

A cura di Umberto Realfonzo e Rosamaria Berloco

COMMENTARIO AL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

TOMO I
I PRINCIPI E LE PROCEDURE DI AFFIDAMENTO

D.LGS. N. 36/2023 ARTICOLO PER ARTICOLO
E RELATIVI ALLEGATI

SOMMARIO

PREFAZIONE	p.	15
-------------------------	----	----

TOMO I – I PRINCIPI E LE PROCEDURE DI AFFIDAMENTO COMMENTARIO AGLI ARTICOLI DA 1 A 112 E RELATIVI ALLEGATI

GLI ARTICOLI DA 113 A 229 E RELATIVI ALLEGATI SONO RIPORTATI NEL TOMO II

LIBRO I

*DEI PRINCIPI, DELLA DIGITALIZZAZIONE,
DELLA PROGRAMMAZIONE, DELLA PROGETTAZIONE*

PARTE I

DEI PRINCIPI

Titolo I

I principi generali

▪ Articolo 1 <i>Principio del risultato</i>	"	17
▪ Articolo 2 <i>Principio della fiducia</i>	"	21
▪ Articolo 3 <i>Principio dell'accesso al mercato</i>	"	25
▪ Articolo 4 <i>Criterio interpretativo e applicativo</i>	"	29
▪ Articolo 5 <i>Principi di buona fede e di tutela dell'affidamento</i>	"	34
▪ Articolo 6 <i>Principi di solidarietà e di sussidiarietà orizzontale. Rapporti con gli enti del Terzo settore</i>	"	39
▪ Articolo 7 <i>Principio di auto-organizzazione amministrativa</i>	"	43
▪ Articolo 8 <i>Principio di autonomia contrattuale. Divieto di prestazioni d'opera intellettuale a titolo gratuito</i>	"	48

▪ Articolo 9		
<i>Principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale</i>	p.	53
▪ Articolo 10		
<i>Principi di tassatività delle cause di esclusione e di massima partecipazione</i>	"	58
▪ Articolo 11		
<i>Principio di applicazione dei contratti collettivi nazionali di settore. Inadempienze contributive e ritardo nei pagamenti</i>	"	62
▪ Articolo 12		
<i>Rinvio esterno</i>	"	67
Titolo II		
<i>L'ambito di applicazione, il responsabile unico e le fasi dell'affidamento</i>		
▪ Articolo 13		
<i>Ambito di applicazione</i>	"	69
ALLEGATO I.1		
<i>Definizioni dei soggetti, dei contratti, delle procedure e degli strumenti</i>	"	71
ALLEGATO I.12		
<i>Opere di urbanizzazione a scomputo del contributo di costruzione</i>	"	78
▪ Articolo 14		
<i>Soglie di rilevanza europea e metodi di calcolo dell'importo stimato degli appalti. Disciplina dei contratti misti</i>	"	82
▪ Articolo 15		
<i>Responsabile unico del progetto (RUP)</i>	"	88
ALLEGATO I.2		
<i>Attività del RUP</i>	"	93
▪ Articolo 16		
<i>Conflitto di interessi</i>	"	100
▪ Articolo 17		
<i>Fasi delle procedure di affidamento</i>	"	103
ALLEGATO I.3		
<i>Termini delle procedure di appalto e di concessione</i>	"	107
▪ Articolo 18		
<i>Il contratto e la sua stipulazione</i>	"	108
ALLEGATO I.4		
<i>Imposta di bollo relativa alla stipulazione del contratto</i>	"	112

PARTE II*DELLA DIGITALIZZAZIONE DEL CICLO DI VITA DEI CONTRATTI*

▪ Articolo 19		
<i>Principi e diritti digitali</i>	"	112

▪ Articolo 20 <i>Principi in materia di trasparenza</i>	p. 115
▪ Articolo 21 <i>Ciclo di vita digitale dei contratti pubblici</i>	" 116
▪ Articolo 22 <i>Ecosistema nazionale di approvvigionamento digitale (e-procurement)</i>	" 117
▪ Articolo 23 <i>Banca dati nazionale dei contratti pubblici</i>	" 118
▪ Articolo 24 <i>Fascicolo virtuale dell'operatore economico</i>	" 121
▪ Articolo 25 <i>Piattaforme di approvvigionamento digitale</i>	" 122
▪ Articolo 26 <i>Regole tecniche</i>	" 126
▪ Articolo 27 <i>Pubblicità legale degli atti</i>	" 126
▪ Articolo 28 <i>Trasparenza dei contratti pubblici</i>	" 128
▪ Articolo 29 <i>Regole applicabili alle comunicazioni</i>	" 129
▪ Articolo 30 <i>Uso di procedure automatizzate nel ciclo di vita dei contratti pubblici</i>	" 130
▪ Articolo 31 <i>Anagrafe degli operatori economici partecipanti agli appalti</i>	" 133
▪ Articolo 32 <i>Sistemi dinamici di acquisizione</i>	" 134
▪ Articolo 33 <i>Aste elettroniche</i>	" 138
▪ Articolo 34 <i>Cataloghi elettronici</i>	" 143
▪ Articolo 35 <i>Accesso agli atti e riservatezza</i>	" 145
▪ Articolo 36 <i>Norme procedimentali e processuali in tema di accesso</i>	" 152

PARTE III**DELLA PROGRAMMAZIONE**

▪ Articolo 37 <i>Programmazione dei lavori e degli acquisti di beni e servizi</i>	" 158
---	-------

ALLEGATO I.5		
<i>Elementi per la programmazione dei lavori e dei servizi.</i>		
<i>Schemi tipo</i>	p.	163
▪ Articolo 38		
<i>Localizzazione e approvazione del progetto delle opere</i>	"	186
▪ Articolo 39		
<i>Programmazione e progettazione delle infrastrutture strategiche e di preminente interesse nazionale</i>	"	194
▪ Articolo 40		
<i>Dibattito pubblico</i>	"	198
ALLEGATO I.6		
<i>Dibattito pubblico obbligatorio</i>	"	201
PARTE IV		
DELLA PROGETTAZIONE		
▪ Articolo 41		
<i>Livelli e contenuti della progettazione</i>	"	206
ALLEGATO I.8		
<i>Verifica preventiva dell'interesse archeologico</i>	"	212
ALLEGATO I.13		
<i>Determinazione dei parametri per la progettazione</i>	"	216
ALLEGATO I.14		
<i>Criteri di formazione ed aggiornamento dei prezzi regionali</i>	"	219
▪ Articolo 42		
<i>Verifica della progettazione</i>	"	230
▪ Articolo 43		
<i>Metodi e strumenti di gestione informativa digitale delle costruzioni</i>	"	234
ALLEGATO I.9		
<i>Metodi e strumenti di gestione informativa digitale delle costruzioni</i>	"	237
▪ Articolo 44		
<i>Appalto integrato</i>	"	242
ALLEGATO I.7		
<i>Contenuti minimi del quadro esigenziale, del documento di fattibilità delle alternative progettuali, del documento di indirizzo della progettazione, del progetto di fattibilità tecnica ed economica e del progetto esecutivo</i>	"	244
▪ Articolo 45		
<i>Incentivi alle funzioni tecniche</i>	"	288
ALLEGATO I.10		
<i>Attività tecniche a carico degli stanziamenti previsti per le singole procedure</i>	"	294

▪ Articolo 46		
<i>Concorsi di progettazione</i>	p.	295
▪ Articolo 47		
<i>Consiglio superiore dei lavori pubblici</i>	"	298
ALLEGATO I.11		
<i>Disposizioni relative all'organizzazione, alle competenze, alle regole di funzionamento, nonché alle ulteriori attribuzioni del Consiglio superiore dei lavori pubblici</i>	"	301

LIBRO II

DELL'APPALTO

PARTE I

DEI CONTRATTI DI IMPORTO INFERIORE ALLE SOGLIE EUROPEE

▪ Articolo 48		
<i>Disciplina comune applicabile ai contratti di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea</i>	"	309
▪ Articolo 49		
<i>Principio di rotazione degli affidamenti</i>	"	312
▪ Articolo 50		
<i>Procedure per l'affidamento</i>	"	314

ALLEGATO II.1

Elenchi degli operatori economici e indagini di mercato per gli affidamenti di contratti di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea

" 321

▪ Articolo 51		
<i>Commissione giudicatrice</i>	"	323
▪ Articolo 52		
<i>Controllo sul possesso dei requisiti</i>	"	324
▪ Articolo 53		
<i>Garanzie a corredo dell'offerta e garanzie definitive</i>	"	326
▪ Articolo 54		
<i>Esclusione automatica delle offerte anomale</i>	"	328

ALLEGATO II.2

Metodi di calcolo della soglia

di anomalia per l'esclusione automatica delle offerte

" 331

▪ Articolo 55		
<i>Termini dilatori</i>	"	338

PARTE II

DEGLI ISTITUTI E DELLE CLAUSOLE COMUNI

▪ Articolo 56		
<i>Appalti esclusi nei settori ordinari</i>	"	339

▪ Articolo 57 <i>Clausole sociali del bando di gara e degli avvisi e criteri di sostenibilità energetica e ambientale</i>	p.	346
▪ Articolo 58 <i>Suddivisione in lotti</i>	"	352
▪ Articolo 59 <i>Accordi quadro</i>	"	355
▪ Articolo 60 <i>Revisione prezzi.....</i>	"	361
▪ Articolo 61 <i>Contratti riservati</i>	"	367
ALLEGATO II.3 <i>Soggetti con disabilità o svantaggiati cui può essere riservata la partecipazione ad appalti</i>	"	371
PARTE III		
<i>DEI SOGGETTI</i>		
Titolo I		
<i>Le stazioni appaltanti</i>		
▪ Articolo 62 <i>Aggregazioni e centralizzazione delle committenze</i>	"	373
ALLEGATO II.4 <i>Qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza</i>	"	381
▪ Articolo 63 <i>Qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza</i>	"	390
▪ Articolo 64 <i>Appalti che coinvolgono stazioni appaltanti di Stati membri diversi.....</i>	"	397
Titolo II		
<i>Gli operatori economici</i>		
▪ Articolo 65 <i>Operatori economici</i>	"	398
▪ Articolo 66 <i>Operatori economici per l'affidamento dei servizi di architettura e di ingegneria.....</i>	"	400
ALLEGATO II.12 <i>Sistema di qualificazione e requisiti per gli esecutori di lavori. Requisiti per la partecipazione alle procedure di affidamento dei servizi di ingegneria e architettura</i>	"	402

▪ Articolo 67		
<i>Consorzi non necessari</i>	p.	407
▪ Articolo 68		
<i>Raggruppamenti temporanei</i>		
<i>e consorzi ordinari di operatori economici</i>	"	413
▪ Articolo 69		
<i>Accordo sugli Appalti Pubblici (AAP) e altri accordi internazionali</i>	"	417

PARTE IV

DELLE PROCEDURE DI SCELTA DEL CONTRAENTE

▪ Articolo 70		
<i>Procedure di scelta e relativi presupposti</i>	"	418
ALLEGATO II.5		
<i>Specifiche tecniche ed etichettature</i>	"	423
▪ Articolo 71		
<i>Procedura aperta</i>	"	427
ALLEGATO II.6		
<i>Informazioni in avvisi e bandi</i>	"	432
▪ Articolo 72		
<i>Procedura ristretta</i>	"	451
▪ Articolo 73		
<i>Procedura competitiva con negoziazione</i>	"	453
▪ Articolo 74		
<i>Dialogo competitivo</i>	"	457
▪ Articolo 75		
<i>Partenariato per l'innovazione</i>	"	460
▪ Articolo 76		
<i>Procedura negoziata senza pubblicazione di un bando</i>	"	463

PARTE V

DELLO SVOLGIMENTO DELLE PROCEDURE

Titolo I

Gli atti preparatori

▪ Articolo 77		
<i>Consultazioni preliminari di mercato</i>	"	469
▪ Articolo 78		
<i>Partecipazione alle consultazioni preliminari di candidati o offerenti</i>	"	469
▪ Articolo 79		
<i>Specifiche tecniche</i>	"	473
▪ Articolo 80		
<i>Etichettature</i>	"	476

▪ Articolo 81		
<i>Avvisi di pre-informazione</i>	p.	478
▪ Articolo 82		
<i>Documenti di gara</i>	"	480
Titolo II		
<i>I bandi, gli avvisi e gli inviti</i>		
▪ Articolo 83		
<i>Bandi e avvisi: contenuti e modalità di redazione</i>	"	481
▪ Articolo 84		
<i>Pubblicazione a livello europeo</i>	"	484
ALLEGATO II.7		
<i>Caratteristiche relative alla pubblicazione</i>	"	485
▪ Articolo 85		
<i>Pubblicazione a livello nazionale</i>	"	486
▪ Articolo 86		
<i>Avviso volontario per la trasparenza preventiva</i>	"	488
▪ Articolo 87		
<i>Disciplinare di gara e capitolato speciale</i>	"	489
ALLEGATO II.8		
<i>Rapporti di prova, certificazioni delle qualità, mezzi di prova, registro on line dei certificati e costi del ciclo vita</i>	"	490
▪ Articolo 88		
<i>Disponibilità digitale dei documenti di gara</i>	"	492
▪ Articolo 89		
<i>Inviti ai candidati</i>	"	495
ALLEGATO II.9		
<i>Informazioni contenute negli inviti ai candidati</i>	"	497
▪ Articolo 90		
<i>Informazione ai candidati e agli offerenti</i>	"	498
Titolo III		
<i>La documentazione dell'offerente</i>		
<i>e i termini per la presentazione delle domande e delle offerte</i>		
▪ Articolo 91		
<i>Domande, documento di gara unico europeo, offerte</i>	"	500
▪ Articolo 92		
<i>Fissazione dei termini per la presentazione delle domande e delle offerte</i>	"	503

Titolo IV*I requisiti di partecipazione e la selezione dei partecipanti*

Capo I*La commissione giudicatrice*

- **Articolo 93**
Commissione giudicatrice..... p. 507

Capo II*I requisiti di ordine generale*

- **Articolo 94**
Cause di esclusione automatica " 511
- **Articolo 95**
Cause di esclusione non automatica " 516
- ALLEGATO II.10**
Violazioni gravi degli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali " 520
- **Articolo 96**
Disciplina dell'esclusione " 521
- **Articolo 97**
Cause di esclusione di partecipanti a raggruppamenti " 526
- **Articolo 98**
Illecito professionale grave " 528

Capo III*Gli altri requisiti di partecipazione alla gara*

- **Articolo 99**
Verifica del possesso dei requisiti " 532
- **Articolo 100**
Requisiti di ordine speciale " 534
- ALLEGATO II.11**
Registri professionali o commerciali per operatori economici di altri Stati membri (allegato XI direttiva 2014/24/UE) " 539
- ALLEGATO II.12**
Sistema di qualificazione e requisiti per gli esecutori di lavori. Requisiti per la partecipazione alle procedure di affidamento dei servizi di ingegneria e architettura " 541
- **Articolo 101**
Soccorso istruttorio " 587
- **Articolo 102**
Impegni dell'operatore economico..... " 590
- **Articolo 103**
Requisiti di partecipazione a procedure di lavori di rilevante importo " 592
- **Articolo 104**
Avvalimento..... " 594

▪ Articolo 105 <i>Rapporti di prova, certificazioni delle qualità, mezzi di prova, registro on line dei certificati e costi del ciclo vita</i>	p. 600
▪ Articolo 106 <i>Garanzie per la partecipazione alla procedura</i>	" 603
ALLEGATO II.13 <i>Certificazioni e marchi rilevanti ai fini della riduzione della garanzia</i>	" 607
Titolo V <i>La selezione delle offerte</i>	
▪ Articolo 107 <i>Principi generali in materia di selezione</i>	" 609
▪ Articolo 108 <i>Criteri di aggiudicazione degli appalti di lavori, servizi e forniture</i>	" 612
▪ Articolo 109 <i>Reputazione dell'impresa</i>	" 620
▪ Articolo 110 <i>Offerte anormalmente basse</i>	" 622
▪ Articolo 111 <i>Avvisi relativi agli appalti aggiudicati</i>	" 627
▪ Articolo 112 <i>Relazioni uniche sulle procedure di aggiudicazione degli appalti</i>	" 629

N.B. Si è riportato l'indice del Codice dei contratti pubblici con indicazione degli allegati relativi a ciascun articolo.

TABELLA INDICATIVA DI RAFFRONTO	" 631
CONTENUTI E ATTIVAZIONE DELLA WEBAPP	" 637
▪ Contenuti della WebApp	" 637
▪ Requisiti hardware e software	" 637
▪ Attivazione della WebApp	" 637

PREFAZIONE

La legge delega 78/2022 affidava al nuovo Codice l'ambizioso compito di superare gli elementi di maggior criticità del sistema dei contratti pubblici, per recuperare le esperienze delle copiose disposizioni in materia di semplificazioni e per recepire gli indirizzi della Corte costituzionale e della Corte di Giustizia.

Nonostante le semplificazioni, la copiosa e frammentata produzione di testi, dettati da esigenze contingenti, aveva infatti ulteriormente incrementato le progressive difficoltà degli operatori.

Il primo vero obiettivo raggiunto è stato dunque proprio quello di riportare ad unità il sistema degli appalti pubblici, negli ultimi anni sempre più sconvolto da una miriade di leggi, decreti-legge (a volte convertiti con rilevanti modificazioni e più volte reiterati) e dall'accavallarsi delle differenti Linee guida.

In quest'ottica di *reductio ad unum* della disciplina, il nuovo Codice, è stato analiticamente commentato dai singoli Autori cercando di dare un contributo di concreta comprensibilità secondo le seguenti coordinate:

- abbiamo voluto, in primo luogo, **sottolineare le reali novità del testo** sotto il profilo della disciplina sostanziale, evidenziando le differenze tra la previgente normativa e quella attuale;
- si è fatto il punto sui singoli istituti in **maniera neutra**, cioè evitando accenti troppo critici o eccessivamente entusiastici;
- abbiamo cercato di assicurare una **coerenza complessiva** "di sistema" di tutte le voci del commentario;
- ci siamo sforzati di mettere a disposizione dei protagonisti del sistema dei contratti pubblici uno **strumento utile nel lavoro quotidiano** (come si dice per "uso di studio");
- sul piano tipografico abbiamo voluto che il volume fosse di **agevole consultazione** (ad es. con i numeri degli articoli in alto sulla pagina per facilitare i riferimenti sul testo).

Il nuovo Codice, recependo orientamenti dottrinali e, soprattutto, giurisprudenziali elimina alla radice molte delle perplessità che erano emerse in vigenza del d.lgs. 50/2016. Tuttavia non potrà comunque del tutto superare l'oggettiva sempre maggiore complessità di un mercato nel quale le tecnologie coinvolte nei processi d'acquisto delle PP.AA.

portano a ricorrenti interferenze tra le diverse tipologie dei contratti di lavori, di forniture e di servizi.

L'analisi sistematica, articolo per articolo, delle normative dei singoli settori è diretta proprio a facilitare la lettura coordinata e complessiva delle singole fattispecie.

In quest'ottica prospettica debbono quindi essere lette le pagine che seguono, che sono il frutto delle esperienze professionali maturate dai diversi Autori nelle diverse sedi istituzionali, universitarie e professionali.

Affidiamo dunque ai lettori questa nostra fatica con la speranza che possa trovare il loro favore.

Umberto Realfonzo – Rosamaria Berloco

Articolo 1

Principio del risultato

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.

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 presente decreto, di seguito denominato «codice» e ne assicura la piena verificabilità.

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.

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.

Principali novità e differenze rispetto alla normativa precedente:

- articolo dedicato all'istituto
- definizione concreta del principio del risultato

La Parte I del Libro I del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, Codice dei contratti pubblici, è dedicata ai Principi e contiene, nel Titolo I, l'enunciazione di principi generali in materia di contratti pubblici. Il primo principio introdotto nel nuovo Codice al fine di "favorire una più ampia libertà di iniziativa e di auto-responsabilità delle stazioni appaltanti" (Relazione illustrativa allegata allo schema di decreto legislativo recante Codice dei contratti pubblici, atto del Governo sottoposto a parere parlamentare n. 19/2022) è il principio del risultato.

L'art. 1 disciplina il risultato prevedendone diverse declinazioni e funzioni. Il fondamento del risultato come principio nella materia dei contratti pubblici è rintracciato dal **comma 3** dell'articolo in esame nel principio del buon andamento (art. 97 Cost.) e nei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità (art. 1, l. 7 agosto 1990, n. 241), di cui il principio del risultato è attuazione, oltre che nel perseguimento dell'interesse della comunità e per il raggiungimento degli obiettivi dell'UE. Il risultato non rimane tuttavia un principio astrattamente definito ma viene dotato di contenuto oggettivo e funzioni specifiche da parte dell'art. 1. Il nuovo Codice, infatti, "nella consapevolezza dei rischi che sono talvolta correlati a un uso inappropriato dei principi generali", ha inteso codificare solo principi con funzione ordinante e nomofilattica, dotando di un contenuto concreto ed operativo "clausole generali altrimenti eccessivamente elastiche" (Relazione illustrativa).

specie criteri ecologici, purché nel rispetto di requisiti procedurali (che i criteri siano collegati all'oggetto dell'appalto, non conferiscano all'amministrazione aggiudicatrice una libertà incondizionata di scelta, siano espressamente menzionati nel capitolato d'appalto o nel bando di gara) e dei principi fondamentali del diritto unionale, in particolare la non discriminazione. Pertanto, la concorrenza non viene lesa dalla previsione di criteri ulteriori a quello economico per l'aggiudicazione del contratto, rispondenti ad interessi pubblici rilevanti nel caso concreto, anche qualora ciò riduca drasticamente il numero di imprese presenti nel mercato con le caratteristiche idonee alla partecipazione (v. commento all'art. 3).

La positivizzazione di tale interpretazione funzionale della concorrenza è avvenuta a livello unionale nell'art. 18 della dir. 2014/24/UE, dedicato ai "*Principi per l'aggiudicazione degli appalti*", il quale prevede una "*sequenza logica di tipo circolare che muove dal principio della parità di trattamento e di non discriminazione, si sviluppa attraverso il riferimento alla concorrenza e si conclude ancorando l'intento di alterare quest'ultima a una presunzione che richiama indirettamente proprio i principi della parità di trattamento e di non discriminazione enunciati nella prima parte della disposizione*" (M. CLARICH, *Contratti pubblici e concorrenza*, in *Astrid Rassegna*, 19, 2015). Nella disposizione il richiamo alla concorrenza ha una funzione meramente evocativa, in quanto questa viene intesa non come principio ma come ricaduta pratica dell'applicazione di altri principi (M. CLARICH, *op. cit.*). Ciò trova conforto anche nell'art. 58, par. 4, della medesima direttiva, che consente alle amministrazioni aggiudicatrici di imporre requisiti concernenti capacità tecniche e professionali per garantire che gli operatori economici possiedano le risorse e l'esperienza necessarie per eseguire l'appalto con un adeguato standard di qualità.

Tale interpretazione funzionale della concorrenza, che era stata accolta con favore dal Consiglio di Stato (Cons. St., Sez. V, 12 gennaio 2023, n. 431; *Id.* Sez. III, 12 ottobre 2021, n. 6839; Sez. III, 12 febbraio 2020, n. 1076), viene dunque definitivamente positivizzata nell'ordinamento interno attraverso il principio del risultato da parte della norma in esame. In primo luogo, è concretamente definito il contenuto del risultato, che diventa così un obiettivo oggettivamente qualificato (affidamento ed esecuzione del contratto tempestiva e corrispondente al miglior rapporto qualità-prezzo). In secondo luogo, del risultato così definito è sancita da parte dell'art. 1 insieme ad altre disposizioni del Codice, sulla scorta di un'interpretazione complessiva del Libro I, la preminenza rispetto agli altri principi generali, che diventano tutti funzionali al risultato oppure idonei a qualificarlo ulteriormente (v. commento art. 4).

Articolo 2

Principio della fiducia

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.

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.

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.

Principali novità e differenze rispetto alla normativa precedente:

- articolo dedicato all'istituto
- definizione concreta del principio della fiducia

L'art. 2 codifica l'innovativo principio della fiducia nell'azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione pubblica e degli operatori economici, introducendo così un principio generale della materia capace di pervadere sia il momento attributivo del potere (e con esso, a monte, la stessa organizzazione delle stazioni appaltanti) sia il momento di esercizio del potere, anche nella sua dimensione relazionale con gli operatori economici.

Nella fase pubblicistica, quindi, il principio, bilaterale e reciproco, della fiducia deve orientare l'agire di tutti i soggetti coinvolti nella procedura di gara, e cioè sia della parte pubblica (l'amministrazione che si affida al mercato per reperire beni, servizi o forniture) sia della parte privata (l'operatore economico che intende conseguire l'utilità rappresentata dalla stipula del contratto pubblico).

L'art. 2 sembra quindi accogliere quella concezione teorica secondo cui non possono esistere relazioni giuridiche "senza che ci si affidi continuamente gli uni agli altri" (così, T. GRECO, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, XIII, Bari, 2021), dando diretta attuazione allo stesso spirito solidaristico della Costituzione (art. 2 Cost.), che impone la fiducia come un dovere anche in ambito economico.

L'enunciazione del principio della fiducia nell'ambito della contrattualistica pubblica costituisce un importante segno di discontinuità rispetto al "modello sfiduciario" del diritto che vede nella sanzione, e più precisamente nella minaccia della sanzione, l'e-

Articolo 3**Principio dell'accesso al mercato**

1. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti favoriscono, secondo le modalità indicate dal codice, l'accesso al mercato degli operatori economici nel rispetto dei principi di concorrenza, di imparzialità, di non discriminazione, di pubblicità e trasparenza, di proporzionalità.

Principali novità e differenze rispetto alla normativa precedente:

articolo dedicato all'istituto

Il principio sancito dall'art. 3 impone alle stazioni appaltanti ed agli enti concedenti di favorire l'accesso al mercato degli operatori economici, secondo le modalità indicate dal Codice e nel rispetto dei principi di concorrenza, di imparzialità, di non discriminazione, di pubblicità e trasparenza, di proporzionalità.

Nel consentire l'imposizione, secondo le modalità del Codice, di oneri, obblighi o altri vincoli alle stazioni appaltanti e agli enti concedenti al fine di favorire la più ampia partecipazione degli operatori economici alle procedure di gara, il principio dell'accesso al mercato potrebbe *prima facie* apparire in contrasto con il principio del risultato sancito dall'art. 1 dello stesso Codice. Tale contrasto emergerebbe in ragione della diversa nozione di concorrenza adottata dalle due disposizioni. Mentre l'art. 1 prevede una nozione di concorrenza "*funzionale*" al risultato (v. commento all'art. 1), la disposizione in esame potrebbe essere interpretata come volta a tutelare "*il vero principio di concorrenza*" (A. CIOFFI, *Prima lettura del nuovo Codice dei contratti e dei suoi tre principi fondamentali*, in *ApertaContrada*, 2023, p. 1) inteso come massima apertura della gara al mercato e a tutti i soggetti economici che vi partecipano. Secondo una tale interpretazione la concorrenza inerente al principio dell'accesso al mercato verrebbe tutelata come principio autonomo e fine di per sé rilevante, diversamente dalla concorrenza quale mezzo per il raggiungimento del risultato di cui al secondo comma dell'art. 1. Si andrebbe così a creare un'antinomia tra le due disposizioni, che dovrebbero invece contenere principi chiari e coerenti, idonei ad informare l'applicazione e l'interpretazione del Codice (art. 4) (A. CIOFFI, *op. cit.*).

Tuttavia, a ben vedere, nonostante il riferimento dell'art. 3 alla concorrenza come "*principio*", questo accoglie la nozione di concorrenza "*funzionale*" corrispondente a quella di cui all'art. 1. Infatti, tale risulta essere – come di seguito esposto – la nozione di concorrenza da tempo accettata dalla giurisprudenza nazionale e unionale all'interno del settore dei contratti pubblici, le cui particolarità rispetto al libero mercato impongono, o comunque giustificano, una nozione "*funzionale*" della concorrenza.

A sostegno di questa interpretazione valga la considerazione per cui l'accesso al mercato è favorito "*secondo le modalità indicate dal codice*", le quali compiono a monte un primo bilanciamento tra la potenziale incisività del principio dell'accesso al mercato

sente ed è evidenziato, ancora una volta, dalla Relazione illustrativa, per cui il richiamo ai principi di pubblicità e trasparenza è effettuato dall'art. 3 "con lo scopo sia di permettere una valutazione sulla legalità dell'azione amministrativa sia di incentivare la partecipazione degli operatori economici alle procedure di evidenza pubblica". Quando viene in rilievo il principio dell'accesso al mercato, la funzionalità della trasparenza rispetto al risultato merita di essere attenuata, dovendo attribuirsi in tale contesto un rilievo particolare al legame funzionale tra la trasparenza e la tutela degli operatori economici.

Nella codificazione dei principi prevista dal Codice, il principio dell'accesso al mercato appartiene, insieme ai primi due articoli, alla categoria dei principi con portata ed ambito di applicazione maggiori (v. commento art. 4). Infatti, il principio dell'accesso al mercato non solo si applica a tutti i contratti di appalto e concessione che rientrano nell'ambito di applicazione del Codice (art. 13) ed è un criterio di applicazione e interpretazione di quest'ultimo (art. 4), ma viene applicato anche a tipologie contrattuali escluse dall'ambito di applicazione del Codice (art. 13, comma 5) e ad altre ipotesi particolari, come l'auto-organizzazione amministrativa (art. 7).

Articolo 4

Criteriono interpretativo e applicativo

1. Le disposizioni del codice si interpretano e si applicano in base ai principi di cui agli articoli 1, 2 e 3.

Principali novità e differenze rispetto alla normativa precedente:

previsione del criterio interpretativo ed applicativo delle disposizioni del Codice

La Parte I del Libro I del nuovo Codice, rubricata "Dei Principi", prevede, nel Titolo I, rubricato "I principi generali", la disciplina di undici principi generali attraverso dodici articoli (l'art. 12 contiene il rinvio ad altri atti normativi). All'interno di tale Titolo si trova l'art. 4 in esame, il quale prevede che le disposizioni del Codice si interpretano ed applicano in base ai principi del risultato, della fiducia e dell'accesso al mercato di cui ai primi tre articoli.

I precedenti codici dei contratti pubblici avevano previsto in maniera disorganica, attraverso disposizioni sparse, alcuni "principi" (art. 2, d.lgs. 163/2006; artt. 4, 5, 28-34, 94, 133, 164-169, d.lgs. 50/2016). La previsione esplicita di principi generali da parte della normativa in materia di contratti pubblici si conformava ad una tendenza alla c.d. positivizzazione dei principi nel diritto amministrativo. Diversamente da altre aree del diritto, infatti, nel diritto amministrativo i principi generali sono stati largamente frutto di elaborazione giurisprudenziale. Il processo di trasposizione normativa dei principi generali elaborati dalla giurisprudenza è avvenuto tanto nell'ordinamento nazionale, in particolare a partire dalla legge sul procedimento amministrativo (l. 241/1990), quanto nell'ordinamento unionale, in cui le direttive in materia di contratti pubblici hanno trasposto i principi elaborati dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea (M.P. CHITI, *I principi*,

in *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS R. e R. GAROFOLI, Milano, 2008, pp. 145-165).

Il ruolo dei principi generali nel diritto amministrativo e il significato della loro positivizzazione, anche con specifico riferimento al settore dei contratti pubblici, è stato oggetto di ampia attenzione da parte della dottrina (M.P. CHITI, *op. cit.*; A. MASSERA, *I Principi generali dell'azione amministrativa tra ordinamento nazionale e comunitario*, in *Dir. Amm.*, 4, 2005, p. 707; G. ALPA, *I Principi generali*, Milano, 2003). Tuttavia, come di seguito esposto, la disciplina dei principi contenuta nel nuovo Codice si distingue dalle precedenti, anche in forza della disposizione in esame.

I codici dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 163/2006 e al d.lgs. 50/2016 si erano limitati a prevedere "principi comuni" per tipologia di appalto, fase del procedimento, soggetto o elemento rilevante all'interno della materia dei contratti pubblici, oltre a richiamare a più riprese i principi generali contenuti in altri complessi normativi (l. 241/1990, codice civile, principi di diritto comunitario). I richiami ad altri atti normativi e ai "principi comuni" erano sparsi tra le disposizioni del codice del 2016 senza essere inseriti in una disciplina organica, come accade oggi nel Libro I del Codice, né tantomeno era presente una disposizione del tenore dell'art. 4 in esame.

L'intento legislativo di prevedere una disciplina completa ed organica dei principi, distinguendosi dalle precedenti codificazioni, emerge già dal diverso aggettivo con cui sono qualificati i principi, sostituendo la formulazione "principi comuni" contenuta nei precedenti codici con quella di "principi generali" nella rubrica del Titolo I del Libro I del Codice. Diversamente dai "principi comuni", i principi contenuti nel Titolo I non identificano di volta in volta il loro ambito di applicazione, anzi sono significativamente posti in apertura al complesso normativo ad evocazione del loro intento di informare l'intero ambito di applicazione del Codice, sinteticamente identificabile in tutti i contratti di appalto e concessione (art. 13). Allora, la tecnica di positivizzazione dei principi nel nuovo Codice si può inquadrare all'interno di una seconda e più evoluta fase della "epoca dei principi" nel diritto amministrativo, volta a superare alcuni problemi applicativi che erano scaturiti nella vigenza dei codici precedenti.

La precedente fase si era caratterizzata dalla previsione dei principi generali dell'azione amministrativa nella l. 241/1990, a cui si affiancavano nei vari settori del diritto amministrativo alcune disposizioni particolari contenenti "principi comuni" ad elementi di ciascuna specifica materia, che infatti dovrebbero forse più propriamente definirsi regole comuni. Le carenze derivanti dalla mancata previsione di principi veramente generali e concreti nel d.lgs. 50/2016 è evidenziata nella Relazione illustrativa, che nota come, da un lato, la previsione sotto la nozione di principi comuni di una normativa già dettagliata ed operativa finiva col ledere il ruolo dei principi e la discrezionalità amministrativa e, d'altro lato, come l'uso inappropriato e ripetitivo di principi generali attraverso formule contenutisticamente vuote portava ad un eccesso di discrezionalità amministrativa e di supplenza interpretativa del giudice, nuocendo alla certezza del diritto ed alla prevedibilità delle decisioni. Il Codice aspira a superare i risvolti negativi individuati nella prece-

dente codificazione attraverso la creazione un vero e proprio *"sistema normativo"* (Relazione illustrativa), da un lato prevedendo una disciplina coerente ed organica dei principi e, dall'altro, disciplinando principi contenutisticamente *"preceettivi"*, *dotati di immediata valenza operativa* (Relazione illustrativa), ancorché idonei a favorire l'autonomia delle stazioni appaltanti.

Alla luce di quanto premesso, è allora possibile distinguere tre categorie di principi: i principi "comuni" (artt. 13-18), i principi "generali" (artt. 5-12) ed i "principi-finalità" (artt. 1-3).

La distinzione tra principi "comuni" e principi "generali" è evidente nella struttura del Codice, che nel Libro I separa i "principi generali" *"veri e propri"* (Relazione illustrativa) contenuti nel Titolo I (risultato, fiducia, accesso al mercato, buona fede e tutela dell'affidamento, solidarietà e sussidiarietà orizzontale, auto-organizzazione amministrativa, autonomia negoziale, conservazione dell'equilibrio contrattuale, tassatività delle cause di esclusione, applicazione dei contratti collettivi di lavoro), dai *"principi comuni a tutti i Libri del codice in materia di campo di applicazione, di responsabile unico dell'intervento e di fasi della procedura di affidamento"* contenuti nel Titolo II (Relazione illustrativa).

Nel Titolo II sono contenute, oltre all'art. 13 sull'ambito di applicazione del Codice, disposizioni comuni a tutti i contratti pubblici con riferimento ad un aspetto determinato di questi individuato dalla singola disposizione, dunque "principi comuni" simili a quelli dei precedenti codici (ad es., art. 15, art. 31, d.lgs. 50/2016). A ben vedere, in questa categoria possono piuttosto riscontrarsi delle regole che, riguardando aspetti condivisi da tutti i procedimenti (l'applicazione delle soglie di rilevanza europea, il metodo di calcolo dell'importo stimato e per i contratti misti, il responsabile unico del progetto, il conflitto di interessi, le fasi delle procedure di affidamento, la stipulazione del contratto e il contratto), diventano "principi" soltanto in ragione del loro ambito di applicazione generale e corrispondente all'intero ambito di applicazione del Codice. La distinzione, fatta dallo stesso Codice attraverso la divisione in titoli, tra principi "generali" (artt. 1-12) e principi "comuni" (artt. 13-18), non dipende allora dall'ambito di applicazione, che è generale anche per i secondi, ma dalla portata applicativa, essendo i "principi" appartenenti alla seconda categoria idonei ad informare soltanto lo specifico aspetto della disciplina dei contratti pubblici individuato dalla relativa previsione e i primi, invece, principi che devono essere perseguiti ed applicati dalle amministrazioni generalmente ed indistintamente nelle proprie decisioni su tutti gli aspetti ed in tutte le fasi rilevanti dei procedimenti rientranti nell'ambito di applicazione del Codice.

L'ulteriore distinzione è creata, all'interno dei principi generali, dall'art. 4 in commento, che fa da spartiacque tra i principi contenuti nei primi tre articoli e gli altri principi generali, innalzando soltanto i primi a canoni ermeneutici ed applicativi del Codice.

Per la Relazione illustrativa, l'art. 4 evidenzia *"la natura fondante dei primi tre principi"* ovvero il principio del risultato, il principio della fiducia ed il principio dell'accesso al mercato. La previsione della disposizione in esame comporta che *"nel dubbio, quindi, la ermeneutica da privilegiare è quella che sia funzionale a realizzare il risultato"*

amministrativo, che sia coerente con la fiducia sull'amministrazione, sui suoi funzionari e sugli operatori economici e che permetta di favorire il più ampio accesso al mercato degli operatori economici." (Relazione illustrativa). Anche guardando al contenuto dei principi contenuti nei primi tre articoli rispetto a quelli contenuti negli artt. dal 5 al 12, emerge la maggiore idoneità dei primi tre a fungere da criteri interpretativi e applicativi del Codice. Le disposizioni contenenti i principi del risultato, della fiducia e dell'accesso al mercato, infatti, esprimono un obiettivo unitario e qualificato rendendosi così più idonee ad essere tradotte in criteri comportamentali a cui deve ispirarsi tutta l'attività amministrativa nel settore dei contratti pubblici.

A ben vedere, come emerge chiaramente dal passaggio della Relazione illustrativa sopra riportato, i principi della fiducia e dell'accesso al mercato possono essere letti come connotazioni del principio del risultato, andando a qualificarlo ulteriormente rispetto alla previsione dell'art. 1. Dal combinato disposto dei primi tre articoli può infatti emergere un principio-finalità unitario identificabile nel risultato qualificato come affidamento tempestivo ed esecuzione del contratto, con il miglior rapporto qualità-prezzo, favorendo la fiducia nell'azione legittima e corretta dell'amministrazione, dei suoi funzionari e degli operatori economici e l'accesso al mercato dei vari attori istituzionali (v. commento all'art. 1). Che questo principio-finalità debba essere perseguito anche nell'applicazione degli altri principi generali (artt. 5-12) deriva dalla distinzione tra le due categorie di principi generali creata in primo luogo dall'art. 4. Nel sancire la divisione tra le due categorie, l'art. 4 prevede che dinanzi al dubbio interpretativo o applicativo, anche qualora venissero in rilievo altri principi generali, la soluzione da adottare è quella migliore per il perseguimento del principio-finalità primario del settore dei contratti pubblici, che risulta dal combinato disposto dei tre articoli del Codice. La prima funzione dell'art. 4 è dunque quella di distinguere tra due categorie all'interno del Titolo I dedicato ai principi generali e di attribuire al principio-finalità primario dell'amministrazione nel settore in esame, individuato attraverso la commistione dei principi sanciti nei primi tre articoli, la funzione di criterio interpretativo ed applicativo del Codice.

In una prospettiva maggiormente sistematica, la distinzione creata dall'art. 4 e la superiorità riconosciuta da questo ai primi tre articoli sono rese operative attraverso altre disposizioni – artt. 7, 13, 76, 119, 135, 158 – che complessivamente creano un forte distacco tra l'incisività e la portata applicativa dei primi tre articoli e quella degli altri principi generali. Oltre ad essere, a differenza degli altri principi generali, criteri interpretativi ed applicativi del Codice, i principi del risultato, della fiducia e dell'accesso al mercato sono anche gli unici principi richiamati: per l'affidamento di lavori servizi o forniture direttamente a società *in house* (art. 7, comma 2); per l'affidamento dei contratti non rientranti nell'ambito di applicazione del Codice ai sensi del comma 2 dell'art. 13 quando questi offrono opportunità di guadagno economico, anche indiretto (art. 13, comma 5); per l'aggiudicazione di appalti pubblici mediante procedura negoziata senza pubblicazione di un bando di gara (art. 76, comma 1 e art. 158, comma 2); per le scelte delle stazioni appaltanti relativamente alle indicazioni da prevedere nei documenti di gara per raffor-

zare il controllo delle attività nelle ipotesi di subappalto (art. 119, comma 2); per il ricorso agli appalti pre-commerciali (art. 135, comma 2). Pertanto, alla luce del complesso delle disposizioni codicistiche, la distinzione creata dall'art. 4 non è fine a se stessa, non rilevando solo per distinguere i principi che sono elevati a canoni interpretativi da quelli che non lo sono ma impostando invece una separazione tra due categorie di principi nettamente distinte, in cui la categoria composta dai primi tre articoli, sempre richiamati insieme, ha un ambito applicativo ed una portata più ampi, trovando applicazione anche in casi estranei all'ambito di applicazione del Codice (art. 13, comma 5) e nelle ipotesi in cui, per la loro peculiarità, la disciplina codicistica trova solo parziale applicazione (affidamento *in house*, procedure negoziate, subappalti, appalti pre-commerciali).

Infine, volgendo lo sguardo all'intero ordinamento, si può svolgere un ulteriore rilievo sulla funzione dell'art. 4 come strumento per raggiungere l'intento legislativo di creare un complesso normativo organico ed autonomo per la materia dei contratti pubblici; caratteristiche che possono appartenere anche alla codificazione c.d. di settore. Sul punto, richiamando Cons. St., Ad. Plen., 7 maggio 2013, n. 13, la Relazione illustrativa afferma che *"nell'ambito di tale sistema, i principi rendono intellegibile il disegno armonico, organico e unitario sotteso al codice rispetto alla frammentarietà delle sue parti, e consentono al tempo stesso una migliore comprensione di queste, connettendole al tutto"*. La previsione esplicita dei canoni interpretativi ed applicativi a cui ricorrere nel caso dubbio favorisce la realizzazione di tale disegno unitario, facilitando la risoluzione del dubbio attraverso il ricorso ai principi sanciti dallo stesso Codice e riducendo la necessità di ricorrere ai principi del codice civile e della l. 241/1990, ora richiamati all'art. 12 per quanto non espressamente previsto dal Codice rispettivamente per la stipula del contratto e la fase di esecuzione e per le procedure di affidamento e le altre attività amministrative. Tale effetto, più o meno velato, scaturente dalla codificazione dei principi amministrativi attraverso l'art. 4 e le altre disposizioni a questo connesse esaminate, rappresenta una novità rispetto alle codificazioni precedenti, in cui era maggiore il rilievo attribuito al rinvio ai principi contenuti nel codice civile e nella l. 241/1990.

Sulla scorta di quanto precede, l'ultima funzione dell'art. 4 è quella di essere un potente strumento per raggiungere l'obiettivo del nuovo Codice di costituire un complesso normativo autonomo. Distinguendo i primi tre articoli dai principi generali ed individuando in questi un contenuto unitario, coerente ed oggettivamente identificabile, l'art. 4, insieme alle altre disposizioni richiamate, contribuisce a realizzare una maggiore completezza deontologica della disciplina dei contratti pubblici, riducendo il rischio del verificarsi dei possibili effetti negativi derivanti dalla stratificazione e sovrapposizione di previsioni normative contenenti principi sinteticamente esposte all'inizio del paragrafo, attraverso l'imposizione sull'attività amministrativa nel settore dei contratti pubblici del vincolo di perseguire un principio-finalità specifico e concretamente definito dal combinato disposto dei primi tre articoli e l'attribuzione di sovraordinazione a tale principio-finalità, dotandolo di una forza e di un raggio d'azione maggiore rispetto a quelli degli altri principi generali.

Articolo 5**Principi di buona fede e di tutela dell'affidamento**

- 1. Nella procedura di gara le stazioni appaltanti, gli enti concedenti e gli operatori economici si comportano reciprocamente nel rispetto dei principi di buona fede e di tutela dell'affidamento.*
- 2. Nell'ambito del procedimento di gara, anche prima dell'aggiudicazione, sussiste un affidamento dell'operatore economico sul legittimo esercizio del potere e sulla conformità del comportamento amministrativo al principio di buona fede.*
- 3. In caso di aggiudicazione annullata su ricorso di terzi o in autotutela, l'affidamento non si considera incolpevole se l'illegittimità è agevolmente rilevabile in base alla diligenza professionale richiesta ai concorrenti. Nei casi in cui non spetta l'aggiudicazione, il danno da lesione dell'affidamento è limitato ai pregiudizi economici effettivamente subiti e provati, derivanti dall'interferenza del comportamento scorretto sulle scelte contrattuali dell'operatore economico.*
- 4. Ai fini dell'azione di rivalsa della stazione appaltante o dell'ente concedente condannati al risarcimento del danno a favore del terzo pretermesso, resta ferma la concorrente responsabilità dell'operatore economico che ha conseguito l'aggiudicazione illegittima con un comportamento illecito.*

Principali novità e differenze rispetto alla normativa precedente:

- principi generali di buona fede e di tutela dell'affidamento rilevanti sia nella fase partecipativa, sia in quella esecutiva
- particolare disciplina dell'azione di rivalsa ove siano ravvisabili profili di responsabilità

L'art. 5 del nuovo Codice dei contratti pubblici rappresenta, fra i principi generali, quello di maggior interesse e che già da una prima lettura mostra un carattere generalizzante e particolarmente complesso dovuto, per un verso, alla formulazione linguistica prescelta dal legislatore (il quale, in alcuni passaggi, ha optato per una formulazione in termini negativi), per altro verso, dall'attuazione oggettiva dei principi in esso consacrati che, sul piano pratico, operano su livelli distinti ed autonomi e che risentono fortemente dell'evoluzione giurisprudenziale.

Fra i principi generali recati dal Codice si osserva che quelli di buona fede e di tutela dell'affidamento rappresentano il risultato interpretativo degli orientamenti espressi dalla giurisprudenza amministrativa più recente; tale aspetto attua, di fatto, uno degli obiettivi previsti dalla l. delega sanciti dall'art. 1, comma 1, l. 78/2022.

L'articolo, infatti, reca al suo interno la disciplina relativa sia al principio di buona fede, sia a quello di tutela dell'affidamento, principi strettamente connessi tra di loro e che nelle relazioni intercorrenti tra il soggetto che assume una veste squisitamente pubblicistica e quello privato (ma non solo) assumono un rilievo centrale, tenendo conto delle finalità sottese alla disciplina degli appalti pubblici.

Quanto al primo, ossia quello di buona fede, è noto che esso rappresenta la "cartina di tornasole" dell'evoluzione del potere amministrativo (F.G. SCOCA, *Tutela giurisdizionale e comportamento della pubblica Amministrazione contrario alla buona fede*, in AA.VV., *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, in *Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese*, Padova, Venezia, Treviso, 2001). Dalla disciplina civilistica, che propone in via sistematica una duplice ripartizione di carattere positivamente rilevante, si ricava agevolmente che: in senso oggettivo, la buona fede esprime una regola di condotta; in senso soggettivo, una situazione psicologica di ignoranza o di errore tutelata in determinati casi dall'ordinamento giuridico.

Ove si consideri che la pubblica amministrazione agisce secondo schemi propri privatistici, è palese che il significato della buona fede deve essere rapportato entro i confini amministrativi; appare evidente, pertanto, che il concetto di buona fede che viene in rilievo nella previsione normativa in questione attiene ad un rigido schema comportamentale ispirato ai valori della solidarietà e alla correttezza, che trae la sua origine dalla codificazione di regole procedurali ormai divenute imprescindibili (si pensi, ad esempio, all'obbligo di conclusione del procedimento amministrativo entro un determinato termine sancito dall'art. 2, l. 241/1990. Sull'evoluzione dei principi di collaborazione e buona fede si rinvia all'attenta disamina di G. MARLETTA, *I profili innovativi dell'introduzione legislativa dei principi di collaborazione e buona fede*, in *Federalismi.it*, 2022).

Quanto al secondo, la cui consacrazione assume certamente un carattere innovativo rispetto al codice del 2016, può agevolmente operarsi un richiamo all'orientamento espresso dalla giurisprudenza amministrativa (Cons. St., Ad. Plen., 29 novembre 2021, n. 21), la quale, con affermazione di carattere generale, ha ritenuto che quello della tutela dell'affidamento costituisce un principio generale dell'azione amministrativa che opera in presenza di una attività della P.A. che fa sorgere nel destinatario l'aspettativa al mantenimento nel tempo del rapporto giuridico sorto a seguito di tale attività. Tale orientamento ha osservato che il principio, pur sorto nei rapporti di diritto civile con lo scopo di tutelare la buona fede ragionevolmente riposta sull'esistenza di una situazione apparentemente corrispondente a quella reale, è ormai considerato canone ordinatore anche dei comportamenti delle parti coinvolte nei rapporti di diritto amministrativo, specie in quelli che si instaurano nell'esercizio del potere pubblico, ivi comprese le procedure ad evidenza pubblica.

L'articolo esordisce col prevedere che nella procedura di gara tutti i soggetti interessati (ovvero le stazioni appaltanti, gli enti concedenti e gli operatori economici) si comportano reciprocamente nel rispetto dei principi di buona fede e di tutela dell'affidamento. Esso sancisce, pertanto, una regola comportamentale di carattere essenziale affinché la procedura selettiva si svolga in conformità ai canoni di costituzionalità dell'azione amministrativa.

Si tratta, come è facilmente intuibile, della consacrazione del modello comportamentale previsto dalla l. 241/1990, recante "*Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi*", a mezzo del quale il

legislatore ha inteso introdurre un vero e proprio obbligo di correttezza tra le parti, sia in capo alla P.A., sia in capo al privato, che trova applicazione nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica, sia nella fase selettiva precontrattuale, sia in quella esecutiva.

In particolare, l'utilizzo della locuzione "*nella procedura di gara*" sta a significare che i principi di buona fede e tutela dell'affidamento governano l'intero *iter* selettivo che, pertanto, non si esaurisce con la proclamazione della scelta del contraente, bensì permane fino alla conclusione del rapporto. Ciò costituisce un elemento fondamentale atteso che spesso e volentieri la giurisprudenza amministrativa si è interrogata sui profili propri della responsabilità amministrativa, delineando, quanto alla responsabilità precontrattuale, il principio secondo il quale, anche nello svolgimento dell'attività autoritativa, l'amministrazione è tenuta a rispettare non soltanto le norme di diritto pubblico (la cui violazione implica, di regola, l'invalidità del provvedimento e l'eventuale responsabilità da provvedimento per lesione dell'interesse legittimo), ma anche le norme generali dell'ordinamento civile che impongono di agire con lealtà e correttezza, la violazione delle quali può far nascere una responsabilità da comportamento scorretto che incide non sull'interesse legittimo, ma sul diritto soggettivo di autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali, cioè sulla libertà di compiere le proprie scelte negoziali senza subire ingerenze illegittime frutto dell'altrui scorrettezza (TAR Lombardia, Sez. IV, 23 gennaio 2023, n. 212).

L'altro elemento dominante nel **comma 1** della disposizione attiene alla sfera soggettiva: il legislatore ha chiaramente individuato nelle stazioni appaltanti, negli enti concedenti e negli operatori economici (indistintamente se a partecipazione pubblica o privata) quei soggetti tenuti, reciprocamente, ad assumere siffatto obbligo comportamentale.

Il **comma 2** recepisce specificatamente i principi sulla tutela dell'affidamento incolpevole (comprensivo anche del danno da provvedimento favorevole poi annullato) enunciati dalla giurisprudenza amministrativa.

Si osserva che la previsione muove dall'assunto secondo il quale nell'ambito del procedimento di gara, e specificatamente "*anche prima dell'aggiudicazione*", sussiste un affidamento dell'operatore economico sul legittimo esercizio del potere e sulla conformità del comportamento amministrativo al principio di buona fede.

In linea con la giurisprudenza, dunque, il senso della disposizione è quello di porre un'attenzione particolare sull'affidamento, il quale rappresenta un limite al potere amministrativo che può venire in considerazione, sia in materia di diritti soggettivi, che di interessi legittimi, ed inerire anche ai rapporti connotati da un collegamento con l'esercizio del potere.

Nella notoria dicotomia diritti soggettivi-interessi legittimi si colloca anche l'affidamento, il quale non è una posizione giuridica soggettiva autonoma distinta dalle due, bensì trattasi di un istituto che trae origine nei rapporti di diritto civile e che risponde all'esigenza di riconoscere tutela alla fiducia ragionevolmente riposta sull'esistenza di una situazione apparentemente corrispondente a quella reale da altri creata.

L'istituto dell'affidamento ha da sempre riservato una particolare attenzione del giudice amministrativo, il quale, ricavandone le origini dal diritto civile, ha acclarato che

esso ha assunto il ruolo di principio regolatore di ogni rapporto giuridico, ivi compresi quelli concernenti il diritto amministrativo.

In tal senso, infatti, la giurisprudenza amministrativa ha sancito, con affermazione di carattere generale, che l'affidamento è un vero e proprio principio generale dell'azione amministrativa che opera in presenza di un'attività della P.A. che fa sorgere nel destinatario l'aspettativa al mantenimento nel tempo del rapporto giuridico sorto a seguito di tale attività (Cons. St., Sez. VI, 13 agosto 2020, n. 5011).

L'affidamento nella legittimità dei provvedimenti dell'amministrazione e più in generale sulla correttezza del suo operato è riconosciuto dalla risalente giurisprudenza come situazione giuridica soggettiva tutelabile proprio attraverso il rimedio del risarcimento del danno.

Si è osservato, infatti, che, nell'applicare le norme sull'evidenza pubblica, l'amministrazione è anche soggetta alle disposizioni di correttezza di cui all'art. 1337 c.c. prescritte dal diritto comune; conseguentemente, si è riconosciuto il risarcimento per la lesione dell'affidamento maturato dall'aggiudicataria sulla conclusione del contratto, una volta che la sua offerta era stata selezionata in gara come la migliore ed era stato emesso a suo favore il provvedimento definitivo (Cons. St., Ad. Plen., 4 maggio 2018, n. 5).

Il **comma 3** del paradigma legale reca le condizioni di risarcibilità del danno da provvedimento favorevole poi annullato.

Anche in tal caso, la scelta operata dal legislatore è stata quella di recepire pedissequamente gli indirizzi giurisprudenziali consolidati sul tema della risarcibilità del danno stabilendo, al primo periodo, che in caso di aggiudicazione annullata (su ricorso di terzi o in autotutela) l'affidamento non si considera incolpevole se l'illegittimità è agevolmente rilevabile in base alla diligenza professionale richiesta ai concorrenti.

Nella fattispecie sono molteplici gli elementi che devono sussistere affinché sia integrata la violazione dei principi di buona fede e tutela dell'affidamento e che, dunque, l'affidamento non si consideri incolpevole.

Il primo, indefettibile, relativo all'aggiudicazione annullata su ricorso di terzi o in autotutela della medesima amministrazione aggiudicatrice.

Il secondo ruota attorno all'identificazione del profilo di illegittimità e alla relativa rilevanza: deve trattarsi di un'illegittimità che investe il provvedimento di affidamento dotata di una particolare caratteristica ovvero deve essere agevolmente rilevabile in base alla diligenza professionale richiesta ai concorrenti.

Dunque, per espressa previsione normativa, l'illegittimità deve essere rilevabile senza alcuna difficoltà e in base alla c.d. "*diligenza professionale*", espressione tipica del principio generale di autoresponsabilità e che rappresenta una diligenza non ordinaria, ma qualificata, strettamente correlata alla natura dell'attività professionale-imprenditoriale svolta da un operatore economico nell'ambito di una procedura di affidamento di un contratto pubblico.

Il secondo periodo del **comma 3**, invece, disciplina l'ipotesi in cui non spetti l'aggiudicazione: in tal caso si prevede che il danno da lesione dell'affidamento è limitato ai pre-

giudizi economici effettivamente subiti e provati, derivanti dall'interferenza del comportamento scorretto sulle scelte contrattuali dell'operatore economico.

In questo caso al soggetto danneggiato (consapevole dell'illegittimità) spetta un ristoro limitatamente al pregiudizio economico subito e provato, in quanto destinatario di un'aggiudicazione non propriamente legittima; su di esso, dunque, graverà l'onere di dimostrare di aver subito effettivamente il pregiudizio economico.

Sul piano del *quantum*, il riferimento è al c.d. interesse negativo, ossia limitato ai costi inutilmente sostenuti per partecipare alla gara e alla c.d. *chance* contrattuale alternativa ossia la possibilità di partecipare ad altra gara pubblica e, quindi, di aggiudicarsi un diverso appalto.

Il **comma 4** rappresenta la vera novità, poiché introduce l'azione di rivalsa della stazione appaltante o dell'ente concedente, condannati al risarcimento del danno a favore del terzo pretermesso, nei confronti dell'operatore economico che sia risultato aggiudicatario sulla base di una (sua) condotta illecita.

La previsione, infatti, fissa un principio chiave nell'ambito del rispetto dei principi di buona fede e tutela dell'affidamento: ai fini dell'azione di rivalsa, il legislatore ritiene che sussista la concorrente responsabilità dell'operatore economico che abbia conseguito un'aggiudicazione illegittima mediante un comportamento illecito.

Uno dei profili che la previsione in commento non considera è quello del riparto della giurisdizione relativo ai profili risarcitori, argomento ampiamente dibattuto nella giurisprudenza ma che ad oggi non sembra ancora aver trovato un indirizzo interpretativo unanime. L'assenza di un dettaglio in tal senso può comunque ritenersi conforme ai limiti imposti dall'oggetto della legge delega, la quale non ha ricompreso gli aspetti processuali tra gli argomenti della delega concessa. Non può sottacersi che, così come formulata, la norma potrebbe non sortire l'effetto di disincentivare la condotta di quegli operatori economici che intendono conseguire l'aggiudicazione in modo spregiudicato (quindi, ben oltre la carenza della diligenza professionale di cui al comma 3). Al contrario, l'applicazione della norma potrebbe comportare un aumento del contenzioso, dovendosi a riguardo osservare che, da un lato, sembra arduo poter individuare un profilo di colpa in capo all'operatore economico che abbia conseguito l'aggiudicazione in modo illegittimo viste le numerose garanzie offerte dal Codice; dall'altro, la stazione appaltante dovrebbe promuovere l'azione di rivalsa dimostrando che la condotta del medesimo soggetto abbia violato i doveri fondamentali di buona fede e correttezza e, dunque, abbia posto in essere un comportamento illecito (comportamento che, ove fosse accertato, configurerebbe, astrattamente, un precedente idoneo e sufficiente integrante un illecito professionale). Nel sistema della responsabilità civile, si osserva che la causalità assolve alla duplice funzione di criterio di imputazione del fatto illecito e di regola operativa per il successivo accertamento dell'entità delle conseguenze pregiudizievoli del fatto che si traducono in danno risarcibile. Essa va pertanto scomposta nelle due fasi corrispondenti al giudizio sull'illecito - nesso condotta / evento - e al giudizio sul danno da risarcire - nesso evento / danno - (Cass. civ., Sez. III, 16 ottobre 2007, n. 21619).

CONTENUTI E ATTIVAZIONE DELLA WEBAPP

Contenuti della WebApp

- Normativa europea e nazionale;
- Linee guida in vigore e provvedimenti ANAC;
- Pareri del Consiglio di Stato;
- Giurisprudenza in materia di appalti pubblici.

Requisiti hardware e software

- Dispositivi con MS Windows, Mac OS X, Linux, iOS o Android;
- Accesso ad internet e browser web con Javascript attivo;
- Software per gestire documenti PDF e Office.

Attivazione della WebApp

- Collegarsi al seguente indirizzo internet:

https://www.grafill.it/pass/0403_5.php

- Inserire i codici **[A]** e **[B]** presenti nell'ultima pagina del libro e cliccare sul pulsante **[Continua]**;
- Accedere al **Profilo utente Grafill** oppure crearne uno su **www.grafill.it**;
- Cliccare sul pulsante **[G-CLOUD]**;
- Cliccare sul pulsante **[Vai alla WebApp]** a fianco del prodotto acquistato;
- Fare il *login* usando le stesse credenziali di accesso al **Profilo utente Grafill**;
- Per **accedere alla WebApp** cliccare sulla copertina del libro presente nello scaffale **Le mie App**.

L'opera, a cura di Umberto Realfonzo e Rosamaria Berloco, è frutto del lavoro coordinato di un gruppo di Autori (magistrati, giuristi, ingegneri, architetti etc.) esperti del settore e costituisce una pratica guida alla comprensione del nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 36/2023).

Il testo, di agevole consultazione anche grazie all'indicazione su ciascuna pagina dell'articolo commentato e degli allegati relativi a ciascun articolo immediatamente dopo il commento alla norma, vuole rappresentare un valido ausilio per gli operatori del settore e le pubbliche amministrazioni nella comprensione del nuovo testo normativo.

Il commentario si compone di due tomi:

- Tomo I "*I principi e le procedure di affidamento*" (artt. 1-112 e relativi allegati), oggetto della presente pubblicazione;
- Tomo II "*L'esecuzione e i contratti speciali*" (artt. 113-229 e relativi allegati).

Il commentario è corredato di schemi e tabelle che mettono a raffronto le norme del nuovo Codice e la normativa previgente consentendo al lettore di cogliere, in maniera schematica, le differenze e le novità.

Il lavoro è stato coordinato da un comitato scientifico costituito dalla curatrice Rosamaria Berloco e da Giampaolo Austa, Aurora Donato, Pietro Falcicchio e Vincenzo Laudani.

Umberto Realfonzo, già Consigliere di Stato e Presidente di TAR. È stato componente del CC.SS.LL.PP., consigliere giuridico del Ministero dei LL.PP., del Ministero degli Esteri, del Garante dei Dati Personali. È autore di numerosi saggi ed articoli in materia di contratti pubblici.

Rosamaria Berloco, avvocatessa, *Co-founding partner* di Legal Team, consulente di imprese e amministrazioni per appalti e contrattualistica pubblica, nonché autrice di numerose pubblicazioni e formatrice per enti pubblici e privati.

WEBAPP INCLUSA SEMPRE AGGIORNATA

Unitamente alla pubblicazione è disponibile una **WebApp con lo Speciale "Codice Appalti"** che gestisce le seguenti sezioni informative in materia di Codice dei contratti pubblici: ■ normativa europea e nazionale; ■ linee guida in vigore e provvedimenti ANAC; ■ pareri del Consiglio di Stato; ■ giurisprudenza in materia di appalti pubblici.

Per l'uso della WebApp è richiesto: qualsiasi dispositivo con MS Windows, Mac OS X, Linux, iOS o Android; accesso ad internet e browser web con Javascript attivo; software per la gestione di documenti Office e PDF.

ISBN 13 978-88-277-0403-5



Euro 60,00

