR. Commento al D.L. 31.5.2021. Aggiornato alla L. 29.7.2021, n. 108" (co-curatore), Key editore, Milano, 2021; ID., *Semplificazioni procedurali (artt. 12 e 13)* (autore), in *Il Decreto Semplificazioni per gli Enti Locali. D.L. 16 luglio 2020, n. 76 convertito con Legge 11 settembre 2020, n. 120* (co-curatore), Halley-Apollonio, Brescia, 2020; ID., *Decreto rilancio, l'arte di complicare le cose semplici*, in *Il prezzo della libertà è l'eterna vigilanza*, a cura di N. Galati e R. Villa, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2020.

Capitolo II

I principi

(artt. 1-12; 14-16)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il principio di risultato (art. 1). – 3. Il principio della fiducia (art. 2). – 4. Il principio dell'accesso al mercato (art. 3). – 5. Il criterio interpretativo e applicativo (art. 4). – 6. I principi di buona fede e di tutela dell'affidamento (art. 5). – 7. I principi di solidarietà e di sussidiarietà orizzontale e il rapporto con gli enti del Terzo settore (art. 6). – 8. Il principio di auto-organizzazione amministrativa (art. 7). – 9. Il principio di autonomia contrattuale. Divieto di prestazioni d'opera intellettuale a titolo gratuito (art. 8). – 10. Il principio della conservazione dell'equilibrio contrattuale (art. 9). – 11. Il principio di tassatività delle cause di esclusione e il principio di massima partecipazione (art. 10). – 12. Il principio di applicazione dei contratti collettivi nazionali di settore. Inadempienze contributive e ritardo nei pagamenti (art. 11). – 13. Rinvio esterno ai principi della Legge n. 241/1990 e ai principi del codice civile per quanto riguarda la stipula e l'esecuzione del contratto (art. 12).

1. Premessa

A differenza del vecchio Codice degli appalti approvato con il D.Lgs. 18.4.2016, n. 50, che non contiene una parte iniziale dedicata espressamente ai principi generali, il nuovo **Codice dei contratti pubblici** dedica, invece, una parte generale (la Parte I del Libro I) alla **codificazione dei principi che riguardano l'intera materia dei contratti pubblici**¹.

¹ Il Titolo I del Codice degli appalti approvato con il D.Lgs. 18.4.2016, n. 50, intitolato "Principi generali", si limita, in realtà, a delineare l'ambito di applicazione del Codice (art. 1), le competenze legislative tra Stato e regioni (art. 2) e a introdurre un corposo elenco di definizioni (art. 3). Il Titolo II, poi, disciplina i contratti esclusi in tutto o in parte dal campo di applicazione del Codice (e solo con riferimento a questi l'art. 4 fissa alcuni generalissimi principi, destinati, però, ad operare nei casi in cui il Codice non trova applicazione) e al Titolo III disciplina la pianificazione, programmazione e progettazione delle opere pubbliche. Il Titolo IV, poi, pur letteralmente intitolato "Modalità di affidamento – principi comuni", contiene in realtà una normativa già dettagliata e operativa, che non ha la valenza generale e orientativa che dovrebbe richiedersi ad un principio della materia, e questo

Come è noto, infatti, rispetto alle altre fonti primarie la caratteristica di un Codice è la sua tendenza a costituire un “sistema” normativo (ciò vale anche per la nuova codificazione c.d. “di settore”; espressione approfondita dal parere dell’Adunanza Generale del Consiglio di Stato n. 2/2004). Nell’ambito di tale sistema, i principi rendono intellegibile il disegno armonico, organico e unitario sotteso al Codice rispetto alla frammentarietà delle sue parti, e consentono al tempo stesso una migliore comprensione di queste, connettendole al tutto (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 7.5.2013, n. 13).

I principi generali di un settore esprimono, infatti, valori e criteri di valutazione immanenti all’ordine giuridico, che hanno una “memoria del tutto” che le singole e specifiche disposizioni non possono avere, pur essendo ad esso riconducibili. I principi sono, inoltre, caratterizzati da una prevalenza di contenuto deontologico in confronto con le singole norme, anche ricostruite nel loro sistema, con la conseguenza che essi, quali criteri di valutazione che costituiscono il fondamento giuridico della disciplina considerata, hanno anche una funzione genetica (“nomo-genetica”) rispetto alle singole norme.

La Parte I del Libro I del nuovo Codice dei contratti pubblici qui in esame è dedicata ai principi e si compone di due Titoli. In particolare, il Titolo I, composto di dodici articoli, disciplina **i principi generali ai quali si ispira il nuovo Codice dei contratti pubblici**.

Il ricorso ai principi assolve, inoltre, a una funzione di completezza dell’ordinamento giuridico e di garanzia della tutela di interessi che altrimenti non troverebbero adeguata sistemazione nelle singole disposizioni. Così, ad esempio, **il principio del risultato (art. 1)** è destinato ad operare sia come criterio prioritario di bilanciamento con altri principi nell’individuazione della regola del caso concreto, sia, insieme con **quello della fiducia nell’azione amministrativa (art. 2)**, come criterio interpretativo delle singole disposizioni.

I principi di solidarietà e sussidiarietà orizzontale (art. 6) perimetrano il campo di applicazione del Codice consentendo, alle condizioni stabilite, l’affidamento diretto di servizi sociali agli enti del terzo settore.

È vero che, di recente, si è diffusa una certa insofferenza per l’uso inappropriato e ripetitivo dei principi generali/generici, o di formule a cui si attribuisce la qualificazione di principi generali, paventandosi il rischio che un eventuale “abuso dei principi” porti a un eccessivo potere interpretativo del giudice, che condurrebbe a un basso livello di certezza del diritto e di prevedibilità delle soluzioni giudiziali dei conflitti. Si è riportata, così, l’attenzione sulla distinzione tra principi generali e altri strumenti interpretativi con cui i principi generali condividono il ruolo di “attrezzi del mestiere” del giurista-interprete.

vale anche per l’art. 29, dedicato al “principio di trasparenza”. Il ruolo dei principi nel Codice dei contratti subisce, così, una compressione rilevante da parte delle norme puntuali, che finiscono per erodere ambiti di discrezionalità alle amministrazioni pubbliche, indotte a considerare tali principi come valori astratti a cui deve rispondere, in via solo tendenziale, la loro azione.

Il nuovo Codice, nella consapevolezza dei rischi che sono talvolta correlati a un uso inappropriato dei principi generali (e in particolare alla frequente commistione tra principi e regole), ha inteso affidare alla **Parte I del Libro I il compito di codificare solo principi con funzione ordinante e nomofilattica**. In questa direzione, si è voluto dare un contenuto concreto e operativo a clausole generali altrimenti eccessivamente elastiche (si veda ad esempio la specificazione del concetto di buona fede, anche ai fini delle reciproche responsabilità della stazione appaltante e dell'aggiudicatario illegittimo), oppure utilizzare la norma-principio per risolvere incertezze interpretative (ad esempio, i principi che delimitano il campo di applicazione del Codice, enucleando i rapporti tra appalti e contratti gratuiti da un lato e affidamenti di servizi sociali agli enti del terzo settore dall'altro) o per recepire indirizzi giurisprudenziali ormai divenuti "diritto vivente" (come ad esempio nel caso della norma sulla tassatività delle cause di esclusione e sul correlato regime delle clausole escludenti atipiche).

Più in generale, attraverso **la codificazione dei principi**, il nuovo Codice mira a favorire una più ampia libertà di iniziativa e di auto-responsabilità delle stazioni appaltanti, valorizzandone autonomia e discrezionalità (amministrativa e tecnica) in un settore in cui spesso la presenza di una disciplina rigida e dettagliata ha creato incertezze, ritardi, inefficienze. Ciò in quanto la Legge – soprattutto un Codice – non può inseguire la disciplina specifica di ogni aspetto della realtà, perché si troverà sempre in ritardo, ma deve invece fornire gli strumenti e le regole generali e astratte per regolarla. L'idea, quindi, è stata quella non tanto di richiamare i principi "generalissimi" dell'azione amministrativa (già desumibili dalla Costituzione e dalla Legge n. 241/1990), ma di fornire una più puntuale base normativa anche a una serie di principi "precettivi", dotati di immediata valenza operativa, che vanno in parte a soppiantare la struttura normativa rigida, dettagliata, a volte contraddittoria, attraverso la quale detti principi hanno finora trovato spazio angusto, nel tessuto normativo.

La codificazione dei principi mira a realizzare, fra gli altri, i seguenti obiettivi:

a) ribadire che la concorrenza è uno strumento il cui fine è realizzare al meglio l'obiettivo di un appalto aggiudicato ed eseguito in funzione del preminente interesse della committenza (e della collettività) (cfr. art. 1, comma 2);

b) accentuare e incoraggiare lo spazio valutativo e i poteri di iniziativa delle stazioni appaltanti, per contrastare, in un quadro di rinnovata fiducia verso l'azione dell'amministrazione, il fenomeno della c.d. "burocrazia difensiva", che può generare ritardi o inefficienze nell'affidamento e nell'esecuzione dei contratti (cfr. art. 2, comma 2).

Fondamentale, in questo rinnovato quadro normativo, è l'innovativa **introduzione dei principi del risultato, della fiducia e dell'accesso al mercato** (la cui pregnanza è corroborata dalla stessa scelta sistematica di collocarli all'inizio dell'articolato) i quali, oltre a cercare un cambio di passo rispetto al passato, vengono

espressamente richiamati come criteri di interpretazione delle altre norme del Codice e sono ulteriormente declinati in specifiche disposizioni di dettaglio (ad esempio, in tema di assicurazioni).

Più nel dettaglio, **la codificazione dei principi si articola in due titoli** distinti: il **Titolo I, dedicato ai principi generali veri e propri** (risultato, fiducia, accesso al mercato, buona fede e tutela dell'affidamento, solidarietà e sussidiarietà orizzontale, auto-organizzazione amministrativa, autonomia negoziale, conservazione dell'equilibrio contrattuale, tassatività delle cause di esclusione, applicazione dei contratti collettivi di lavoro), e il **Titolo II, che invece codifica principi comuni a tutti i Libri del Codice** in materia di campo di applicazione, di responsabile unico dell'intervento e di fasi della procedura di affidamento.

È appena il caso di ricordare che **numerosi principi sono di derivazione comunitaria**, previsti da Direttive comunitarie o elaborati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea², quali, ad esempio, **il principio dell'accesso al mercato, o il principio della concorrenza**, mentre numerosi altri principi previsti dal nuovo Codice dei contratti pubblici sono già affermati in specifiche norme di settore o sono stati elaborati dalla giurisprudenza amministrativa nazionale, quali, ad esempio, **il principio del risultato, o il principio della fiducia, il principio di buona fede e di tutela dell'affidamento, il principio di solidarietà**

² La CGUE, sempre attenta agli aspetti sostanziali del singolo caso, non ha mai dato seguito ad approcci meramente formalistici, ispirati al solo rispetto della legalità o a una tutela fideistica della concorrenza. Basti pensare al ripetuto rifiuto di ogni automatismo e alla continua valorizzazione dei poteri discrezionali della stazione appaltante, specie in merito all'affidabilità degli operatori economici. Si pensi, ancora, al rapporto tra *in house* e mercato, rispetto al quale la Corte di giustizia ha tante volte ribadito (pur salvando la disciplina italiana sui limiti all'*in house*) che il diritto UE non impone il mercato, ma solo il rispetto della concorrenza se si sceglie di andare sul mercato. Il che significa che se un "risultato" può essere realizzato meglio in "autoproduzione", la P.A. lo può (e forse lo deve) fare, perché il suo compito è curare gli interessi della collettività, che non necessariamente coincide con la sollecitazione proconcorrenziale degli interessi economici delle imprese a competere per avere un contratto. Significativa è anche la posizione assunta dalla nostra Corte Costituzionale nella sentenza n. 131/2020, sui rapporti tra tutela della concorrenza, da un lato, e solidarietà/sussidiarietà orizzontale dall'altro, dove si afferma che la concorrenza non è un fine, ma uno strumento, che può essere "sacrificato" se ci sono interessi superiori da realizzare. La "demitizzazione" della concorrenza come fine da perseguire ad ogni costo è alla base, inoltre, anche della dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 177 del vigente Codice appalti (sentenza n. 218/2021, che pure chiarisce che il perseguimento della tutela della concorrenza incontra pur sempre il limite della ragionevolezza e della necessaria considerazione di tutti gli interessi coinvolti). L'idea che l'Amministrazione in materia di appalti debba perseguire solo la concorrenza rischia, allora, di contrastare con il più generale principio di buon andamento, di cui il "principio del risultato" rappresenta una derivazione "evolutive", sulle orme di studi di autorevolissima dottrina, che ormai da decenni auspica e teorizza "l'amministrazione del risultato". Il risultato si inquadra nel contesto della legalità e della concorrenza: ma tramite la sua codificazione si vuole ribadire che legalità e concorrenza da sole non bastano, perché l'obiettivo rimane la realizzazione delle opere pubbliche e la soddisfazione dell'interesse della collettività. Questa "propensione" verso il risultato è caratteristica di ogni azione amministrativa, perché ogni potere amministrativo presuppone un interesse pubblico da realizzare.

e di sussidiarietà orizzontale, o il principio di auto-organizzazione amministrativa, il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale, il principio di tassatività delle cause di esclusione e di massima partecipazione.

2. Il principio di risultato (art. 1)

L'art. 1 del nuovo Codice dei contratti pubblici, sotto la rubrica “**principio del risultato**”, prevede e codifica in maniera assolutamente esplicita ed innovativa il principio del risultato, prevedendo, al comma 1, che “*le stazioni appaltanti e gli enti concedenti perseguono il risultato dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza*”.

In particolare, la disposizione prevista dal comma 1 afferma che **le stazioni appaltanti e gli enti concedenti perseguono il risultato dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione: a) con la massima tempestività; b) il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo; c) nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza.**

In questo modo la disposizione prevista dal **comma 1 dell'art. 1** codifica positivamente **il principio del risultato**, ed enuncia quindi l'interesse pubblico primario del Codice, come finalità principale che stazioni appaltanti ed enti concedenti devono sempre assumere nell'esercizio delle loro attività: l'affidamento del contratto e la sua esecuzione con la massima tempestività e il miglior rapporto possibile tra qualità e prezzo, sempre nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza, che vengono espressamente richiamati.

La disposizione prevista dal **comma 2** enuncia, poi, **il valore funzionale della concorrenza e della trasparenza**, che sono tutelate non come mero fine, ma, più correttamente, come mezzo in vista del raggiungimento del risultato. In particolare, la previsione di tale disposizione sta a significare che: a) **la concorrenza tra gli operatori economici** è funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti³; b) **la trasparenza** è, invece, funzionale a conse-

³ In tema di concorrenza, la relazione illustrativa pone in risalto che compito della Pubblica Amministrazione “è curare gli interessi della collettività, che non necessariamente coincide con la sollecitazione proconcorrenziale degli interessi economici delle imprese a competere per avere un contratto”. A tale riguardo, nella relazione illustrativa si richiama la posizione assunta dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 131/2020, sui rapporti tra tutela della concorrenza, da un lato, e solidarietà/sussidiarietà orizzontale dall'altro, “dove si afferma che la concorrenza non è un fine, ma uno strumento, che può essere ‘sacrificato’ se ci sono interessi superiori da realizzare”. Tale “demitizzazione” della concorrenza “come fine da perseguire ad ogni costo è alla base, inoltre, anche della dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 177 del vigente Codice appalti (sent. n. 218/2021, che pure chiarisce che il perseguimento della tutela della concorrenza incontra pur sempre il limite della ragionevolezza e della necessaria considerazione di tutti gli interessi coinvolti)”.

guire la massima semplicità e celerità nella corretta applicazione delle regole del Codice e ne assicura la piena verificabilità⁴.

Evidenziando la funzionalità della concorrenza al conseguimento del miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti, si è voluto collegare il risultato, inteso come fine, alla concorrenza, intesa come metodo (sulla scorta di quanto avviene per l'art. 97 Cost., in cui il buon andamento è legato all'imparzialità, al punto da essere stati considerati per lungo tempo una vera e propria endiadi)⁵.

Una diversa impostazione (secondo cui la P.A. non cura più l'interesse pubblico, perché il suo obiettivo diventa la gara) sarebbe, oltre che irragionevole, ancor più difficile da sostenere in un contesto economico-sociale che, nel quadro di un drammatico conflitto bellico, oggi richiede una nuova leva economica, da realizzare anche (e soprattutto) nel settore delle commesse pubbliche.

La trasparenza è funzionale alla massima semplicità e celerità nella corretta applicazione delle regole del Codice e ne assicura la piena verificabilità. Il riferimento espresso alla "verificabilità" evoca il concetto di *accountability*, inteso come responsabilità per i risultati conseguiti. In quest'ottica, la logica del risultato, attraverso la definizione degli obiettivi e il controllo trasparente sull'attività amministrativa, costituisce un mezzo per assicurare l'*accountability*, in un'ottica di crescente efficienza e responsabilizzazione delle amministrazioni pubbliche⁶.

La disposizione di cui al **comma 3 dell'art. 1 del nuovo Codice dei contratti**, recependo gli approdi di numerosi studi sulla c.d. amministrazione del risultato, chiarisce che il principio del risultato costituisce attuazione, nel settore dei contratti pubblici, del **principio del buon andamento e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità** ed è perseguito nell'interesse della comunità e per il raggiungimento degli obiettivi dell'Unione Europea.

La disposizione prevista dal **comma 4** prevede, poi, che **il principio del risultato costituisce criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto**. Si tratta, quindi, di un **principio-guida nella ricerca della soluzione del caso concreto**, al fine di sciogliere la complessità, spesso inevitabile, che deriva dall'intreccio di principi, norme di diritto dell'Unione Europea, norme di Legge ordinaria, atti di regolazione e indirizzi della giurisprudenza.

Lo stesso **comma 4** afferma che **il principio del risultato costituisce criterio**

⁴ Come evidenziato nella relazione illustrativa, il riferimento espresso alla "verificabilità" evoca il concetto di *accountability*, inteso come responsabilità per i risultati conseguiti secondo la logica del risultato.

⁵ Il nesso tra "risultato" e "concorrenza", la seconda in funzione del primo, è già rafforzato dalla dizione del comma 1, dove si specifica che non si persegue "un risultato purché sia", ma un risultato "virtuoso", che accresca la qualità, diminuisca i costi, aumenti la produttività, ecc.

⁶ È appena il caso di ricordare come tale disciplina sia assolutamente in linea con il diritto UE e con la Costituzione.

prioritario per: a) valutare la responsabilità del personale che svolge funzioni amministrative o tecniche nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti⁷; b) attribuire gli incentivi secondo le modalità previste dalla contrattazione collettiva.

La lett. a) del comma 4, in coerenza con il principio della fiducia declinato nell'art. 2, valorizza il raggiungimento del risultato come elemento da valutare, in sede di responsabilità (amministrativa e disciplinare), a favore del personale impiegato nei delicati compiti che vengono in rilievo nella "vita" del contratto pubblico, dalla programmazione fino alla sua completa esecuzione.

La lett. b) del comma 4 specifica, nella stessa ottica, che il risultato rappresenta anche criterio per l'attribuzione e la ripartizione degli incentivi economici, rimandando alla naturale sede della contrattazione collettiva per la concreta individuazione delle modalità operative.

3. Il principio della fiducia (art. 2)

L'art. 2 del nuovo Codice dei contratti pubblici, sotto la rubrica "**principio della fiducia**", codifica l'innovativo principio della fiducia nell'azione legittima trasparente e corretta delle pubbliche amministrazioni, dei suoi funzionari e degli operatori economici. Si tratta di una 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.

In particolare, il **comma 1 dell'art. 2 del nuovo Codice dei contratti** dispone che l'attribuzione e l'esercizio del potere nel settore dei contratti pubblici si fonda sul principio della reciproca fiducia nell'azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione, dei suoi funzionari e degli operatori economici⁸.

⁷ Nella relazione illustrativa si legge che lo scopo di tale previsione "è quello di contrastare (...) ogni forma di burocrazia difensiva: in quest'ottica si 'premia' il funzionario che raggiunge il risultato attenuando il peso di eventuali errori potenzialmente forieri di responsabilità".

⁸ La relazione illustrativa segnala che la codificazione del principio della fiducia nell'azione legittima trasparente e corretta delle pubbliche amministrazioni, dei suoi funzionari e degli operatori economici rappresenta "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 discre-

Ciò ha generato una forma di **“burocrazia difensiva”**, spesso descritta evocando l’efficace immagine del dipendente che ha “paura di firmare”, a causa della quale i funzionari, frenati dal timore delle possibili conseguenze del loro agire, preferiscono astenersi dal farlo, con inevitabile pregiudizio dell’efficienza e, più in generale, del buon andamento dell’azione amministrativa, scaricando sul legislatore o sul giudice la soluzione di problemi che spetterebbe invece alla P.A. affrontare e risolvere (si è parlato efficacemente anche di tendenza ad “amministrare per legge” e “amministrare per sentenza”)⁹.

In questa prospettiva, il nuovo Codice vuole dare, sin dalle sue disposizioni di principio, il segnale di un cambiamento profondo, che – fermo restando ovviamente il perseguimento convinto di ogni forma di irregolarità – miri a valorizzare lo spirito di iniziativa e la discrezionalità degli amministratori pubblici, introducendo una “rete di protezione” rispetto all’alto rischio che accompagna il loro operato.

Non si tratta, peraltro, di una fiducia unilaterale o incondizionata. Da un lato, invero, la disposizione precisa che la fiducia è reciproca e investe, quindi, anche gli operatori economici che partecipano alle gare. Molti istituti del Codice, anche di derivazione europea (dal soccorso istruttorio al c.d. *self-cleaning*) presuppongono, d’altronde, la fiducia dell’ordinamento giuridico anche verso i soggetti privati che si relazionano con la pubblica amministrazione. Dall’altro lato, la fiducia è legata a doppio filo a legalità, trasparenza e correttezza, rappresentando, sotto questo profilo, una versione evoluta del principio di presunzione legittimità dell’azione amministrativa. Non si tratta, in altre parole, 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, e cioè, che 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.

*zionalità, 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”. Viene inoltre richiamata la sent. n. 8 del 2022 della Corte costituzionale, nella quale il giudice costituzionale evidenzia che “‘paura della firma’ e ‘burocrazia difensiva’ rappresentano fonte di inefficienza e immobilismo e, quindi, un ostacolo al rilancio economico, che richiede, al contrario, una pubblica amministrazione dinamica ed efficiente”. Nella relazione illustrativa si fa notare, peraltro, che non si tratta “di una fiducia unilaterale o incondizionata” perché “da un lato, invero, la disposizione precisa che la fiducia è reciproca e investe, quindi, anche gli operatori economici che partecipano alle gare” (in coerenza con molti istituti del codice, anche di derivazione europea, come il soccorso istruttorio e il c.d. *self-cleaning*) e, dall’altro, “la fiducia è legata a doppio filo a legalità, trasparenza e correttezza, rappresentando, sotto questo profilo, una versione evoluta del principio di presunzione della legittimità dell’azione amministrativa”.*

⁹ Come ha ben evidenziato anche la Corte Costituzionale con la sentenza n. 8/2022, “paura della firma” e “burocrazia difensiva”, rappresentano fonte di inefficienza e immobilismo e, quindi, un ostacolo al rilancio economico, che richiede, al contrario, una pubblica amministrazione dinamica ed efficiente.