

Decreto Legislativo 36 / 2023

I PRINCIPI E LE REGOLE DEL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI ALLA PROVA DELLA TRASPARENZA

Position Paper

LUGLIO 2023



**TRANSPARENCY
INTERNATIONAL
ITALIA**

Associazione contro la corruzione

Transparency International Italia è il capitolo nazionale di Transparency International, l'organizzazione non governativa, no profit, leader nel mondo per le sue attività di promozione della trasparenza e di prevenzione e contrasto alla corruzione.

www.transparency.it

Il contenuto di questa pubblicazione rappresenta solo le opinioni degli autori ed è di loro esclusiva responsabilità.

Riflessioni a cura di: Giovanni Lombardo, Marco Mattei, Michela Petrachi, Angela Tornatora e Francesco Vetrò.

Editor grafico: Daniela Casula, Aiste Galinyte

Giugno 2023



Salvo dove diversamente indicato, questo lavoro è concesso in licenza CC BY-ND 4.0. Citazioni consentite.

In caso di richieste di approfondimenti o chiarimenti, contattare info@transparency.it

Introduzione

I - L'evoluzione della disciplina dei contratti pubblici	p.5
II - Il nuovo Codice: i punti di svolta	p.6
III - La trasparenza: i punti di rottura	p.9
IV - Considerazioni di sintesi	p.12
V - Punti di attenzione	p.13

Introduzione

Il presente documento è il contributo di **Transparency International Italia** al dibattito che è scaturito a valle dell'approvazione del **nuovo Codice dei contratti pubblici D.Lgs. 31 marzo 2023, n. 36**.

Il *Position Paper* è il frutto della riflessione comune di Giovanni Lombardo (dottore commercialista, docente di metodi e tecniche per l'analisi dei dati nel Politecnico di Milano), Marco Mattei (ingegnere ambientale), Michela Petrachi (ricercatore di diritto amministrativo nell'Università degli studi di Parma), Angela Tornatora (avvocato, *general counsel* di Engie Italia S.p.A.) e Francesco Vetrò (avvocato, professore ordinario di diritto amministrativo nell'Università degli studi di Parma) e tiene conto degli esiti delle azioni portate avanti nel corso delle [attività di Transparency International Italia](#).

I - L'evoluzione della disciplina dei contratti pubblici

La disciplina dei contratti pubblici ha seguito due linee evolutive: una più risalente, di matrice interna; l'altra di matrice europea.

La prima linea è connotata dall'assenza di una politica unionale di integrazione. In questa fase l'obiettivo del Legislatore era di garantire l'interesse pubblico attraverso il **risparmio di spesa**, promuovendo la scelta del miglior offerente in termini di economicità e di efficacia delle prestazioni.

La seconda linea prende le mosse negli anni '90 con l'introduzione delle prime direttive comunitarie in materia di appalti pubblici. In questa fase l'approccio del Legislatore è diverso, non più orientato soltanto al risparmio di spesa, ma anche (e principalmente) alla **promozione della concorrenza**. Su tale solco si innestano la Legge 11 febbraio 1994, n. 109 (c.d. Legge Merloni) e i successivi Decreti legislativi di attuazione. Si tratta di disposizioni normative che, adottate nel periodo immediatamente successivo a 'Tangentopoli', hanno dato uno slancio significativo alla disciplina della contrattualistica pubblica in chiave **anticorruptiva**. La spinta verso garanzie di correttezza e trasparenza dell'azione amministrativa e di principi di concorrenza costituiscono le leve usate dal Legislatore. In questo contesto, caratterizzato da una ipertrofia normativa, sovranazionale e nazionale, è entrato in vigore il Decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (c.d. Codice dei contratti pubblici)¹, con il quale, per la prima volta, è stata raccolta in un unico testo tutta la disciplina (fino ad allora frazionata) dei contratti pubblici, apparendo per questa ragione rivoluzionario.

Di dieci anni dopo è l'entrata in vigore del Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, di aggiornamento del Codice al fine di recepire le sopravvenute direttive sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali.

I cambiamenti più significativi hanno riguardato la procedura di scelta del contraente, in particolare i criteri di valutazione dell'offerta, il contenzioso ed i compiti e le funzioni dell'**Autorità di vigilanza dei contratti pubblici** (vale a dire, dell'Autorità Nazionale Anticorruzione - A.N.AC.).

Un banco di prova della disciplina allora vigente è stata l'**emergenza sanitaria** causata dalla pandemia causata dal virus Sars-Cov-2 (e dalla malattia Covid-19), che ha interessato tanto le Amministrazioni pubbliche, in particolare il Sistema sanitario nazionale, quanto le imprese, esponendole a numerosi rischi connessi alla salute dei lavoratori ed alla commissione di illeciti². È emersa in questa fase la necessità di procedure adeguate ad accelerare l'approvvigionamento di beni, servizi e forniture da parte delle Amministrazioni pubbliche e, in particolare, di quelle incluse nel sistema del Servizio sanitario nazionale: dunque, l'esigenza di derogare ai procedimenti ordinari, assicurando procedure semplificate per accedere al mercato dei dispositivi di protezione individuale, ovvero alle attrezzature mediche necessarie per la cura ospedaliera della patologia.

Analoghe esigenze sono occorse per favorire la **ripresa economica** del Paese.

¹ Ed il suo Regolamento di esecuzione e di attuazione (D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207).

² Sull'argomento v. [Quali sono i nuovi rischi di corruzione per la sanità durante l'emergenza Covid-19?](#) - ricerca condotta da Transparency International Italia. Da questa è emerso che, durante l'emergenza, i settori con il rischio di corruzione più elevato fossero: (i) i contratti pubblici per la fornitura di dispositivi sanitari, (ii) la loro distribuzione tra il personale, (iii) la ricerca e la sperimentazione, nonché (iv) il trattamento di particolari dati clinici. Quanto ai contratti pubblici, l'analisi ha evidenziato come il ricorso a procedure d'emergenza abbia moltiplicato i rischi, già esistenti nel settore, per effetto della compressione dei tempi e della concentrazione del potere decisionale e, a volte, della non conoscenza del fenomeno.

II - Il nuovo Codice: i punti di svolta

Sono intervenuti, pertanto, due decreti dedicati alla **semplificazione**: il Decreto Legge 16 luglio 2020, n. 76³ e il Decreto Legge 31 maggio 2021, n. 77⁴. Il primo è stato emanato nel pieno dell'emergenza sanitaria e ha determinato un'accelerazione delle procedure di scelta del contraente, consentendo un maggiore ricorso all'affidamento diretto ed alle procedure negoziate e semplificate.

Il secondo Decreto, adottato sulla scia del primo, si inserisce nella *governance* del Piano nazionale di Ripresa e Resilienza (P.N.R.R.)⁵. Tra le novità sovengono gli interventi sulla procedura di affidamento diretto e senza previa pubblicazione del bando di gara: il Decreto ha previsto, cioè, che fino al giugno del 2023 è consentito l'affidamento diretto, anche senza consultazione di più operatori economici, per i lavori di importo inferiore a centocinquanta mila euro e per i servizi di ingegneria e architettura e le attività di progettazione di importo inferiore a centotrentanove mila euro; ancora, per i servizi di ingegneria e architettura e per le attività di progettazione per un importo compreso tra centotrentanove mila euro e le soglie europee si potrà utilizzare la procedura negoziata invitando almeno cinque operatori. Analoga disciplina è stata introdotta anche per i lavori di importo compreso tra centocinquantamila euro e un milione di euro.

La portata in concreto di tali misure legislative non è pienamente valutabile in considerazione della loro recente adozione e della fase di transizione che il Paese sta ancora attraversando, aggravata peraltro dal contesto internazionale e, in particolare, dal conflitto bellico in atto. Nondimeno, sono evidenti gli sforzi del Legislatore per assicurare efficienza nel mercato dei contratti pubblici e sono altrettanto di rilievo i timori che la spinta verso la celerità dell'azione amministrativa, nella misura in cui ha allargato le maglie del ricorso a procedure di affidamento diretto, ovvero senza previa pubblicazione di un bando di gara, ha altresì indebolito le tutele da insidie criminose. Timori, questi, non affievoliti dalla circostanza che il 1° luglio 2023 diviene efficace il nuovo Codice dei Contratti pubblici, di cui al D.Lgs. 31 marzo 2023, n. 36, con il regime transitorio⁶ in esso previsto e alcune novità sostanziali della disciplina, tra cui l'allargamento delle maglie della discrezionalità amministrativa.

Il nuovo Codice presenta plurime **innovazioni** sia sul piano dell'impostazione, sia sul piano dei contenuti.

Sul piano dell'**impostazione**, il Codice è **autoesecutivo**, ossia non necessita di ulteriori atti e provvedimenti che ne assicurino l'esecuzione. Infatti, esso ricomprende 35 Allegati, i quali racchiudono tutte le disposizioni necessarie per il completamento della disciplina.

3 Convertito con modificazioni in Legge 11 settembre 2020, n. 120.

4 Convertito con modificazioni in Legge 29 luglio 2021, n. 108.

5 Il P.N.R.R. prevede, tra l'altro, la realizzazione di una serie di infrastrutture strategiche (ferroviarie, stradali, idriche, portuali, etc.) per un valore complessivo di 82,7 miliardi di euro, finanziati per circa 33 milioni di euro; tale finanziamento è stato integrato da ulteriori misure, tra cui il *Next Generation EU*.

6 Il regime transitorio è disciplinato agli artt. 227, 228 e 229 del Codice. Tali disposizioni stabiliscono, in sintesi, l'ultrattività della normativa vigente ai «procedimenti in corso», ossia a quelli già avviati alla data del 1° aprile 2023, data di entrata in vigore del nuovo Codice; e distinguono il momento della sopravvenuta entrata in vigore da quello dell'efficacia del Codice stesso, fissata al 1° luglio 2023. La duplicazione delle date persegue due finalità: la sostituzione dei Regolamenti vigenti con gli Allegati al Codice nel periodo intermedio; l'individuazione degli anzidetti procedimenti in corso. Chiarisce, infatti, l'art. 227 che «il decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 è abrogato, con i relativi allegati, a decorrere dalla data di entrata in vigore del codice e, fatto salvo quanto disposto al comma 2, continua a produrre effetti fino alla data in cui il codice acquista efficacia ai sensi dell'articolo 229, comma 2» (comma 1) e che «a decorrere dalla data in cui il codice acquista efficacia ai sensi dell'articolo 229, comma 2, le disposizioni di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 continuano ad applicarsi esclusivamente ai procedimenti in corso».

Il Codice, con i suoi Allegati, assorbe le Linee guida vincolanti adottate dall'Autorità Nazionale Anticorruzione (A.N.AC.): la scelta travolge il sistema della c.d. regolazione flessibile, voluta dal Legislatore del 2016, assegnata all'Autorità. Per agevolare il passaggio dal vecchio al nuovo sistema normativo, nella Relazione al Codice sono menzionate puntualmente le Linee guida sostituite da ciascuno degli Allegati al Codice.

Sempre sul piano dell'impostazione, è significativa la funzione assegnata alla **Relazione di accompagnamento**, che funge da *«manuale operativo»*, illustrando, per ciascuna disposizione e per ciascun Allegato, ratio e modalità applicative e assorbendo in questa maniera anche la funzione di indirizzo attuativo sinora svolta dalle Linee guida non vincolanti dell'A.N.AC.

A titolo d'esempio, con riferimento all'Art. 1 del nuovo Codice, la Relazione prende atto dell'importanza dei *«Principi generali»* nel nuovo Codice, in considerazione del fatto che essi agevolano la comprensione e l'attuazione di tutte le altre disposizioni. Nello specifico del **principio del risultato**, la Relazione chiarisce che esso descrive l'**interesse pubblico primario** perseguito dal Codice: vale a dire l'affidamento del contratto e la sua esecuzione con la massima tempestività e il miglior rapporto possibile tra qualità e prezzo nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza.

Sempre con riferimento all'art. 1, la Relazione sottolinea il forte legame tra risultato e concorrenza: il primo è l'obiettivo; la seconda è il mezzo. Secondo questa impostazione rileva il **risultato virtuoso**, ossia quello realizzato con l'osservanza delle regole della concorrenza. Da quanto emerge dalla Relazione, il principio del risultato è, allo stesso tempo, un principio-guida e un elemento di valutazione, in sede di responsabilità amministrativa e disciplinare. È un principio che serve, cioè, anche per **premiare** l'attività del personale pubblico che abbia realizzato risultati virtuosi, nonché per allontanare il rischio della c.d. **burocrazia difensiva**, rivelatasi di ostacolo ad ogni forma di sviluppo.

Ancora sul piano dell'impostazione, la **struttura** del Codice ricostruisce la procedura di gara, con l'obiettivo di agevolare gli operatori del diritto e dell'impresa nella individuazione della normativa applicabile.

Sul piano dei **contenuti**, gli elementi di novità sono significativi perché ineriscono a questioni che finora hanno determinato dubbi e incertezze, aumentando il contenzioso.

Il riferimento è all'**ambito di applicazione** del Codice ed ai **motivi di esclusione** dalla procedura di scelta del contraente.

Sull'ambito di applicazione, in base all'art. 13, le disposizioni del Codice si applicano ai contratti di appalto e di concessione; non si applicano ai contratti esclusi a norma delle direttive europee, ai contratti attivi ed ai contratti a titolo gratuito, anche qualora essi offrano opportunità di guadagno economico, anche indiretto; non si applicano ai contratti di società e alle operazioni straordinarie che non comportino nuovi affidamenti di lavori, servizi e forniture; restano salve le disposizioni del D.Lgs. 19 agosto 2016, n. 175 (*Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*) relative alla selezione del socio privato e di cessione di quote o di azioni.

La disposizione individua i confini di applicazione del Codice, superando i più recenti indirizzi della giurisprudenza nazionale ed europea: infatti, l'art. 13, prima, stabilisce la non applicabilità del Codice ai contratti gratuiti *«anche qualora essi offrano opportunità di guadagno economico, anche indiretto»*, diversamente da quanto stabilito di recente dal Consiglio di Stato e dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea; dopo, prevede che, comunque, essi sono conclusi dalle Amministrazioni pubbliche nel rispetto dei principi del risultato, della fiducia e dell'accesso al mercato (previsti dagli artt. 1, 2 e 3 del Codice).

Quanto ai **motivi di esclusione dalla procedura di evidenza pubblica**: gli artt. 94 e 95 del Codice individuano le cause di esclusione «*automatica*» e «*non automatica*». Nel testo fino ad ora vigente entrambe le cause sono contenute nell'art. 80. La previsione di due disposizioni distinte risponde a un **bisogno di chiarezza e di semplificazione legislativa**. Analoghe considerazioni valgono per la denominazione adottata, cause di esclusione «*automatica*» e «*non automatica*», in luogo dell'espressione 'esclusione facoltativa'. Il che, come precisato nella Relazione di accompagnamento, sgombera il campo da dubbi sulla effettiva portata del potere amministrativo: il potere di esclusione attribuito alla Stazione appaltante non consiste in una mera manifestazione di volontà, ma piuttosto in un complesso apprezzamento del caso concreto e, dunque, dell'incidenza della causa di esclusione sulla serietà e sulla affidabilità dell'impresa.

Dunque, il Codice, partendo dai principi – in particolare, da quelli del risultato, della fiducia e dell'accesso al mercato – dà un segnale sia alle Stazioni appaltanti, esortandole a fare buon uso della propria discrezionalità per la stipula di contratti virtuosi, sia agli operatori economici, invitandoli ad avere fiducia nell'azione legittima, trasparente e corretta delle Amministrazioni.

Sempre sul piano dei contenuti, un ulteriore profilo di rilievo è la spinta verso la **digitalizzazione** del ciclo di vita dei contratti pubblici: una misura fortemente promossa già dal P.N.R.R. Lo scopo del Legislatore è quello di rendere telematica l'intera procedura di affidamento dei contratti pubblici, fondandola sull'acquisizione di dati e sulla creazione di documenti digitali, con l'impiego di piattaforme digitali. Al netto della necessaria formazione dei funzionari pubblici e dello sviluppo delle infrastrutture tecnologiche, la digitalizzazione fa leva sui principi di neutralità tecnologica, trasparenza, sicurezza informatica, protezione dei dati personali, nonché sul principio *once only*, in virtù del quale le pubbliche Amministrazioni dovrebbero garantire che cittadini e imprese forniscano le stesse informazioni una sola volta ad una Amministrazione. Nella misura in cui assicura la trasparenza e la conoscibilità dei processi decisionali, la semplificazione attraverso l'interscambio di informazioni e documenti (ad esempio, la riduzione del tempo occorrente per la verifica dei requisiti di partecipazione), la digitalizzazione è una delle misure più impattanti sul sistema dei contratti pubblici e, soprattutto, più funzionale allo scopo di ripristinare la fiducia nell'operato delle Amministrazioni pubbliche. Non soltanto: le misure di digitalizzazione fungono da punto di contatto con la spinta europea verso la transizione digitale e la progressiva affermazione del diritto di cittadinanza digitale.

III - La trasparenza: i punti di rottura

I profili della nuova disciplina che paiono incidere maggiormente sugli assetti a tutela della legalità e della trasparenza nelle procedure concorsuali di scelta del contraente sono: l'ampliamento della discrezionalità, amministrativa e tecnica, delle Stazioni appaltanti; il contenimento del numero delle Stazioni appaltanti; l'innalzamento del valore soglia per l'espletamento di procedure d'affidamento diretto; la disciplina sul conflitto di interessi. Si tratta di profili della disciplina che, alla prova dei fatti, potrebbero indebolire la fiducia auspicata e promossa dal Legislatore.

Vediamo in che modo.

(1) L'ampliamento delle maglie della discrezionalità delle Stazioni appaltanti si ricava agevolmente fin dai primi tre articoli del Codice, dedicati ai principi del risultato, della fiducia e dell'accesso al mercato. Questi principi favoriscono la maggiore iniziativa delle Amministrazioni pubbliche e ne sanciscono l'autoresponsabilità.

Nella prospettiva del nuovo Codice, occorre lasciarsi alle spalle una normativa fin troppo rigida e lasciare un margine di scelta alle Stazioni appaltanti, pur delimitandolo in una cornice di principi.

Il rafforzamento della discrezionalità amministrativa è collegato con il regime della responsabilità amministrativa, allo scopo di superare il rischio della **'burocrazia difensiva'**, alla quale sono state ascritte la compressione degli investimenti e l'ostacolo all'avvio ed all'avanzamento dei cantieri. L'effetto ultimo è il contenimento degli interventi della Procura della Corte dei conti. A tal fine, nel nuovo Codice sono individuate, già nell'art. 2, ai commi 3 e 4, le ipotesi in cui sussiste (o non sussiste) la colpa grave del funzionario, vale a dire quando emerge la violazione di norme di diritto e degli auto-vincoli amministrativi, nonché la palese violazione di regole di prudenza, perizia e diligenza e l'omissione delle cautele, verifiche ed informazioni preventive normalmente richieste nell'attività amministrativa, in quanto esigibili nei confronti dell'agente pubblico in base alle specifiche competenze e in relazione al caso concreto; non anche quando sussiste una violazione o una omissione determinata dal riferimento a indirizzi giurisprudenziali prevalenti o a pareri delle autorità competenti.

Questa novità, che amplia la discrezionalità amministrativa, deve essere riletta alla luce di una sorta di graduale **dequotazione della concorrenza**, già annunciata nelle note sentenze della Corte costituzionale n. 131 del 2020 e n. 218 del 2021, dove la Consulta ha stabilito che (anche) la concorrenza può trovare un limite nella ragionevolezza e nella ponderazione degli ulteriori interessi coinvolti.

Attraverso la previsione del risultato utile (e virtuoso) il Legislatore ha voluto chiarire che la Stazione appaltante non deve perseguire in maniera esclusiva e in misura preponderante la concorrenza, ma deve assicurare alla comunità un risultato attraverso le regole della concorrenza. Sicché, quest'ultima è il mezzo e non il fine.

Per confermare le maglie larghe della discrezionalità è utile il riferimento (almeno) ad altri quattro articoli del Codice: l'art. 7, l'art. 8, l'art. 17 e l'art. 110. Con l'art. 7 è introdotto il principio dell'**auto-organizzazione** della Stazione appaltante. In concreto, le Amministrazioni hanno ampia libertà di scelta tra autoprodurre, esternalizzare oppure cooperare. L'art. 8 mette il punto sull'autonomia contrattuale delle Amministrazioni pubbliche, ricordando che nel perseguire le proprie finalità istituzionali le stesse sono dotate di autonomia

contrattuale e possono concludere qualsiasi contratto, anche gratuito, salvi i divieti espressamente previsti dal Codice e da altre disposizioni di legge. Insomma, salvo il vincolo di scopo e i vincoli europei, già depotenziati, però, dalla logica del risultato, **la Stazione appaltante è libera di scegliere se esternalizzare o internalizzare o cooperare; è libera altresì di scegliere il contratto, tipico o atipico, da stipulare.**

L'art. 17, poi, stabilisce che la Stazione appaltante stipula il contratto con l'operatore che ha formulato una proposta *«legittima e conforme all'interesse pubblico»*: in altri termini l'Amministrazione esamina la proposta al fine di verificarne *non soltanto* la conformità alla disciplina applicabile e, per inciso, il rispetto delle regole della concorrenza, *ma anche* la sua aderenza all'interesse pubblico, cioè la sua idoneità al raggiungimento di un risultato. **Il che presuppone che la scelta legittima non sia necessariamente quella più idonea a realizzare l'interesse pubblico specifico e determina l'attribuzione di un potere di valutazione alla Stazione appaltante che non ha limiti chiaramente prevedibili dagli operatori economici.**

Sulla stessa linea, l'art. 110, comma 1, stabilisce che *«le stazioni appaltanti valutano la congruità, la serietà, la sostenibilità e la realizzabilità della migliore offerta, che in base a elementi specifici, inclusi i costi dichiarati ai sensi dell'articolo 108, comma 9, appaia anormalmente bassa. Il bando o l'avviso indicano gli elementi specifici ai fini della valutazione»*. Il Codice rimette, in pratica, alla Stazione appaltante l'individuazione degli elementi specifici su cui basare il giudizio di anomalia dell'offerta e ne dispone l'inserimento nel bando di gara. La previsione è singolare perché, anche qui, il Legislatore riconosce all'Amministrazione il potere discrezionale di scegliere i criteri da applicare poi in fase di giudizio tecnico sull'anomalia, superando l'attuale previsione, racchiusa nell'art. 97 del Codice ancora vigente, che contempla invece un sistema di calcolo preciso. **All'ampiezza della discrezionalità, che abbraccia sia la scelta di ricorrere al mercato sia la scelta delle specifiche modalità operative, sia la scelta di disporre l'aggiudicazione dovrebbe (ragionevolmente) fare da pendant l'introduzione di adeguati temperamenti.**

Un primo temperamento all'estensione della discrezionalità è rappresentato dalla già richiamata digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti pubblici. L'acquisizione e la conservazione di dati, la creazione di documenti digitali e l'impiego di piattaforme digitali agevolano tutti gli operatori e, per quel che più importa, servono ad assicurare la tracciabilità dei processi decisionali.

Al di là degli *slogan*, infatti, la digitalizzazione sarà la vera sfida nell'attuazione del nuovo Codice perché non sarà sufficiente fornire alle Amministrazioni pubbliche strumenti informatici, ma occorrerà formare, riqualificare e potenziare il personale delle Amministrazioni.

Un ulteriore temperamento può essere individuato nella previsione contenuta all'art. 17, comma 3, del Codice, dove si prevede che la violazione del termine per la conclusione della procedura costituisce **silenzio inadempimento** della Stazione appaltante; dunque, ne determina la responsabilità da ritardo.

È lecito, tuttavia, avanzare dubbi sulla consistenza del temperamento, ovvero sull'efficacia della nuova misura a circoscrivere le maglie del potere amministrativo e ad assicurare certezza agli operatori economici.

Ancora, un terzo temperamento alla discrezionalità può individuarsi nel **ragionevole affidamento** degli offerenti a conseguire l'aggiudicazione, soprattutto per effetto della previsione racchiusa nel citato art. 17, comma 3. Affidamento che dovrà essere tenuto in debito conto dal Giudice amministrativo anche in considerazione del fatto che, secondo il nuovo Codice, le Stazioni appaltanti non sono neppure tenute a conformarsi agli indirizzi giurisprudenziali prevalenti ovvero ai pareri delle Autorità competenti. **Residua allora un ulteriore dubbio sul rischio che, tra le pieghe della riforma, si annidi un progressivo (e**

pericoloso) svuotamento del vizio di eccesso di potere e, dunque, un argine al sindacato giurisdizionale.

Spetterà quindi al Giudice ripristinare l'equilibrio tra potere (di scelta) e libertà (economica); diversamente, gli operatori economici, fin qui destinatari – nella prospettiva della Relazione di accompagnamento – di una normativa rigida, in continua evoluzione e, comunque, frammentaria e poco chiara, con la nuova disciplina resteranno in balia del più esteso potere delle Amministrazioni aggiudicatrici.

(2) Passando ora al contenimento del numero delle Stazioni appaltanti, occorre rilevare che esso è l'effetto della qualificazione delle stesse Amministrazioni aggiudicatrici, disciplinata dagli artt. 62 e ss. del Codice. L'intento di fondo è quello di distinguere le amministrazioni aggiudicatrici per qualificazioni: quelle non qualificate possono procedere all'affidamento di contratti il cui valore è inferiore alla soglia degli affidamenti diretti; non possono progettare, bandire gare sopra soglia e neppure avviare partenariati pubblico privati o occuparsi dell'esecuzione dei relativi contratti; devono invece ricorrere a committenze che hanno già conseguito adeguata qualificazione.

Considerato che la soglia per gli affidamenti diretti è stata innalzata e che l'attuale valore copre pressoché la maggior parte dei contratti stipulati dalle Amministrazioni locali c'è da chiedersi se la previsione sul ridimensionamento del numero delle stazioni appaltanti raggiunga davvero lo scopo fissato e se evitare la frammentazione dei centri decisionali sia funzionale alla trasparenza, al controllo e anche all'idea di risultato, perseguita dal Codice.

(3) L'innalzamento dei valori soglia per l'espletamento delle procedure di affidamento diretto: l'art. 50 del Codice conferma in sostanza le novità già racchiuse nel D.L. n. 76 del 2020 in ordine all'affidamento diretto per lavori di importo inferiore a centocinquanta mila euro, anche senza consultazione di più operatori economici e, per gli appalti di servizi e forniture, in relazione all'affidamento diretto di servizi e forniture, compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione, di importo inferiore a centoquaranta mila euro, anche senza consultazione di più operatori economici. Più in particolare, il nuovo Codice prevede che, sebbene non sia necessario il confronto competitivo, l'affidatario diretto deve essere in possesso di documentate esperienze pregresse. Diversamente dalla previsione contenuta nel D.L. n. 76 del 2020, cioè, il Legislatore non richiede «*esperienze analoghe*», ma «*esperienze pregresse*», idonee all'esecuzione delle prestazioni contrattuali oggetto di affidamento.

La preferenza per le «*esperienze pregresse*» estende in misura considerevole le possibilità di scelta della Stazione appaltante perché, di fatto, rimuove il vincolo della omogeneità delle attività già svolte dall'operatore economico, limitandosi a esigere soltanto che quell'operatore sia già presente sul mercato.

(4) Infine, la disciplina del **conflitto di interessi**, di cui all'art. 16 del Codice, è **anfibia** perché, da una parte, fa **sintesi** delle numerose norme che definiscono il conflitto di interessi; dall'altra parte, la sua formulazione produce alcuni **dubbi sulla operatività in concreto**.

Infatti, la nuova disciplina estende le ipotesi di conflitto alla fase di esecuzione del contratto, ma rischia di limitarne in maniera incisiva l'individuazione, prescrivendo che la percezione della minaccia all'imparzialità deve essere «*concreta ed effettiva*». La previsione della concretezza e della effettività rende complicata la relativa prova, incombente sul soggetto che invoca il conflitto.

La disposizione non rafforza, ma indebolisce l'obiettivo perseguito dal Legislatore fin dalla Legge 6 novembre 2012, n. 190: ossia quello di costituire un serio presidio di tutela della legalità e della trasparenza

IV - Considerazioni di sintesi

nell'esercizio dell'attività amministrativa, soprattutto delle attività a maggiore rischio di corruzione.

Tra consensi e dissensi, il nuovo Codice è stato emanato e dal 1° luglio è divenuto efficace. Lo schema seguito dal Legislatore percorre la strada della semplificazione normativa e amministrativa. In questa cornice si inseriscono sia la scelta di un Codice autoesecutivo, sia la scelta di allargare le maglie della discrezionalità amministrativa delle Stazioni appaltanti.

Proprio questa significativa estensione del potere discrezionale delle Amministrazioni aggiudicatrici e i suoi riflessi applicativi, però, persuadono del fatto che esiste il rischio di un indebolimento dei presidi di tutela della legalità e della trasparenza. Il che determina un punto di rottura con la precedente evoluzione della disciplina, da sempre orientata ad assicurare la legalità e la trasparenza delle procedure in considerazione del fatto che i contratti pubblici sono più esposti al rischio di mal funzionamenti.

Insomma, qualsivoglia misura di semplificazione, normativa e amministrativa, non può incidere sull'essenza della disciplina dei contratti pubblici e sui suoi meccanismi fondamentali che restano la leale concorrenza, la legalità e la trasparenza, la responsabilità dei soggetti coinvolti: a maggior ragione in questa ulteriore fase evolutiva in cui la riforma è centrale per assicurare la ripresa economica e sociale del Paese, nonché per manifestare la credibilità del Paese stesso in relazione agli impegni assunti (anche) in sede europea.

V - Punti di attenzione

Alla luce delle considerazioni svolte di seguito i punti focali su cui si auspica una specifica attenzione del Legislatore e degli operatori del diritto:

- 1) **le maglie larghe della discrezionalità amministrativa** esigono opportuni ed effettivi temperamenti, da individuarsi oltre le statuizioni di principio, nell'esperibilità dell'azione contro l'inerzia dell'Amministrazione nella stipula del contratto; nella tutela del ragionevole e legittimo affidamento degli operatori economici; nella effettiva digitalizzazione delle procedure evidenziali;
- 2) **la 'stretta' sulla digitalizzazione**, da una parte, può agevolare la semplificazione delle procedure di evidenza pubblica e, dunque, accrescere l'efficienza, l'efficacia e l'economicità dell'azione amministrativa; dall'altra, impone sia una riorganizzazione delle Amministrazioni pubbliche, sia una adeguata formazione del personale pubblico;
- 3) **le misure di semplificazione e di accelerazione delle procedure, introdotte durante l'emergenza sanitaria e, ora, portate a regime** devono rientrare sotto la lente della trasparenza e, più in generale, del buon andamento per evitare che contingenti esigenze di ripresa e di rilancio del Paese offuschino una consolidata e premiante attenzione ai valori dell'anticorruzione⁷.

Le sfide che il nuovo Codice pone vanno ben oltre la letterale applicazione delle relative disposizioni, per la quale, ancora una volta, sarà fondamentale l'opera della giurisprudenza.

Tale contributo, tuttavia, non pare sufficiente se si tiene conto del fatto che l'obiettivo della ripresa economica del Paese non può essere mancato. La scelta di mettere in primo piano i principi del risultato e della fiducia esige, infatti, un impegno serio nella formazione, nella riqualificazione e nella digitalizzazione come leva per il salto auspicato dal Legislatore con il nuovo Codice. Perché questo accada, però, è necessaria una radicale riforma dell'Amministrazione pubblica e del rapporto amministrativo, alla quale tutti, politica, istituzioni e società civile devono necessariamente concorrere. Nella consapevolezza che l'integrità nell'intera filiera delle commesse pubbliche passa attraverso la sensibilizzazione e la responsabilizzazione dei funzionari pubblici e degli operatori economici.

⁷ In questo ambito segnaliamo come possibile contributo l'introduzione su larga scala dello strumento Patti di Integrità di nuova generazione, sperimentato con successo in Italia e in Europa in questi ultimi anni su progetti pilota e in attesa di implementazione con coraggiose e innovative stazioni appaltanti che vogliano portare nelle loro città un significativo contributo alla diffusione della cultura dell'integrità | Per approfondire www.monitorappalti.it



Transparency International Italia

P.le Carlo Maciachini 11 - 20159 Milano - Italy

Tel. +39 02 40093560

info@transparency.it

www.transparency.it

Seguici su

