



Ordine dei Dottori  
Commercialisti  
e degli Esperti Contabili  
MILANO

NUMERO 3  
GIUGNO 2023

*Il nuovo Codice degli appalti  
tra modifiche normative  
e cambio culturale*

# Rassegna *del* Professionista

---

Circolare per il Professionista in collaborazione  
tra 24 Ore Professionale e Ordine dei Dottori Commercialisti  
e degli Esperti Contabili di Milano

**24**ORE  
PROFESSIONALE

<b>Il nuovo Codice degli appalti</b> <i>di Gianluca Tartaro, Vicepresidente ADC Nazionale</i>	4
<b>Il principio di risultato e il principio della fiducia nel nuovo Codice</b> <i>di dott. Giuseppe Munafò, Presidente Collegio dei Revisori Odcec Milano</i>	8
<b>Le contraddizioni nelle pieghe del Codice appalti</b> <i>di Gabriele Bottino, Professore Ordinario di Diritto Amministrativo Università degli Studi di Milano</i>	13
<b>Un codice (quasi) autoesecutivo che scommette sulla spinta del PNRR</b> <i>di Luca Tuffarelli, Founder and Partner e Mario Di Carlo Partner, Studio Ristuccia Tuffarelli &amp; Partners</i>	15
<b>Appalti pubblici e responsabilità per danno erariale</b> <i>di Cinthia Pinotti, Presidente aggiunto onorario della Corte dei Conti</i>	18
<b>Il sistema dei controlli nel nuovo Codice</b> <i>di Barbara Boschetti, Professore Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano</i>	27
<b>Appalti e lavoro</b> <i>di Giovanni Francesco Cassano, Presidente Commissione Lavoro ODCEC MILANO</i>	29
<b>Anticorruzione e appalti</b> <i>di Gabriella Viggiano, Consigliera delegata all'Area "Anticorruzione" e all'Area "Antiriciclaggio" del CNDCEC, dottore commercialista in Matera</i>	31
<b>Nuovo Codice appalti, i requisiti per partecipare</b> <i>di Federico Gavioli, Dottore Commercialista, Revisore Contabile e Curatore Fallimentare</i>	35
<b>L'impatto del nuovo codice degli appalti sui documenti di programmazione dell'ente e sui principi contabili</b> <i>di Michele Tetro - Ancrel Bari-Bat</i>	39
<b>Perché l'Italia ha bisogno di più partnership pubblico privato?</b> <i>di Prof. Veronica Vecchi, SDA Bocconi school of management, Presidente di Società Infrastrutture Milano Cortina</i>	41
<b>PNRR: le Olimpiadi Milano Cortina 2026 nel contesto del nuovo Codice degli appalti</b> <i>Ing. Regina De Albertis, Presidente Assimpredil Ance</i>	43

Circolare per il Professionista  
in collaborazione tra 24 Ore Professionale  
e Ordine dei Dottori Commercialisti  
e degli Esperti Contabili di Milano

Proprietario ed Editore:  
Il Sole 24 Ore S.p.A.

Sede legale  
e amministrazione:  
Viale Sarca, 223 - 20126 Milano

Redazione: 24 ORE Professionale

© 2023 Il Sole 24 ORE S.p.a.

Tutti i diritti riservati.  
È vietata la riproduzione  
anche parziale e con qualsiasi  
strumento.

I testi e l'elaborazione dei testi, anche se curati  
con scrupolosa attenzione, non possono  
comportare specifiche responsabilità  
per involontari errori e inesattezze.

CHIUSA IN REDAZIONE: 30 GIUGNO 2023

# News *e approfondimenti*

---

Circolare per il Professionista  
realizzata da 24 Ore Professionale  
per Ordine dei Commercialisti e degli Esperti Contabili di Milano

**24**ORE  
PROFESSIONALE

# Il nuovo Codice degli appalti

di Gianluca Tartaro, Vicepresidente ADC Nazionale

L'obiettivo della riforma in tema di Codice degli appalti, pubblicato con D.Lgs. 31 marzo 2023, n. 36 (Gazzetta Ufficiale n. 77 del 31 marzo 2023, S.O. n. 12), inquadra vari argomenti e persegue varie esigenze di **semplificazione, digitalizzazione e trasparenza**, tra i quali: ridurre la frammentazione delle stazioni appaltanti, stabilendo gli elementi di base del sistema di qualificazione, realizzando una e-platform come requisito di base per partecipare alla valutazione nazionale della *procurement capacity* e conferendo all'ANAC specifici poteri di monitoraggio sulle performance delle stazioni appaltanti; stabilire incentivi all'uso delle centrali di committenza professionali esistenti; promuovere la digitalizzazione delle procedure delle centrali di committenza; ridurre progressivamente le restrizioni al subappalto; definire le modalità per digitalizzare le procedure per tutti gli appalti pubblici e concessioni, garantendo gli opportuni requisiti di interoperabilità e interconnettività tra le banche dati.

## Inquadramento della normativa

La riforma del Codice dei contratti pubblici, al fine di rendere più fluide, efficienti ed efficaci le procedure di affidamento e gestione delle commesse di lavori, servizi e forniture, costituisce un tassello fondamentale nell'ambito dell'attuazione del PNRR. Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, difatti, prevede espressamente l'intervento sul D.Lgs. n. 50/2016 nell'ottica di semplificazione e velocizzazione del processo di spesa delle ingenti risorse destinate al nostro Paese.

L'iter di riforma si è svolto in parte sotto la precedente legislatura – con l'approvazione della Legge Delega n. 78 del 21 giugno 2022 e la successiva investitura del Consiglio di Stato del delicato compito di procedere alla stesura del Codice – proseguendo poi nella legislatura attuale, con la presentazione dello schema di decreto legislativo al MIMS e la sua revisione, di concerto con il Consiglio di Stato, da parte di una commissione appositamente nominata, per pervenire, infine, alla presentazione dello schema al Consiglio dei Ministri, che lo ha approvato nella seduta di venerdì 16 dicembre 2022.

Il cammino della riforma, tuttavia, non è ancora concluso, dovendo passare attraverso l'esame delle Commissioni Parlamentari per giungere all'approvazione definitiva e alla pubblicazione. L'entrata in vigore è prevista il primo aprile 2023 e le relative disposizioni avranno efficacia a decorrere dal primo luglio dello stesso anno. Vediamo le principali novità.

## I principi cardine del nuovo Codice dei contratti pubblici

Sebbene le disposizioni dello schema di decreto legislativo possano venire modificate in conseguenza delle osservazioni eventualmente formulate dalle Commissioni Parlamentari, presumibilmente i tratti distintivi dell'impostazione del nuovo Codice rimarranno stabili. Quello che appare differenziare fortemente la struttura del provvedimento dal D.Lgs. n. 50/2016 è, innanzitutto, la parte prima, interamente dedicata ai "Principi". Non che si tratti di novità assolute quanto ai contenuti, tuttavia è significativa la scelta di riservare a ciascuno di essi un articolo e di anteporre questa parte a tutte le altre.

I tre principi cardine, alla luce dei quali andranno lette ed interpretate le disposizioni successive sono:

- **il principio del risultato,**
- **il principio della fiducia,**
- **il principio dell'accesso al mercato.**

Il principio del risultato è quello che guida l'azione amministrativa e, con pragmatismo, si prevede, tra l'altro, che esso costituisca *«criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto, nonché per:*

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

Nell'ambito del principio della fiducia si cerca di far superare l'approccio del "chi si firma è perduto", aforisma che sintetizza uno dei freni maggiori all'attività delle pubbliche amministrazioni. Si prevede, per ciò, che *«non costituisce colpa grave la violazione o l'omissione determinata dal riferimento a indirizzi giurisprudenziali prevalenti o a pareri delle autorità competenti».*

L'intenzione è certamente lodevole, tuttavia occorrerà vedere come la disposizione verrà applicata nel concreto, posto che – complice anche l'instabilità della normativa – non è sempre facile individuare quali siano gli "indirizzi giurisprudenziali prevalenti".

Ai tre principi cardine si aggiungono:

- principi di buona fede e di tutela dell'affidamento,
- principi di solidarietà e di sussidiarietà orizzontale,
- principio di auto-organizzazione amministrativa,
- principio di autonomia contrattuale (che include il divieto di prestazioni d'opera intellettuale a titolo gratuito),
- principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale,
- principi di tassatività delle cause di esclusione e di massima partecipazione,
- principio di applicazione dei contratti collettivi nazionali di settore. Inadempienze contributive e ritardo nei pagamenti.

Altro tratto certamente distintivo – e lodevole nello sforzo – è la scelta di inserire direttamente negli allegati al provvedimento la disciplina attuativa di dettaglio, in modo da rendere per quanto possibile auto-esecutivo il Codice. È comunque previsto che gli allegati vengano successivamente sostituiti da Regolamenti adottati con DPR o con Decreto ministeriale ai sensi dell'art. 17 della L. n. 400/1988, ma si è tentato di evitare quel limbo di mancata attuazione che ha fortemente caratterizzato, penalizzandolo, il Codice del 2016.

La palma d'oro della **disposizione più criticata** va probabilmente alla norma che **rimuove il divieto di subappalto a cascata**, aprendo alla possibilità che un subappaltatore possa, a propria volta, affidare in subappalto parte delle prestazioni affidategli. Va, innanzitutto, rammentato che la disposizione che vieta attualmente questa pratica è stata oggetto – insieme a molte altre – della procedura di infrazione n. 2018/2273, avviata dalla Commissione europea nei confronti dell'Italia per presunta incompatibilità di varie norme del Codice dei contratti pubblici vigente all'ordinamento europeo.

Tra di esse vi è, appunto, il "divieto per un subappaltatore di fare a sua volta ricorso ad un altro subappaltatore", che è ritenuto contrario ad una pluralità di principi e norme eurounitarie. La rimozione del divieto era, quindi, una **scelta sostanzialmente obbligata**.

Altra disposizione molto discussa è quella che **liberalizza l'appalto integrato**, ovvero consente alle stazioni appaltanti di affidare in un'unica gara sia la progettazione dell'opera che la sua realizzazione. La ragione delle critiche risiede nel convincimento che ciò possa far perdere al progetto quella centralità che il precedente Codice gli attribuiva.

È senz'altro apprezzabile lo sforzo di attribuire alla digitalizzazione una specifica dignità e un ruolo centrale nel procurement pubblico, proseguendo nella strada tracciata dalle Direttive europee del 2014, che hanno attribuito alla digitalizzazione e all'innovazione un ruolo assolutamente centrale.

Il testo prevede una digitalizzazione integrale in materia di accesso agli atti, in linea con lo svolgimento in modalità digitale delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, oltre alla gestione, progettazione e contabilizzazione dei servizi e delle opere. L'obiettivo è consentire a tutti i cittadini la possibilità di richiedere la documentazione di gara, nei limiti consentiti dall'ordinamento vigente.

Il nuovo Codice ha fatto un salto in avanti sul fronte della **digitalizzazione, che diviene il fulcro** volto a modernizzare l'intero sistema dei contratti pubblici e il ciclo di vita dell'appalto. Un processo che richiede una trasformazione non solo della parte professionale e industriale, ma anche delle stazioni appaltanti.

### La struttura del Codice e le principali novità

Il Codice è così articolato:

Libro I. Dei principi, della digitalizzazione, della programmazione e della progettazione

Libro II. Dell'appalto

Libro III. Dell'appalto nei settori speciali

Libro IV. Del partenariato pubblico-privato e delle concessioni

Libro V. Del contenzioso e dell'autorità nazionale anticorruzione. Disposizioni finali e transitorie

Le principali innovazioni introdotte:

- la **digitalizzazione diviene il “motore”** per modernizzare l'intero sistema dei contratti pubblici e ciclo di vita dell'appalto. Si definisce un “ecosistema nazionale di approvvigionamento digitale” i cui pilastri si individuano nella Banca dati nazionale dei contratti pubblici, nel fascicolo virtuale dell'operatore economico, appena reso operativo dall'ANAC, nelle piattaforme di approvvigionamento digitale, nell'utilizzo di procedure automatizzate nel ciclo di vita dei contratti pubblici. Si realizza una digitalizzazione integrale in materia di accesso agli atti, in linea con lo svolgimento in modalità digitale delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici. Si riconosce in modo espresso a tutti i cittadini la possibilità di richiedere la documentazione di gara, nei limiti consentiti dall'ordinamento vigente, per il tramite dell'istituto dell'accesso civico generalizzato;
- alla **programmazione di infrastrutture prioritarie** viene impresso un notevole slancio. Si prevede l'inserimento dell'elenco delle opere prioritarie nel Documento di economia e finanza (DEF), a valle di un confronto tra Regioni e Governo;
- **riduzione dei termini per la progettazione**; istituzione da parte del Consiglio superiore dei lavori pubblici di un Comitato speciale appositamente dedicato all'esame di tali progetti;
- introduzione di un meccanismo di **superamento del dissenso qualificato** nella Conferenza di servizi mediante l'approvazione con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri;
- valutazione **in parallelo dell'interesse archeologico**;
- **l'appalto integrato** diviene possibile senza i divieti previsti dal vecchio Codice. Il contratto potrà quindi avere come oggetto la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori sulla base di un progetto di fattibilità tecnico-economica approvato. Sono esclusi gli appalti per opere di manutenzione ordinaria;
- le **procedure sotto la soglia europea** si adottano stabilmente, previste per l'affidamento diretto e per le procedure negoziate nel cosiddetto decreto “semplificazioni COVID-19” (D.L. n. 76/2020). Sono previste eccezioni, con applicazione delle procedure ordinarie previste per il soprasoglia, per l'affidamento dei contratti che presentino interesse transfrontaliero certo. Si stabilisce il principio di rotazione secondo cui, in ipotesi di procedura negoziata, è vietato procedere in modo diretto all'assegnazione di un appalto verso il contraente uscente. In tutti gli affidamenti di contratti sottosoglia vengono esclusi i termini dilatori, di natura sia procedimentale sia processuale;
- il **general contractor viene reintrodotta**. Con questi contratti, l'operatore economico «è tenuto a perseguire un risultato amministrativo mediante le prestazioni professionali e specialistiche previste, in cambio di un corrispettivo determinato in relazione al risultato ottenuto e alla attività normalmente necessaria per ottenerlo». L'attività anche di matrice pubblicistica da parte del con-

- traente generale (per esempio quella di espropriazione delle aree) consente di riconoscere nell'istituto una delle principali manifestazioni applicative della collaborazione tra la PA e gli operatori privati nello svolgimento di attività d'interesse generale;
- nel partenariato pubblico-privato **si semplifica il quadro normativo**, per rendere più agevole la partecipazione degli investitori istituzionali alle gare per l'affidamento di progetti. Si prevedono ulteriori garanzie a favore dei finanziatori dei contratti e si conferma il diritto di prelazione per il promotore;
  - nei **settori speciali** si prevede una **maggiore flessibilità** e una più marcata peculiarità, in coerenza con la natura essenziale dei servizi pubblici gestiti dagli enti aggiudicatori (acqua, energia, trasporti ecc.). Le norme introdotte sono **"autoconclusive"**, quindi prive di ulteriori rinvii ad altre parti del Codice. Si introduce un elenco di "poteri di autorganizzazione" riconosciuti alle imprese pubbliche e ai privati titolari di diritti speciali o esclusivi. Si prevede la possibilità per le stazioni appaltanti di determinare le dimensioni dell'oggetto dell'appalto e dei lotti in cui eventualmente suddividerlo, senza obbligo di motivazione aggravata;
  - il **subappalto a cascata** viene introdotto adeguandolo alla normativa e alla giurisprudenza europea, attraverso la previsione di criteri di valutazione discrezionale da parte della stazione appaltante, da esercitarsi ipotesi per ipotesi; per i concessionari scelti senza gara si stabilisce l'obbligo di appaltare a terzi una parte compresa tra il 50 e il 60 per cento dei lavori, dei servizi e delle forniture, tuttavia tale obbligo non vale per i settori speciali (ferrovie, aeroporti, gas, luce);
  - nell'ambito della **revisione dei prezzi**, è confermato l'obbligo di inserimento delle clausole di revisione prezzi al verificarsi di una variazione del costo superiore alla soglia del 5 per cento, col riconoscimento in favore dell'impresa dell'80 per cento del maggior costo;
  - per la fase dell'esecuzione, si prevede la facoltà per l'appaltatore di richiedere, prima della conclusione del contratto, la **sostituzione della cauzione** o della garanzia fideiussoria con **ritenute di garanzia** sugli stati di avanzamento. In ipotesi di liquidazione giudiziale dell'operatore economico dopo l'aggiudicazione, non ci sarà automaticamente la decadenza, ma il contratto potrà essere stipulato col curatore autorizzato all'esercizio dell'impresa, previa autorizzazione del Giudice delegato;
  - nell'ambito **governance, contenzioso e giurisdizione** molte novità. Per fugare la cosiddetta "paura della firma", è stabilito che, ai fini della responsabilità amministrativa, non costituisce "colpa grave" la violazione o l'omissione determinata dal riferimento a indirizzi giurisprudenziali prevalenti o a pareri delle autorità competenti. Si effettua il riordino delle competenze dell'ANAC, in attuazione del criterio contenuto nella Legge delega, con un rafforzamento delle funzioni di vigilanza e sanzionatorie. Si superano le linee guida adottate dall'Autorità, attraverso l'integrazione nel Codice della disciplina di attuazione. In merito ai procedimenti dinanzi alla giustizia amministrativa, si prevede che il Giudice conosca anche delle azioni risarcitorie e di quelle di rivalsa proposte dalla stazione appaltante nei confronti dell'operatore economico che, con un comportamento illecito, ha concorso a determinare un esito della gara illegittimo. Si applica l'arbitrato pure alle liti relative ai "contratti" in cui siano coinvolti tali operatori.

### Entrata in vigore

Il nuovo Codice trova operatività per tutti i nuovi procedimenti a decorrere dal 1° aprile 2023, mentre dal 1° luglio 2023 è prevista l'abrogazione del Codice precedente (D.Lgs. n. 50/2016), come anche l'applicazione delle nuove norme anche a tutti i procedimenti già in corso.

# Il principio di risultato e il principio della fiducia nel nuovo Codice

di dott. Giuseppe Munafò, Presidente Collegio dei Revisori Odcec Milano

## Il senso effettivo del nuovo Codice degli appalti

Lo “Schema definitivo di Codice” mantiene inalterato il numero di articoli rispetto al Codice ex D.Lgs. n. 50/2016, riducendone di molto i commi e le parole e, con i suoi allegati, abbatte in modo rilevante il numero di norme e linee guida di attuazione.

Gli allegati sono 38, un numero comunque contenuto, con la precisazione che essi sostituiranno ogni altra fonte attuativa: oltre ai 25 allegati al Codice del 2016, essi assorbiranno 17 linee guida ANAC e 15 regolamenti ancora vigenti, alcuni dei quali di dimensioni molto ampie (tra cui il D.P.R. n. 207/2010, risalente addirittura all’attuazione del Codice del 2006).

La novità che emerge in prima battuta è data dalla Relazione di accompagnamento che, oltre ad illustrare analiticamente le novità, si pone come un vero e proprio manuale operativo per l’uso del nuovo Codice, assorbendo anche la funzione di indirizzo attuativo sinora rivestita dalle “linee guida non vincolanti” (vedasi al riguardo l’art. 226, comma 2).

La scelta di redigere un Codice che non rinvii a ulteriori provvedimenti attuativi e che sia **immediatamente “autoesecutivo”**, permettendo di conoscere sin da subito l’intera disciplina da attuare, è stata possibile grazie a un innovativo meccanismo di delegificazione che opera sugli allegati al Codice (*n.d.r. art. 226, comma 1*) legislativi in prima applicazione (*n.d.r. delibera Consiglio dei Ministri*), regolamentari a regime (*n.d.r. delibera del Ministro competente*).

Gli autori hanno cercato di scrivere un Codice “che racconti la storia” delle procedure di gara, accompagnando amministrazioni e operatori economici, passo dopo passo, dalla fase iniziale della programmazione e progettazione sino all’aggiudicazione e all’esecuzione del contratto.

Inoltre, si è voluto dare un senso effettivo ad alcune parole chiave utilizzate in tema di contratti pubblici:

- la **semplificazione**, ottenuta aumentando la discrezionalità delle amministrazioni e rimuovendo il *goldplating* ovunque possibile, ovvero quella tecnica che va al di là di quanto richiesto dalla normativa europea pur mantenendosi entro la legalità per la quale gli Stati membri hanno ampia discrezionalità in sede di attuazione delle direttive comunitarie;
- l’**accelerazione**, intesa come massima velocizzazione delle procedure, introducendo termini ridotti “fattibili”, anche per garantire certezza nei tempi di affidamento, di esecuzione e di pagamento alle imprese;
- la **digitalizzazione** completa delle procedure e la interoperabilità delle piattaforme, secondo il principio dell’*once only*, ossia dell’unicità dell’invio di dati, documenti e informazioni alle stazioni appaltanti;
- la **tutela**, dando piena attuazione alla delega a protezione dei lavoratori (tramite clausole sociali, valorizzazione dei CCNL e lotta ai “contratti pirata”) e delle imprese (per esempio, in tema di



rinegoziazione e revisione prezzi, o di suddivisione in lotti).

Nella considerazione che l'attuale Codice non contiene una parte iniziale dedicata ai "principi generali", il progetto di nuovo Codice ha inteso, invece, dedicare una parte generale (la Parte I del Libro I) alla codificazione dei principi che riguardano l'intera materia dei contratti pubblici, rendendo così intellegibile il disegno armonico, organico e unitario sotteso al Codice rispetto alla frammentarietà delle sue parti, e consentendo al tempo stesso una migliore comprensione di queste, connettendole al tutto.

Il progetto di nuovo Codice, nella consapevolezza dei rischi che sono talvolta correlati a un uso inappropriato dei principi generali (e in particolare alla frequente commistione tra principi e regole), ha inteso affidare alla Parte I del Libro I il compito di codificare solo principi con funzione ordinante e nomofilattica. Il ricorso ai principi assolve, inoltre, a una funzione di completezza dell'ordinamento giuridico e di garanzia della tutela di interessi che altrimenti non troverebbero adeguata sistemazione nelle singole disposizioni. Così, ad esempio, il principio del risultato (art. 1) è destinato ad operare sia come criterio prioritario di bilanciamento con altri principi nell'individuazione della regola del caso concreto, sia, insieme con quello della fiducia nell'azione amministrativa (art. 2), come criterio interpretativo delle singole disposizioni.

Più in generale, attraverso la codificazione dei principi, il nuovo progetto mira a favorire una più ampia libertà di iniziativa e di auto-responsabilità delle stazioni appaltanti, valorizzandone autonomia e discrezionalità (amministrativa e tecnica) in un settore in cui spesso la presenza di una disciplina rigida e dettagliata ha creato incertezze, ritardi, inefficienze. Ciò in quanto la legge – soprattutto un Codice – non può inseguire la disciplina specifica di ogni aspetto della realtà, perché si troverà sempre in ritardo, ma deve invece fornire gli strumenti e le regole generali e astratte per regolarla.

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

- a. ribadire che la concorrenza è uno strumento il cui fine è realizzare al meglio l'obiettivo di un appalto aggiudicato ed eseguito in funzione del preminente interesse della committenza (e della collettività) (cfr. art. 1, comma 2);
- b. accentuare e incoraggiare lo spazio valutativo e i poteri di iniziativa delle stazioni appaltanti, per contrastare, in un quadro di rinnovata fiducia verso l'azione dell'amministrazione, il fenomeno della cd. "burocrazia difensiva", che può generare ritardi o inefficienze nell'affidamento e nell'esecuzione dei contratti (cfr. art. 2, comma 2).

Fondamentale, in questo rinnovato quadro normativo, è l'innovativa introduzione dei principi del risultato, della fiducia e dell'accesso al mercato (la cui pregnanza è corroborata dalla stessa scelta sistematica di collocarli all'inizio dell'articolato), i quali, oltre a cercare un cambio di passo rispetto al passato, vengono espressamente richiamati come criteri di interpretazione delle altre norme del Codice e sono ulteriormente declinati in specifiche disposizioni di dettaglio (ad esempio, in tema di assicurazioni).

## Il principio del risultato: art. 1

***«1. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti perseguono il risultato dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza.»***

Il comma 1 codifica il principio del risultato ed enuncia quindi l'interesse pubblico primario del Codice, come finalità principale che stazioni appaltanti ed enti concedenti devono sempre assumere nell'esercizio delle loro attività: l'affidamento del contratto e la sua esecuzione con la massima tempestività e il miglior rapporto possibile tra qualità e prezzo, sempre nel rispetto dei principi di legalità (*la PA trova nella legge i fini della propria azione e i poteri giuridici che può esercitare. La PA non può esercitare alcun potere al di fuori di quelli che la legge le attribuisce*), trasparenza e concorrenza, che vengono espressamente richiamati.

***«2. La concorrenza tra gli operatori economici è funzionale a conseguire il miglior risultato possibile***

***nell'affidare ed eseguire i contratti. La trasparenza è funzionale alla massima semplicità e celerità nella corretta applicazione delle regole del Codice e ne assicura la piena verificabilità.»***

Il comma 2 enuncia il valore funzionale della concorrenza e della trasparenza, che sono tutelate non come mero fine, ma, più correttamente, come mezzo in vista del raggiungimento del risultato.

La concorrenza, in particolare, è funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti. Si collega così il risultato, inteso come fine, alla concorrenza, intesa come metodo. Il nesso tra "risultato" e "concorrenza", la seconda in funzione del primo, è già rafforzato dalla dizione del comma 1, dove si specifica che non si persegue "un risultato purché sia", ma un risultato "virtuoso", che accresca la qualità, diminuisca i costi, aumenti la produttività etc.

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

Si pensi, ancora, al rapporto tra affidamenti in house e mercato, rispetto al quale la Corte di giustizia ha tante volte ribadito (pur salvando la disciplina italiana sui limiti all'in house) che il diritto UE non impone il mercato, ma solo il rispetto della concorrenza se si sceglie di andare sul mercato. Il che significa che se un "risultato" può essere realizzato meglio in "autoproduzione", la P.A. lo può (e forse lo deve) fare, perché il suo compito è curare gli interessi della collettività, che non necessariamente coincide con la sollecitazione proconcorrenziale degli interessi economici delle imprese a competere per avere un contratto. L'idea che l'Amministrazione in materia di appalti debba perseguire solo la concorrenza rischia, allora, di contrastare con il più generale principio di buon andamento, di cui il "principio del risultato" rappresenta una derivazione "evolutive", sulle orme di studi di autorevolissima dottrina, che ormai da decenni auspica e teorizza "l'amministrazione del risultato". Il risultato si inquadra nel contesto della legalità e della concorrenza: ma tramite la sua codificazione si vuole ribadire che legalità e concorrenza da Sole non bastano, perché l'obiettivo rimane la realizzazione delle opere pubbliche e la soddisfazione dell'interesse della collettività. Questa "propensione" verso il risultato è caratteristica di ogni azione amministrativa, perché ogni potere amministrativo presuppone un interesse pubblico da realizzare.

***«3. Il principio del risultato costituisce attuazione, nel settore dei contratti pubblici, del principio del buon andamento e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità. Esso è perseguito nell'interesse della comunità e per il raggiungimento degli obiettivi dell'Unione europea.»***

Il comma 3, recependo gli approdi di numerosi studi sulla c.d. amministrazione del risultato, chiarisce che il principio del risultato costituisce attuazione, nel settore dei contratti pubblici, del principio del buon andamento e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità ed è perseguito nell'interesse della comunità e per il raggiungimento degli obiettivi dell'U.E.

***«4. Il principio del risultato costituisce criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto, nonché per:***

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

Il comma 4 prevede che il principio del risultato costituisce criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto. Si tratta, quindi, di un principio-guida

nella ricerca della soluzione del caso concreto, al fine di sciogliere la complessità, spesso inevitabile, che deriva dall'intreccio di principi, norme di diritto dell'Unione europea, norme di legge ordinaria, atti di regolazione e indirizzi della giurisprudenza.

La previsione finale del comma 4, alla lettera a), in coerenza con il principio della fiducia declinato nell'art. 2, valorizza il raggiungimento del risultato come elemento da valutare, in sede di responsabilità (amministrativa e disciplinare), a favore del personale impiegato nei delicati compiti che vengono in rilievo nella "vita" del contratto pubblico, dalla programmazione fino alla sua completa esecuzione. Lo scopo è quello di contrastare, anche attraverso tale previsione, ogni forma di burocrazia difensiva: in quest'ottica si "premia" il funzionario che raggiunge il risultato attenuando il peso di eventuali errori potenzialmente forieri di responsabilità.

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

### **Il principio della fiducia: art. 2**

***«1. L'attribuzione e l'esercizio del potere nel settore dei contratti pubblici si fonda sul principio della reciproca fiducia nell'azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione, dei suoi funzionari e degli operatori economici.***

***2. Il principio della fiducia favorisce e valorizza 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.»***

L'art. 2 codifica l'innovativo principio della fiducia nell'azione legittima trasparente e corretta delle pubbliche amministrazioni, dei suoi funzionari e degli operatori economici. Si tratta di un segno di svolta rispetto alla logica fondata sulla sfiducia (se non sul "sospetto") per l'azione dei pubblici funzionari, che si è sviluppata negli ultimi anni, anche attraverso la stratificazione di interventi normativi non sempre coordinati tra loro e che si è caratterizzata, da un lato, per una normazione di estremo dettaglio, che mortificava l'esercizio della discrezionalità, dall'altro per il crescente rischio di avvio automatico di procedure di accertamento di responsabilità amministrative, civili, contabili e penali che potevano alla fine rivelarsi prive di effettivo fondamento. Ciò ha generato una forma di "burocrazia difensiva", spesso descritta evocando l'efficace immagine del dipendente che ha "paura di firmare", a causa della quale i funzionari, frenati dal timore delle possibili conseguenze del loro agire, preferiscono astenersi dal farlo, con inevitabile pregiudizio dell'efficienza e, più in generale, del buon andamento dell'azione amministrativa, scaricando sul legislatore o sul giudice la soluzione di problemi che spetterebbe invece alla P.A. affrontare e risolvere (si è parlato efficacemente anche di tendenza ad "amministrare per legge" e "amministrare per sentenza").

Come ha ben evidenziato anche la Corte costituzionale, con la sentenza n. 8 del 2022, "paura della firma" e "burocrazia difensiva", rappresentano fonte di inefficienza e immobilismo e, quindi, un ostacolo al rilancio economico, che richiede, al contrario, una pubblica amministrazione dinamica ed efficiente. In questa prospettiva, il nuovo Codice vuole dare, sin dalle sue disposizioni di principio, il segnale di un cambiamento profondo, che – fermo restando ovviamente il perseguimento convinto di ogni forma di irregolarità – miri a valorizzare lo spirito di iniziativa e la discrezionalità degli amministratori pubblici, introducendo una "rete di protezione" rispetto all'alto rischio che accompagna il loro operato.

Da un lato, la disposizione precisa che la fiducia deve essere reciproca e investe, quindi, anche gli operatori economici che partecipano alle gare. Molti istituti del Codice, anche di derivazione europea (dal soccorso istruttorio al c.d. self-cleaning) presuppongono, d'altronde, la fiducia dell'ordinamento giuridico anche verso i soggetti privati che si relazionano con la Pubblica Amministrazione.

Dall'altro lato, la fiducia è legata a doppio filo ai concetti di legalità, trasparenza e correttezza, rappresentando, sotto questo profilo, una versione evoluta del principio di presunzione di legittimità dell'azione amministrativa.

Si è dettata una regola chiara: ogni stazione appaltante ha la responsabilità delle gare e deve svolgerle non solo rispettando la legalità formale, ma tenendo sempre presente che ogni gara è funzionale a realizzare un'opera pubblica (o ad acquisire servizi e forniture) nel modo più rispondente agli interessi della collettività. Il raggiungimento di questo risultato implica il superamento di ogni forma di inerzia e l'esercizio effettivo della discrezionalità di cui la P.A. dispone.

Ciò presuppone la fiducia dell'ordinamento giuridico sulle scelte compiute dalla P.A., alla quale, in assenza di detta fiducia, non si attribuirebbe il potere. Ogni conferimento di potere (specie se di natura discrezionale) presuppone, infatti, la fiducia dell'ordinamento giuridico verso l'organo destinatario dell'attribuzione: esplicitare a livello normativo questo presupposto culturale e giuridico promuove il senso di appartenenza dell'Amministrazione allo Stato-comunità, scongiura l'inerzia, valorizza le capacità e orienta verso il rispetto della legalità sostanziale.

Il comma 2, nell'enunciare il principio, lo collega al principio del risultato: la fiducia che viene riconosciuta ai pubblici funzionari non è incondizionata, ma costituisce una sorta di contropartita di ciò che l'ordinamento si aspetta dall'azione amministrativa, ossia la realizzazione del risultato declinato dall'art. 1. La norma chiarisce che il principio della fiducia implica un ampliamento dei poteri valutativi e della discrezionalità della P.A.

**«3. Nell'ambito delle attività svolte nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti, ai fini della responsabilità amministrativa 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. Non costituisce colpa grave la violazione o l'omissione determinata dal riferimento a indirizzi giurisprudenziali prevalenti o a pareri delle autorità competenti.»**

Il comma 3 contiene una perimetrazione del concetto di colpa grave rilevante ai fini della responsabilità amministrativa dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti. La norma risulta necessaria in quanto, in passato, il labile confine tra colpa grave e colpa lieve ha generato incertezze interpretative, contribuendo a quella forma di burocrazia difensiva che il principio della fiducia si propone di superare. Per questo, in coerenza con l'obiettivo, sotteso al principio della fiducia di valorizzare la discrezionalità del dipendente pubblico, la norma in esame ricollega la colpa grave esclusivamente alla violazione delle norme di diritto, degli auto-vincoli, nonché alla palese violazione di regole di prudenza, perizia e diligenza, con la precisazione, tuttavia, che non costituisce mai colpa grave la violazione o l'omissione che sia stata determinata dal riferimento a indirizzi giurisprudenziali prevalenti o a pareri delle autorità competenti.

**«4. Per promuovere la fiducia nell'azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti adottano azioni per la copertura assicurativa dei rischi per il personale, nonché per riqualificare le stazioni appaltanti e per rafforzare e dare valore alle capacità professionali dei dipendenti, compresi i piani di formazione di cui all'articolo 15, comma 7. »**

Il comma 4, al fine di promuovere la fiducia nell'azione legittimità, trasparente e corretta dell'Amministrazione, prevede che le stazioni appaltanti e gli enti concedenti adottano azioni per la copertura assicurativa dei rischi per il personale, nonché per qualificare le stazioni appaltanti e per rafforzare e dare valore alle capacità professionali dei dipendenti.

## Le contraddizioni nelle pieghe del Codice appalti

di Gabriele Bottino, Professore Ordinario di Diritto Amministrativo Università degli Studi di Milano, estratto da *Il Sole 24 Ore*, 10 giugno 2023, p. 12

Il nuovo Codice appalti, approvato come D.Lgs. 36/2023, riscrive le regole con cui le amministrazioni pubbliche realizzano opere pubbliche e acquistano beni e servizi. Poiché la responsabilità erariale – e la giurisdizione della Corte dei Conti – persegue i danni cagionati dagli agenti pubblici con dolo o colpa grave, l'articolo 2 del nuovo “Codice” così dispone: «*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 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 costituisce colpa grave la violazione o l'omissione determinata dal riferimento a indirizzi giurisprudenziali prevalenti o a pareri delle autorità competenti*». Lo scopo della norma è chiaro: stabilire che la Corte dei Conti, sui contratti pubblici, può imputare agli agenti pubblici soltanto il risarcimento dei danni originati da atti e comportamenti macroscopicamente contrari alle regole. Nessun timore di responsabilità erariale deve essere invece percepito attenendosi alle regole, o addirittura violandole in maniera non intenzionale e non macroscopica. Un buon compromesso, si direbbe anche ai tempi del Pnrr, per alleviare la “paura della firma”. Ma c'è di più. Sempre con l'intenzione di prendere sul serio tale “paura”, lo stesso articolo 2 spiega che le PA «*adottano azioni per la copertura assicurativa dei rischi per il personale*». Che cosa vuole dire? Che in presenza di danni economici, ancora originati da gare e contratti pubblici, questi danni (colposi, evidentemente) “coperti” da polizze assicurative, e così socializzati non saranno a carico di amministratori e dirigenti pubblici. Tutto bene, dunque? Purtroppo no. Perché nel varare il nuovo Codice il Governo non ha considerato una norma tuttora in vigore. L'articolo 3, comma 59 della legge n. 244/2007 dispone che «*è nullo il contratto di assicurazione con il quale un ente pubblico assicura propri amministratori per i rischi derivanti dall'espletamento dei compiti istituzionali e riguardanti la responsabilità contabile*»; «*l'amministratore che pone in essere [...] il contratto di assicurazione e il beneficiario della copertura assicurativa sono tenuti al rimborso, a titolo di danno erariale, di una somma pari a dieci volte l'ammontare dei premi complessivamente stabiliti nel contratto medesimo*». Una contraddizione evidente, che pone amministratori e dipendenti pubblici di fronte a un dubbio amletico («*stipulare o no le polizze assicurative a copertura delle responsabilità erariali?*»): l'articolo 2 del nuovo “Codice” prescrive alle Pa di adottare «*azioni per la copertura assicurativa dei rischi per il personale*»; contemporaneamente il comma 59 della legge n. 244/2007 dispone la nullità dei medesimi contratti e l'applicazione – da parte della Corte dei Conti – di una sanzione pecuniaria molto elevata. Il giurista ha sempre l'obbligo di proporre una lettura che renda compatibile – costituzionalmente conforme e orientata – l'applicazione di norme disorganiche: si potrebbe ritenere che siano assicurabili, per i danni oggetto di responsabilità erariali, solo gli amministratori e dirigenti che agiscono nel settore dei contratti pubblici, ma non quando essi agiscono

in ambiti diversi. Questa soluzione non è tuttavia convincente: interviene ad alleviare la “paura della firma” in uno soltanto, dei settori di intervento pubblico, e differenzia il trattamento – in modo difficilmente giustificabile – in ragione delle differenti funzioni. Due conclusioni: la coesistenza delle due norme appare impossibile; sarebbe opportuno che il Governo – prima di prospettare profonde limitazioni a controlli e giurisdizione contabile – si premurasse di varare testi legislativi almeno capaci di non contraddirsi tra loro.

## Un codice (quasi) autoesecutivo che scommette sulla spinta del PNRR

*di Luca Tufarelli, Founder and Partner e Mario Di Carlo Partner, Studio Ristuccia Tuffarelli & Partners, Estratto da Il codice appalti, 30 maggio 2023, p. 6-9*

Il nuovo Codice dei contratti pubblici è stato varato con il decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36, in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78. La riforma giunge dopo una gestione relativamente breve, come frutto della sollecitazione europea all'innovazione, alla digitalizzazione e alla semplificazione del settore negoziata nell'ambito del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza. La semplificazione in materia di contratti pubblici è, infatti, elencata fra le riforme abilitanti in apertura del PNRR. Vi si prevede che la semplificazione delle norme in materia di appalti pubblici e concessioni (i) è obiettivo essenziale per l'efficiente realizzazione delle infrastrutture e per il rilancio dell'attività edilizia, entrambi aspetti ritenuti essenziali per la ripresa post-pandemica e (ii) deve avere a oggetto non solo la fase di affidamento, ma anche quelle di pianificazione, programmazione e progettazione.

L'azione del legislatore sembra guidata finalmente da un insieme di metodi e obiettivi di intervento volti principalmente ad una concreta riforma dei processi di approvvigionamento in ambito pubblico anche tramite la specifica formazione del personale sui nuovi strumenti di programmazione e di acquisto. In questa prospettiva è centrale un'altra delle riforme abilitanti del PNRR, quella denominata "Recovery Procurement Platform - Digitalizzazione e rafforzamento della capacità amministrativa delle amministrazioni aggiudicatrici".

Vi si prevedono (i) azioni di formazione e supporto, mediante informazione, formazione e tutoraggio svolto da personale specializzato nella gestione delle procedure di acquisto, in modalità digitale e nell'utilizzo di strumenti avanzati di acquisto e negoziazione, (ii) la definizione di strumenti di acquisto avanzati: mettendo a disposizione delle Amministrazioni specifici "contratti" (es. contratti-quadro/accordi quadro, contratti ad hoc) funzionali alla più efficiente ed efficace realizzazione dei progetti, nonché servizi di formazione e supporto necessari per il loro ottimale utilizzo e (iii) l'evoluzione del sistema nazionale di e-procurement, attraverso la digitalizzazione end-to-end dei processi di approvvigionamento pubblico.

Al piano delle riforme si è affiancato nel PNRR anche quello degli investimenti, con la missione 1 componente 1 (M1C1) che ha stanziato 9,7 miliardi di euro per la digitalizzazione della PA, la modernizzazione della pubblica amministrazione, anche in termini di competenze, personale e capacità amministrativa, e l'innovazione del sistema giudiziario. Il PNRR individua poi, fra le altre, le seguenti milestone, alcune delle quali già raggiunte:

- giugno 2022, entrata in vigore della legge delega per la revisione del Codice dei contratti pubblici (obiettivo raggiunto con legge Delega 78/2022);
- marzo 2023, pubblicazione in Gazzetta del decreto legislativo attuativo della legge Delega per la riforma del Codice dei contratti pubblici (obiettivo raggiunto con il D.Lgs. 36/2023);
- giugno 2023, entrata in vigore di tutte le leggi, regolamenti e provvedimenti attuativi necessari per

dare attuazione concreta al Codice dei contratti pubblici; e

- dicembre 2023, il pieno funzionamento del sistema nazionale di e-procurement.

Dunque se ci eravamo abituati ad un nuovo codice dei contratti pubblici in occasione di una nuova versione delle direttive europee, questo Codice arriva “a direttive invariate”, cioè ancora nella vigenza delle direttive 23, 24 e 25 del 2014, sulla base di una spinta diversa e profondamente sentita anche nel sistema produttivo. Le modifiche attengono ai segmenti non toccati dal diritto dell’Unione o agli spazi di recepimento delle direttive e vanno in gran parte nella direzione di ridurre il gold plating, cioè l’aggiunta di regolamentazione nazionale alla regolamentazione eurounitaria.

Ricapitolare le previsioni del PNRR a cui fa seguito il D.Lgs. 36/2023 non è un mero esercizio retorico. Il nuovo codice infatti è particolarmente ambizioso in tema di digitalizzazione dei processi, tempistiche, competenze e capacità amministrativa e manageriale delle stazioni appaltanti e loro qualificazione. Un’ambizione che vede nell’emanazione del nuovo Codice solo l’inizio e che non potrà essere soddisfatta se non portando avanti con determinazione e con successo le altre linee di azione ed in particolare quelle relative alla digitalizzazione e alla formazione delle competenze e capacità amministrative degli acquirenti pubblici, che paiono le più complesse da realizzare, assieme alla effettiva implementazione del sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti, pure previsto nel PNRR e cruciale nel nuovo assetto, che richiederà una spinta politica forte.

Lo sforzo redazionale è stato compiuto da una commissione speciale in seno al Consiglio di Stato, sulla base di un mandato del Presidente del Consiglio, a ciò espressamente facoltizzato dalla legge delega. La commissione era composta da dodici Presidenti di sezione del Consiglio di Stato, trentadue Consiglieri di Stato e dieci Consiglieri di TAR oltre a magistrati della Corte di cassazione, della Corte dei conti, avvocati dello Stato e del libero foro, professori universitari ed esperti tecnici. La redazione ha certamente beneficiato di un così grande apporto di elevatissime competenze e diversità di prospettive.

Molte delle novità del D.Lgs. 36/2023 (che troverete indicato nel testo anche come “Codice 2023”) erano già prefigurate appunto dal PNRR e, soprattutto, da quella che è stata la legislazione degli acquisti pubblici nel periodo pandemico e post-pandemico. Così ad esempio sono state confermate (i) le nuove soglie di valore per gli affidamenti diretti e gli altri strumenti di semplificazione dei processi di acquisto, (ii) l’introduzione di termini di conclusione del procedimento d’acquisto, (iii) l’ampliamento dell’appalto integrato, a cui si aggiunge la riduzione dei livelli di progettazione, (iv) il collegio consultivo tecnico, (v) la revisione dei prezzi e la rinegoziazione dei contratti.

La generalizzazione dell’innalzamento delle soglie per gli affidamenti diretti ha suscitato molte critiche ma è il frutto di una scelta chiara di semplificazione e responsabilizzazione.

In termini di redazione e struttura del codice gli elementi di maggiore novità sono l’introduzione dei principi e la sistemazione di un corpus normativo rilevante negli allegati. I principi occupano i primi dodici articoli del codice. Mai in precedenza il legislatore aveva dato così tanto spazio alla loro codificazione. I principi sono posti in apertura per esplicitare le linee di fondo del disegno normativo, guidare l’interpretazione, indirizzare i temi più rilevanti in cui la normazione di dettaglio difficilmente può essere esaustiva. La relazione afferma che, attraverso la codificazione dei principi, il nuovo progetto mira a favorire una più ampia libertà di iniziativa e di auto-responsabilità delle stazioni appaltanti, valorizzandone autonomia e discrezionalità (amministrativa e tecnica) in un settore in cui spesso la presenza di una disciplina rigida e dettagliata ha creato incertezze, ritardi, inefficienze ed in cui la legge non può inseguire la disciplina specifica di ogni aspetto della realtà, perché si troverà sempre in ritardo, ma deve invece fornire gli strumenti e le regole generali e astratte per regolarla.

Sarà l’esperienza dei mesi a venire a dirci come questa innovazione andrà effettivamente ad incidere sulle scelte delle amministrazioni e sull’esercizio del potere giurisdizionale.

Gli allegati sono 36. Come evidenzia la relazione di accompagnamento essi assorbono i 25 allegati del D.Lgs. 50/2016 (che troverete indicato nel prosieguo di questo numero anche come “Codice 2016”), le 17 linee guida Anac e 15 regolamenti ancora vigenti. Un lavoro di riordino importante, pur con qualche apparente difetto di coordinamento. Tali allegati saranno (o meglio potranno essere) in gran parte sostituiti



da regolamenti ministeriali adottati ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400. Va segnalato tuttavia che una parte considerevole degli allegati resta comunque vincolata al recepimento della normativa eurounitaria. Anche in ragione di questa opera di riordino, il codice ha l'ambizione di essere immediatamente "autoesecutivo" evitando di rinviare a successivi provvedimenti attuativi, se non per pochi aspetti, come il sistema di qualificazione per gli affidamenti di servizi e forniture. Resta ad ogni modo l'inevitabile necessità che alcuni degli strumenti prefigurati vengano ad esistenza, in particolare per quanto riguarda tutti i sistemi, le regole e gli strumenti necessari alla digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti pubblici, l'effettiva realizzazione della qualificazione delle stazioni appaltanti e la messa a regime del sistema di qualificazione per i servizi e le forniture. Cosa che ci auguriamo accada nei tempi previsti, dato il grande potenziale di tali innovazioni.

La spinta verso la digitalizzazione, infatti, è l'altra grande direttrice della riforma. Un cambiamento in grado di semplificare i processi e gli adempimenti, portare maggiore trasparenza non solo alla procedura di gara ma a tutto il ciclo di vita dei contratti pubblici dalla programmazione all'esecuzione, fornire dati per elaborare al meglio politiche, strategie e nuovi strumenti. La banca dati nazionale dei contratti pubblici con il fascicolo virtuale dell'operatore economico assume un ruolo centrale nel nuovo procedimento digitale. Anche qui le sfide sono molteplici. Innanzitutto la capacità dell'intero ecosistema di dotarsi tempestivamente dei nuovi strumenti, implementando ad esempio le interfacce necessarie a garantire l'interoperabilità dei sistemi, tassello fondamentale per la piena digitalizzazione. A ciò si aggiunge almeno - ancora una volta - le necessità di formazione e change management. E a ciò si affianca una maggiore responsabilizzazione dell'amministrazione, che emerge in maniera particolare con l'introduzione della figura del responsabile del progetto, il nuovo RUP, e con la discrezionalità nell'individuazione dei criteri di anomalia dell'offerta.

Non nuove ma rinnovate e rilevanti sono poi le previsioni a tutela dell'ambiente e del lavoro, con una nuova e più ampia disciplina delle clausole sociali, anche qui sulla falsariga di quanto già previsto per il PNRR.

Vale la pena poi menzionare il tentativo di concretizzare il principio di tassatività delle clausole di esclusione, non solo con la sua enunciazione all'art. 10, ma anche con una nuova struttura dei requisiti generali, che si spera possa dare certezze agli operatori economici e ridurre il contenzioso su questi aspetti.

Altro tema oggetto di ripetuti interventi e grande contrasto politico è stato nel tempo il subappalto, dove si evidenzia il superamento del divieto di subappalto a cascata, introdotto tuttavia senza grandi indicazioni operative e di processo. Circostanza che comporterà per stazioni appaltanti, enti aggiudicatori ed operatori economici un significativo impegno per l'individuazione condivisa della disciplina applicabile e per la sua attuazione.

Risulta poi semplificata e riordinata la disciplina del partenariato pubblico privato e della finanza di progetto. Completamente rivista anche la dinamica dell'accesso agli atti, che beneficia della digitalizzazione e di un nuovo rito processuale.

Infine risulta significativamente rimodulato il ruolo dell'Anac, che innanzitutto perde il potere di emanare le linee guida ma assume un ruolo centrale nella distribuzione delle informazioni e nel coordinamento dell'ecosistema digitale.

Per chi voglia approfondire le nuove norme, la prima obbligata lettura è la relazione di accompagnamento, che ci auguriamo possa avere una sistemazione ufficiale in relazione al testo definitivo e fungere davvero da linea guida interpretativa, come da essa stessa prefigurato.

Vanno ad ogni modo segnalate due importanti assenze nella costruzione del Codice 2023. A più riprese, infatti, vengono ribaditi gli obblighi di utilizzo di strumenti di acquisto e di negoziazione previsti dalle vigenti disposizioni in materia di contenimento della spesa. Sarebbe stata certamente utile tanto per le stazioni appaltanti quanto per gli operatori economici un'operazione di riordino di questo sottosistema normativo ormai divenuto un autentico ginepraio. Inoltre, non risulta preso in considerazione il Regolamento (UE) 2022/2560 sulle sovvenzioni distorsive del mercato interno entrato in vigore il 12 gennaio 2023 e applicabile a partire dal 12 luglio p.v., il cui capo IV è interamente dedicato agli appalti pubblici che avrà un impatto significativo sugli affidamenti banditi dal 12 ottobre, specie quelli di maggiore rilevanza economica.

# Appalti pubblici e responsabilità per danno erariale

di Cinthia Pinotti, Presidente aggiunto onorario della Corte dei Conti

Gli obiettivi della codificazione, all'interno del nuovo Codice degli appalti, non potevano ignorare l'aspetto cruciale della responsabilità dei soggetti, a vario titolo coinvolti nelle diverse fasi delle procedure ad evidenza pubblica, tanto più che fra i principi ispiratori del Codice è enunciato *in primis* quello del risultato che serve ad orientare l'esercizio del potere discrezionale dell'Amministrazione e a valutarne l'operato, saldando potere e responsabilità.

L'operazione non era, anzi non è affatto semplice, dal momento che si colloca temporalmente in un particolare momento storico in cui è venuta ad acuirsi la dialettica tra visioni diametralmente contrapposte in ordine alle funzioni della responsabilità amministrativa<sup>1</sup> (c'è chi ritiene fondamentali le funzioni preventive e di deterrenza della responsabilità per danno erariale e chi, di contro, evocando il rischio della paralisi dell'azione amministrativa per il timore da parte dei funzionari di incorrere in sanzioni di vario tipo – penali, contabili, disciplinari, interdittive etc. – ne ha auspicato un drastico ridimensionamento, in parte già attuato dal Legislatore attraverso l'art. 21 del D.L. n. 76/2020, che ha limitato la responsabilità amministrativa per condotte commissive dolose).

A prescindere dalle valutazioni su detti interventi normativi, che verranno approfondite nei prossimi paragrafi, si propongono alcune considerazioni di carattere preliminare.

Non è possibile, infatti, valutare la specifica disciplina – in parte speciale e derogatoria – prevista per il settore degli appalti pubblici in assenza di una **visione d'insieme che la coordini con i principi generali**. Come nasce la responsabilità amministrativa per danno erariale? Se ne può fare a meno?

L'interrogativo non è provocatorio! La responsabilità per danno erariale ha origini molto antiche; la sua base normativa si ritrova nelle Leggi di contabilità dello Stato del 1869.

Le norme codificano un principio immanente in uno Stato di diritto, che è quello dell'obbligo degli agenti pubblici di rispondere dei danni provocati alle casse pubbliche per colpa o negligenza, pur prevenendosi che la Corte dei Conti possa porre a carico dei responsabili solo una parte del danno.<sup>2</sup>

1 La disciplina della responsabilità amministrativa presenta numerosi istituti sostanziali e processuali che la connotano diversamente rispetto alla responsabilità civile, quali: insindacabilità dei comportamenti connotati da colpa lieve; uso del potere riduttivo per i fatti non dolosi; insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali; applicazione della *compensatio lucri cum damno*, in termini più ampi di quelli concessi al Giudice ordinario; riduzione del danno per l'apporto causale di soggetti non evocati in giudizio; applicazione dei benefici del rito monitorio e del rito abbreviato; operatività del termine quinquennale di prescrizione; della non trasmissione agli eredi se non in caso di riscontrato arricchimento.

2 Le "responsabilità contabili" attribuite alla giurisdizione della Corte dei Conti erano previste dall'art. 61 Legge di contabilità di Stato del 1869, riprodotto dall'art. 67 della Legge di contabilità del 1884: «*gli ufficiali pubblici stipendiati dallo Stato, e specialmente quelli ai quali è commesso il riscontro e la verifica della casse e dei magazzini, dovranno rispon-*

Le disposizioni richiamate, sin dall'origine delineano gli elementi strutturali e propri della responsabilità amministrativa: rapporto di servizio, il collegamento dell'attività lesiva alle funzioni (qualunque funzione) esercitate dall'impiegato e la personalizzazione della responsabilità; inoltre la deroga alla regola civilistica della solidarietà lascia già intendere quanto, per il Legislatore dell'epoca, fosse necessario un collegamento tra responsabilità e competenza (*rectius*: attribuzione) ai fini dell'imputazione del danno.

### Della responsabilità amministrativa si può fare a meno?

La risposta è abbastanza agevole alla luce della nostra Carta Costituzionale, il cui art. 28 sancisce la responsabilità diretta dei funzionari e amministratori pubblici per gli atti compiuti in violazione dei diritti e solo in via di estensione la responsabilità dello Stato e degli altri enti pubblici!

Semplificando al massimo: poiché le risorse sono della collettività, è inimmaginabile che, oltre all'ipotesi di un danno patrimoniale diretto arrecato dal funzionario allo Stato o ente di appartenenza, non si preveda una **responsabilità in capo a chi ha commesso condotte illecite** in danno di terzi di cui lo Stato sia stato chiamato in sede civile a rispondere. Sarà poi il Legislatore, nell'esercizio della sua discrezionalità, a dettare le regole per rendere operativo il principio costituzionale e a stabilire la sede giurisdizionale nella quale attuarlo.<sup>3</sup>

Il principio della **responsabilità giuridica a contenuto risarcitorio**, che corrisponde al dovere di render conto del proprio operato e delle conseguenze che esso ha prodotto, è del resto affermato anche nell'art. 41, comma 3, della Carta dei diritti fondamentali UE in cui si sancisce che *“ogni persona ha il diritto al risarcimento da parte dell'Unione dei danni cagionati dalle sue Istituzioni o dai suoi agenti nell'esercizio delle loro funzioni, conformemente ai principi generali comuni agli ordinamenti degli Stati membri”*.

Del resto, in ambito privatistico, la costituzionalizzazione delle regole della responsabilità risarcitoria per danno ingiusto, alla luce della lettura evolutiva della clausola generale di cui all'art. 2043 c.c., ha portato ad affermare la valenza costituzionale del principio di derivazione romanistica del *neminem laedere* o al-

---

*dere dei valori che fossero per loro colpa o negligenza perduti dallo Stato. A tale effetto essi sono sottoposti alla giurisdizione della Corte dei Conti, la quale potrà porre a loro carico una parte o tutto il valore perduto»*. La rottura del collegamento con la gestione finanziaria formalizzata si ebbe con il R.D. n. 1224/1923, Legge di contabilità generale dello Stato, il cui art. 82 in rilevante discontinuità rispetto al precedente sistema, stabiliva che *“l'impiegato che per azione o omissione anche solo colposa nell'esercizio delle sue funzioni cagioni danno allo Stato è tenuto a risarcirlo”*. Veniva quindi meno il riferimento ai valori perduti e al collegamento con le gestioni finanziarie contabili, prevedendosi per la prima volta la responsabilità di qualsiasi impiegato per qualunque fatto illecito collegato soltanto alla funzione.

Quanto all'art. 83, era previsto che *“i funzionari di cui ai precedenti artt. 81 e 82 sono sottoposti alla giurisdizione della Corte dei Conti, la quale valutate le singole responsabilità può porre a carico dei responsabili tutto o parte del danno accertato o del valore perduto”*.

3 Art. 28 Cost.: *“I funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili secondo le leggi penali civili ed amministrative degli atti compiuti in violazione dei diritti. In tali casi la responsabilità civile si estende allo Stato e agli enti pubblici”*.

Sul possibile concorso tra Giudice ordinario e contabili cfr. Cass., S.U., ord. n. 8634/2020 che ha, infatti, affermato come *“l'azione di responsabilità per danno erariale e quella di responsabilità civile promossa dalle singole amministrazioni interessate davanti al Giudice ordinario restano reciprocamente indipendenti, anche quando investano i medesimi fatti materiali, essendo la prima volta alla tutela dell'interesse pubblico generale, al buon andamento della PA e al corretto impiego delle risorse, con funzione prevalentemente sanzionatoria, e la seconda, invece, al pieno ristoro del danno, con funzione riparatoria ed integralmente compensativa, a protezione dell'interesse particolare della Amministrazione attrice; ne deriva che le eventuali interferenze tra i due giudizi integrano una questione non di giurisdizione ma di proponibilità dell'azione di responsabilità innanzi al Giudice contabile, sempre che non sia contestata dinanzi a quest'ultimo la configurabilità stessa, in astratto, di un danno erariale, in relazione ai presupposti normativamente previsti per il sorgere della responsabilità amministrativa contestata dal P.G. contabile, nel qual caso si configura una questione di giurisdizione risolvibile dalle Sezioni Unite, essendo posta in discussione la “potestas iudicandi” del Giudice contabile, la cui definizione è rimessa alla discrezionalità del Legislatore ordinario, non essendo la Corte dei Conti “il Giudice naturale della tutela degli interessi pubblici e della tutela da danni pubblici” (Corte Cost., nn. 355/2010, 46/2008, 641/1987) (v., ex multis, Cass., sez. un., ord., 19.02.2019, n. 4883; Cass., ord., 20.12.2018, n. 32929; Cass., sez. un., 28.12.2017, n. 31107; Cass., sez. un., 28.11.2013, n. 26582; Cass., sez. un., ord., 4.01.2012, n. 11; Cass., sez. un., ord., 21.10.2005, n. 20343)”*.

*terum non laedere*, con conseguente espansione della tutela risarcitoria ed esaltazione della sua funzione preventiva e di deterrenza, anche se va subito precisato che, per quanto attiene alla responsabilità amministrativa, quale *genus* a se stante rispetto a quella civile, è ancora aperta la questione circa la sua natura, funzione e contenuto.<sup>4</sup>

### **L'evoluzione dei criteri di imputazione del danno in funzione tra Giudice e Legislatore dalla colpa grave al dolo. Critica e limiti della scelta legislativa e sue implicazioni**

Pochi cenni, alla luce di quanto sin qui detto, sulle linee evolutive assunte in via generale dalla responsabilità amministrativa caratterizzate da una costante dialettica tra Giudice e Legislatore che, negli anni, si sono reciprocamente influenzati specialmente in ordine agli elementi costitutivi della responsabilità amministrativa “generica” o atipica (si tralascia ovviamente l’esame delle plurime ipotesi di responsabilità tipizzate o a contenuto sanzionatorio che sono proliferate negli ultimi anni, specie per sanzionare violazioni di regole di condotta preordinate a garantire la sana gestione finanziaria e l’equilibrio di bilancio).

I **criteri di imputazione del danno** sono quelli che hanno maggiormente risentito di detta evoluzione e, in particolare, l’elemento della colpevolezza che, attraverso l’indagine sul livello di diligenza, consente di determinare il limite entro il quale le condotte degli agenti pubblici possono spingersi senza incorrere in responsabilità. In proposito, l’art. 1, comma 1, della Legge n. 20/1994, nel testo attuale, ha sancito che la responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei Conti è limitata **ai fatti e alle omissioni commessi con dolo o colpa grave**. La Legge n. 20/1994 aveva scelto di applicare il regime della colpa *tout court*. Un’impostazione ben presto rivisitata con l’avvento della Legge 20 dicembre 1996, n. 639, che ha introdotto il regime della colpa qualificata ritenuta ragionevole dalla Corte costituzionale, rilevando come la qualificazione dell’elemento psicologico in termini di colpa grave risponda all’evoluzione della complessità che investe il nostro ordinamento e al consequenziale incremento dei doveri a carico dei pubblici dipendenti e delle relative responsabilità, cosicché il Legislatore tende a salvaguardare

4 Sulla natura giuridica della responsabilità amministrativa si sono confrontate una visione pubblicistica ed una privatistica. L’orientamento privatistico si fonda sulla natura risarcitoria dell’azione proposta davanti alla Corte dei Conti per il danno erariale. Nella declinazione extracontrattuale si fa riferimento al principio generale del *neminem laedere*, che trova riscontro già nella Legge sulla contabilità di Stato del 1923 e successiva conferma nell’estensione della responsabilità amministrativa al danno patrimoniale ad ente diverso da quello a cui appartiene chi ha commesso il fatto lesivo (art. 1, comma 4, Legge n. 20/1994). La natura contrattuale è stata, invece, sostenuta da chi ritiene che la responsabilità amministrativa trovi fondamento nel contratto di lavoro del dipendente delle amministrazioni pubbliche, pur se con alcune peculiarità. La tesi della natura pubblicistica si fonda sulla funzione sanzionatoria della responsabilità per la natura dell’azione della procura della Corte dei Conti e soprattutto per il potere riduttivo dell’addebito nel giudizio di responsabilità. Tale questione può trovare spiegazione ove si comprenda la poliedricità della responsabilità amministrativa, che ha indotto gli interpreti ad attribuire ad essa plurime funzioni, tutte iscritte dentro il paradigma del buon andamento. Alla più evidente funzione sanzionatoria sono state spesso accostate ed aggiunte funzioni riparatorie e di prevenzione e deterrenza nei confronti dei dipendenti pubblici. Una risposta al dilemma della natura giuridica è rinvenibile nella giurisprudenza costituzionale, secondo cui (C. cost. 11-20.11.1998, n. 371) la responsabilità amministrativa ha una funzione restitutoria rispetto al danno economico subito dall’Amministrazione, ma anche una funzione di prevenzione per evitare analoghi danni. La contemporanea presenza di queste due funzioni autorizza a propendere per la natura pubblicistica della responsabilità amministrativa, volta a finalità ultronee rispetto al fine civilistico restitutorio. Invero, la disciplina costituzionale non definisce il contenuto della responsabilità amministrativa ed i comportamenti che la determinano. Permane, perciò, come chiave interpretativa della responsabilità amministrativa il contenuto delle norme antecedenti alla Costituzione, cosicché essa continua a configurarsi come un danno procurato dai dipendenti alle amministrazioni di appartenenza, con conseguenti sanzioni applicate dalla stessa Amministrazione o dalla Corte dei Conti. Gli artt. 18 e 19 del Testo unico sugli impiegati civili dello Stato (D.P.R. 10.1.1957, n. 3) confermano che la responsabilità amministrativa è conseguenza della violazione di obblighi di servizio. La disciplina più significativa arriva con la Legge 14.1.1994, n. 20, che definisce in tutti i suoi contorni la responsabilità amministrativa e quella contabile. La responsabilità è conseguente a fatti od omissioni commessi con dolo o colpa grave, anche quando il danno sia stato subito da Amministrazione diversa da quella di appartenenza. In definitive, i tratti tipici della responsabilità amministrativa sono individuati in una legge sulla giurisdizione della Corte dei Conti, come dire che la situazione sostanziale sussiste in quanto garantita da una tutela giurisdizionale. Ulteriore conferma si ha con il recente D.Lgs. 26.8.2016, n. 174 che, nell’ambito della più generale riforma della Pubblica Amministrazione, detta una disciplina totalmente nuova del giudizio innanzi alla Corte dei Conti.

questi ultimi da possibili accanimenti ad opera della magistratura contabile e ad evitare il dilagare di un eccessivo timore, potenzialmente fonte di mummificazione dell'attività. Invero, la Corte costituzionale ha in più occasioni ribadito la conformità di questa soluzione rispetto alla Carta (C. cost., 11 novembre 1998, n. 371; 30 dicembre 1998, n. 453 e, di recente, ord. n. 167/2019). L'effetto preventivo della sanzione, volto a dissuadere da comportamenti illeciti, non deve infatti ingenerare eccessivi timori, poiché ciò finirebbe con il **paralizzare l'attività delle amministrazioni**, producendo un effetto contrario rispetto al fine auspicato, cioè al buon andamento.<sup>5</sup>

Da ultimo, il c.d. "decreto semplificazioni 2020" (art. 21)<sup>6</sup> ha confinato – provvisoriamente – la responsabilità amministrativa ai soli casi in cui la produzione del danno derivi da una condotta commissiva dolosa. Tale limitazione non si applica per i danni cagionati da omissioni o inerzie del soggetto agente. Inoltre, è stato inserito, all'art. 1, comma 1, della Legge n. 20/1994, il seguente inciso: *"La prova del dolo richiede la dimostrazione della volontà dell'evento dannoso"*<sup>7</sup>.

La norma ha già formato oggetto di approfondimenti in molte e autorevoli sedi istituzionali e scientifiche, nelle quali si è concordemente criticato, *in primis* sul piano delle scelte di politica legislativa, il sostanziale azzeramento di una funzione essenziale di garanzia nel momento in cui il Paese ne ha più bisogno.

Sul piano più strettamente giuridico, è agevole osservare che la richiesta da parte del Legislatore ai fini dell'affermazione della responsabilità, della *"volontà del danno conseguente alla condotta"* da parte dell'agente è indice di un utilizzo quanto meno incauto delle categorie giuridiche, tanto più se riferite alla

5 La giurisprudenza è giunta ad individuare la colpa grave nel caso di *"mancanza di diligenza, violazione delle disposizioni di Legge, sprezzante trascuratezza dei propri doveri, che si traduce, in estrema sintesi, in una situazione di macroscopica contraddizione tra la condotta tenuta nello specifico dal pubblico dipendente ed il minimum di diligenza imposto dal rapporto di servizio, in relazione alle mansioni, agli obblighi ed ai doveri di servizio"* (Corte dei Conti 14.7.2005, n. 1010). Pertanto, in sede di identificazione della soglia di gravità di siffatto elemento soggettivo, non rileverebbe la mera violazione di regole di condotta, bensì sarebbe necessaria la sussistenza di comportamenti connotati da inescusabile negligenza o dalla previsione dell'evento dannoso (Corte dei Conti 5.10.2015, n. 477). La natura essenzialmente normativa del giudizio in ordine alla sussistenza della colpa grave impone al Giudice di effettuare una doppia valutazione (cd. doppia misura della colpa). Da un lato, deve essere individuato il fondamento normativo della regola che il Legislatore ha posto in via precauzionale per evitare il rischio del danno; dall'altro, deve essere accertato in concreto se vi fossero, nel caso in specie, le condizioni concrete per esigere quella condotta normativamente prevista (Corte dei Conti 23.9.2015, n. 637). Tale giudizio necessita, perciò, di vari fattori: l'evento dannoso deve essere oggettivamente prevedibile dall'agente *ex ante* in virtù di una violazione dei doveri d'ufficio, attraverso la violazione di precetti chiari in conseguenza di un errore professionale inescusabile (Corte dei Conti 26.3.2007, n. 801); l'inservanza della diligenza minima richiesta rispetto alla fattispecie concreta, come nel caso di violazione di elementari regole di comportamento ovvero di inescusabile approssimazione nella tutela degli interessi pubblici (Corte dei Conti 29.6.2000, n. 51), e pur tuttavia non ci si trovi in presenza di circostanze oggettive ed eccezionali che incidano, in senso impeditivo, sull'esercizio dei compiti scaturenti dal rapporto di servizio. L'esimente della buona fede, applicabile anche all'illecito amministrativo, rileva come causa di esclusione della responsabilità amministrativa solo quando sussistano elementi positivi, idonei ad ingenerare nell'autore della violazione il convincimento della liceità della sua condotta e risulti che il trasgressore abbia fatto tutto quanto possibile per conformarsi al precetto di Legge, di talché nessun rimprovero possa essergli mosso. In tal senso, l'art. 17, comma 30-*quater*, D.L. n. 78/2009 ha integrato l'art. 1, comma 1, della Legge n. 20/1994, esimendo l'agente dal giudizio di colpevolezza laddove il fatto dannoso tragga origine da un atto sottoposto a visto e registrazione in sede di controllo preventivo di legittimità, limitatamente ai profili di pertinenza del controllo.

6 Art. 21: *"1. All'art. 1, comma 1, della Legge 14 gennaio 1994, n. 20, dopo il primo periodo è inserito il seguente: «La prova del dolo richiede la dimostrazione della volontà dell'evento dannoso.»*

*2. Limitatamente ai fatti commessi dalla data di entrata in vigore del presente decreto e fino al 31 dicembre 2021, la responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei Conti in materia di contabilità pubblica per l'azione di responsabilità di cui all'art. 1 della Legge 14 gennaio 1994, n. 20, è limitata ai casi in cui la produzione del danno conseguente alla condotta del soggetto agente è da lui dolosamente voluta. La limitazione di responsabilità prevista dal primo periodo non si applica per i danni cagionati da omissione o inerzia del soggetto agente"*.

7 *La ratio della disposizione «è stata identificata come la riforma contro la paura di agire, contro il timore di sbagliare e di incorrere in responsabilità; si parla anche di riforma contro la burocrazia difensiva ossia contro quel genere di amministrazione e di attività che, a causa dell'atteggiamento prudenziale tenuto dai pubblici agenti, si caratterizzano per un'eccessiva lentezza e pesantezza tale da non consentire la realizzazione dei programmi"*.

complessa categoria del danno erariale.<sup>8</sup>

Il Legislatore, nella disposizione in commento, ha introdotto un **ulteriore fattore di complicazione**, richiedendo la prova di una doppia intenzionalità dell'agente di cui dovrebbe dimostrarsi non solo l'intenzionalità della lesione, ma anche di quel (e solo quel) pregiudizio economico collegato alla stessa, di fatto azzerando, stante la natura diabolica della *probatio*, la responsabilità amministrativa per danno erariale! Interessanti sono invece le prospettive (non volute né previste dal Legislatore) che possono aprirsi sul fronte della responsabilità omissiva per colpa grave che, per espressa scelta legislativa ("...*La limitazione di responsabilità prevista dal primo periodo non si applica per i danni cagionati da omissione o inerzia del soggetto agente*"), sfugge ai limiti introdotti per le condotte commissive. Esse potrebbero portare ad una nuova connotazione del danno erariale certamente non tutelabile presso altri plessi giurisdizionali (fatte salve le fattispecie penalmente rilevanti). È lecito attendersi non una contrazione, ma una dilatazione dell'area del danno erariale risarcibile collegato al mancato compimento per colpa grave di una condotta doverosa o ragionevolmente esigibile, atteso che il diritto pubblico e amministrativo pullula di previsioni normative che sanciscono un obbligo o dovere di provvedere e sanzionano come illegittimi l'inerzia e il silenzio, per non parlare dell'omesso esercizio dei poteri sostitutivi o di autotutela doverosa (revoca e annullamento d'ufficio) di provvedimenti lesivi dell'interesse pubblico a rimuovere un atto produttivo di danno erariale (art. 21-*quinquies* e *nonies* Legge n. 241/1990 e ss. modifiche).<sup>9</sup>

Non solo, ma al di là delle fattispecie già previste dal Legislatore, la giurisprudenza contabile, avallata dalla Corte di Cassazione, ha già affermato la sussistenza della responsabilità amministrativa derivante **dall'omesso esercizio di poteri e facoltà da parte dell'amministratore pubblico**, qualificando in termini di doverosità (attuare la scelta migliore fra tutte quelle possibili) ciò che, in ambito privatistico, è rimesso ad una scelta libera e autonoma del titolare del diritto (es. omesso esercizio dell'azione sociale di responsabilità amministrativa nei confronti degli amministratori di società pubblica da parte del socio pubblico - Cass., SS.UU., sent. n. 13702/2004). Ciò significa che il criterio della razionalità applicato al mancato esercizio di una condotta che era lecito attendersi per evitare un danno erariale (già coniato dalla giurisprudenza contabile cinquant'anni orsono) potrà trovare nuova linfa e incentivare l'assunzione di scelte responsabili e tempestive da parte di funzionari pubblici che non potranno invocare alcuna esimente o protezione rispetto all'inazione.

### **Sindacabilità delle scelte discrezionali e peculiarità del contenzioso di responsabilità erariale nel settore degli appalti**

Veniamo adesso al settore degli appalti, in cui l'esigenza di un attento dosaggio dei due obiettivi (incentivare all'azione i funzionari, senza svuotare di contenuto la responsabilità amministrativa) si è mostrata particolarmente forte, attesa la **ritrosia** da parte degli amministratori e funzionari pubblici ad **assumere decisioni** alla luce dell'ampio contenzioso di responsabilità per danno erariale indiretto e diretto collegato al settore degli appalti pubblici. Ciò è dipeso da vari e concorrenti fattori come:

- la dilatazione della tutela risarcitoria innanzi al Giudice amministrativo,
- l'evoluzione del rapporto di servizio idoneo a radicare la giurisdizione contabile,

<sup>8</sup> Il termine danno nella lingua italiana allude ad un pregiudizio che può essere patrimoniale o morale, ma nel linguaggio legislativo assume diversi significati. Quando si parla di danno (erariale) ingiusto o di danno evento ci si riferisce all'elemento oggettivo del fatto illecito, alla lesione dell'interesse tutelato. Quando si parla di danno in relazione al risarcimento e cioè con riguardo alle conseguenze sanzionatorie l'espressione assume il significato di perdite patrimoniali, mancati guadagni, ossia pregiudizi di natura economica. L'uso promiscuo dei due concetti anche nelle decisioni giudiziarie non è ammissibile: si deve aver chiara la differenza fra l'elemento oggettivo del fatto illecito (la tradizionale *iniuria* di cui all'art. 2043 c.c.) e pregiudizio risarcibile cui si riferiscono altre norme (artt. 1223, 1225, 1227, 2058, 2059 c.c.). Sovrapporre tali concetti equivale a mescolare aspetti diversi: quello della ingiustizia della lesione, quello della individuazione del responsabile, quello della selezione dei pregiudizi risarcibili.

<sup>9</sup> L'art. 52, comma 6, c.g.c. stabilisce che "*resta fermo l'obbligo per la Pubblica Amministrazione denunciante di porre in essere tutte le iniziative necessarie a evitare l'aggravamento del danno, intervenendo se possibile in via di autotutela o comunque adottando gli atti amministrativi necessari ad evitare la continuazione dell'illecito e a determinarne la cessazione*".

- la complessità delle norme primarie nazionali ed europee,
- la pervasività di un sindacato giurisdizionale da parte del Giudice contabile spesso di tipo sostitutivo sull'attività e scelte discrezionali,
- l'incertezza che ancora accompagna il concetto di danno erariale
- e la qualificazione delle condotte come gravemente colpose.

Sul fronte dei c.d. **danni indiretti**, si è infatti assistito ad un notevole ampliamento della tutela risarcitoria alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia (CGUE 30 settembre 2010, C-314/09 Commissione c/Austria), secondo cui le **direttive appalti**, nel momento in cui richiedono l'effettività della tutela, ostano a una normativa nazionale che subordini il diritto ad ottenere un risarcimento alla dimostrazione del carattere colpevole di una **violazione della normativa comunitaria**, anche in considerazione dei lunghi tempi necessari per verificare il carattere colpevole della violazione. Ciò ha comportato innegabili ricadute in termini di ampliamento delle fattispecie di danno indiretto azionabile innanzi alla Corte dei Conti, collegate a transazioni e/o sentenze di condanna contro la PA.

Su detto aspetto, l'art. 5 del nuovo Codice degli appalti, che si occupa della tutela dell'affidamento a fini risarcitori, detta regole che possono influire sulla sua quantificazione e spiegare effetti anche sul riparto di giurisdizione.

Quanto ai **danni diretti**, sono moltissime e in crescente aumento le fattispecie che traggono origine dal settore degli appalti, quali la mancata realizzazione di opere e lavori pubblici, anche in ragione di un eventuale mutamento di indirizzo politico-amministrativo; l'illegittimo riconoscimento economico di varianti in corso d'opera; la conclusione di transazioni e accordi bonari, ritenuti economicamente sfavorevoli per le Pubbliche Amministrazioni; il c.d. "danno alla concorrenza", derivante dall'illegittimo ricorso a procedure negoziate, in vece di procedure aperte o ristrette, per citare le più rilevanti. Questo spiega il perché la riforma sia stata preceduta da un ampio dibattito dottrinale, volto a porre in luce alcuni innegabili fattori di criticità delle regole sulla responsabilità erariale, proponendone il superamento. Si è osservato, infatti, che le regole della responsabilità amministrativa non **premiavano il conseguimento del risultato** per diverse ragioni, a cominciare dall'elasticità con cui viene interpretato il concetto di colpa grave e individuato il danno risarcibile. La salvaguardia della decisione discrezionale, la capacità di gestione e la considerazione dei risultati sostanziali ottenuti – non del singolo atto di gestione – sono aspetti troppo spesso considerati secondari rispetto all'osservanza formalistica delle procedure e rappresentano, al più, un "fattore di riduzione" del danno erariale. Viceversa, tali elementi dovrebbero avere un peso determinante nel valutare la responsabilità del funzionario – beninteso, sempre che questi non abbia agito dolosamente.

Una critica è stata inoltre formulata rispetto ad alcune proposte di riforma, che mirerebbero a sottoporre determinati atti – ad es., quelli di gara – al controllo preventivo della Corte dei Conti. Anche se spesso invocato dai funzionari pubblici per ottenere una "copertura" preventiva, un simile controllo non potrebbe che essere puramente formale e rischierebbe di aggiungere un ulteriore elemento di appesantimento delle procedure e di moltiplicazione delle regole, in ultima analisi inducendo l'effetto di una sostanziale deresponsabilizzazione dei funzionari stessi.

### **La risposta legislativa: la conformazione della responsabilità amministrativa nel Codice degli appalti alla luce dei suoi principi ispiratori**

Le riflessioni sin qui svolte consentono una valutazione più compiuta sulla disciplina della responsabilità amministrativa come prefigurata nel Codice degli appalti. Per farlo, bisogna **partire dai principi**, primi fra tutti quelli del **risultato, della fiducia e dell'accesso al mercato**. Il super-principio dell'autonomia decisionale e della logica del risultato esigono dei contrappesi in ordine alla responsabilità? L'interrogativo è d'obbligo! Non v'è dubbio che il testo proposto conferisce al risultato una prima consistenza oggettiva e lo identifica in un *quid* preciso: affidamento del contratto e sua esecuzione, con "tempestività" e "miglior rapporto qualità-prezzo".

In questo senso, il risultato assume il significato di efficienza economica. Ma il risultato assume anche il valore di fine e di principio: il testo dice che il risultato è espressione del principio di "buon andamento" e

aggiunge che è “nell’interesse della comunità” e che è “obiettivo” dell’Unione europea. Il risultato, dunque, potrebbe rappresentare il valore che viene alla comunità dalla scelta del miglior contraente, quello idoneo a garantire il miglior lavoro o servizio in termini di fruibilità collettiva. Questo significato si ispira a quello sedimentato nella storia dell’art. 97 Cost., rivelando il significato costituzionale di garanzia del miglior interesse, anche se al buon andamento varrebbe la pena di aggiungere il riferimento esplicito all’imparzialità, che per molti costituzionalisti è distinta dal buon andamento e non cade in endiadi con esso.

Una **prima opzione interpretativa** del principio nel raccordo con le regole speciali di responsabilità porterebbe a valorizzare la **discrezionalità dei funzionari**. Secondo l’art. 1, il risultato è “criterio prioritario” nell’esercizio del potere discrezionale. In questo modo, il risultato acquisisce anche un valore giuridico esplicito, perché serve ad orientare l’esercizio del potere discrezionale. Il Codice rivela qui tutta la sua forza ordinante, volta ad orientare non solo l’applicazione, ma l’interpretazione delle norme e del potere dell’Amministrazione. Il **risultato** si pone dunque come **criterio di validità** e soprattutto come **criterio di predeterminazione** di ciò che l’Amministrazione può e intende fare. Così l’efficacia giuridica del principio di buon andamento non solo genera la regola del caso concreto, ma aiuta l’interprete a identificare in anticipo il buon significato di quella regola, quando vi siano più alternative interpretative, specie nell’esercizio della predeterminazione dei criteri della scelta. In questa direzione, il principio del risultato potrebbe avere sviluppi notevoli nel momento in cui si specificano i criteri di aggiudicazione, nella valutazione delle offerte e delle anomalie, nella conformazione degli avvisi e degli altri atti di gara e, in fondo, nel dare una precisa impronta a tutto il modo di essere della gara. Così le esigenze dell’Amministrazione diventano rilevanti, ma solo se finalizzate al risultato dell’interesse generale. Il che sembra, in fondo, un riflesso del principio di funzionalità che è immanente ad ogni riconoscimento di autonomia pubblica. Senz’altro, si tratta di un recupero della discrezionalità dell’Amministrazione, superando una fase che l’ha mortificata perché tendente a ridurre ogni potere amministrativo (fattispecie vincolate, discrezionalità tecnica). Nel ritorno del potere vi è anche quello delle sue conseguenze e quindi vi è anche il ritorno della responsabilità. In quest’ottica, è naturale il richiamo finale alla responsabilità, quando l’art. 1 dice che il risultato serve anche a “valutare” la responsabilità dell’Amministrazione. Al peso che il risultato acquisisce come principio guida bisogna sempre tuttavia anteporre un esplicito contrappeso e, in questo senso, l’inserimento nel testo del principio di imparzialità e la riscrittura del principio di responsabilità sembrano un’operazione importante, per non dire necessaria.

A detta opzione interpretativa potrebbe però contrapporsi una seconda che, di contro, porterebbe a rintracciare nel complesso delle regole o in alcune di esse il permanere **dell’esigenza di rigoroso rispetto anche formale delle procedure**, valorizzandosi con ciò automatismi concorsuali, regole di trasparenza, obblighi di conformazione a pareri, linee guida etc. come strumenti di controllo delle decisioni di spesa e delle condotte amministrative, con de-quotazione degli ambiti di autonomia e/o discrezionalità che pure una logica orientata al risultato vorrebbe esaltare.<sup>10</sup> **Quale di queste due opzioni è quella recepita dal**

10 Osserva M. Cafagno, in *Contratti pubblici, responsabilità amministrativa e burocrazia difensiva*, ne *Il diritto dell’economia*, 3/2018, pp. 625-657, che “In questa logica la gara funge, metaforicamente parlando, da armatura, da ‘binario obbligato’ delle scelte amministrative. Assumendo che sarebbe illusorio tentar di governare e controllare le condotte dei funzionari mediante la sola verifica, a posteriori, dei risultati conseguiti, una rigorosa procedimentalizzazione dei meccanismi di scelta, a priori, si erge a misura utile a prevenire arbitrii. Attraverso una preventiva e precauzionale imposizione di rigidi protocolli decisionali, essa mira a neutralizzare il pericolo di indebiti condizionamenti. Questa logica induce a considerare con favore gli espedienti utili ad abbattere il potere discrezionale, impedendo ai funzionari di sfruttare opportunisticamente vantaggi informativi dei quali dispongono, a potenziale discapito dell’Amministrazione”. Ancora, osserva l’Autore, “dobbiamo dunque farci carico di capire se le regole di responsabilità non possano influire sulla scelta dei modelli concorsuali con una pressione sbilanciata, a discapito dell’efficienza. Mi sembra sensato supporre che un amministratore mobilitato per una negoziazione non banale e chiamato ad optare tra le procedure sarà indotto a calcolare che quanto meno esse siano stereotipate e formalizzate, tanto più numerose finiranno con l’essere le valutazioni e le decisioni incerte da assumere, lungo l’iter procedimentale. Il numero delle decisioni richieste da una procedura rigida, più meticolosamente regolamentata, potrebbe essere nel complesso più alto, ma quello delle decisioni critiche sarà ragionevolmente inferiore. Quanto maggiori siano i nodi del percorso decisionale e quanto più grave sia la laboriosità e l’aleatorietà dell’operazione contrattuale, tanto più tenderanno a moltiplicarsi, perlomeno nell’immaginario e nelle inquietudini dell’agente chiamato a decidere, le occasioni di errore e, di



**Codice? La risposta non è agevole!** Nel Codice, riferimenti espressi alla responsabilità del soggetto agente per danno erariale sono contenuti nell'art. 215, relativamente all'inosservanza dei pareri e delle determinazioni del Collegio consultivo tecnico (la norma prevede che l'inosservanza dei pareri o delle determinazioni del Collegio consultivo tecnico è valutata ai fini della responsabilità del soggetto agente per danno erariale e costituisce, salvo prova contraria, grave inadempimento degli obblighi contrattuali. L'osservanza delle determinazioni del Collegio consultivo tecnico è causa di esclusione della responsabilità per danno erariale, salva l'ipotesi di condotta dolosa).<sup>11</sup>

In linea generale vi è, poi, una caratterizzazione della colpa grave nell'art. 2, comma 3, in cui viene affermato che: *"Nell'ambito delle attività svolte nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti, ai fini della responsabilità amministrativa, 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. Non costituisce colpa grave la violazione o l'omissione determinata dal riferimento a indirizzi giurisprudenziali prevalenti o a pareri delle autorità competenti"*.

La formulazione della norma, che pur testimonia il tentativo da parte del Legislatore di positivizzare indirizzi giurisprudenziali, non è esente da **ambiguità se non di contraddittorietà**.

Emerge con chiarezza l'intento del Legislatore di arginare un sindacato giurisdizionale per violazione dei principi costituzionali troppo elastici e soprattutto del principio del buon andamento di cui all'art. 97 (che si traduce nei principi di economicità, efficacia ed efficienza dell'azione amministrativa, il cui contenuto appare in concreto sfuggevole), senza tuttavia tener presente che detti principi, e in particolare quello di economicità, la cui portata precettiva appare indiscutibile, sono stati ormai positivizzati dalla legge (art. 1 della Legge n. 241/1990), portando a configurare la **violazione del principio di economicità come una violazione di legge suscettibile di essere valutata ai fini della illiceità della condotta**. Sarà anche delicato interpretare l'attributo palese la cui ricorrenza resterà affidata alla giurisprudenza alla luce del bilanciamento fra opposti principi e, in particolare, l'esigenza di celerità che porterebbe a ridurre le "cautele, verifiche ed informazioni preventive" e la violazione delle regole di "prudenza, perizia e diligenza", che richiederebbero un'attività istruttoria più complessa. La consapevolezza dell'oggettiva difficoltà di trovare il giusto equilibrio tra rapidità, da un lato, e correttezza e qualità, dall'altro, emerge dal comma 4

---

*conseguenza, le possibilità che i provvedimenti siano avversati e che violazioni o pregiudizi siano contestati. Nella situazione che stiamo trattando, ogni passaggio valutativo, entro una più labile cornice normativa, si accompagnerà, sotto il velo dell'incertezza, al calcolo di una non trascurabile probabilità di sbagliare o di non incontrare in seguito, a fatto compiuto, l'approvazione degli organi giudiziari o di controllo"*.

<sup>11</sup> Nella relazione allo schema approvato dal Consiglio di Stato si afferma che: *"Le norme sul Collegio consultivo tecnico (CCT) danno attuazione al criterio direttivo della Legge delega concernente 'estensione e rafforzamento dei metodi di risoluzione delle controversie alternativi al rimedio giurisdizionale, anche in materia di esecuzione del contratto'. L'istituto, temporaneamente introdotto dagli artt. 4 e 5 del D.L. 16 luglio 2020, n. 76, successive modifiche e integrazioni, è confermato come rimedio generale per dirimere sul nascere i possibili contenziosi tra committente e appaltatore che rischierebbero di pregiudicare l'esecuzione tempestiva e a regola d'arte del contratto di appalto. La creazione, obbligatoria per gli appalti sopra soglia, di un organismo consultivo e di mediazione e conciliazione destinato ad accompagnare l'esecuzione del contratto sin dal momento iniziale e per tutta la sua durata, è volta appunto ad evitare che dispute e contrasti che possono insorgere tra le parti ritardino o ostacolino l'esatto adempimento della prestazione contrattuale. Sostanzialmente, le norme mettono a regime il sistema già disegnato dagli artt. 4 e 5 del D.L. 16 luglio 2020, n. 76, come integrato dalle linee guida predisposte dal Consiglio superiore dei lavori pubblici e approvate con d.m. Ministero delle infrastrutture e mobilità sostenibili del 17 gennaio 2022. Rimane in facoltà delle parti decidere se limitare il Collegio consultivo tecnico ad una funzione soltanto consultiva o attribuire alle sue decisioni valore di determinazione direttamente costitutiva di diritti e obblighi in capo alle parti. In ogni caso, l'inosservanza delle pronunce (pareri o determinazioni) del Collegio consultivo tecnico è valutata ai fini della responsabilità del soggetto agente per danno erariale e costituisce, salvo prova contraria, grave inadempimento degli obblighi contrattuali; l'osservanza delle determinazioni del CCT, invece, è causa di esclusione della responsabilità del soggetto agente per danno erariale, salvo il dolo"*.

dell'art. 2, laddove dispone che “Per promuovere la fiducia nell'azione legittima, trasparente e corretta dell'Amministrazione, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti adottano azioni per la copertura assicurativa dei rischi per il personale, nonché 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”.

### Considerazioni conclusive

Volendo tentare una sintesi delle riflessioni sin qui svolte, accompagnata da alcune proposte *de iure condendo*, è bene ricordare come Marco Vitruvio Pollione, intorno all'anno 15 a.C., nella sua celebre opera *De Architectura* aveva già codificato i tre principi fondamentali a cui dovrebbe ispirarsi ogni opera pubblica: *Utilitas* (Utilità), *Venustas* (Bellezza), *Firmitas* (Solidità).

Il principio del risultato, inteso come interesse primario alla realizzazione dell'opera, andrebbe integrato dalla triade vitruviana e letto come interesse primario alla realizzazione di un'opera Utile, Bella, Solida e, in quanto tale, destinata alle generazioni future, per di più realizzata al miglior prezzo possibile e nel rispetto del principio di proporzionalità.

Fatto questo provocatorio richiamo, è indubbio che, sulle regole di responsabilità, anche per danno erariale, influirà il modo di intendere il principio del risultato ormai inglobato nel perimetro della legalità che, a propria volta, porterà a significative modificazioni l'esercizio della discrezionalità amministrativa e il sindacato giurisdizionale sulla stessa <sup>12</sup>.

La trasposizione in sede contabile della realizzazione dell'interesse primario ove conseguito il risultato della realizzazione dell'opera potrebbe, anzi dovrebbe, condurre ad una de-quotazione dei vizi formali per violazione di norme (da attrarre nell'ambito di fattispecie tipizzate a contenuto sanzionatorio) e alla valutazione del danno erariale, facendo applicazione del principio della *compensatio lucri cum damno*, alla luce dei vantaggi conseguiti dalla comunità amministrata. Questa potrebbe essere una strada utilmente perseguibile attraverso la quale ricomporre e saldare all'interno dell'art. 97 Cost. due principi (quello della legalità sostanziale e del risultato), che rischierebbero di restare altrimenti antagonisti.

12 Osserva S. Perongini, *Focus, Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo di Codice dei contratti pubblici*, 2/2023, in [www.lamministrativista.it](http://www.lamministrativista.it): “Si apriranno verosimilmente scenari insospettati, che condurranno a una diversa tipologia del sindacato sulla discrezionalità per lo meno per quanto concerne il Codice dei contratti pubblici. In questo settore, è possibile che il sindacato del Giudice amministrativo italiano sulla discrezionalità si avvicini al sindacato compiuto dal Giudice amministrativo austriaco. Non ci dovremo meravigliare se – a seguito dell'entrata in vigore del Codice dei contratti – dovremo ripensare seriamente la dogmatica della discrezionalità amministrativa. In definitiva, la scelta normativa, sottesa all'elaborazione dell'art. 1 dello schema definitivo, presenta un carattere innovativo di grande interesse”.

# Il sistema dei controlli nel nuovo Codice

di Barbara Boschetti, Professore Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano

Il **sistema dei controlli** è oggi un **elemento centrale** per la vita delle organizzazioni private e pubbliche, per la qualità e sicurezza dei processi economici e industriali, così come delle dinamiche istituzionali e di amministrazione. Non può che essere, dunque, un **elemento centrale** anche del sistema e del diritto dei contratti pubblici, anche nel nuovo Codice. In virtù di questa centralità, dobbiamo poter ritrovare nel sistema dei controlli il cambio culturale di cui lo stesso Codice è portatore. Anzi, è soprattutto nel sistema dei controlli che dobbiamo poter cogliere la novità del nuovo Codice.

Sono almeno **tre i tratti** che disegnano il “**carattere**”, lo “**stile**” del nuovo Codice e che dunque devono determinare anche il “carattere”, lo “stile” del sistema dei controlli:

- **l’orientamento al risultato**;
- la **dimensione ecosistemica** del mercato/sistema dei contratti pubblici;
- la **centralità dell’esecuzione**/fase esecutiva.

## L’orientamento al risultato

Il nuovo Codice, come è stato autorevolmente detto, è un Codice “del fare”, orientato al risultato (art. 1, da leggersi anche in relazione al principio di buon andamento di all’art. 97 Cost. e al canone di resilienza trasformativa di cui all’art. 2 del Reg. UE 2021/241). È utile ricordare che il fare ha valore e va ricercato, per tutto ciò che i contratti pubblici, attraverso lavori, servizi e forniture, assicurano alla collettività, ai territori, alle imprese e per il contributo che danno alle grandi transizioni (ecologica e digitale, ma anche culturale, secondo le traiettorie politiche tracciate dal PNRR, dallo *European Green Deal*, più recentemente dal *Green deal Industrial Plan for the net-zero age*). Inoltre, questo “fare” va di pari passo con gli altri principi che “aprono” il nuovo Codice: quello di fiducia, della buona fede e di tutela dell’affidamento (artt. 2 e 5); dell’autonomia decisionale (o coraggio della decisione) e della responsabilità del decidere e del fare (art. 2, comma 3); dell’accesso al mercato (art. 3).

Ecco allora che il sistema dei controlli dovrà essere non solo un sistema di controlli “per il fare”, orientato al risultato, ma – anche e soprattutto – un sistema di controlli:

- incentivanti (potere sanzionatorio *ex art. 222*, comma 9),
- orientativi (*soft regulation*, art. 222, comma 2; PNA-PTPCT),
- di supporto e guida (cabina di regia, art. 220, comma 1, *help desk*, potere sanzionatorio strumentale al risultato, art. 222, comma 3, lett. a)),
- collaborativi (vigilanza collaborativa, art. 222, comma 3, lett. h), ma anche *soccorso istruttorio*, *self-cleaning*),
- ancor più, generativi di innovazione regolatoria (vigilanza in funzione miglioramento regolatoria) e procedurale (art. 223).

Rimangono, è vero, parti di controlli esterni al Codice e dotati di autonomia (antimafia e giurisdizionali), nei quali è però possibile cogliere segnali di cambiamento che vanno nella direzione del Codice.

### La dimensione ecosistemica del mercato/sistema dei contratti pubblici

Il mercato dei contratti pubblici è un vero e proprio ecosistema, la cui complessità trova ora riscontro sul piano della infrastrutturazione digitale (Ecosistema nazionale di approvvigionamento digitale, art. 22), con una vera e propria piattaforma integrale. Questa dimensione ecosistemica schiude una duplice complessità (che si riflette sul sistema dei controlli):

quella dei **sogetti** dell'ecosistema (e dei sotto ecosistemi: ad es. qualificazione SA e OE), in cui entra pubblico e privato (natura SA e enti concedenti), con vesti e ruoli diversi;

quella del **ciclo di vita** dei contratti pubblici (anche digitale, art. 21), invero già presente nel Codice del 2016 (e forse costituente la vera novità di quel Codice).

Ebbene, questo carattere ecosistemico porta (lato soggetti) a un **sistema dei controlli di tipo decentrato**, addirittura **diffuso**. Lato soggetti, tutti i soggetti dell'ecosistema hanno/possono assumere un ruolo "di controllo": certamente l'Autorità nazionale anticorruzione (D.L. n. 32/2014), le SA e gli enti concedenti (a partire dall'accertamento dell'assenza delle cause di esclusione), gli organi ad esse strumentali (anche collegio consultivo tecnico), gli stessi operatori economici (in relazione ai profili di illegittimità "agevolmente rilevabili" (*sic!*) di cui all'art. 5, alla richiesta di pareri di precontenzioso, alle "sanzioni" successive per comportamenti contrari al principio del risultato o della fiducia). Lato ciclo di vita, si passa a un sistema di controlli che si estende a tutti i contratti (anche esclusi!) e a tutte le fasi (art. 222, comma 3, a e b), tra loro interdipendenti (si pensi alle ricadute sulla qualificazione di sanzioni alle SA, similmente a quanto accade per la qualificazione degli OE), con le sinergie e economie che l'ecosistema consente (si pensi al funzionamento del FVOE), amplificate esponenzialmente dall'ecosistema nazionale di approvvigionamento digitale (entro cui vi sono banche dati e piattaforme). La dimensione ecosistemica dei controlli porta con sé anche alcune criticità, in quanto ogni piccolo malfunzionamento, anche periferico e apparentemente marginale, può comprometterne l'ottimalità (*Lorenz*).

### La centralità dell'esecuzione

Un Codice orientato al risultato e che abbraccia l'intero ciclo di vita non può che dare centralità all'esecuzione, quale vero e proprio snodo per "costruire" le politiche pubbliche. La centralità della fase di esecuzione diventa anche occasione per valorizzare i controlli in fase di esecuzione. Si tratta di controlli su base decentrata e di tipo diffuso. Vi sono però alcuni punti da segnalare. Innanzitutto la dimensione esecutiva, quale fase del ciclo di vita, diviene momento di **verifica della reputazione delle imprese** (art. 109, cfr. con rating di impresa), le cui vicende rilevano ai fini di futuri affidamenti (esecuzione/affidamento in senso rovesciato) e, dunque, di progressiva capacità del sistema di assicurare la propria qualità e il risultato (*learning by doing*). Serve un'Amministrazione coraggiosa anche, e soprattutto, in questa fase. Orientati al risultato sono anche le **sanzioni in fase esecutiva** ora attribuite – innovando rispetto al precedente Codice – all'ANAC (i cui contorni non sono del tutto definiti). Quanto alla pluralità di rimedi alternativi alla giurisdizione (artt. 211-220), sarebbe forse necessario un intervento di razionalizzazione e semplificazione (specie in relazione ad istituti nati nella legislazione speciale e ora stabilizzati dal Codice), che valorizzi il ruolo "di sistema" di organismi e istituti già operativi (quali la Camera arbitrale e gli elenchi da questa gestiti). Giova sottolineare che il potenziamento del collegio consultivo tecnico, con il carattere vincolante delle decisioni, in quanto produce ricadute processuali, può creare una serie di disfunzioni operative non in linea con il principio del risultato.

### Conclusioni

Se il Codice riuscirà, anche sul piano dei controlli, a esprimere questo tipo di cultura, potrà diventare (anche grazie ai significativi processi sul piano della digitalizzazione) un archetipo di un diritto e di un'Amministrazione nuova, a prova di futuro (*future-proof*, come chiede il NGEU). Il "cambio di cultura" è richiesto però in tutti gli attori dell'ecosistema.

# Appalti e lavoro

di Giovanni Francesco Cassano, Presidente Commissione Lavoro ODCEC MILANO

I principi cardine dell'iniziativa riformatrice avente a oggetto il nuovo Codice degli appalti possono essere individuati in:

- il **principio del risultato**;
- il **principio della fiducia**;
- il **principio dell'agevole accesso al mercato**.

A questi deve essere affiancata l'esigenza, da parte del Legislatore, di semplificare gli adempimenti amministrativo-burocratici per rendere gli *iter* più veloci, senza perdere di vista la protezione fisica ed economica dei lavoratori.

## I profili giuslavoristici: il problema dei subappalti a cascata

Consideriamo l'appalto come una catena di attività, spesso rappresentate da molteplici anelli: possiamo verificare che, ad ogni anello, si realizza un valore slegato da quello del precedente passaggio perché creato nella logica della massima riduzione dei costi. Questa **riduzione al ribasso dei costi può portare alla penalizzazione dei lavoratori**.

Recentemente, in Europa, si è aperto un interessante dibattito sulla *Mandatory human rights due diligence*, che si propone di superare il concetto di irresponsabilità organizzativa della società leader (committente) nelle *global supply chains*. In questa direzione si inserisce la proposta di Direttiva europea del 23 febbraio 2022 sulla *Corporate sustainability due diligence*, che introduce la **responsabilità civile** delle società che non mettano in atto azioni concrete per vigilare sul rispetto dei diritti umani e dell'ambiente, oltre a prevedere che gli amministratori, nel loro mandato istituzionale, debbano tenere conto delle conseguenze delle proprie decisioni in termini di sostenibilità, diritti umani e ambiente.

La reintroduzione dei **subappalti a cascata** richiede una particolare attenzione. Infatti questa risulta essere l'area di **massima deregolamentazione contrattuale**. Nella sequenza di subappalti si osserva l'applicazione di CCNL che, seppur formalmente validi, incorporano condizioni economiche e normative peggiorative rispetto ai CCNL applicati dalla committente, pur trattandosi, spesso, dello stesso *core business*.

## Alcuni spunti di riflessione

A questo punto, proviamo a fare alcune proposte:

1. seguendo i principi europei, in previsione della riproposizione della figura del *general contractor*, si potrebbero incrementare le funzioni sia dal lato responsabilità sia da quello degli obblighi di direzione e controllo a livello sostanziale delle maestranze utilizzate nell'appalto e nei subappalti per il rispetto delle regole contributive e contrattuali in coordinamento con ANAC e la stazione appaltante;
2. utilizzo di unico CCNL in capo alla committente, quando l'attività è la stessa tra tutti i soggetti, oppure utilizzo di quello prevalente;
3. attribuzione ad ANAC alcuni poteri di controllo e di indirizzo verso gli enti economici con potere

- di segnalazione agli enti ispettivi preposti attraverso l'analisi delle informazioni che pervengono da INPS su Durc di congruità e tutti quegli indicatori che possono essere ricavati da banche dati integrate;
4. attribuzione ai professionisti del settore della possibilità di certificare mensilmente i dati legati alla manodopera impiegata nell'appalto quanto alla correttezza amministrativa delle risorse utilizzate;
  5. particolare attenzione nella possibilità di utilizzare manodopera delle cooperative attraverso l'istituzione di una banca dati delle cooperative e dei soggetti portatori di interessi (soci-legali rappresentanti). Banca dati collegata con gli enti e consultabile dal general contractor e da ANAC, senza penalizzare il mondo delle cooperative genuine;
  6. riordino della materia dei contratti collettivi nazionali per riportarli nell'alveo costituzionale, facendoli uscire dalla zona grigia ove la dignità umana viene messa alla prova: ci si riferisce all'applicazione di quei contratti collettivi fortemente penalizzanti per i lavoratori;
  7. le informazioni: l'attuale potenza di calcolo deve essere indirizzata alla creazione di banche dati e allo scambio di informazioni assolutamente integrato. Tali informazioni possono anche essere correlate alla logica ispirata dai principi della crisi d'impresa, nel senso che la sostenibilità economica del soggetto, associata ad una organizzazione dei fattori economici, orientati alla ricerca del profitto, nel rispetto delle persone e delle norme, in ottica di equilibrio economico-finanziario, mantenuti nel tempo, già rappresentano elementi caratterizzanti di un ente retto su solide basi. La gestione del fascicolo virtuale può essere un momento per un nuovo scambio di informazioni razionale e funzionale ai presupposti di realizzazione di tempi rapidi e certi.

### Conclusioni

Concludo tornando alla parola di apertura: **condivisione**.

Sul principio della condivisione, noi Commercialisti del Lavoro, siamo particolarmente preparati e il Sistema Paese ha bisogno di professionisti e persone motivate che trasmettano questi valori per accrescere la cultura d'impresa; come già fatto in passato, noi possiamo essere protagonisti anche in questa nuova azione riformatrice.

## Anticorruzione e appalti

di Gabriella Viggiano, Consigliera delegata all'Area "Anticorruzione" e all'Area "Antiriciclaggio" del CNDCEC, dottore commercialista in Matera

Il confronto tra le norme riguardanti l'anticorruzione nel nuovo Codice degli appalti e nella precedente normativa mette in evidenza quanto le semplificazioni introdotte mirino a garantire l'imparzialità della PA e la tutela dell'interesse pubblico, anche in ragione della stretta connessione tra anticorruzione ed antiriciclaggio.

La complessità e la trasversalità del tema prescelto, che di fatto abbraccia una serie di provvedimenti legislativi di natura eterogenea legati tutti nella loro interdipendenza alla nozione di "legalità", nella sua accezione più ampia ed elevata ci spinge ad osservare con occhio attento le dinamiche in atto: la legislazione della crisi e della solidarietà finanziaria, posta in essere per fronteggiare gli effetti prodotti dalla pandemia e dagli eventi bellici, ha originato un'esigenza di semplificazione per fornire risposte tempestive declinate eminentemente, in una logica esecutiva e funzionale, alla ripresa socio-economica.

In tale prospettiva, si muove anche il nuovo Codice degli appalti, ispirato, come si legge nei primi articoli, a due principi cadine:

- il **principio del risultato**, inteso quale interesse pubblico primario del Codice medesimo, che afferisce all'affidamento del contratto e alla sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto tra qualità e prezzo nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza;
- il **principio della fiducia** nell'azione legittima, trasparente e corretta della PA, dei suoi funzionari e degli operatori economici.

Tale premessa è doverosa per l'approccio alla lettura critica nella comparazione delle norme che riguardano il tema che si approfondisce (art. 42 del D.Lgs. n. 50/2016 – art. 16 del D.Lgs. n. 36/2023), in relazione al quale preliminarmente si evidenzia che la riscrittura operata dal Legislatore **non riduce** in alcun modo **il presidio anticorruzione** – anzi l'estensione chiara della fattispecie anche a soggetti non dipendenti della PA sembra rafforzarne la rilevanza – tuttavia desta una qualche **perplexità in ragione della "prova" richiesta** a chi invoca il conflitto di interessi.

Quindi se, da un lato, il Codice amplia la platea dei soggetti interessati, estendendo la fattispecie a qualsiasi soggetto che interviene con compiti funzionali nell'esecuzione degli appalti – non solo nell'aggiudicazione, ma anche nella fase di esecuzione – dall'altra richiede la "prova del conflitto di interessi" da parte di chi lo invoca, sulla base di presupposti specifici e documentati, volendo quasi bilanciare l'indeterminatezza dell'avvenuto recepimento della nozione eurocomunitaria di conflitto, priva di tipizzazione delle varie fattispecie e declinata nel testo in maniera ampia, riconducibile ad ogni circostanza in cui un soggetto che interviene con compiti funzionali nella procedura (di aggiudicazione o di esecuzione degli appalti) e ne può influenzare in qualsiasi modo "il risultato, gli esiti e la gestione", ha - *de jure vel de facto* - un interesse che può essere percepito come una minaccia concreta ed effettiva alla sua imparzialità.

La minaccia all'imparzialità e indipendenza (il rischio di danno) **deve essere provata da chi la invoca e deve riferirsi ad interessi effettivi (personali)**, il cui soddisfacimento avviene a discapito dell'interesse

funzionalizzato, aumentandone i costi o diminuendone i benefici.

Tale ultimo passaggio della nuova norma desta non poche perplessità, anche in termini operativi e applicativi ma, come detto in premessa, non deve in alcun modo determinare un indebolimento del presidio anticorruzione nell'ambito degli appalti pubblici.

Le esigenze di semplificazione e accelerazione delle procedure di gara impongono, anzi, un **innalzamento della soglia di attenzione**, costituendo l'ambito degli appalti uno dei settori a maggior rischio corruttivo, che richiede di adottare, quindi, misure organizzative e procedurali atte scongiurare il pericolo che la Pubblica Amministrazione divenga sede virtuale per l'incremento degli affari e degli interessi economici della criminalità organizzata, con la conseguente dispersione del valore pubblico a favore della realizzazione di interessi privatistici.

In ragione di ciò, la tutela del **principio della concorrenza e dei valori dell'imparzialità e del buon andamento della Pubblica Amministrazione** trovano declinazione in una serie di norme e disposizioni con cui il Codice degli appalti (nella formulazione attuale e passata) non può che correlarsi, per evitare che gli interventi legislativi adottati con intento di semplificazione e accelerazione delle procedure di affidamento (ci si riferisce in particolare al D.L. 16 luglio 2020, n. 76 e al D.L. 31 maggio 2021, n. 77 - legislazione "speciale" complessa e non sempre chiara) amplifichino i rischi corruttivi e di *mala gestio* tipici dei contratti pubblici.

Tale esigenza appare ancora più impellente con l'attuazione del PNRR, in relazione al quale, come evidenziato nel Piano Nazionale Anticorruzione 2022 definitivamente approvato lo scorso 17 gennaio (PNA 2022), la relativa normativa europea (Regolamento UE 241/2021 che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza) ha attribuito un **particolare valore alla prevenzione dei conflitti di interessi**, prevedendo espressamente che *«nell'attuare il dispositivo gli Stati membri, in qualità di beneficiari o mutuatari di fondi a titolo dello stesso, adottano tutte le opportune misure per tutelare gli interessi finanziari dell'Unione e per garantire che l'utilizzo dei fondi in relazione alle misure sostenute dal dispositivo sia conforme al diritto dell'Unione e nazionale applicabile, in particolare per quanto riguarda la prevenzione, l'individuazione e la rettifica delle frodi, dei casi di corruzione e dei conflitti di interessi»*. E proprio al fine di prevenire l'emergere di tali fenomeni, il Legislatore europeo ha introdotto l'obbligo, in capo agli Stati membri, di fornire (alla Commissione) i dati del titolare effettivo destinatario dei fondi o dell'appaltatore.

### La trasparenza dei dati e il Registro dei titolari effettivi

Preme in tale sede evidenziare che, nel recepire le misure fissate dall'Unione europea, il Legislatore nazionale ha posto particolare attenzione alla necessità di garantire la trasparenza dei dati relativi al titolare effettivo dei soggetti partecipanti alle gare per l'affidamento dei contratti pubblici, attraverso l'obbligo per gli operatori economici di comunicare i dati del titolare effettivo, nonché il rilascio, da parte di quest'ultimo, di apposita dichiarazione circa l'assenza di conflitto di interessi.

È di evidenza palmare che, nella circostanza descritta, la consultazione dell'istituendo Registro dei titolari effettivi presso le Camere di Commercio territoriali contribuirebbe – non poco – a dare certezza ai dati dichiarati. È noto a tutti, peraltro, che l'operatività di detto Registro – già gravemente compromessa dal ritardo nell'emanazione del D.M. n. 55/2022 e degli ulteriori Decreti attuativi – ha subito un'ulteriore battuta d'arresto per effetto della Sentenza pronunciata dalla CGUE il 22 novembre 2022, in cui si afferma che l'accesso pubblico senza limitazioni al Registro confligge gravemente con la tutela dei diritti personali garantita dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. La posizione della CGUE, di fatto, costringe il Legislatore europeo a un ripensamento sui contenuti della Direttiva e, a cascata, il Legislatore nazionale che dovrà, se del caso, rivedere la normativa di recepimento.

La possibilità di assicurare la disponibilità di informazioni sul titolare effettivo nell'ambito degli appalti pubblici risponde, evidentemente, all'obiettivo di garantire la trasparenza degli affidamenti e prevenire l'utilizzo distorto di strutture giuridiche complesse – società, enti, trust e istituti affini – come schermo per occultare il reale beneficiario e realizzare finalità illecite.

In tal modo è realizzata appieno l'intersezione dei presidi anticorruzione con quelli previsti dalla norma-



tiva antiriciclaggio di cui al D.Lgs. n. 231/2007, anch'essa rilevante in termini di obblighi anche per le Amministrazioni pubbliche.

Giova, infatti, rammentare che la disciplina antiriciclaggio, fin dalla sua origine, pone doveri di collaborazione in capo alle Pubbliche Amministrazioni (art. 10 del D.Lgs. n. 231/2007) e che l'avvio della fase operativa del PNRR rende particolarmente necessario che la PA, secondo quanto previsto dal dettato normativo, contribuisca ad evitare che le risorse pubbliche vengano distratte dal fine per cui sono concesse e vadano a rafforzare le mafie e le infiltrazioni criminali nell'economia.

La PA rappresenta, infatti, soprattutto in quest'epoca emergenziale e di solidarietà finanziaria, un osservatorio privilegiato per **prevenire e reprimere il rischio corruttivo** e le infiltrazioni della criminalità organizzata. Occorre, quindi, che la Pubblica Amministrazione ponga in essere misure di valutazione e gestione integrata dei rischi che tengano conto dell'esposizione delle Amministrazioni stesse tanto al rischio corruttivo (per lo più interno), quanto al rischio di infiltrazione, utilizzo o abuso delle procedure pubbliche a scopi di riciclaggio o finanziamento del terrorismo.

Le importanti interrelazioni tra i sistemi di **prevenzione della corruzione e del riciclaggio** devono essere, dunque, valorizzate nell'ottica di massimizzare i vantaggi derivanti dall'applicazione dei relativi presidi, ottimizzando lo sforzo organizzativo e gli adempimenti, atteso il legame di continuità tra i due fenomeni criminali (il riciclaggio agisce in continuità con la corruzione essendo l'elemento che consente di goderne i frutti). Occorre, quindi, **integrare i due presidi** che, agendo in continuità, possono consentire di realizzare un circolo virtuoso a beneficio della legalità (la prevenzione della corruzione contribuisce a ridurre il rischio di riciclaggio – la prevenzione del riciclaggio ostacola il reimpiego dei proventi della corruzione, ne accresce il costo e i rischi, ostacolandone, di fatto, la realizzazione).

La stretta connessione tra normativa di prevenzione della corruzione e tutela della trasparenza e la disciplina di prevenzione e contrasto del riciclaggio emerge, anche, in occasione dell'intervento dell'Unità di Informazione Finanziaria - UIF – sulla *“Prevenzione di fenomeni di criminalità finanziaria connessi al covid-19 e al PNRR”* (Comunicazione dell'11 aprile 2022) – in cui si è rimarcata l'importanza della collaborazione attiva da parte delle Pubbliche Amministrazioni, invitandole ancora una volta ad adottare e, in taluni specifici casi, a rafforzare, i presidi previsti dalla normativa antiriciclaggio.

### **Le procedure di affidamento nel PNRR: il fattore umano**

Posto dunque l'intreccio che inevitabilmente “lega” anticorruzione e antiriciclaggio, preme svolgere ancora alcune brevi considerazioni su uno specifico profilo attinente allo svolgimento effettivo delle procedure di affidamento nell'ambito dell'attuazione del PNRR e, più in generale, di quelle realizzate **attraverso l'utilizzo di risorse comunitarie**.

Se, da un lato, appare prioritario favorire gli investimenti pubblici, dall'altro risulta fondamentale offrire supporto alle stazioni appaltanti, promuovendo il processo di riforma e innovazione auspicato con la semplificazione degli adempimenti, attraverso iniziative coordinate che assicurino la condivisione di informazioni, assicurando al tempo stesso la prevenzione e l'accertamento di fenomeni distorsivi attraverso la promozione e diffusione delle *best practices*, il potenziamento del supporto conoscitivo alle decisioni pubbliche e il contenimento dei costi.

In altri termini, appare fondamentale garantire, al tempo stesso, **concorrenza e trasparenza** nell'acquisto di lavori, servizi e forniture, il tutto ad esclusivo vantaggio **dell'efficienza, efficacia e imparzialità dell'azione amministrativa**.

In tal senso, rilevano i processi di digitalizzazione diretti a semplificare e prevenire, anche attraverso meccanismi di automazione, il verificarsi di fenomeni corruttivi o di *mala gestio*; tuttavia, **centrale resta il fattore umano**, inteso come grado di consapevolezza, integrità, competenza, in capo ai soggetti coinvolti nelle procedure di affidamento (in particolar modo il RUP).

Attesa, pertanto, la rilevanza delle tematiche trattate e la fondamentale importanza dei presidi che occorre garantire, nel rispetto dell'esigenza di accelerazione e preso atto delle difficoltà organizzative e delle ben note carenze di personale che caratterizzano gli Enti, appare inevitabile pensare che una spinta propulsiva

al sistema possa essere offerta attraverso **figure consulenziali dotate di competenze specialistiche** in grado di supportare la stazione appaltante in ogni fase del ciclo di vita dell'intervento da realizzare: pianificazione, gestione, controllo, certificazione e rendicontazione delle risorse.

In questo senso è particolarmente interessante evidenziare quanto chiarito recentemente dall'ANAC nel Parere di precontenzioso n. 617 del 20 dicembre 2022, relativo all'affidamento di servizi di supporto tecnico-operativo da fornire al RUP, finalizzati alla completa attuazione degli interventi connessi all'esecuzione dei progetti in ambito PNRR. In tale Parere viene dato positivo riscontro alla censura sollevata dall'Ordine professionale degli Architetti in merito alla mancata previsione tra i requisiti di partecipazione alla gara del requisito, in capo all'operatore economico, dell'**iscrizione nel relativo Albo**. In tale occasione l'Autorità ha evidenziato che, sulla base di quanto previsto dall'art. 83 del Codice dei contratti pubblici, l'iscrizione nell'Albo è requisito di idoneità professionale per i concorrenti nelle procedure di gara e tale requisito deve ritenersi anteposto ai più specifici requisiti attestanti la capacità tecnico-professionale ed economico-finanziaria dei partecipanti alla gara previsti dalla medesima norma. Ciò in quanto tale requisito assolve alla funzione di *«filtrare l'ingresso in gara dei soli concorrenti forniti di una professionalità coerente con le prestazioni oggetto dell'affidamento pubblico»*. Come può osservarsi, dunque, gli obiettivi di massima concorrenzialità perseguiti anche nell'ambito degli affidamenti pubblici devono trovare un equilibrato contemperamento con **l'esigenza di garantire la serietà e l'adeguata qualificazione professionale** degli offerenti il servizio. Ciò vale, in ultima analisi, anche nell'ottica di assicurare la massima efficacia ed efficienza all'azione amministrativa e a garantire la piena realizzazione di quel valore pubblico che tale azione intende perseguire.

### Conclusioni

*Mutatis mutandis*, l'auspicio è dunque che, nell'ambito dell'attuazione e gestione di progetti pubblici, oltre alle tipiche figure di "assistente al RUP", si inizino ad inserire nei quadri economici anche figure che svolgano attività di certificazione dei Progetti, figure che non possono non riconoscersi che nei Commercialisti iscritti all'Albo, professionisti che per *expertise* sono in grado di supportare le Amministrazioni titolari in tutte le fasi di realizzazione degli investimenti (programmazione, gestione, controllo e rendicontazione dei fondi), ivi incluso il presidio anticorruzione ed antiriciclaggio e la connessa e correlata valutazione dei rischi.

# Nuovo Codice appalti, i requisiti per partecipare

di Federico Gavioli, Dottore Commercialista, Revisore Contabile e Curatore Fallimentare, estratto da *Il Sole 24Ore, La Settimana Fiscale*, 3 maggio 2023, n. 18, p. 59-63

Con il presente commento analizziamo le **novità sui requisiti di partecipazione che le imprese devono avere per partecipare alle gare pubbliche**. Tali novità sono contenute, più precisamente, nei seguenti articoli:

- art. 94 (Cause di esclusione automatica);
- art. 95 (Cause di esclusione non automatica);
- art. 96 (Disciplina dell'esclusione);
- art. 97 (Cause di esclusione di partecipanti a raggruppamenti);
- art. 98 (Illecito professionale grave).

## Esclusione per condanne penali

L'art. 94 disciplina le **cause di esclusione automatica** dalla partecipazione a una procedura d'appalto. In relazione all'esclusione per condanne è prevista l'esclusione automatica a carico degli operatori economici **che abbiano riportato una condanna** (con sentenza definitiva, decreto di condanna divenuto irrevocabile o sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti) per uno fra i reati specificamente indicati.

Si tratta, sinteticamente, dei seguenti reati:

- **associazione a delinquere e associazione di tipo mafioso** (artt. 416 e 416-bis c.p.), delitti commessi avvalendosi del vincolo mafioso o al fine di agevolare l'attività delle associazioni mafiose, delitti concernenti traffico di stupefacenti (art. 74, D.P.R. 74/1990), contrabbando di tabacchi (art. 291-quater, D.P.R. 43/1973) e traffico di rifiuti (art. 452-quaterdecies c.p.) (lett. a);
- **delitti contro la Pubblica Amministrazione** dicui all'art. 317 ss. c.p. (concussione, corruzione, induzione indebita), traffico di influenze (art. 346-bis c.p.), turbata libertà degli incanti (art. 353 ss. c.p.p.), inadempimento di contratti di pubbliche forniture (art. 355 c.p.), frode in pubbliche forniture (art. 356 c.p.), corruzione tra privati (art. 2635 c.c.) (lett. b);
- **false comunicazioni sociali** (articoli 2621 e 2622 c.c.) (lett. c);
- **frode comunitaria** (lett. d);
- **delitti con finalità di terrorismo ed eversione** (lett. e);
- **delitti di riciclaggio** (art. 648-bis ss. c.p.) (lett. f);
- **sfruttamento del lavoro minorile** e altre forme di tratta di esseri umani (lett. g);
- ogni altro delitto da cui derivi come pena accessoria l'incapacità di contrattare con la Pubblica amministrazione (lett. h).

## Esclusione per misure di prevenzione

Il comma 2, dell'art. 94, del nuovo Codice dei contratti pubblici prevede che **costituisca causa di esclusione**

**automatica la sussistenza di ragioni di decadenza**, sospensione o divieto di cui all'art. 67, D.Lgs. n. 159/2011 (Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione) riconducibili a **misure di prevenzione o di un tentativo di infiltrazione mafiosa** di cui all'art. 84, comma 4, del medesimo decreto.

L'art. 67, D.Lgs. n. 159/2011 prevede che coloro ai quali sia stata applicata con provvedimento definitivo una misura di prevenzione prevista dal libro I, titolo I, capo II del medesimo decreto **non possano concludere contratti pubblici e non possano ottenere:**

1. **licenze o autorizzazioni** di polizia o di commercio;
2. **concessioni di acque pubbliche o beni demaniali** per l'esercizio di attività imprenditoriali;
3. **concessioni per costruzione e gestione di opere** riguardanti la P.a. e concessioni di servizi pubblici; iscrizioni negli elenchi di appaltatori e fornitori della P.a. e nei registri della camera di commercio; attestati di qualificazione per l'esecuzione di lavori pubblici;
4. **altre iscrizioni o provvedimenti autorizzatori**, concessori o abilitativi per lo svolgimento di attività imprenditoriali; contributi o finanziamenti a carico dello Stato, di enti pubblici o delle Comunità europee; licenze in materia di armi ed esplosivi.

L'applicazione definitiva della misura di prevenzione comporta la decadenza di diritto delle licenze, autorizzazioni, concessioni, erogazioni ecc. di cui il destinatario sia titolare.

L'art. 84, comma 4, del medesimo decreto prevede che i **tentativi di infiltrazione mafiosa**, ai fini dell'informazione antimafia di cui al comma 3, dell'articolo medesimo, siano desunti da provvedimenti di applicazione di **misure cautelari o di rinvio a giudizio o da condanne non definitive**, dalla proposta o dal provvedimento di applicazione di una misura di prevenzione, dagli accertamenti disposti dai prefetti, dalle sostituzioni negli organi sociali e nella rappresentanza legale le cui modalità denotino intenti elusivi.

L'art. in commento prevede che restino fermi gli artt. 88, comma 4-bis, e 92, commi 2 e 3, D.Lgs. n. 159/2011, **con riferimento rispettivamente alle comunicazioni antimafia** e alle informazioni antimafia. In armonia con i **principi del self-cleaning di matrice europea**, è stata prevista l'inoperatività della causa di esclusione discendente dall'emissione di **una misura interdittiva antimafia** ove l'impresa sia stata ammessa a controllo giudiziario ex art. 34-bis, D.Lgs. n. 159/2011, entro la data di aggiudicazione.

### Il controllo giudiziario delle imprese

L'art. 34-bis, D.Lgs. n. 159/2011 disciplina il **controllo giudiziario delle aziende**, che è disposto dal tribunale quando le circostanze previste dai paragrafi precedenti per l'amministrazione giudiziaria risultino occasionali e che si configura **quale meno penetrante rispetto all'amministrazione straordinaria**. Con il provvedimento che dispone il controllo giudiziario il tribunale può disporre l'obbligo di comunicazione di **atti di valore superiore a un determinato importo**, la nomina di un giudice delegato o di un amministratore giudiziario, il divieto di mutare l'oggetto sociale e la composizione degli organi, specifici obblighi informativi nei confronti dell'amministratore giudiziario.

### Soggetti destinatari dell'esclusione

Il comma 3, dell'art. 94, del nuovo Codice dei contratti pubblici **individua i destinatari dell'esclusione automatica prevista dai paragrafi precedenti**, prevedendo che essa **si applichi all'operatore economico** ai sensi e nei termini di cui al D.Lgs. n. 231/2001 (Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica), **al titolare o al direttore tecnico** nel caso di impresa individuale, ai soci amministratori o al direttore tecnico **nel caso di snc, agli accomandatari o al direttore tecnico** nel caso di Sas, agli amministratori con legale rappresentanza, ai componenti degli organi di direzione e vigilanza, al socio unico, all'amministratore di fatto.

### Esclusione degli amministratori della persona giuridica

Il comma 4, dell'art. 94 prevede che qualora il **socio sia una persona giuridica l'esclusione** operi se i presupposti si siano verificati a carico degli amministratori.

## Ulteriori casi di esclusione

Gli ulteriori casi di esclusione riguardano:

- › l'operatore economico **destinatario di sanzione** che comporti il divieto di contrattare con la PA;
- › l'operatore economico che **non abbia presentato la certificazione o autocertificazione** concernente il rispetto delle norme sul diritto al lavoro dei disabili;
- › in relazione alle procedure afferenti a investimenti pubblici finanziati con risorse Ue a norma dei regolamenti sullo strumento tecnico di sostegno e sul dispositivo di ripresa e resilienza, l'operatore economico che **non abbia presentato il rapporto sullo stato del personale previsto** dall'art. 46, del Codice delle pari opportunità;
- › l'operatore economico **sottoposto a liquidazione giudiziale**, liquidazione coatta e concordato preventivo, fatte salve alcune eccezioni;
- › l'operatore economico **iscritto nel casellario informatico ANAC** per aver presentato false dichiarazioni o falsa documentazione.

## Casi di inapplicabilità dell'esclusione

È previsto che l'esclusione non **si applichi nei casi di depenalizzazione** del reato, riabilitazione, estinzione della pena o del reato, revoca della condanna.

## Cause di esclusione non automatica

L'art. 95, del nuovo Codice degli appalti pubblici **disciplina le cause di esclusione non automatica, che rimettono alla stazione appaltante il potere decisorio di esclusione** dell'operatore economico.

Di seguito sono elencati i casi (per la maggior parte già disciplinati al comma 5, dell'art. 80 del previgente Codice dei contratti pubblici), riguardanti specifiche norme sul lavoro, sul conflitto d'interesse, sulla concorrenza, e sugli illeciti professionali, per cui la stazione appaltante esclude dalla partecipazione alla procedura un operatore economico, **qualora accerti**:

- **sussistere gravi infrazioni, debitamente accertate** con qualunque mezzo adeguato, alle norme in materia di salute e di sicurezza sul lavoro nonché agli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dalla normativa europea e nazionale, dai contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali elencate nell'allegato X alla direttiva 2014/24/UE;
- che la **partecipazione dell'operatore economico determini una situazione di conflitto di interesse** di non diversamente risolvibile;
- **sussistere una distorsione della concorrenza derivante** dal precedente coinvolgimento degli operatori economici nella preparazione della procedura d'appalto che non possa essere risolta con misure meno intrusive;
- **sussistere rilevanti indizi tali da far ritenere che le offerte degli operatori economici** siano imputabili ad un unico centro decisionale a cagione di accordi intercorsi con altri operatori economici partecipanti alla stessa gara;
- che l'**offerente abbia commesso un illecito professionale grave**, tale da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità, dimostrato dalla stazione appaltante con mezzi adeguati.

## Illecito professionale

L'art. 98, del nuovo Codice degli appalti pubblici individua **quale sia l'autorità competente a disporre l'esclusione non automatica per l'illecito professionale grave**, enumera e descrive le fattispecie rilevanti, individua i mezzi di prova, e chiarisce la portata dell'obbligo motivazionale ove si voglia disporre l'esclusione dell'operatore.

Si stabilisce la regola generale che l'illecito professionale grave rileva solo se compiuto dall'operatore economico offerente.

L'**esclusione per illecito professionale grave**, che rientra tra le cause di esclusione non automatica di un operatore economico (art. 95, comma 1, lettera e)), è disposta e comunicata dalla stazione appaltante quando **ricorrono tutte le seguenti condizioni** (comma 2):

elementi sufficienti ad integrare il grave illecito professionale;

- a. idoneità del grave illecito professionale ad incidere sull'affidabilità e integrità dell'operatore;
- b. adeguati mezzi di prova.

È **possibile rilevare l'illecito professionale** al verificarsi di almeno uno dei seguenti elementi, di cui si dà sintesi:

- a. **sanzione esecutiva irrogata dall'Autorità garante** della concorrenza e del mercato o da altra autorità di settore, rilevante in relazione all'oggetto specifico dell'appalto;
- b. **condotta dell'operatore economico** che abbia tentato di **influenzare indebitamente** il processo decisionale della stazione appaltante;
- c. condotta dell'operatore economico che abbia dimostrato **significative o persistenti carenze** nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto;
- d. condotta dell'operatore economico che abbia commesso **grave inadempimento** nei confronti di uno o più subappaltatori;
- e. condotta dell'operatore economico che abbia violato il **divieto di intestazione fiduciaria** (art. 17, legge 19 marzo 1990, n. 55), laddove la violazione non sia stata rimossa;
- f. **omessa denuncia all'autorità giudiziaria** da parte dell'operatore economico persona offesa dei reati di concussione ed estorsione aggravati dall'associazione mafiosa (articoli 317 e 629 c.p. aggravati ai sensi dell'art. 416-bis);
- g. contestata commissione da parte dell'operatore economico, ovvero dei soggetti di cui al comma 3, dell'art. 94, di taluno dei **reati consumati o tentati** di cui al comma 1, del medesimo art. 94;
- h. contestata o accertata commissione, da parte dell'operatore economico oppure dei soggetti di cui al comma 3, dell'art. 94, di taluno dei seguenti **reati consumati**:
  - abusivo esercizio di una professione (art. 348 c.p.);
  - bancarotta semplice, bancarotta fraudolenta, omessa dichiarazione di beni da comprendere nell'inventario fallimentare o ricorso abusivo al credito (articoli 216, 217, 218 e 220, Rd 16 marzo 1942, n. 267);
  - reati tributari, delitti societari o delitti contro l'industria e il commercio;
  - reati urbanistici (art. 44, comma 1, lettere b) e c), D.P.R. 380/2001), con riferimento agli affidamenti aventi ad oggetto lavori o servizi di architettura e ingegneria;
  - reati previsti dal D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231 (ad esempio, sicurezza dei lavoratori, ambiente, societari, Pubblica amministrazione, societari e tributari, abuso di mercato, contrabbando ecc.);
- i. commissione, da parte dell'operatore economico, di **condotte diverse** da quelle di cui alle precedenti lettere, la cui gravità incida in modo evidente sull'affidabilità ed integrità del medesimo in misura tale da compromettere l'interesse pubblico.

# L'impatto del nuovo codice degli appalti sui documenti di programmazione dell'ente e sui principi contabili

*di Michele Tetro - Ancrel Bari-Bat, estratto da Il Sole 24Ore, Norme&Tributi Plus Enti Locali & Edilizia, 9 giugno 2023*

Il D.Lgs. 31 marzo 2023, n. 36 ha approvato il nuovo codice dei contratti pubblici, che va a sostituire il precedente codice (D.Lgs. n. 50/2016). Il nuovo codice è entrato in vigore il 1° aprile 2023 ma le disposizioni acquisteranno efficacia il 1° luglio 2023, anche se per alcune viene previsto un periodo transitorio, fino al 31 dicembre 2023, in cui si applicano quelle del vecchio codice.

Luglio 2023 sarà anche il mese della programmazione per gli enti locali, sia per quelli in ritardo avendo ancora la possibilità di approvare il bilancio di previsione 2023-2025, il cui termine come sappiamo è stato ulteriormente prorogato al 31 luglio, sia per quelli che avvieranno l'adozione del DUP 2024-2026 e la presentazione all'organo consiliare del Documento unico di programmazione da parte della giunta.

È bene ricordare che attualmente i principi contabili 4/1 e 4/2 del D.Lgs. n. 118/2011 sono disallineati rispetto al codice dei contratti appena varato, che come detto acquisterà efficacia dall'inizio proprio del prossimo mese di luglio.

In attesa della modifica dei principi contabili allegati al D.Lgs. n. 118/2011, analizziamo come devono nel frattempo regolarsi gli enti locali e i relativi organi di revisione, per le non banali implicazioni in materia di programmazione e bilancio del D.Lgs. n. 36/2023.

L'articolo 37 del nuovo Codice prevede due innovazioni in tema di programmazione dei lavori e degli acquisti di beni e servizi, rispetto al testo previgente di cui all'articolo 21 del D.Lgs. n. 50/2016, che viene abrogato dal 1° luglio 2023.

La prima innovazione da segnalare interessa il programma degli acquisti di beni e servizi e i relativi aggiornamenti annuali, che diventa triennale (prima era biennale) e nel quale dovranno essere indicati gli acquisti di importo unitario stimato pari o superiore a 140.000 euro (prima era di un importo unitario stimato pari o superiore a 40.000 euro). Si tratta di una modifica che ha sia la finalità di allineare la programmazione degli acquisti di beni e servizi alla programmazione triennale dei lavori e, innanzitutto, alla programmazione triennale degli enti locali contenuta nel DUP e nel bilancio di previsione, che quella di escludere gli appalti inferiori a 140.000 euro, per i quali si potrà quindi procedere senza la relativa previsione nel programma.

Il principio contabile della programmazione allegato 4/1 al D.Lgs. n. 118/2011, nell'attuale versione, prevede che la Sezione Operativa del DUP contenga anche il programma "biennale" di forniture e servizi di cui all'articolo 21 del D.Lgs. n. 50/2016. Inoltre, lo stesso principio contabile statuisce che il programma è approvato con il DUP, senza necessità di ulteriori deliberazioni, pertanto già nel DUP 2024/2026, da

adottare entro il prossimo 31 luglio, dovrà essere contenuto il nuovo programma triennale degli acquisti. Passando al programma triennale dei lavori e i relativi aggiornamenti annuali, la novità riguarda nell'innalzamento della soglia economica dei lavori che devono in esso essere contenuti, che passa da un importo stimato unitario pari o superiore a 100.000 a 150.000 euro.

Tutti e due i richiamati programmi dovranno essere redatti secondo gli schemi tipo di cui all'allegato I.5 al nuovo Codice, che non variano in modo significativo, se non per le novità innanzi citate, da quelli precedenti approvati con D.M. 16 gennaio 2018, n. 14 (che viene abrogato dal 1° luglio 2023).

Dal 1° luglio 2023 il citato allegato I.5, all'articolo 9, prevede che i nuovi schemi si applicano per la formazione o l'aggiornamento dei programmi triennali dei lavori pubblici e degli acquisti di forniture e servizi effettuati a decorrere dal periodo di programmazione 2023-2025.

Partendo dalla predetta disposizione normativa si può, quindi, fare un punto della situazione:

- i programmi già approvati prima del 1° luglio 2023, utilizzando i vecchi schemi, non occorre che vengano riapprovati al fine di adeguarli agli schemi del nuovo Codice;
- in caso di variazione dei programmi già approvati alla data del 1° luglio 2023, occorrerà utilizzare i nuovi schemi;
- dovranno necessariamente essere utilizzati i nuovi modelli in caso di approvazione ex novo dei programmi 2023/2025 dopo il 1° luglio 2023, tenendo anche conto della proroga al 31/7 del termine di approvazione del previsionale 2023-2025.

Per quanto riguarda il programma dei lavori pubblici e, più in particolare, le nuove soglie di affidamento diretto degli appalti, interessano sicuramente i seguenti aspetti normati dal principio contabile applicato della contabilità finanziaria allegato 4/2 al D.Lgs. n. 118/2011:

- la registrazione contabile delle spese per il livello minimo di progettazione richiesto per l'inserimento di un intervento nel programma triennale dei lavori pubblici e nell'elenco annuale (paragrafo 5.3.12);
- la registrazione contabile delle spese di progettazione riguardanti lavori di valore stimato inferiore a 100.000 euro (paragrafo 5.3.13);
- la registrazione contabile delle spese per gli interventi inseriti nel programma triennale dei lavori pubblici e nell'elenco annuale (paragrafo 5.3.14);
- la formazione del FPV per la spese concernenti il livello minimo di progettazione (paragrafo 5.4.8);
- la conservazione del fondo pluriennale vincolato per le spese non ancora impegnate (paragrafo 5.4.9).

I paragrafi 5.3.12 e 5.3.14 riguardano aspetti contabili riferiti letteralmente a lavori inseriti nel programma triennale dei lavori pubblici e nell'elenco annuale. Pertanto, con il nuovo Codice cambia solo il fatto che non si tratta più di lavori di importo pari o superiore a 100.000 bensì a 150.000 euro.

Stessa considerazione vale per il paragrafo 5.3.13, dove il riferimento al valore stimato inferiore a 100.000 euro è da intendersi alla soglia per cui un lavoro non deve essere inserito nel programma e nell'elenco annuale del vecchio Codice. La conseguenza è che dal 1° luglio 2023 tale riferimento dovrà intendersi fatto a lavori di valore stimato inferiore a 150.000 euro, che è la soglia entro la quale un lavoro, con il nuovo Codice, non deve essere inserito nel programma e nell'elenco annuale.

In ultimo, per quel che concerne i paragrafi 5.4.8 e 5.4.9 il riferimento a interventi di importo pari o superiore a quello previsto ordinariamente dall'articolo 36, comma 2, lettera a), ovvero 40.000 euro, per l'affidamento diretto di lavori, servizi e forniture anche senza previa consultazione di due o più operatori economici o per i lavori in amministrazione diretta, dovrebbe essere inteso come riferito alle lettere a) e b) del comma 1 dell'articolo 50 del D.Lgs. n. 36/2023, che hanno elevato tale soglia per i lavori a 150.000 euro e per servizi e forniture a 140.000.



# Perché l'Italia ha bisogno di più partnership pubblico privato?

di Prof. Veronica Vecchi, SDA Bocconi school of management, Presidente di Società Infrastrutture Milano Cortina

Nonostante il Partenariato Pubblico Privato (PPP) – che altro non è che una concessione e ciò viene chiarito dal nuovo Codice – rappresenti un **modello di delivery** delle infrastrutture e dei servizi paritetico rispetto ai modelli tradizionali di gestione *in-house* delle infrastrutture o di appalto, è indubbio che sia ancora considerato figlio di un dio minore.

## Partenariato Pubblico Privato: evoluzione di uno strumento complesso

Da sempre, la concessione rappresenta una delle alternative per la gestione delle infrastrutture a rete e di trasporto. Circa trent'anni fa, *in primis* sotto la spinta del *New Public Management*, il PPP è stato introdotto nei Paesi anglosassoni e poi nel resto del Mondo con l'obiettivo di realizzare investimenti non a debito, facendo leva sui capitali privati e per introdurre più efficienza nei servizi pubblici. È indubbio che lo strumento fosse complesso e anche in Italia in realtà utilizzato più con un approccio opportunistico: il capitale privato per sopperire alla carenza di capitali pubblici, ma senza un reale approccio all'innovazione e senza un adeguato bilanciamento nell'allocazione dei rischi tra pubblico e privato. Ne sono conseguite **operazioni critiche**, spesso oggetto di difficili rinegoziazioni, dove sia pubblico che privato sono rimasti "scottati". Tuttavia è indubbio che con questa soluzione contrattuale sono stati realizzati **importanti investimenti**. In sanità, più della metà dei nuovi posti letto sono stati realizzati con questo strumento.

Oggi, il PPP può e deve trovare più impiego e non solo per finalità macroeconomiche, ovvero per integrare i capitali pubblici disponibili, comunque abbondanti in considerazione delle dotazioni dei fondi PNRR e dei fondi strutturali (fondi SIE). Le ragioni sono le seguenti:

- abbiamo un'abbondanza di capitali privati a cui devono essere offerte opportunità di investimento in Italia, anche a protezione del rischio inflazione; ciò vale anche per i capitali dei cittadini, in modo tale che anch'essi beneficino di migliori servizi e al contempo possano sentirsi anche investitori, superando l'idea che i capitali privati impiegati nelle infrastrutture siano solo quelli degli *high net worth individuals* o dei grandi investitori istituzionali;
- abbiamo la necessità di assicurare la qualità delle infrastrutture e dei servizi, che spesso non è garantita dalle logiche di programmazione di breve termine dei bilanci pubblici;
- abbiamo la necessità di introdurre più innovazione nei progetti di investimento e nei servizi, dando spazio alle soluzioni digitali, all'impiego di soluzioni di circolarità e, in generale, di assicurare il conseguimento dei *sustainable development goals* – da questo punto il PPP, più dell'appalto, aiuta le Amministrazioni a introdurre questa innovazione; tra l'altro, è chiaro che il conseguimento de-

- gli SDGs passa attraverso investimenti di lungo termine e l'impiego dei capitali privati;
- abbiamo bisogno di sostenere gli investimenti, il settore delle costruzioni, favorire lo sviluppo di nuove imprese o far crescere le piccole: il pubblico deve agire come *buyer* sofisticato per rendere le imprese più competitive anche all'estero. Il PPP è sicuramente un **acceleratore di investimenti**.

Per fare ciò, serve un **chiaro programma di Governo**. Il DIPE potrebbe assumere il ruolo di "facilitatore" nell'utilizzo di questo strumento, attraverso pareri snelli, rapidi e un sistema di *soft law* che supporti le Amministrazioni, specialmente in relazione all'allocazione dei rischi e alle valutazioni di convenienza.

Servono però **competenze**. Sia nel pubblico, ma anche nel privato e nel mondo dei professionisti. Vedo ancora troppe operazioni di PPP fragili, anche a iniziativa privata. È necessario comprendere che un PPP non è un appalto e serve un impegno, da parte di tutti gli *stakeholder*, a utilizzare questo strumento in modo corretto e soprattutto con un forte orientamento all'innovazione.

### L'apporto del nuovo Codice degli appalti

Il nuovo Codice chiarisce alcuni passaggi importanti, come per esempio il fatto che le valutazioni di convenienza debbano essere fatte in modo olistico, superando i rigidi schematismi delle analisi di *value for money*, che – *ndA* – hanno portato alla morte del PPP nel Regno Unito! Valorizza la proposta a iniziativa privata, che ha dimostrato di funzionare, e svincola il PPP dalle regole Eurostat. Anche se, su questo punto, serve attenzione, perché il debito pubblico va controllato.

Credo che tutti gli ingredienti siano presenti e ci sia anche un grande favore istituzionale al PPP. Ora abbiamo bisogno di PA a livello locale e operatori economici che si mettano al lavoro, anche con il supporto dei più bravi professionisti, affinché si crei una *pipeline* di progetti che consenta allo strumento di diventare ordinario, favorendo tra l'altro la creazione di più trust pubblico-privato.

In SDA Bocconi, per fare questo ho creato Invest in IT lab, con l'obiettivo di favorire la coevoluzione pubblico-privato e la diffusione delle competenze necessarie perché l'Italia ritorni a essere un Paese in cui si effettuano investimenti.

# PNRR: le Olimpiadi Milano Cortina 2026 nel contesto del nuovo Codice degli appalti

*Ing. Regina De Albertis, Presidente Assimpredil Ance*

Un grande evento, come i Giochi Olimpici, è l'occasione per cavalcare il cambiamento nei percorsi di crescita e sviluppo dei luoghi e dei territori su cui impatta. La sua eccezionalità, pertanto, deve permettere la messa in gioco di strategie specifiche.

Le Olimpiadi e le successive Paralimpiadi lasceranno una legacy nel medio/lungo periodo che deve essere di qualità delle opere realizzate e di sostenibilità ambientale dei nuovi interventi.

La scommessa oggi è ottenere un'interazione con l'ecosistema complessivo, che potenzi la capacità di un grande evento come le Olimpiadi invernali di essere strumento di trasformazione del territorio ospitante. Ma la scommessa è anche quella di utilizzare i grandi eventi per sperimentare nuovi approcci procedurali che potranno rimanere come best practices, da mettere a sistema per un procurement sempre più innovativo e per un'Amministrazione al passo con le esigenze, preparata e goal oriented.

Sono in gioco investimenti pubblici importanti a cui si aggiungono quelli privati già attivati, risorse che potranno incidere significativamente sul territorio. Sono risorse straordinarie che richiedono analogia straordinarietà per gli iter urbanistici e per i processi decisionali-burocratici, qualora non si possano raggiungere gli obiettivi temporali di completamento delle opere in condizioni di ordinarietà.

La legacy non sarà solo la materialità delle infrastrutture e dei servizi che riusciremo a realizzare, ma anche il nuovo modello di relazione pubblico privato che questa esperienza ci permetterà di **sperimentare in linea con il principio di collaborazione** che, appunto, il nuovo Codice ben evidenzia. Per questo è necessario mettere in comune le informazioni per condividere problemi e soluzioni. La pandemia, la guerra e le follie del mercato dello scorso anno ci hanno insegnato che da soli non si va avanti. Insieme, invece, si superano gli ostacoli.

C'è un grande bisogno di osare e di sperimentare, di spingere l'acceleratore sui processi di cambiamento. Milano è una delle realtà italiane in grado di andare oltre il limite della comfort zone per imboccare nuove strade perché ha un consolidato modello di relazioni che coinvolge tutte le componenti della società civile, nessuna esclusa.

## I nodi da sciogliere

Abbiamo **alcune sfide molto difficili** da affrontare e superare.

La prima questione riguarda i **prezzi**. Se vogliamo realizzare le opere necessarie bisogna andare in gara con prezzi adeguati e dare attuazione ai meccanismi revisionali in tempo, per evitare squilibri economici e sovraesposizioni da parte degli appaltatori.

Non è più sostenibile un sistema che si regge su finanziamenti anticipati delle opere da parte degli esecutori perché, visti gli importi, si rischia il fallimento. Il Codice degli appalti potrebbe risolvere alcune questioni aperte, ma servono chiarimenti, ad esempio, sui meccanismi di revisione prezzi previsti.

Il giudizio del nostro mondo sul nuovo Codice degli appalti è positivo in merito al riconoscimento del principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale: gli eventi imprevisti che si verificano nella fase di esecuzione non devono alterare la sostanza economica dell'accordo originario.

È una clausola finora considerata tabù, e questo è un grande passo in avanti. Ma è la declinazione operativa del principio che non convince: non si capisce perché il risarcimento dello squilibrio economico sia riconosciuto solo per l'80% e con un'alea del 5%.

Soprattutto non è chiaro il meccanismo revisionale previsto, nonostante la articolata proposta fatta da ANCE di utilizzare sistemi dinamici di adeguamento, modellati su quelli di altri Paesi come la Francia e la Spagna.

Sono gli unici sistemi che consentono un reale e immediato riequilibrio economico (soprattutto in tempi turbolenti di inflazione) senza il quale – bisogna prenderne atto con serietà – tutto il mercato è destinato a fermarsi. E non è quello che vogliamo e ci possiamo permettere.

Relativamente alla questione prezzi, non posso che evidenziare l'assurdità di un sistema di prezzi incomparabili: declaratorie diverse tra Regioni, logiche analitiche difformi, prezzi variabili. Un sistema complesso per le imprese e per chi controlla, che genera un inspiegabile disallineamento. Sono necessari gli indici correttivi per territorio ma devono essere applicati a un quadro chiaro che oggi non c'è.

I grandi eventi devono essere la leva per far crescere anche le filiere produttive che in Italia sono composte prevalentemente da PMI, che sono per oltre l'80% nel nostro settore.

Occorre, pertanto, prevedere nuove forme di coinvolgimento delle PMI, perché senza questa componente della filiera i lavori non si faranno. L'esperienza dei grandi lavori, che negli anni passati hanno interessato il territorio, dimostra come le nostre imprese siano state spesso coinvolte solo in qualità di fornitrici di "mezzi e manodopera".

Questo modello non funziona più e le gare rischiano di andare deserte. In altri Paesi esistono quote minime del contratto da affidarsi alle PMI per grandi appalti.

È auspicabile il coinvolgimento di tutti i soggetti, anche e soprattutto delle **imprese di prossimità** (sono le parole del nuovo Codice). Finora la territorialità è sempre stata considerata un tabù, fa piacere che se ne parli all'art. 58 del nuovo testo, proprio con riferimento alla tutela delle PMI.

È importante il riconoscimento dell'**importanza delle realtà produttive locali** in un settore come il nostro, in cui la produzione è strettamente interconnessa con il territorio. Non è protezionismo: la conoscenza del luogo, il sistema degli approvvigionamenti, l'immediata e concreta disponibilità di mezzi, sono elementi che consentono di dare alle imprese un apporto immediato e concreto. È anche un modo per compensare, con ricadute economiche dirette e positive, i territori inevitabilmente coinvolti nel disagio connesso alla realizzazione delle opere.

Assimpredil Ance ha recentemente siglato con il Comune di Milano un Protocollo che prevede meccanismi premiali per l'impresa affidataria che concorre alle gare con accordi collaborativi nella sua filiera. Il Protocollo riguarda gli appalti finanziati con gli investimenti previsti dal PNRR e a quelli di importo superiore alle soglie europee e/o di considerevole complessità tecnica, quindi replicabile anche per queste opere.

La nostra sollecitazione alle stazioni appaltanti di questo grande evento, e in particolare alla Società Milano Cortina, è, quindi, quella di **considerare anche le PMI**, la spina dorsale del nostro sistema produttivo, con l'obiettivo di favorirne la crescita attraverso una migliore distribuzione delle risorse pubbliche, scongiurando l'eventualità che restino schiacciate dalle grandi e permettendo che si inneschi un nuovo modello di filiera, più moderno, efficiente ed efficace.

### Il valore della sostenibilità nelle grandi opere

Aprò una parentesi sul **tema sostenibilità**. Non possiamo negare che serpeggia, tra le imprese e i professionisti, un certo scetticismo sul positivo impatto che potranno avere gli investimenti previsti per le Olimpiadi sulla sostenibilità ambientale e sulla capacità di innescare innovazione nel tessuto imprenditoriale. In Valtellina, come a Milano, gli impianti di recupero dei materiali riciclabili derivanti dalla cantierizza-

zione delle opere sono pieni e rischiamo il collasso.

Bisogna dare concretezza agli obiettivi di sostenibilità partendo dal rendere possibile l'economia circolare. Bisogna intervenire sul Decreto EOW correggendo l'impostazione che ha, di fatto, bloccato gli investimenti per il trattamento e il recupero dei materiali riciclati. Bisogna maggiormente favorire l'utilizzo di questi materiali come sottofondo nelle opere infrastrutturali perché alternativamente consumeremo materiale vergine, inquineremo facendo girare i mezzi pesanti, la CO2 immessa sarà incalcolabile.

Siamo consapevoli che il nostro compito è far capire il valore delle costruzioni per la qualità dell'ambiente, ma anche per la qualità sociale, e che tocca a noi usare questa occasione unica per mettere in campo le competenze e le capacità delle imprese. Però bisogna farlo in una alleanza con i committenti pubblici e privati basata sulla fiducia e sul riconoscimento che la volontà di convergere su obiettivi di sostenibilità non è solo dichiarazione di principi, ma concreta operatività.

In questa direzione va il nostro **Codice di Condotta Cantiere Impatto Sostenibile**, un codice volontario basato su otto impegni, con livelli crescenti di azione.

Per ogni singolo cantiere, rilasciamo un marchio che testimonia della responsabilità sociale d'impresa, della scelta di decarbonizzazione, del rispetto dell'ambiente in ottica di economia circolare, della legalità per sé e per la filiera. Ma anche della regolarità contrattuale e della sicurezza del lavoro, dell'impegno sociale e verso la catena di fornitura, con attenzione ai CAM.

In otto impegni abbiamo racchiuso il senso vero dell'essere un'impresa sostenibile che adotta logiche ESG nel cantiere, nella fase più complessa e difficile del suo processo produttivo. Abbiamo presentato questo codice ad alcune grandi stazioni appaltanti, ma anche a Fondi, Banche e Committenti privati riscuotendo un grande interesse. Crediamo che Cantiere Impatto Sostenibile sia una strada per la qualificazione del settore.

### Conclusioni

Concludo con l'auspicio che si risolvano i nodi legati alla messa a terra delle gare e che il Codice degli appalti sia una occasione e non un nuovo problema.

Perché le infrastrutture e le opere che saranno realizzate sono centrali per lo sviluppo del territorio e del Paese. Porteranno benefici alla collettività, ma anche modernizzazione al Paese attraverso: la prescrizione di requisiti ambientali nella progettazione e nella realizzazione della commessa; la valorizzazione di comportamenti sostenibili in capo agli appaltatori per finalità di tutela ambientale. Le clausole sociali, previste in capo agli operatori, consentono di affermare e rafforzare i principi di tutela e sicurezza sul lavoro, un grande valore primario.

Non è una "impresa" facile e l'elenco delle opere da mettere a terra è ingente, ma sono convinta che, se ciascuno degli attori in gioco farà la propria parte, riusciremo a tagliare il traguardo nei tempi previsti.