

Il nuovo Codice dei contratti pubblici: riforma o rivoluzione?

Relazione al convegno sul "nuovo codice dei contratti pubblici", organizzato dall'AIGA e tenutosi a Cagliari 9-10 giugno 2023.

Il nuovo codice dei contratti pubblici, approvato con il decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36, è una riforma storica, chiamata a dare forma e senso a una materia affascinante e misteriosa.

Lo stesso sintagma "contratto pubblico" è sfuggente ed enigmatico perché fonde il concetto privatistico per antonomasia – *contratto*, auto-regolamento espressione di autonomia negoziale, territorio di libertà ed espressione di volontà individuale, se non di capriccio personale– e un aggettivo ("*pubblico*"), che evoca la negazione del diritto privato, la mannaia del *public power* unilaterale, la scure dell'imperatività, l'asimmetria, se non il privilegio.

La disciplina dei contratti pubblici, oggi confluita nel codice che sta emettendo i primi vagiti, **contiene**, per questo, al tempo stesso, **regole di diritto pubblico e prescrizioni di diritto privato**. E', infatti, quello dell' "e-procurement", un settore di confine, sospeso e frastagliato, alla ricerca di una definita identità che si diverte a sfuggire alle mani e dileguarsi agli occhi di chi la cerca: al legislatore spetta, così, la ricerca del delicato equilibrio imposto dalla doppia capacità o personalità giuridica di una pubblica amministrazione che, quando seleziona il contraente e stipula il contratto, mescola potere e autonomia.

A testimonianza di questa caratterizzazione mista e di siffatta essenza ancipite dei "contracts administratifs", **la doppia clausola di rinvio esterno di cui all'articolo 10 del nuovo codice** richiama la legge n. 241/1990 per la procedura amministrativa a monte e il codice civile per la regolazione del rapporto contrattuale a valle. La teoria gianniniana della separazione tra gara e negozio viene così scolpita dal diritto positivo, diventando stella polare dell'interprete e dell'operatore.

L'importanza della missione ordinatrice assolta dal decreto legislativo n. 36/2023- varato in tempi militareschi da una commissione speciale del Consiglio di Stato, presieduta con lungimiranza dal compianto presidente Franco Frattini e coordinata con energia dal presidente Luigi Carbone- è impreziosita dalla decisione di esplorare questo mondo complesso e sfaccettato con la lente di un **paradigma del tutto innovativo**. Lo ha chiarito, in modo lucido e incisivo, il presidente Luigi Maruotti nel suo discorso di insediamento: il nuovo codice "*ha inteso dare il segnale di un cambiamento profondo, per valorizzare lo spirito di iniziativa e la discrezionalità degli amministratori pubblici*".

E' una rivoluzione copernicana.

A partire dalla direttiva n. 305/1971, il "*diritto dei contratti pubblici è stato percepito, a tutti gli effetti, quale branca del diritto della concorrenza*", ispirata a principi unionali che impongono un'interpretazione estensiva e un'applicazione

analogica dell'obbligo di ricorrere a procedura pro-competitive e concorrenziali (c.d. "**concorrenza imposta**"), sulla base di regole minuziose che mettono sulle spalle delle stazioni appaltanti il fardello indigesto della garanzia coatta dell'effettiva competizione tra gli imprenditori di tutti gli Stati membri). La gara è stata così intesa, per più di cinquant'anni, alla stregua di camicia di forza imposta agli enti pubblici a tutela del bene sacrale delle libertà transfrontaliere e del dogma assoluto del carattere competitivo del mercato.

Ebbene, **la riforma muta prospettiva e impone un nuovo alfabeto**. E lo fa in modo netto, senza timidezze, alieno dai giochi di parole e dai tecnicismi reticenti. La centralità plastica del principio di risultato di cui all'articolo 1 dimostra, infatti, che **il diritto dei contratti pubblici non è più un settore del diritto comunitario della concorrenza** (cd. "**concorrenza imposta**" agli agenti pubblici, *naturaliter* refrattari alle logiche della competizione e alla pressione del mercato), **ma un capitolo fondamentale del diritto amministrativo nazionale**. Cura concreta degli interessi pubblici, non tutela della "competition"; felicità dei cittadini, non benessere degli operatori economici; realizzazione, non procedura; diritto sostanziale, non gingillo procedimentale; anelito, non regolamentazione.

La concorrenza non è, quindi, fine, ossia valore per non dire bene giuridico, ma mezzo per perseguire lo scopo del soddisfacimento dell'interesse pubblico attraverso contratti utili e produttivi. E' strumento, metodo, canone modale. L'obiettivo non è la gara, ma la stipulazione di un negozio che assicuri prestazioni utili secondo il miglior rapporto qualità-prezzo-tempo, in omaggio al teorema di Coase sull'efficiente allocazione delle risorse in base alla relazione prezzo/valore.

In questa prospettiva, concorrenza e trasparenza non si atteggiano più a scopi auto-sufficienti, ma fungono da strumenti al servizio del risultato. La concorrenza, d'altronde, funziona meglio, se animata da una finalità capace di vivificarla, di darle un significato e di imporle una direzione. Particolarmente significativa, in questa prospettiva, è la disposizione contenuta nel comma 4 dell'articolo 1, dove si afferma che **il risultato costituisce "criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto"**.

Coerente con questa mutata prospettiva è **la formula di derivazione anglosassone relativa all'individuazione della regola del caso concreto**.

"*Ad hoc balancing*", ponderazione comparativa, scelta proporzionale, "decisione", per riprendere l'efficace innovazione terminologica di cui al primo comma dell'articolo 17: atto politico e scelta amministrativa, prima che valutazione tecnica e determinazione burocratica. Le stazioni appaltanti sono così consegnate a una stagione di libertà e responsabilità che consente loro di scegliere nel coacervo di una molteplicità di modelli procedurali e normativi la regola più adatta alla vicenda specifica.

Il principio del risultato, quale direttiva regolatrice e parametro di legittimità dell'azione amministrativa segna, allora, **il passaggio dalla concorrenza assoluta alla concorrenza regolata**.

Nel rispetto dei vincoli di legge spettano, infatti, alla discrezionalità amministrativa la graduazione e il dosaggio della competizione funzionale alle esigenze da soddisfare.

Tramontata l'epoca dell'iper-regolamentazione e l'ostracismo per le scelte, torna a campeggiare il **primato della decisione amministrativa**, chiamata a utilizzare la leva del mercato in una delicata azione di comparazione focalizzata sulla specialità infungibile del caso concreto. Il codice contiene così un atto di stima, se non una dichiarazione d'amore per la capacità amministrativa di produrre norme concrete ed efficaci attraverso l'uso appropriato del potere di ponderazione.

Al centro del nuovo progetto si staglia, allora, la **discrezionalità, nelle sue molteplici angolazioni**: 1) scelta se ricorrere al mercato (o preferire l'auto-produzione: articolo 7); 2) scelta relativa al tipo di contratto (principio di autonomia negoziale: articolo 8); 3) scelta relativa al modello di procedura e al criterio di aggiudicazione (articolo 17, comma 1).

Il codice si segnala anche per l'**attenzione alla certezza dei tempi amministrativi**. L'art. 17, comma 6, ribadisce il **ripudio della lettura privatistica** (recepita dall'articolo 16, comma 4 del RD 2440/1923), **secondo cui la procedura amministrativa di gara sarebbe anche un'attività privatistica di esercizio dell'autonomia negoziale**"; la procedura di gara è, infatti, considerata alla stregua di **procedimento esclusivamente amministrativo che culmina con l'atto di scelta** del soggetto con cui stipulare il contratto all'esito della successiva fase negoziale, caratterizzata dalla libera e autonoma esplicazione della volontà negoziale delle parti. È il **principio di scissione**, di derivazione europea, tra gara e contratto (cd. **teoria del doppio grado**, accentuata dallo *stand still* sostanziale e processuale). L'**aggiudicazione** non è, quindi, atto costitutivo a effetto negoziale, ossia elemento costitutivo che integri, *ab intra*, la volontà o la capacità dell'ente, ma **atto presupposto, a carattere autorizzativo, ab externo**, che, a mò di fattore permissivo di legittimazione, incide sul piano funzionale del rapporto, non sul versante genetico dell'atto; *il collegamento non è, quindi, strutturale (attizio), ma funzionale (effettuale)*.

Ebbene, il nuovo codice tempera i rigori della lettura pubblicistica della gara con la previsione di stringenti vincoli temporali per la sua definizione. La procedura amministrativa, pur se discrezionale nell'*an* e nel *quomodo*, è, infatti, **vincolata nel quando**, alla stregua di un assunto coerente con l'acquisita consapevolezza della centralità del tempo nella vita degli istituti giuridici come nelle parabole esistenziali delle persone fisiche.

In questo quadro si iscrive la **previsione di un termine puntuale per la definizione della procedura di gara** (articolo 17, comma 3, di rinvio all'allegato I.3.), assistito dagli effetti della formazione del silenzio-inadempimento (o rifiuto) e della responsabilità per danno da ritardo. Soprattutto, è garantito dal rimedio del silenzio-inadempimento anche il termine di sessanta giorni per la stipula del contratto (articolo 18, commi 2 e 5). Si codifica, così, il principio pretorio secondo cui il ritardo o rifiuto di stipulazione, pur se non fronteggiabile con il rimedio specifico della sentenza costitutiva ex art. 2932 cc., è contrastabile con l'azione con

cui il privato fa valere il suo interesse pretensivo a ottenere una risposta che è discrezionale nel quid, ma vincolata nell'*an* (Tar Lazio n. 12400/2015).

Altro merito indiscusso del nuovo codice è l'attenzione inedita al "diritto civile dei contratti pubblici", in ossequio a una lettura innovativa che mette al centro non il procedimento "ex se", ma il ciclo di vita complessivo del contratto.

E' qui possibile un cenno a due profili.

Il primo è la **consacrazione legislativa del principio di autonomia negoziale** (articolo 8). È, da tempo, acquisito che la p.a. gode di un'autonomia privata di carattere generale. I contratti pubblici sono, infatti, un capitolo quotidiano e fondamentale dell'azione amministrativa, che rappresenta una voce essenziale della spesa pubblica (oltre i 15% del prodotto interno lordo) e, quindi, una strada primaria verso l'uscita dal tunnel della crisi. Per dirla, ancora, con Massimo Severo Giannini, *"l'attività di diritto privato della PA ha carattere istituzionale"*. Il ricorso a meccanismi consensuali in luogo di quelli imperativi è, d'altronde, coerente con le raffinate teorie economiche che postulano il primato delle soluzioni negoziali in tutti i casi in cui non vi siano elevati costi di transazione.

Va, quindi, salutato con favore il riconoscimento della legittimazione dei *public bodies* alla stipula di ogni contratto -attivo e passivo, gratuito e oneroso, liberale e egoistico, tipico e atipico-idoneo in concreto a soddisfare l'interesse pubblico in modo efficiente e proporzionato. Evidente l'eco del canto ammaliante sprigionato dalle sirene del principio di autonomia contrattuale ex articolo 1322, comma 2, cc. e dalla teoria della doppia capacità dell'ente pubblico ex articolo 11 cc.

Il secondo elemento privatistico di interesse è l'affermazione del principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale (articolo 9), da cui si ricava il diritto alla rinegoziazione azionabile da parte del soggetto colpito dalla scure di sopravvenienze perturbatrici esogene al ciclo economico fisiologico della "scommessa" contrattuale. Affascinanti gli scenari misteriosi innescati da una previsione che profuma di modernità, con particolare riferimento alla mappa dei rimedi e alla praticabilità di interventi giudiziari correttivi caratterizzati da un taglio ortopedico e da una metodica surrogatoria

Potrei a questo punto mettere l'accento sugli **altri e numerosi venti di novità che spirano da un codice che ha il pregio dell'unità e dell' organicità**: la centralità dei valori etico-giuridici della fiducia e della buona fede, l'avvento delle procedure virtuali, la sfida della qualificazione delle stazioni appaltanti, la reviviscenza dell'appalto integrato e del *general contractor*, l'azione di rivalsa della stazione appaltante nei confronti dell'aggiudicatario colpevole, la compiuta contrattualizzazione delle concessioni, la flessibilizzazione degli appalti sotto-soglia, la formale *deproceduralizzazione* degli affidamenti diretti e la rimodulazione dei controlli sui requisiti soggettivi degli operatori economici. Preferisco, tuttavia,

asserragliarmi in un saggio e misterioso riserbo per non togliere all'uditorio il gusto delle sorprese che troverà nelle successive e ben più interessanti relazioni.

Ricordo solo che, nel precedente intervento, l'avvocato Giustiniani ha rinvenuto nei primi due articoli del codice la plastica attuazione delle tre regole di lavoro di Albert Einstein: *"1) Esci dalla confusione, trova semplicità" ; 2) Dalla discordia, trova armonia; 3) Nel pieno delle difficoltà risiede l'occasione favorevole."*

Mi permetto di aggiungere una quarta regola, tratta dal pensiero incendiario di Don Tonino Bello: *"Per cambiare il mondo, bisogna rivoluzionarlo all'insegna del bene e del bello"*. Ebbene, questo codice rivoluziona il mondo dei *"public contracts"* e a noi piace condividere con gli studiosi di questa cangiante materia il fascino impalpabile e seducente delle corse verso nuove frontiere.

Francesco Caringella

Presidente di Sezione del Consiglio di Stato

Pubblicato il 19 giugno 2023