

La normativa applicabile alle procedure ad evidenza pubblica e ai contratti relativi ad opere finanziate con fondi Pnrr/Pnc

Sommario: 1. *Premessa.* – 2. *Il principio affermato dalla sentenza.* – 3. *Considerazioni conclusive.*

1. Premessa

Il Tar Umbria, con la sentenza in epigrafe, nell'ambito di un ricorso proposto da un consorzio escluso da una procedura di gara per carenza dei requisiti professionali, affronta il tema di quale normativa applicare alle procedure di affidamento dei contratti finanziati con le risorse del Pnrr.

L'art. 229 d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 stabilisce che il nuovo codice dei contratti pubblici *“entra in vigore, con i relativi allegati, l'1 aprile 2023”*.

Inoltre, il c. 2 dello stesso articolo stabilisce che le disposizioni del recente codice, unitamente ai relativi allegati, *“divengono efficaci l'1 luglio 2023”*. Si evidenzia quindi un intervallo temporale tra la data di applicazione del codice di cui al d.lgs. n. 36/2023 e l'effettiva efficacia delle sue disposizioni.

L'art. 226, c. 1, stabilisce che il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, è abrogato dall'1 luglio 2023, ovvero dal-

la data di acquisto dell'efficacia del nuovo testo normativo. Il c. 2 dello stesso articolo stabilisce che, nella stessa data, *“le disposizioni di cui al d.lgs. n. 50/2016 continuano ad applicarsi esclusivamente ai procedimenti in corso”*.

Un particolare problema di normativa intertemporale si è posto con specifico riferimento alle procedure di affidamento e ai contratti riguardanti investimenti pubblici finanziati con le risorse previste dal Pnrr e dal Pnc, nonché dai programmi cofinanziati dai fondi strutturali dell'Unione europea, ivi comprese le infrastrutture di supporto ad essi connesse, anche se non finanziate con dette risorse, in quanto il d.lgs. n. 36/2023, art. 225, c. 8, dispone che agli appalti finanziati con i fondi del Pnrr si applicano, anche dopo l'1 luglio 2023, le speciali disposizioni previste dal d.l. 31 maggio 2021, n. 77, e dalle altre norme attuative del Pnrr.

Tuttavia, la disposizione, apparentemente chiara, nasconde invece una serie di complessità interpretative. Infatti, sia il d.l. n. 77/2021 che il d.l. n. 13/2023, fanno riferimento a loro volta ad altre disposizioni normative, come il d.l. n. 76/2020, che introduce deroghe, modifiche temporanee e modifiche definitive al d.lgs. n. 50/2016, abrogato dal d.lgs. n. 36/2023 a partire dall'1 luglio 2023. Specialmente riguardo alle norme che rappresentano deroghe alle disposizioni del vecchio codice che non sono state riportate nel nuovo con contenuti identici, o su cui il nuovo codice ha introdotto ulteriori e differenti semplificazioni anche rispetto alle norme derogatorie precedentemente citate, sorge un significativo problema di coordinamento tra i vari riferimenti normativi. Un problema di coordinamento che in alcuni casi può essere risolto mediante un'attenta analisi sul funzionamento delle fonti e sul loro rapporto reciproco, mentre in altri casi potrebbe richiedere un intervento legislativo esplicito o un chiarimento interpretativo (1).

Pertanto, persiste il problema di capire se, per quanto non derogato o non diversamente disciplinato dal d.l. n. 77/2021, alle suddette procedure debba essere applicato il d.lgs. n. 36/2023 in base alla regola generale prevista dall'art. 226, c. 2, del nuovo codice oppure il d.lgs. n. 50/2016 per una sorta di *“effetto di trascinarsi”* implicito.

2. Il principio affermato dalla sentenza

Secondo il collegio, il problema da ultimo evocato deve essere risolto applicando l'art. 226 del nuovo codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 36/2023, il quale, dopo aver sancito l'abrogazione del d.lgs. n. 50/2016 dall'1 luglio 2023 e la sua residua applicazione *“esclusivamente ai procedimenti in corso”* (cc. 1 e 2), stabilisce al c. 5 che *“ogni richiamo in disposizioni legislative, regolamentari o amministrative vigenti al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, o al codice dei*

(1) A. Massari, *Appalti Pnrr-Pnc: quale Codice si applica?* in *Appalti&Contratti*, 2023, 10, 2.

contratti pubblici vigente alla data di entrata in vigore del codice, si intende riferito alle corrispondenti disposizioni del codice o, in mancanza, ai principi desumibili dal codice stesso”.

Al di là delle disposizioni di cui al d.l. n. 77/2021 e delle altre fonti specificamente richiamate dall’art. 225, c. 8, d.lgs. n. 36/2023, che si applicano anche alle procedure finanziate con i fondi del Pnrr, anche se bandite successivamente all’1 luglio 2021, saranno pertanto applicabili le norme e i principi del nuovo codice dei contratti pubblici. Questo perché si deve considerare riferito a essi “ogni richiamo in disposizioni legislative, regolamentari o amministrative vigenti al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50”.

Secondo il Tar, in sostanza, l’art. 226 del d.lgs. n. 36/2023 non comporta l’effetto di riviviscenza delle disposizioni del d.lgs. n. 50/2016 relativamente agli appalti rientranti nel Pnrr.

Esiste, invece, una tesi contraria, corroborata dalle circolari del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti (2), e da alcune pronunce giurisprudenziali (3),

(2) Circolare Mit, 13 luglio 2023, recante “Regime giuridico applicabile agli affidamenti relativi a procedure afferenti alle opere Pnrr e Pnc successivamente all’1 luglio 2023 – Chiarimenti interpretativi e prime indicazioni operative” laddove espressamente “Invero, una lettura sistemica e di insieme delle disposizioni in esame evidenzia che il portato normativo della disposizione di cui all’articolo 225, comma 8 sopra richiamata, conferma, anche in vigenza del nuovo Codice, la specialità sia delle disposizioni derogatorie al d.lgs. n. 50 del 2016 introdotte ai sensi del d.l. n. 77 del 2021 per le opere Pnrr e assimilate, sia dei rinvii al medesimo decreto legislativo e ai relativi atti attuativi operati dallo stesso d.l. n. 77 del 2021, i cui effetti vengono espressamente fatti salvi anche successivamente al 1° luglio 2023. Quanto sopra rilevato, del resto, appare conforme alla effettiva voluntas legis individuata dal legislatore, laddove la stessa relazione illustrativa al nuovo Codice dei contratti pubblici, in parte qua rilevante, evidenzia come le semplificazioni previste in materia di Pnrr sono state invero “introdotte dalla legislazione [solo] al fine di consentire la rapida realizzazione di tali opere”. Lo stesso d.l. n. 77 del 2021, peraltro, motiva la straordinaria necessità e urgenza nell’emanare le disposizioni derogatorie ivi previste, proprio al fine “di imprimere un impulso decisivo allo snellimento delle procedure amministrative in tutti i settori incisi dalle previsioni dei predetti Piani [Pnrr e Pnc], per consentire un’efficace, tempestiva ed efficiente realizzazione degli interventi ad essi riferiti, nonché al fine di introdurre “misure relative all’accelerazione dei procedimenti relativi agli interventi in materia di transizione ecologica e digitale e di contratti pubblici”. Ragioni di certezza del diritto e di complessiva armonizzazione normativa, pertanto, alla luce della ratio legis sottesa alle disposizioni sopra esaminate, inducono, anche in vigenza del nuovo codice, a confermare la specialità, assicurata per mezzo dell’articolo 225, comma 5 del d.lgs. n. 36 del 2023, delle disposizioni di cui decreto-legge n. 77 del 2021 e ss.mm.ii e, dunque, la perdurante efficacia, anche successivamente al 10 luglio 2023, delle disposizioni speciali in materia di procedure ad evidenza pubblica già ad oggi introdotte nell’ordinamento giuridico relative ad opere finanziate in tutto o in parte con le risorse previste dal Pnrr, dal Pnc o dai programmi cofinanziati dai fondi strutturali dell’Unione europea, ivi comprese le infrastrutture di supporto ad essi connesse, anche se non finanziate con dette risorse”.

che va in direzione diametralmente opposta. Il Mit, infatti, ha ritenuto, seppur con una quale forma di nebulosità, che per le procedure Pnrr “il nuovo codice non trovi sostanzialmente applicazione” (4) considerato che le semplificazioni riguardanti il Pnrr-Pnc di cui al d.l. n. 77/2021 sono state introdotte “solo al fine di consentire la rapida realizzazione di tali opere” e che ragioni di certezza del diritto e di armonizzazione normativa suggeriscono di confermare, anche con l’entrata in vigore del nuovo codice, la specialità delle disposizioni del d.l. n. 77/2021 e quindi la perdurante efficacia, anche dopo l’1 luglio 2023, delle norme speciali in materia di evidenza pubblica già presenti nell’ordinamento relative alle opere finanziate in tutto o in parte dalle risorse del Pnrr o del Pnc o dai programmi cofinanziati dai fondi strutturali dell’Unione europea (5).

Lo stesso Mit (6) però ultimamente è tornato sui suoi passi e, recentemente anche il Tar Lazio (7) si è

(3) Tar Calabria, Reggio Calabria, 26 ottobre 2023, n. 782 laddove il collegio espressamente dubita dell’immediata operatività dell’art. 17 d.lgs. n. 36/2023 in quanto ai sensi dell’art. 225, c. 8, d.lgs. n. 36/2023 “In relazione alle procedure di affidamento e ai contratti riguardanti investimenti pubblici, anche suddivisi in lotti, finanziati in tutto o in parte con le risorse previste dal Pnrr e dal Pnc, nonché dai programmi cofinanziati dai fondi strutturali dell’Unione europea, ivi comprese le infrastrutture di supporto ad essi connesse, anche se non finanziate con dette risorse, si applicano, anche dopo l’1 luglio 2023 le disposizioni di cui al decreto-legge n. 77 del 2021, convertito con modificazioni dalla legge n. 108 del 2021, al decreto-legge 24 febbraio 2023, n. 13, nonché le specifiche disposizioni legislative finalizzate a semplificare e agevolare la realizzazione degli obiettivi stabiliti dal Pnrr, dal Pnc, nonché dal Piano nazionale integrato per l’energia e il clima 2030 di cui al regolamento (Ue) 2018/1999 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell’11 dicembre 2018”.

(4) L’avverbio “sostanzialmente” utilizzato per sostenere che sostanzialmente il nuovo codice non si applica, lascia sicuramente spazio a dubbi e confusione, v. S. Usai, *Prime indicazioni pratico-operative del MIT per l’applicazione del nuovo Codice dei contratti*, in *Appalti&Contratti*, 2023, 12, 21.

(5) A. Vespignani, *1° luglio 2023 lo spartiacque invisibile, in I contratti dello Stato e degli Enti Pubblici*, 2023, 2.

(6) Con i recenti pareri nn. 2203 e 2295/2023 che hanno superato la precedente impostazione espressa con il parere n. 2153/2023 di senso contrario.

(7) Tar Lazio, 3 gennaio 2024, n. 134, laddove la stazione appaltante si rifaceva alle indicazioni fornite dalla circolare del Mit del 12 luglio 23 (richiamata dalla “premessa” del disciplinare di gara). Il Tar invece, in virtù della circostanza che la determina a contrarre era stata emessa in data 17 agosto 2023 e il bando pubblicato in data successiva, ha pienamente affermato l’applicazione della disciplina di cui al d.lgs. n. 36/2023, desumibile, in particolare, dalle seguenti norme:

- art. 229, c. 2, d.lgs. n. 36/2023 secondo cui “le disposizioni del codice, con i relativi allegati, acquistano efficacia il 1° luglio 2023”;

- art. 226, c. 2, lett. a), d.lgs. n. 36/2023, il quale prevede 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 n. 50 del 2016 continuano ad applicarsi esclusivamente ai procedimenti in corso. A tal fine per procedimenti in corso si intendono, fra gli altri, le procedure e i con-

pronunciato sulla applicabilità del nuovo codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 36/2023, alle procedure di affidamento di contratti finanziati con le risorse previste dal Pnrr e dal Pnc.

Con particolare riguardo all'art. 225, c. 8, il collegio osserva che la disposizione si limita a stabilire la perdurante vigenza delle sole norme speciali in materia di appalti Pnrr (tra cui gli artt. 47 ss. d.l. n. 77/21) ma non estende tale permanenza anche agli istituti del d.lgs. n. 50/2016 in esso sporadicamente richiamati.

La contraria interpretazione, infatti, entra in conflitto con quanto stabilito dal c. 2, art. 226, d.lgs. n. 36/2023, il quale stabilisce l'abrogazione del d.lgs. n. 50/2016 a partire dall'1 luglio 2023 senza alcuna eccezione, e con il c. 5 della stessa disposizione, secondo il quale “ogni richiamo in disposizioni legislative, regolamentari o amministrative vigenti d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, o al codice dei contratti pubblici vigente alla data di entrata in vigore del codice, si intende riferito alle corrispondenti disposizioni del codice o, in mancanza, ai principi desumibili dal codice stesso”.

Sulla base di questa interpretazione quindi, le doglianze e gli argomenti prospettati dalle parti in sede di giudizio devono essere esaminati tenendo conto delle disposizioni del d.lgs. n. 36/2023 e del contenuto concreto delle doglianze stesse a prescindere dal *nomine iuris* delle disposizioni da esse richiamate.

3. Considerazioni conclusive

Con questa sentenza, il Tar Umbria ha stabilito che, per quanto non espressamente derogato o disciplinato diversamente dal d.l. n. 77/2021, le procedure di affidamento di appalti finanziati con risorse del Pnrr/Pnc ed avviate dopo l'1 luglio 2023 devono comunque essere regolate dalle disposizioni del nuovo codice dei contratti pubblici, dovendosi ritenere ad esso riferito ogni richiamo in disposizioni legislative, regolamentari o amministrative vigenti al d.lgs. n. 50/2016.

tratti per i quali i bandi o avvisi con cui si indice la procedura di scelta del contraente siano stati pubblicati prima della data in cui il codice acquista efficacia”;

- art. 225, c. 8, d.lgs. n. 36/2023 che stabilisce che “in relazione alle procedure di affidamento e ai contratti riguardanti investimenti pubblici, anche suddivisi in lotti, finanziati in tutto o in parte con le risorse previste dal Pnrr e dal Pnc, nonché dai programmi cofinanziati dai fondi strutturali dell'Unione europea, ivi comprese le infrastrutture di supporto ad essi connesse, anche se non finanziate con dette risorse, si applicano, anche dopo il 1° luglio 2023, le disposizioni di cui al decreto-legge n. 77 del 2021, convertito con modificazioni dalla legge n. 108 del 2021, al decreto-legge 24 febbraio 2023, n. 13, nonché le specifiche disposizioni legislative finalizzate a semplificare e agevolare la realizzazione degli obiettivi stabiliti dal Pnrr, dal Pnc nonché dal Piano nazionale integrato per l'energia e il clima 2030 di cui al regolamento (Ue) 2018/1999 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018”.

Ne consegue pertanto che l'applicazione del precedente codice previsto dal d.lgs. n. 50/2016 viene limitata ai procedimenti già in corso.

Questa sentenza è di particolare rilevanza in quanto rappresenta per la prima volta (8) un chiarimento netto circa l'applicabilità del nuovo codice dei contratti alle procedure Pnrr scardinando le indicazioni di senso contrario fornite dal Mit che, nella pratica, avevano creato confusione tra gli operatori del settore (9).

Il nuovo codice rappresenta infatti una *milestone* del contesto del Pnrr, e ha la finalità di adeguare la normativa nazionale al diritto europeo e ai principi delineati dalla giurisprudenza costituzionale e sovranazionale, nonché di razionalizzare, in linea con le direttive europee, una serie di norme dal carattere semplificatorio ed acceleratorio specificamente rivolte agli interventi finanziati con le risorse previste dal Pnrr e dal Pnc.

La riforma del settore dei contratti pubblici è guidata principalmente dall'obiettivo primario di attuare la semplificazione, “ottenuta aumentando la discrezionalità delle amministrazioni e rimuovendo il gold plating ovunque possibile”, intendendosi per *gold plating* l'introduzione o il mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi imposti dalle direttive europee e, nel contempo, prevenire il rischio di fenomeni corruttivi attraverso “un più ampio ricorso a digitalizzazione, trasparenza e qualificazione” (10).

Sarebbe contraddittorio quindi ritenere che una normativa concepita con il fine specifico di realizzare gli obiettivi del Piano e che ne costituisce elemento per la realizzazione dei target previsti non trovi applicazione proprio agli interventi realizzati con risorse del Pnrr. Continuare ad applicare il codice precedente a questo contesto implicherebbe di fatto negare la portata innovatrice del nuovo codice, che è stato progettato per essere parte integrante dell'implementazione e del successo del Pnrr.

VALENTINA TROIANI

(8) Precedentemente il Tar Napoli, 11 novembre 2023, n. 5716, sul punto, in maniera non univoca e tranciante aveva non contestato l'ultra vigenza dell'art. 89 d.lgs. n. 50/2016 ma allo stesso tempo definito inesatto il richiamo all'art. 89 “Invero, l'inesatto riferimento all'art. 89 del d.lgs. n. 50/2016 non può valere a fondare l'esclusione del concorrente, occorrendo far prevalere la sostanza sulla forma e privilegiare l'evidenza mostrata dal contenuto del contratto (a prescindere dall'addotta permanente vigenza dell'abrogato codice dei contratti, per le opere finanziate con fondi Pnrr)”. Si ritiene ragionevole supporre che, se il giudice avesse ritenuto applicabile al caso in parola direttamente l'art. 89 del d.lgs. n. 50/2016 non avrebbe utilizzato il termine “inesatto”.

(9) Sul punto vedasi le perplessità evidenziate da S. Usai, *In tema di aggiudicazione degli appalti del Pnrr/Pnc, nuovo Codice dei contratti e la gestione del regime transitorio*, in *Finanza e tributi locali*, 2023, 7-8, 28, nonché quelle evidenziate da A. Massai, *L'applicazione del nuovo Codice e le prime questioni aperte*, in *Appalti&Contratti*, 2023, 7-8, 21.

(10) Relazione illustrativa al nuovo codice dei contratti, d.lgs. n. 36/2023.