



CORTE DEI CONTI

CONTRIBUTO SCRITTO SU ATTO GOVERNO N. 19
CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI



Febbraio 2023



CORTE DEI CONTI



1. Lo schema di decreto legislativo sottoposto all'esame di questa Corte costituisce attuazione della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici, pubblicata nella G.U. del 24 giugno 2022, al fine di adeguare la disciplina dei contratti pubblici a quella del diritto europeo e ai principi espressi dalla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori, interne e sovranazionali, e di razionalizzare, riordinare e semplificare la disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, nonché al fine di evitare l'avvio di procedure di infrazione da parte della Commissione europea e di giungere alla risoluzione delle procedure avviate.

A sua volta, la legge di delega costituisce attuazione degli impegni assunti dal Governo italiano con il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) che, con specifico riferimento al settore dei contratti pubblici, prevede un processo di riforma in due macro-tappe: una prima tappa, attuata in via d'urgenza con il D.L. 77/2021, e una seconda tappa da attuare mediante una riforma complessiva del vigente Codice dei contratti pubblici (D.Lgs. 50/2016) e del quadro normativo ad esso collegato, da completare entro il giugno 2023.

L'intervento normativo di riforma accompagna la scelta di destinare una parte considerevole delle risorse derivanti dal PNRR in investimenti infrastrutturali e ciò in considerazione sia del carattere fortemente anticiclico degli investimenti pubblici in infrastrutture, capaci di generare immediata liquidità per lavoratori e le rispettive famiglie, sia dell'alto valore dell'effetto moltiplicatore della spesa infrastrutturale (rispetto ad altre tipologie di intervento pubblico), soprattutto in termini occupazionali.

Per tutte le suesposte ragioni, l'intervento sul mercato dei contratti pubblici costituisce una delle riforme cosiddette abilitanti, cioè una misura volta a garantire l'attuazione del PNRR e a migliorare la competitività del Paese.

2. Nell'ottica della realizzazione efficiente delle infrastrutture e della ripresa di attività essenziali per l'economia, quali, in particolare, quelle edilizie, è fondamentale, infatti, disporre di un quadro regolatorio semplice e dinamico, sia per ciò che riguarda le procedure di affidamento, sia per quanto attiene alle fasi di pianificazione, programmazione e progettazione.

È noto, infatti, che attualmente, oltre che dalle direttive europee del 26 febbraio 2014 (le direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE), la materia dei contratti pubblici è disciplinata dal decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, recante il “Codice dei contratti pubblici”, attuativo anche dei riferiti atti di normazione sovranazionale.

Anche se continua a regolare la materia, il citato codice nel corso degli anni è stato oggetto di ripetute modifiche, di talché non solo oggi risponde ad un’impostazione a volte molto distante da quella originaria ma, soprattutto, costituisce una fonte di difficile interpretazione ed attuazione, finendo così con l’essere un fattore di rallentamento – anziché di snellimento – dell’azione pubblica nel settore dei contratti pubblici.

Da tempo questa Corte¹ evidenzia come le dimensioni del relativo contenzioso mostrino come la complessa legislazione in materia di contratti pubblici faciliti il ricorso all’azione giudiziaria con significative ricadute negative sia sull’efficienza dell’azione amministrativa (con conseguente incremento delle risorse dedicate agli aspetti giuridici piuttosto che a quelli gestionali) sia sul complessivo mercato di lavori, servizi e forniture.

In tal senso, l’opera di riordino e semplificazione appare auspicabile ed indifferibile.

Lo schema di decreto legislativo in esame appare compiere alcuni significativi passi in questo senso.

3. In particolare, si segnala l’introduzione, nella prima parte del Codice, di ben dieci principi generali – che dovrebbero aiutare l’interprete a comprendere *ratio* e finalità delle norme codicistiche – e del rinvio, contenuto all’art. 12, alle norme del procedimento amministrativo e del Codice civile.

Accanto a questa innovazione, si segnala lo sforzo di normare più specificatamente le fattispecie di più ampia e maggiore applicazione, lasciando a norme successive la disciplina dei casi di deroga alla norma generale (tale tendenza appare abbastanza evidente nella Parte II del libro II, che raggruppa le disposizioni comuni in materia di appalto, ovvero nella scelta di disciplinare previamente le

¹ *Recentior* Corte dei conti, sez. controllo Enti, determinazione 12 gennaio 2023, n. 1, Determinazione e relazione sul risultato del controllo eseguito sulla gestione finanziaria della CONSIP s.p.a. per l’esercizio 2021.

questioni comuni in tema di partenariato pubblico-privato e, poi, quelle relative alle diverse fattispecie specifiche, quali la concessione, la locazione finanziaria, il contratto di disponibilità ovvero la disciplina dei servizi globali).

Nonostante tale sforzo, il testo complessivo dello schema di decreto – composto da 5 libri che raccolgono complessivamente 229 articoli, nonché 36 allegati - si presenta ancora ponderoso e di non facile accessibilità.

In proposito, la relazione illustrativa segnala che lo schema in esame “ha un numero di articoli analogo a quelli del codice vigente, ma ne riduce di molto i commi, riduce di quasi un terzo le parole e i caratteri utilizzati e, con i suoi allegati, abbatte in modo rilevante il numero di norme e linee guida di attuazione”.

Quanto ai 36 allegati, la stessa relazione fa notare che “si tratta di un numero comunque contenuto, specie se si considera che solo le tre direttive da attuare hanno, in totale, 47 annessi e che nel nuovo codice gli allegati sostituiranno ogni altra fonte attuativa: oltre ai 25 allegati al codice attuale, essi assorbiranno 17 linee guida ANAC e 15 regolamenti ancora vigenti, alcuni dei quali di dimensioni molto ampie”.

Del resto, il criterio di delega di cui alla lettera a) imponeva il “perseguimento di obiettivi di stretta aderenza alle direttive europee, mediante l'introduzione o il mantenimento di livelli di regolazione corrispondenti a quelli minimi richiesti dalle direttive stesse”.

Per quanto attiene all'introduzione nel Codice delle norme recanti principi, occorre evidenziare che, per espressa previsione normativa (art. 4), solo quelli contenuti negli articoli da 1 a 3 (principi del risultato, della fiducia e dell'accesso al mercato), hanno una portata ermeneutica generalizzata, mentre agli altri deve essere attribuita una più generica e normale portata precettiva.

Tra i primi, particolare importanza riveste, ad avviso di questa Corte, la definizione del concetto di colpa grave, alla quale si dedicherà un'espressa analisi.

In ogni caso, nessuna di tali disposizioni, ivi comprese quelle di cui ai primi tre articoli, è dotata di una forza normativa particolare e, dunque, le stesse possono essere facilmente derogate da altre norme aventi una fonte normativa di pari grado.

Ciò posto, non può comunque disconoscersi la particolare validità della tecnica normativa utilizzata, laddove consente all'interprete di trovare riassunti nella prima

parte del Codice alcuni precetti generali che fungono da elementi fondanti dell'azione amministrativa nello specifico settore e possono aiutare sia a meglio comprendere il resto dello schema, sia a guidare l'attuazione delle norme e, laddove esistenti, colmare eventuali buchi normativi.

Peraltro, la tecnica della proposizione dei principi generali, unitamente al rinvio (contenuto all'art. 12) alla legge sul procedimento amministrativo (legge 241/1990) e al Codice civile, avrebbe potuto consentire un maggior sforzo di semplificazione normativa, rinviando in molti punti alle disposizioni delle richiamate normative generali.

Un indubbio miglioramento normativo rispetto alla situazione attuale è costituito dal superamento, attraverso l'introduzione di 36 allegati, delle attuali e variegate fonti attuative: i 25 allegati al codice attuale, le 17 linee guida ANAC e i 15 regolamenti ancora vigenti.

Com'è noto, il Codice del 2016 aveva rinvio, per la definizione della normativa sui contratti, alla successiva emanazione di altri atti di varia natura normativa: linee guida (ministeriali e dell'ANAC) e svariati altri decreti ministeriali.

Complessivamente, si tratta di circa 50 atti attuativi di svariate tipologie, destinati a sostituire il precedente regolamento (d.P.R. n. 207/2010).

Con il Codice del 2016, infatti, è stato abbandonato il modello del regolamento unico con il rinvio, per la fase attuativa, a fonti di secondo livello.

Tale scelta normativa aveva generato un ampio dibattito dottrinale in ordine alla natura giuridica ed alla collocazione nella gerarchia delle fonti del diritto dei provvedimenti (ministeriali e dell'ANAC) volti a dare attuazione alle disposizioni codicistiche.

La legge di delega sembrava ricondurre le linee guida e gli atti in questione al genere degli "atti di indirizzo" (lett. t), qualificandoli come strumenti di "regolamentazione flessibile" (termine estraneo al nostro sistema delle fonti).

Nel rendere il previsto parere, il Consiglio di Stato aveva ritenuto che linee guida e gli altri decreti "ministeriali" (ad esempio, in tema di requisiti di progettisti delle amministrazioni aggiudicatrici: art. 24, comma 2; e direzione dei lavori: art. 111, commi 2 e 3) o 'interministeriali' (art. 144, comma 5, relativo ai servizi di ristorazione),

indipendentemente dal *nomen juris* fornito dalla delega e dallo stesso codice, dovessero essere considerati quali “regolamenti ministeriali” ai sensi dell’art. 17, comma 3, L. n. 400/1988.

Discorso più complesso è stato fatto con riguardo alle linee guida dell’ANAC.

Mentre quelle a carattere “non vincolante” sono state ritenute inquadrabili tra gli ordinari atti amministrativi, più complessa è stata la qualificazione giuridica delle linee guida a carattere “vincolante” (ad esempio: art. 83, comma 2, in materia di sistemi di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici; art. 84, comma 2, recante la disciplina degli organismi di attestazione SOA; art. 110, comma 5, lett. b, concernente i requisiti partecipativi in caso di fallimento; art. 197, comma 4, relativo ai requisiti di qualificazione del contraente generale) e degli altri atti innominati aventi il medesimo carattere (art. 31, comma 5, relativo ai requisiti e ai compiti del r.u.p. per i lavori di maggiore complessità; art. 197, comma 3, di definizione delle classifiche di qualificazione del contraente generale), comunque riconducibili all’espressione “altri atti di regolamentazione flessibile”.

Nel citato parere, il Consiglio di Stato ha seguito l’opzione interpretativa che combina la valenza certamente generale dei provvedimenti in questione con la natura del soggetto emanante (l’ANAC), la quale si configura a tutti gli effetti come un’Autorità amministrativa indipendente, con funzioni (anche) di regolazione.

Pertanto, le linee guida (e gli atti a esse assimilati) dell’ANAC sono state ricondotte alla categoria degli atti di regolazione delle Autorità indipendenti, che non sono regolamenti in senso proprio ma atti amministrativi generali con compiti, appunto, “di regolazione”.

Tale ricostruzione ha riconfermato gli effetti vincolanti ed *erga omnes* di tali atti dell’ANAC, come disposto dalla delega (in particolare dalla lett. t), che parla di “strumenti di regolamentazione flessibile, anche dotati di efficacia vincolante”.

In secondo luogo, tale assimilazione ha consentito di assicurare, anche per questi provvedimenti dell’ANAC, tutte le garanzie procedurali e di qualità della regolazione già oggi pacificamente vigenti per le Autorità indipendenti, in considerazione della natura ‘non politica’, ma tecnica e amministrativa, di tali

organismi, e dell'esigenza di compensare la maggiore flessibilità del "principio di legalità sostanziale" con un più forte rispetto di criteri di "legalità procedimentale".

Successivamente, il decreto-legge n. 32 del 2019 ha previsto la sostituzione dei provvedimenti attuativi del Codice (linee guida e dei decreti ministeriali) con un unico regolamento, ripristinando, così, il sistema delle fonti che si era ritenuto utile superare con il codice ².

Tale scelta normativa aveva, a sua volta, instaurato un ulteriore dibattito, inerente la sorte - all'esito dell'entrata in vigore della fonte regolamentare - delle linee guida riguardanti le stesse materie.

La soluzione che aveva trovato maggiore consensi era quella della perdita di efficacia delle linee guida incompatibili con le disposizioni del regolamento; ciò nonostante, poiché quest'ultimo non avrebbe dovuto disciplinare la totalità delle norme del Codice dei contratti pubblici, restava, negli ambiti non coperti dal Codice, la possibilità da parte dell'ANAC di emanare linee guida attuative o integrative delle disposizioni codicistiche.

Tale dibattito, peraltro, è sempre rimasto confinato sul piano teorico, attesa la mancata emanazione del suddetto Regolamento.

A tale situazione di oggettiva confusione normativa, il Legislatore delegato, con il presente schema di decreto, ha inteso porre rimedio con la tecnica degli allegati.

Ciascuna disposizione che richieda di essere integrata da norme di dettaglio rinvia infatti ad uno o più specifici allegati al Codice (aventi dunque un iniziale valore di legge) disponendo che, in sede di prima applicazione, l'allegato in questione è abrogato a decorrere dalla data di entrata in vigore di un corrispondente regolamento ministeriale adottato ai sensi dell'art.17, comma 3, della L. n. 400/1988, con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti (acquisiti i pareri o il concerto degli altri ministri competenti ed eventualmente, ove richiesta, l'intesa con la Conferenza unificata), che lo sostituisce integralmente anche in qualità di allegato al Codice.

² Tale regolamento avrebbe dovuto contenere la disciplina delle seguenti materie: a) nomina, ruolo e compiti del responsabile del procedimento; b) progettazione di lavori, servizi e forniture, e verifica del progetto; c) sistema di qualificazione e requisiti degli esecutori di lavori e dei contraenti generali; d) procedure di affidamento e realizzazione dei contratti di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie comunitarie; e) direzione dei lavori e dell'esecuzione; f) esecuzione dei contratti di lavori, servizi e forniture, contabilità, sospensioni e penali; g) collaudo e verifica di conformità; h) affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria e relativi requisiti degli operatori economici; i) lavori riguardanti i beni culturali.

La relazione illustrativa evidenzia che “si è scelto di redigere un codice che non rinvii a ulteriori provvedimenti attuativi e sia immediatamente “autoesecutivo”, consentendo da subito una piena conoscenza dell’intera disciplina da attuare.

Ciò è stato possibile grazie a un innovativo meccanismo di delegificazione che opera sugli allegati al codice (legislativi in prima applicazione, regolamentari a regime).

Ovviamente, poiché la previsione in esame autorizza l’abrogazione e la sostituzione integrale degli allegati a decorrere dall’entrata in vigore dei corrispondenti regolamenti ministeriali, occorre vigilare affinché gli emanandi regolamenti normino l’intera materia disciplinata dall’allegato e non si limitino ad intervenire esclusivamente su singole parti dei contenuti degli allegati, comportando così una non augurabile delegificazione solo parziale della materia (la quale darebbe vita ad atti in cui convivrebbero norme di valore legislativo e norme di rango regolamentare).

4. La Parte II del Libro I del Codice è dedicata alla digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti pubblici.

Tale tematica, lungi dall’essere confinata nel ristretto ambito della normativa dei contratti pubblici, costituisce una quota parte del più ampio obiettivo PNRR della transizione digitale, di rilevante importanza per il rilancio del Paese.

Com’è noto, tra gli obiettivi più rilevanti del Piano Nazionale di Ripresa e di Resilienza è compreso proprio quello di «definire le modalità per digitalizzare le procedure per tutti gli appalti pubblici e concessioni e definire i requisiti di interoperabilità e interconnettività» (M1C1-70).

Il PNRR, infatti, delinea l’obiettivo di realizzare un Sistema Nazionale di *e-procurement*, entro il 31 dicembre 2023, volto a raccogliere le spinte di efficienza che giungono dallo sviluppo tecnologico e che rinnovano i rapporti tra amministrazioni pubbliche e operatori; soprattutto, il sistema di *e-procurement*, in stretta aderenza alle direttive europee, deve concorrere a realizzare «la digitalizzazione completa delle procedure di acquisto fino all'esecuzione del contratto (*smart procurement*).

La misura denominata “Recovery Procurement Platform”, infatti, è diretta alla modernizzazione del sistema nazionale degli appalti pubblici per il sostegno delle

politiche di sviluppo, attraverso la digitalizzazione e il rafforzamento della capacità amministrativa delle amministrazioni.

L'articolo 11 del decreto-legge n. 77 del 2021, individua in CONSIP il soggetto incaricato per svolgere le attività sopra descritte.

La scelta di CONSIP è conseguenza diretta della particolare competenza sviluppata da tale società nell'ambito dell'*e-procurement*.

Negli ultimi anni, infatti, l'attività di CONSIP ha visto lo sviluppo, accanto ai tradizionali sistemi di acquisto costituiti dalle convenzioni e dagli accordi quadro, dei sistemi denominati MEPA e SDAPA.

Il MEPA (Mercato elettronico della pubblica amministrazione) è un mercato virtuale dedicato alla pubblica amministrazione, sviluppato da Consip per gli acquisti sotto la soglia di rilievo comunitario, in cui il processo d'acquisto si svolge totalmente in via telematica.

In tale contesto, CONSIP definisce con appositi bandi le tipologie merceologiche e le condizioni generali di fornitura, gestisce l'abilitazione dei fornitori e la pubblicazione e l'aggiornamento dei cataloghi.

Il Sistema dinamico d'acquisto (SDAPA), sperimentato da Consip fin dalla fine del 2011, è uno strumento di acquisizione interamente elettronico per le gare sopra e sotto la soglia comunitaria, il cui utilizzo è previsto per le forniture di beni e servizi tipizzati e standardizzati di uso corrente.

L'impiego della piattaforma telematica consente una semplificazione delle modalità di partecipazione per le imprese, una significativa riduzione dei tempi di gestione della gara e di valutazione delle offerte per le amministrazioni.

La differenza più significativa rispetto al MEPA è data dal fatto che lo SDAPA consente di aggiudicare appalti di qualsiasi valore economico, dunque anche superiore alla soglia comunitaria.

In entrambi i casi, Consip non negozia le condizioni di fornitura, non esegue gare, non sceglie fornitori, non decide i requisiti degli appalti, non è parte contrattuale.

In entrambi i contesti, infatti, le imprese che partecipano al sistema non sono scelte da CONSIP; di contro, sono le imprese che chiedono a CONSIP di partecipare, dichiarando di possedere i requisiti minimi richiesti; i controlli da parte di CONSIP

vengono effettuati a campione e dagli enti pubblici stessi ogni volta che aggiudicano un appalto.

La creazione di un elenco di fornitori già ammessi e la possibilità aperta a nuovi offerenti di aderirvi in corso d'opera consentono alle amministrazioni aggiudicatrici di disporre di un ampio numero di offerte e di ottimizzare le risorse a disposizione.

La panoramica delle attività di *e-procurement* svolte già oggi da CONSIP consente di ipotizzare una linea di sviluppo futuro del settore in seguito alla sempre maggiore digitalizzazione della contrattualistica pubblica che potrebbe spostare il ruolo del soggetto pubblico da soggetto gestore della gara a soggetto regolatore del mercato virtuale dove si incontrano la domanda e l'offerta di contratti pubblici.

In tal senso, depongono favorevolmente le disposizioni di cui agli artt. 32, 33 e 34 dello schema di decreto, intitolate, per l'appunto, ai sistemi dinamici di acquisizione, alle aste elettroniche e ai cataloghi elettronici.

5. Ma accanto a ciò, pare doveroso apprezzare un'altra conseguenza positiva del processo di ampia e diffusa digitalizzazione del settore dei contratti pubblici.

Tra le ulteriori problematiche, sovente foriere di un non celere svolgimento delle procedure di contrattazione pubblica, devono annoverarsi quelle tipiche del mercato: elevato numero di stazioni appaltanti (secondo i dati più recenti dell'ANAC³, in Italia esistono 42.657 stazioni appaltanti e centrali di committenza, di cui operative 39.429, con oltre 100.000 centri di spesa), limitata capacità tecnica di molte di esse, presenza di operatori economici poco rispettosi dell'etica professionale, complessità burocratica, possibilità di "cattura del controllore", con creazione di rapporti di forza non paritari tra i funzionari delle stazioni appaltanti e gli operatori economici, infiltrazioni criminali, pratiche corruttive.

Il Legislatore, consapevole del problema connesso all'estrema numerosità delle stazioni appaltanti, aveva introdotto, negli ultimi anni, una serie di importanti innovazioni normative che, se attuate in maniera efficace, avrebbero potuto comportare un nuovo assetto del sistema di *procurement* nella direzione di una maggiore efficienza e qualità della spesa, superando l'elevata frammentarietà delle

³ Cfr. *La via per semplificare gli appalti. Ci scrive il Presidente dell'ANAC*, Il Foglio, 12 maggio 2022

iniziative di acquisto e le conseguenti criticità determinate dalle dimensioni limitate di molti acquirenti pubblici, aumentandone allo stesso tempo gli *skills*.

Tra queste iniziative, l'istituzione dell'elenco dei soggetti aggregatori, previsto dall'articolo 9, comma 1 del decreto-legge 24 aprile 2014, n. 66, convertito dalla legge 23 giugno 2014, n. 89, e confermato dall'attuale codice, doveva ricoprire un ruolo cruciale per la razionalizzazione del sistema, essendo finalizzato a concentrare in un numero limitato di soggetti, in possesso di precisi requisiti organizzativi e di volumi di spesa, le funzioni di acquisto di determinate categorie di beni e servizi, ancora svolte da molteplici stazioni appaltanti, anche di piccolissime dimensioni.

In generale, un sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti dovrebbe condurre a migliorare l'efficienza, l'efficacia e la trasparenza del processo di acquisto.

Peraltro, la mancata emanazione di due degli elementi di maggior novità previsti dal Codice del 2016 - il sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti, con contestuale riduzione del loro numero, da un lato, e il sistema di *rating* di impresa, dall'altro - ha pesato sul perseguimento degli obiettivi più ambiziosi, nonché condivisibili, del Codice stesso: migliorare sia la qualità del *public procurement* che la fase dell'esecuzione dei contratti da parte degli operatori, attraverso incentivi di tipo reputazionale.

Tale risultato, perseguito ma non raggiunto dalla codificazione del 2016, potrebbe divenire oggi più facilmente acquisibile attraverso una massiccia opera di digitalizzazione del mondo del *public procurement*.

Infatti, attraverso la creazione dell'Anagrafe degli operatori economici che, a qualunque titolo, sono coinvolti nei contratti pubblici (art. 31), e al connesso sistema di monitoraggio (art. 109), lo schema di decreto si propone di realizzare uno dei due obiettivi non raggiunti con la codificazione del 2016, la creazione di un *rating* reputazionale delle imprese che contrattano con la Pubblica amministrazione.

Infatti, elemento principale del sistema digitale di monitoraggio delle prestazioni è il fascicolo virtuale degli operatori, fondato su requisiti reputazionali valutati sulla base di indici qualitativi e quantitativi, oggettivi e misurabili, nonché sulla base di accertamenti definitivi che esprimono l'affidabilità dell'impresa in fase esecutiva, il rispetto della legalità, l'impegno sul piano sociale.

Il sistema così immaginato rappresenta non solo il compimento del ricordato obiettivo di incentivare gli operatori al rispetto dei principi del risultato di cui all'articolo 1 e di buona fede e affidamento di cui all'articolo 5, bilanciandoli con il mantenimento dell'apertura del mercato, specie con riferimento alla partecipazione di nuovi operatori, ma anche una premessa fondamentale per la compiuta attuazione di un sistema di *procurement* sempre più digitalizzato.

Il Codice, inoltre, all'art. 63, dell'allegato II.4, prevede una specifica disciplina della qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza.

La qualificazione per progettazione e affidamento è disegnata facendo riferimento a tre livelli di qualificazione.

I requisiti di qualificazione sono declinati specificamente dalle Linee Guida approvate da ANAC, recepite nell'art. 1 dell'allegato II.4 allo schema di decreto, in modo da garantire l'entrata in vigore della disciplina della qualificazione nei tempi previsti.

Sono iscritti di diritto nell'elenco diverse stazioni appaltanti, tra cui il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, compresi i Provveditorati interregionali per le opere pubbliche, Consip S.p.a., Invitalia, Difesa servizi S.p.A., l'Agenzia del demanio, i soggetti aggregatori di cui all'articolo 9 del decreto-legge 24 aprile 2014, n. 66.

6. Degna di nota, infine, è un'ulteriore innovazione prevista dal Codice tramite lo strumento della digitalizzazione: la possibilità di accesso civico generalizzato alle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici in modalità digitale, mediante acquisizione diretta dei dati e delle informazioni di gara inseriti nelle piattaforme.

È auspicabile che attraverso tale strumento e il conseguenziale aumento del tasso di trasparenza nel settore dei contratti pubblici, si possa addivenire ad una diminuzione del contenzioso in tale settore, fenomeno che, come sopra accennato, è uno dei maggiori fattori di inefficienza del mercato.

7. Lo schema di decreto, infine, contiene un ulteriore elemento degno di nota.

Nella materia dei contratti pubblici, tradizionalmente, l'attenzione del Legislatore è da sempre rivolta alle procedure per la scelta del contraente e,

conseguentemente, all'eventuale fase contenziosa successiva all'emanazione del bando ovvero alla stipula del contratto.

In misura minore, soprattutto negli ultimi anni, il Legislatore ha mostrato interesse per la fase preliminare alla selezione delle offerte, accendendo un faro sulla fase preliminare e progettuale.

Tale processo, con lo schema di decreto, segna un ulteriore passo in avanti attraverso la scelta di aprire lo stesso con la menzione del principio del risultato, considerato attuazione del principio di buon andamento di cui all'art. 97 Cost., e parametro per valutare responsabilità ed incentivi del personale pubblico.

L'esaltazione del principio del risultato implica, necessariamente, la previsione sempre più dettagliata di una fase preliminare di programmazione dei lavori, in coerenza con il bilancio e, per gli enti locali, secondo le norme della programmazione economico-finanziaria e i principi contabili (art. 37): solo attraverso una chiara e dettagliata indicazione degli obiettivi programmatici si può addivenire ad una altrettanto chiara verifica dei risultati e, di conseguenza, attribuire incentivi o accertare responsabilità.

Alla programmazione economica si affianca una progettazione dettagliata, prevista dall'articolo 41.

La progettazione in materia di lavori pubblici si articola in due livelli di successivi approfondimenti tecnici: il progetto di fattibilità tecnico-economica e il progetto esecutivo.

La norma in esame individua quindi le seguenti finalità che la progettazione è volta ad assicurare:

- a) il soddisfacimento dei fabbisogni della collettività;
- b) la conformità alle norme ambientali, urbanistiche e di tutela dei beni culturali e paesaggistici, nonché il rispetto di quanto previsto dalla normativa in materia di tutela della salute e della sicurezza delle costruzioni;
- c) la rispondenza ai requisiti di qualità architettonica e tecnicofunzionale, nonché il rispetto dei tempi e dei costi previsti;
- d) il rispetto di tutti i vincoli esistenti, con particolare riguardo a quelli idrogeologici, sismici, archeologici e forestali;

e) l'efficientamento energetico e la minimizzazione dell'impiego di risorse materiali non rinnovabili nell'intero ciclo di vita delle opere;

f) il rispetto dei principi della sostenibilità economica, territoriale, ambientale e sociale dell'intervento, anche per contrastare il consumo del suolo, incentivando il recupero, il riuso e la valorizzazione del patrimonio edilizio esistente e dei tessuti urbani;

g) la razionalizzazione delle attività di progettazione e delle connesse verifiche attraverso il progressivo uso di metodi e strumenti di gestione informativa digitale delle costruzioni di cui all'art. 43;

h) l'accessibilità e l'adattabilità secondo quanto previsto dalle disposizioni vigenti in materia di barriere architettoniche.

Tali previsioni, di portata generale, ricevono una disciplina puntuale con riferimento a specifiche tipologie contrattuali.

Infatti, all'art. 7, la possibilità, per le stazioni appaltanti e gli enti concedenti di affidare direttamente a società *in house* lavori, servizi forniture, è subordinata all'emanazione di un provvedimento motivato in cui si dà conto dei vantaggi per la collettività, delle connesse esternalità e della congruità economica della prestazione, anche in relazione al perseguimento di obiettivi di universalità, socialità, efficienza, economicità, qualità della prestazione, celerità del procedimento e razionale impiego di risorse pubbliche.

In termini non dissimili, l'art. 39, dispone che l'elenco delle infrastrutture strategiche sia inserito nel Documento di economia e finanza, con l'indicazione:

a) dei criteri di rendimento attesi in termini di:

- sviluppo infrastrutturale;

- riequilibrio socio-economico fra le aree del territorio nazionale;

- sostenibilità ambientale;

- garanzia della sicurezza strategica;

- contenimento dei costi dell'approvvigionamento energetico del Paese;

- adeguamento della strategia nazionale a quella della rete europea delle infrastrutture;

b) degli esiti della valutazione delle alternative progettuali;

- c) dei costi stimati e dei relativi stanziamenti;
- d) del cronoprogramma di realizzazione.

Infine, l'art. 175, subordina il ricorso da parte delle Amministrazioni allo strumento del partenariato pubblico-privato, alla previa stesura di un programma triennale delle esigenze pubbliche idonee a essere soddisfatte attraverso forme di PPP nonché ad una seria preventiva valutazione di convenienza e fattibilità.

Tutte le citate norme, che puntano la loro attenzione non già sul "come" stipulare un contratto pubblico ma sul "perché" occorra addivenire alla realizzazione di un'opera ovvero all'acquisto di beni e servizi, rendono possibile una maggiore consapevolezza da parte delle amministrazioni in ordine a tempi e modi di spendita del denaro pubblico e concorrono alla trasparenza del mercato, consentendo ai cittadini di conoscere i percorsi logico-motivazionali sottostanti al ricorso ai contratti pubblici.

8. La Corte dei conti seguirà l'attuazione del nuovo codice nell'esercizio di tutte le sue funzioni, tanto di controllo quanto giurisdizionali.

Sotto il primo profilo si ricordano i controlli preventivi di legittimità sui contratti sopra soglia delle amministrazioni statali, ai sensi dell'art. 3 della legge 20 del 1994, le analisi sul *procurement* pubblico svolto in sede di Sezioni riunite e, non da ultimo, le indagini programmate e svolte in sede di controllo successivo, sia a livello centrale che regionale.

Lo schema del nuovo codice, in particolare, conferma, razionalizzandola, la disciplina speciale sui contratti secretati (ovvero i contratti al cui oggetto, atti o modalità di esecuzione sia attribuita una classifica di segretezza, o la cui esecuzione debba essere accompagnata da speciali misure di sicurezza, in conformità a disposizioni legislative, regolamentari o amministrative) che, a fronte di una disciplina derogatoria quanto alle procedure di aggiudicazione, prevede particolari misure di controllo da parte della magistratura contabile.

Il comma 5 dell'art. 139 dello schema all'esame, rispetto alla formulazione del vigente articolo 162, è stato riscritto al fine di aggiornare le previsioni in coerenza con quelle introdotte dall'art. 5, comma 1 bis, del decreto-legge n. 28/2020, convertito dalla legge n. 70/20.

Pertanto, risulta confermata, anche nel testo del nuovo codice, la previsione di una apposita Sezione della Corte dei conti chiamata ad esercitare, rispetto a tutti i contratti secretati posti in essere da ciascuna stazione appaltante (inclusa la Difesa cui questa previsione del codice si applica in conformità alle previsioni di cui all'art. 136 dello schema di codice in combinato disposto con l'art. 3 del d. lgs. 15 novembre 2011, n. 208), il controllo preventivo sulla legittimità e sulla regolarità dei contratti secretati, nonché sulla regolarità, correttezza ed efficacia della gestione e, infine, chiamata a dar conto, con relazione annuale, del complesso dell'attività svolta al Comitato parlamentare per la sicurezza della Repubblica (COPASIR).

Rispetto alla disciplina vigente, lo schema del nuovo codice estende il controllo preventivo di legittimità (già previsto per i soli provvedimenti di secretazione a partire dalla classifica di "riservatissimo") a tutti i provvedimenti di secretazione, nonché a quelli di assoggettamento a speciali misure di sicurezza, costituendo tutti il presupposto atto a consentire il legittimo accesso a procedure contrattuali in deroga a quelle ordinarie. Si assicura, in tal guisa, non solo la tutela della legalità, trasparenza e concorrenza (lettera "a" della delega), ma anche la riduzione e la certezza dei tempi relativi alle procedure di gara e alla stipula dei contratti (lettera "m" della delega): verifiche a monte sulla legittimità degli atti su cui viene costruito il complesso iter procedimentale in parola consentono, infatti, di prevenire e correggere immediatamente eventuali illegittimità.

Infine, detto controllo dovrebbe essere più penetrante, considerato che la nuova norma, in conformità dell'indicazione della legge delega (lettera bb), prevede che in detti provvedimenti si dia conto delle cause specifiche che giustificano la stipula di un contratto secretato, con particolare riguardo ai presupposti previsti per ciascuna classifica, nonché alle circostanze che esigono il ricorso a speciali misure di sicurezza.

Quanto alle funzioni giurisdizionali della Corte dei conti, viene in rilievo, nell'ambito della disciplina generale dei principi - e in particolare di quello della fiducia - la disciplina della colpa grave, quale elemento soggettivo, unitamente al dolo, della responsabilità erariale.

Il comma 3 dell'art. 2 definisce il perimetro della colpa grave stabilendo che, nell'ambito delle attività svolte nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti, costituisce colpa grave:

- 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.

Come chiarito dalla relazione illustrativa, la scelta di definire normativamente il perimetro della colpa grave nasce dall'esigenza di rendere meno labile il confine tra colpa grave e colpa lieve e, dunque, eliminare il più possibile incertezze interpretative.

In realtà a seguito della introduzione della limitazione della responsabilità erariale alla colpa grave (con d.l. n. 543 del 1996, convertito con legge n. 639 del 1996), la giurisprudenza contabile ha cercato a più riprese di ricercare nelle condotte attive e omissive del responsabile i tratti distintivi della gravità della colpa, aderendo in un primo momento a un modello più penalistico (per il quale è grave la condotta connotata dalla prevedibilità dell'evento dannoso e da un comportamento improntato alla massima negligenza e imprudenza) o, in seguito, a un modello permeato più su quello civilistico (facente riferimento alla violazione dei doveri di comportamento che anche il tipo umano medio intende tali).

La difficoltà a individuare criteri generali e astratti univoci per definire la colpa grave e differenziarla da quella lieve dipende dalla sua assoluta relatività: la gravità o meno di una condotta non può mai prescindere, infatti, dalla considerazione di una molteplicità di elementi, soggettivi ed oggettivi, desumibili, volta per volta, dal caso concreto.

Ed è proprio sulla base di quest'ultima considerazione che la più evoluta giurisprudenza contabile si è attestata, più recentemente, su una concezione essenzialmente normativa del giudizio in ordine alla sussistenza della colpa grave, il quale impone sostanzialmente al giudice una doppia valutazione: in primo luogo, individuare il fondamento normativo della regola a contenuto cautelare che esprime in termini di prevedibilità, prevenibilità ed evitabilità, la misura della condotta (

diligente, perita e prudente) sulla quale il legislatore ha riposto affidamento per prevenire ed evitare il rischio di conseguenze negative per l'Erario; definito in tal modo il parametro oggettivo di riferimento del titolo soggettivo della colpa grave, accertare il grado di esigibilità della condotta normativamente prevista in ragione delle condizioni concrete della gestione (cfr., Corte conti, Sez. II app., n. 662/2014).

Come si può agevolmente rilevare, trattasi degli stessi canoni che lo schema del codice all'esame ha inteso elevare a rango legislativo al comma 3 dell'art. 2.

Lo stesso comma 2 aggiunge che non costituisce colpa grave la violazione o l'omissione determinata dal riferimento a indirizzi giurisprudenziali prevalenti o a pareri delle autorità competenti. Tanto, in coerenza con le vigenti previsioni del codice della giustizia contabile (art. 69, comma 2 e art. 95, comma 4), a loro volta confermate di una giurisprudenza consolidata sull'elemento soggettivo della responsabilità erariale.

Sembra dunque realizzarsi un virtuoso compromesso fra l'esigenza evidenziata nella relazione al codice di ridurre le incertezze interpretative in materia e la necessità di una impostazione coerente con l'istituto della responsabilità erariale, rispetto al quale permane certamente la assoluta necessità di valutare il grado della colpa sulla base del caso concreto, sia pure percorrendo l'iter argomentativo delineato dalla giurisprudenza e ripreso dalle disposizioni in esame.

Al riguardo appaiono necessarie ed opportune ulteriori considerazioni su una scelta legislativa recente, avente ad oggetto sempre l'elemento soggettivo della responsabilità erariale e parimenti contenuta nell'ambito di discipline connesse all'attuazione degli impegni assunti dal Governo italiano con il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR).

Si tratta della disposizione di natura transitoria costituita dall'art. 21 del decreto-legge 16 luglio 2020 n.76, convertito con modificazione nella legge 11 settembre 2020 n.120, che, sul fondamento dell'eccezionalità dell'emergenza sanitaria, ha circoscritto la responsabilità erariale ai soli casi di dolo, con esclusione della colpa grave, sia pure per i soli danni erariali cagionati da condotte attive.

Una soluzione legislativa che, diversamente da quella contenuta nello schema di codice all'esame, appare priva di fondamento logico giuridico, per una molteplicità

di ragioni di seguito sintetizzate, e che sarebbe risultata ancora meno fondata laddove traslata nell'ambito di una disciplina generale quale è quella del codice dei contratti pubblici.

In primo luogo appare utile evidenziare il contrasto tra la attenuazione del regime della responsabilità contabile introdotta dalla disciplina emergenziale appena richiamata e il quadro normativo euro-unitario istitutivo del dispositivo per la ripresa e la resilienza (c.d. "recovery plan") (Reg. 2021/241).

In quest'ultimo ambito, infatti, particolare attenzione è data al profilo del recupero di fondi indebitamenti versati, non solo attraverso azioni recuperatorie, ma anche risarcitorie. Pertanto, una "bolla di impunità" per i casi di *mala gestio* gravemente colposa delle risorse pubbliche risulta del tutto incoerente rispetto alla necessità di mantenere e garantire gestioni virtuose in un panorama in cui nostro Stato è esposto, sul piano europeo, anche ad eventuali procedure di infrazione.

Il regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021 che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza (c.d. "recovery plan"), dedica particolare attenzione al controllo sulla corretta gestione dei fondi. Il complesso normativo che disciplina il dispositivo trova, ai sensi dell'art. 8 di questo Regolamento (UE) 2021/241, le sue regole generali nel Regolamento finanziario e nel Regolamento (UE/Euratom) 2020/2092 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2020. Particolare attenzione a livello euro-unitario è data al profilo del recupero di fondi indebitamenti versati. Il rinvio all'art. 22 dello statuto dei funzionari dell'Unione Europea che espressamente richiama la colpa grave per il risarcimento del danno è di particolare rilievo in quanto oltre all'azione recuperatoria pare prevedere anche la risarcibilità dei danni arrecati con colpa grave. Queste ultime azioni, quella recuperatoria e quella risarcitoria, chiamano in causa innegabilmente la giustizia contabile che deve poter contare, con riferimento specifico alle misure da attuare con il recovery fund, su tutti gli strumenti giuridici necessari per adempiere agli obblighi posti dal regolamento a carico dello Stato italiano.

Inoltre, si rammenta che, ai sensi dell'art. 325 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), i Paesi membri sono tenuti a proteggere gli interessi

finanziari dell'Unione con i medesimi strumenti con i quali proteggono i propri interessi finanziari; ne consegue che l'abbassamento del livello di protezione dei nostri interessi finanziari, restringendo il perimetro della responsabilità amministrativa contabile, determina anche, di riflesso, l'abbassamento del livello di protezione degli interessi finanziari dell'Unione e questo sembra porsi in contrasto con le previsioni del Regolamento (UE) 2021/241.

Ma la limitazione della responsabilità erariale alle fattispecie dolose risulta anche connotata da evidenti profili di illegittimità costituzionale.

Al riguardo occorre richiamare l'orientamento della Corte costituzionale formatosi a partire dalla introduzione della responsabilità per sola colpa grave (cfr. C. Cost. n. 37/1998, confermata, fra le altre, da C. Cost. n. 340/2001). La suprema Corte ha sostenuto, infatti, che quella limitazione corrisponde ad un corretto equilibrio fra quanto del rischio dell'attività amministrativa deve restare a carico dell'apparato e quanto a carico del funzionario. Con la conseguenza che, una responsabilità erariale solo dolosa non è più una responsabilità funzionale al buon andamento della pubblica amministrazione: azzerando la colpa grave e, quindi, il parametro dell'*homo eiusdem professionis et condicionis* per valutare la condotta del funzionario pubblico rispetto agli obblighi di servizio e ai doveri d'ufficio cui è tenuto, viene meno il parametro su cui valutare il buon andamento della pubblica amministrazione e la sua stessa efficienza, in aperto contrasto con l'art. 97, comma 2, Cost., di cui peraltro costituisce corollario il principio del risultato.

Nel contesto delineato dallo schema del nuovo codice, peraltro, solo il mantenimento di una responsabilità erariale anche per colpa grave, sia pure nella definizione data, risulta compatibile non solo con il principio del risultato, come già evidenziato, ma anche con lo stesso principio della fiducia.

Va al riguardo ribadita la centralità dei principi del risultato, della fiducia e dell'accesso al mercato. Non solo, infatti, gli stessi devono essere utilizzati per sciogliere le questioni interpretative che le singole disposizioni del codice possono sollevare, ma, come chiarisce la stessa relazione illustrativa, viene in rilievo la loro

“natura fondante”, tanto da dover ritenere che l’intera disciplina del codice debba risultare coerente con gli stessi.

Nella specie, dunque, l’art. 2 dello schema precisa come il principio della fiducia favorisca e valorizzi l’iniziativa e l’autonomia decisionale dei funzionari pubblici, con particolare riferimento alle valutazioni e alle scelte per l’acquisizione e l’esecuzione delle prestazioni secondo il principio del risultato. Dispone, quindi, che l’attribuzione e l’esercizio del potere nel settore dei contratti pubblici deve fondarsi sul principio della reciproca fiducia nell’azione legittima, trasparente e corretta dell’amministrazione, dei suoi funzionari e degli operatori economici.

Ma, come peraltro affermato recentemente anche dalla Cassazione a Sezioni Unite (n. 2370 del 25.1.2023), *“nel sistema costituzionale non vi è potere senza responsabilità”*.

Pertanto, il principio della fiducia, che si basa sul presupposto del riconoscimento di capacità e professionalità in capo al funzionario responsabile, non può conciliarsi con l’esclusione della responsabilità per colpa grave laddove, come noto, detta soglia minima di punibilità attiene, per costante giurisprudenza, ai casi quali l’*“intensa negligenza”*, la *“sprezzante trascuratezza dei propri doveri”*, l’*“atteggiamento di grave disinteresse nell’espletamento delle proprie funzioni”*, la *“macroscopica violazione delle norme”*, il *“comportamento che denoti dispregio delle comuni regole di prudenza”*.

Sotto altro profilo occorre stigmatizzare come l’assunto secondo il quale l’azione amministrativa sarebbe bloccata dalla paura del processo contabile sia del tutto indimostrato, laddove, invece, è acclarato che la cosiddetta *“paralisi del fare”* derivi dalla complessità e farraginosità delle regole. Pertanto, eventuali dequotazioni della responsabilità erariale troverebbero ancor meno ragion d’essere nell’ambito di riforme che mirano a introdurre un sistema normativo più chiaro e inequivoco, come il codice all’esame.

Peraltro, va osservato come il *“rischio giudiziario”* permane in ogni caso con l’esclusione della responsabilità per colpa grave, restando aperta la strada dell’azione civile che, a quel punto, dovrebbe essere esercitata in via ordinaria dai vertici amministrativi, potendo configurarsi, nei confronti degli stessi, un’ipotesi di

responsabilità omissiva colposa “di risulta”; con la conseguenza di sottrarre al giudizio erariale vicende che invece troverebbero, in detta sede, una composizione più attenta e mirata grazie a istituti sconosciuti al giudice ordinario e più “favorevoli” al funzionario pubblico, quali: l’insindacabilità dei comportamenti connaturati da colpa lieve; l’uso del potere riduttivo per i fatti non dolosi; l’insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali; l’applicazione della *compensatio lucri cum damno*, in termini più ampi di quelli concessi al giudice ordinario; la riduzione del danno per l’apporto causale di soggetti non evocati in giudizio; l’applicazione dei benefici del rito monitorio e del rito abbreviato; la non trasmissione agli eredi se non in caso di riscontrato arricchimento; il più breve regime della prescrizione.

Infine, si richiama quanto previsto al comma 4 dello stesso art. 2 dello schema di codice, ovvero l’adozione di azioni per la copertura assicurativa dei rischi per il personale (oltre all’adozione di azioni per riqualificare le stazioni appaltanti e per rafforzare e dare valore alle capacità professionali dei dipendenti, compresi i piani di formazione di cui all’art. 15, comma 7). Anche quest’ultima previsione appare, infatti, coerente con il corretto mantenimento di una piena responsabilità per colpa grave, dovendosi diversamente ipotizzare, quale possibile, la copertura assicurativa di fattispecie di dolo, circostanza quest’ultima da escludersi, invece, con ogni evidenza.

