

Codice appalti: non basta la fiducia servono anche i controlli di risultato

Marcello Clarich

Professore ordinario di Diritto amministrativo presso La Sapienza Università di Roma e Gianfrancesco Fidone Ricercatore di Diritto amministrativo presso La Sapienza Università di Roma



IL TEMA DELLA SETTIMANA

Il nuovo Codice dei contratti pubblici è uscito sulla Gazzetta Ufficiale, rispettando la scadenza posta dal Piano nazionale di ripresa e resilienza. Marcello Clarich e Gianfrancesco Fidone riconoscono al testo una ventata di novità e anche una sfida. Ma sul fronte flessibilità degli affidamenti sotto soglia e fiducia nelle stazioni appaltanti bisogna mantenere alta l'attenzione.



In anteprima sul web il numero della settimana all'indirizzo

www.guidaaldirittodigital.it
ilssole24ore.com

Il nuovo **Codice dei Contratti Pubblici**, che tante aspettative ha generato, è fresco di Gazzetta Ufficiale (Dlgs 31 marzo 2023 n. 36)

Il Governo ha dunque rispettato la scadenza posta dal Piano nazionale di ripresa e resilienza (Pnrr) e ora il testo verrà esaminato dalla Commissione europea. **Il Codice è autoesecutivo**, nel senso che non richiede atti attuativi. A questo fine il testo è corredato da ben **38 allegati al Codice**, che sostituiscono anche il sistema delle Linee Guida dell'Anac. Il tutto per **556 pagine di Gazzetta Ufficiale**.

Il Codice e gli allegati sono in vigore il **1° aprile 2023**, ma la maggior parte delle nuove disposizioni acquisterà efficacia il **1° luglio 2023**. Pertanto, fino a quella data continuerà ad applicarsi il Codice del 2016 che comunque, anche dopo questa scadenza, varrà a esaurimento per le procedure di gara in corso.

Il Codice contiene novità importanti, a cominciare dai principi generali come quelli del **risultato e della fiducia** (articoli 1 e 2).

Il risultato in termini di **tempestività e di rapporto qualità/prezzo** costituisce l'interesse pubblico primario da perseguire nella contrattazione pubblica. Esso è attuazione del principio di buon andamento sancito dall'articolo 97 della Costituzione, ma deve essere perseguito nel rispetto della legittimità dell'attività amministrativa.

La concorrenza e la trasparenza sono valori funzionali al raggiungimento del risultato, non il fine ultimo della contrattazione pubblica. In definitiva, in un contesto concorrenziale, trasparente e integro, e nel pieno rispetto della legge, la stazione appaltante non deve limitarsi ad applicare in modo pedissequo e formale quest'ultima, ma **deve stipulare buoni contratti**.

È dunque riconosciuta alle stazioni appaltanti **maggiore flessibilità di azione**, in linea con gli orientamenti del diritto europeo. Il Codice chiarisce che il principio del risultato è criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto.

Collegato al principio di risultato è quello della **fiducia**. Si tratta di un **ribaltamento del presupposto della sfiducia** nelle stazioni appaltanti e nelle imprese, che ha ispirato gli ultimi decenni, almeno a partire da Tangentopoli.

La fiducia è strettamente collegata anche al buon esercizio della discrezionalità. Per il Codice, il principio della fiducia *“favorisce e valorizza l’iniziativa e l’autonomia decisionale dei funzionari pubblici”*. Occorre, dunque, **fidarsi dell'onestà e della capacità delle amministrazioni**. Tuttavia, perché il sistema funzioni, **dovranno essere istituiti meccanismi di verifica ex post** della bontà dei risultati raggiunti e della correttezza dell'operato. Questo è un aspetto cruciale che il Codice lascia indeterminato e del quale dovranno farsi carico le stazioni appaltanti.

Sul versante della flessibilità, il nuovo Codice introduce alcune aperture, suggerite dal diritto europeo che chiede di **non imporre vincoli rigidi**, ma di lasciare alle stazioni appaltanti le valutazioni del caso concreto. Esempi sono la liberalizzazione del subappalto, richiesta anche dalla Corte di giustizia dell'Unione europea che ha censurato i limiti rigidi imposti dalle norme italiane, e l'appalto integrato, che nel precedente Codice era, in linea di principio, vietato.

Un ragionamento a parte meritano **le soglie per gli affidamenti diretti**

senza gara (oggi elevate a 150.000 Euro per i lavori, e 140.000 Euro per servizi e forniture) e **la semplificazione degli affidamenti relativi alle soglie intermedie** tra tali valori e il valore delle soglie europee (5,3 milioni di euro per i lavori e, nella maggior parte dei casi, 215.000 euro per servizi e forniture).

Sotto le soglie europee, gli Stati Membri sono liberi di dettare le loro discipline anche se resta comunque l'obbligo di rispettare i principi del Trattato Ue (parità di condizione, non discriminazione, proporzionalità, trasparenza) e tutti gli altri principi dettati dal Codice (articolo 48, comma 1). È, inoltre, previsto il principio di **rotazione degli affidamenti** (articolo 49).

La flessibilità degli affidamenti sotto soglia è stata criticata da molti, poiché essi costituiscono un'alta percentuale dei contratti stipulati che, tuttavia, scende se si considera il loro valore economico. Lo stesso Presidente dell'Anac, in una intervista al Corriere della Sera del 29 marzo ha prefigurato il pericolo di assegnazioni di appalti sulla base di *“relazioni personali se non di parentela”*.

Anzitutto non si tratta di novità assolute perché le norme ora criticate erano state introdotte già nella fase più acuta della pandemia da Covid-19 al fine di far ripartire gli investimenti e far ripartire la crescita economica (DL 76/2020 e DL 77/2021).

Inoltre, la flessibilità della disciplina del sotto – soglia è coerente con principi del risultato e della fiducia. In ogni caso, come per tutti i provvedimenti amministrativi, **occorre motivare la scelta**. Il Codice chiarisce che deve essere assicurato che *“siano scelti soggetti in possesso di documentate esperienze pregresse idonee all'esecuzione delle prestazioni contrattuali”* (art. 50 comma 1 lett. a). La motivazione, se redatta in modo corretto, è uno strumento di controllo fondamentale.

Ciò detto, le preoccupazioni non sono del tutto ingiustificate perché, come accade in tutti i contesti, **la fiducia va meritata ed è sempre presente il rischio che essa venga abusata**.

Come già anticipato, la questione si sposta allora sul sistema dei controlli del risultato. Fino a oggi le stazioni appaltanti si sono preoccupate tutt'al più di verificare il rispetto formale delle norme, senza valutare se quello aggiudicato è un buon contratto in termini di rapporto qualità/prezzo. **Poca attenzione è posta poi sulla corretta esecuzione delle prestazioni** da parte dell'impresa prescelta.

La stessa conformazione dei controlli giurisdizionali non appare adeguata, e questo sia perché il giudice interviene in modo episodico, cioè solo quando la procedura è contestata, sia perché i giudizi hanno per oggetto i singoli atti più che l'attività della stazione appaltante nel suo complesso.

Le stazioni appaltanti dovranno dunque modificare in profondità l'approccio al *public procurement*, sull'esempio delle migliori prassi internazionali. **Andrà garantita la massima pubblicità e trasparenza delle procedure** in modo che il controllo possa avvenire in modo diffuso da parte di tutti gli interessati. I dati pubblicati sui siti istituzionali delle amministrazioni sono oggi assai scarni. Basta consultare il sito del governo americano dedicato agli appalti per rendersi conto di quanta strada c'è da percorrere su questo versante.

Inoltre, **le stazioni appaltanti dovranno essere rafforzate quanto a competenze e capacità gestionale**. La stessa relazione di accompagnamento al Codice sottolinea che, per garantire un cambio di passo, **occorre riqualificare e ridurre il numero delle stazioni appaltanti ora esorbitante**. Fondamentale sarà, sempre secondo la relazione, la **digitalizzazione delle procedure** anche a scopi di trasparenza, nonché un programma di formazione specifica dei funzionari addetti. Nella prassi molti intoppi nelle procedure, con il conseguente contenzioso davanti al giudice amministrativo, dipendono da bandi scritti male, errori nelle valutazioni delle offerte e nelle verbalizzazioni.

Non basta dunque un buon Codice per garantire celerità ed efficacia. Nessun testo normativo è perfetto, ma si deve riconoscere che il nuovo Codice è al contempo una ventata di novità e una sfida.

La flessibilità degli affidamenti sotto soglia è stata criticata da molti, poiché essi costituiscono un'alta percentuale dei contratti stipulati