

Dispensa di
Diritto
AMMINISTRATIVO

**Elementi
con Parole chiave**

II EDIZIONE 2024


**Neldiritto
Editore**

2.1.2. Il rilievo dei principi generali nel nuovo Codice del 2023

Il decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 non conteneva una parte iniziale dedicata ai principi generali. Il suo Titolo I, intitolato “Principi generali”, oltre a definire l’ambito di applicazione del codice (art. 1) e le competenze legislative tra Stato e regioni (art. 2), introduceva un corposo elenco di definizioni (art. 3).

Ben differente l’approccio del **Codice del 2023**, che dedica una parte generale (la Parte I del Libro I) alla codificazione di principi riguardanti l’intera materia dei contratti pubblici.

Come illustrato nella *Relazione*, 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) (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 (art. 2, comma 2).

Essa si articola in due titoli distinti:

- il **Titolo I**, dedicato ai **principi generali** veri e propri (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);
- il **Titolo II**, che contiene, invece, i **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, i quali verranno esaminati nel capitolo successivo; si giunge così alla creazione di un vero e proprio **sistema normativo**, nell’ambito del quale, come si legge nella Relazione illustrativa al Codice, 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 (cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 7 maggio 2013, n. 13)”.

Nel nuovo quadro normativo, tuttavia, emerge una **chiara gerarchia** tra un primo gruppo di principi, contenuti nei primi tre articoli del codice, definiti **“super-principi”**, e i restanti contenuti agli artt. 5 – 11; i primi, ossia i principi del **risultato** (art. 1), della **fiducia** (art. 2) e dell'**accesso al mercato** (art. 3) rivestono **carattere “super-primario”**, posto che, come stabilito all'art. 4, *“le disposizioni del codice si interpretano e si applicano in base ai principi di cui agli articoli 1, 2 e 3”*. La Relazione Illustrativa, sul punto, evidenzia che, nel dubbio interpretativo, la soluzione ermeneutica da privilegiare è quella che risponde ai suddetti tre principi, ossia 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.

2.1.3. I principi del risultato, della fiducia e dell'accesso al mercato

■ A) Il principio del risultato

L'art. 1 del nuovo Codice codifica il **principio del risultato**, che deve essere perseguito dalle stazioni appaltanti e dagli enti concedenti, inteso come affidamento ed esecuzione del contratto con la **massima tempestività** e il **migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo**, nel rispetto dei principi di **legalità, trasparenza e concorrenza**, considerati i più importanti limiti alla scelta della pubblica amministrazione in relazione al contraente e nella selezione delle offerte.

Il comma 3 dello stesso art. 1 chiarisce che il principio del risultato costituisce attuazione, nel settore dei contratti pubblici, del principio generale del **buon andamento** e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità (codificati nell'art. 1, co. 1, l. 241 del 1990 e riconducibili all'art. 97 Cost.) ed è perseguito nell'interesse della comunità

e per il raggiungimento degli obiettivi dell'Unione europea. La previsione finale del comma 4, alla lettera a), in coerenza con il principio della fiducia declinato nel successivo art. 2, valorizza il raggiungimento del risultato come elemento da valutare, in sede di **responsabilità** (amministrativa e disciplinare). La lettera b) del comma 4, infine, specifica che il risultato rappresenta anche criterio per l'attribuzione e la ripartizione degli **incentivi economici**, demandando alla sede naturale della contrattazione collettiva la concreta individuazione delle modalità operative.

■ B) Il principio della fiducia

Il **principio della fiducia** (art. 2) rappresenta una svolta rispetto alla logica fondata sulla sfiducia per l'azione dei pubblici funzionari; come oggi espressamente previsto al comma 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. Alla fiducia è comunque collegato il principio del risultato; essa, infatti 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 disposizione precisa, al comma 1, che la fiducia è **reciproca** e investe, quindi, anche gli **operatori economici** che partecipano alle gare. Molti **istituti tipici** della materia, 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.

Il successivo 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. Si prevede 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 disposizione resta tuttavia sospesa, nella sua applicazione, per effetto della proroga al 30 giugno 2024 del c.d. scudo erariale, operata con l. **21 giugno 2023, n. 74**, di conversione del d.l. 22 aprile 2023, n. 44 (c.d. **Decreto Rafforzamento P.A.**).

■ C) Il principio di accesso al mercato

Il **principio di accesso al mercato**, infine, risponde all'esigenza di garantire la conservazione e l'implementazione di un mercato concorrenziale, idoneo ad assicurare agli operatori economici pari opportunità di partecipazione e, quindi, di accesso alle procedure ad evidenza pubblica destinate all'affidamento di contratti pubblici.

Focus

Il conflitto di interessi dopo la l. 27 novembre 2023 n. 170

Collegata alla nuova disciplina del principio della fiducia è la modifica sostanziale della norma relativa al **conflitto di interessi**, rispetto alle previsioni contenute nell'art. 42 d.lgs. n. 50/2016. In particolare, secondo l'art. 16 del **nuovo Codice del 2023** si ha conflitto d'interessi quando un soggetto che, a qualsiasi titolo, interviene con compiti funzionali nella procedura di aggiudicazione o nella fase di esecuzione degli appalti o delle concessioni e ne può **influenzare, in qualsiasi modo**, il risultato, gli esiti e la gestione, ha direttamente o indirettamente un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che può essere percepito come una minaccia (non più necessariamente "concreta ed effettiva", espressione abrogata dalla l. 27 novembre 2023 n. 170, di conversione del d.l. 29 settembre 2023, n. 132) alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di aggiudicazione o nella fase di esecuzione. In caso di sussistenza di una di tali ipotesi è, peraltro, previsto un **obbligo di comunicazione** alla stazione appaltante o all'ente concedente della situazione di conflitto e **di astensione** dal partecipare alla procedura di aggiudicazione e all'esecuzione. Rispetto alla norma contenuta nel Codice previgente, la disposizione specifica che il conflitto di interessi può

riguardare **qualsiasi soggetto**, anche non formalmente lavoratore dipendente della stazione appaltante o dell'ente concedente. È inoltre previsto, al comma 2, che la percepita minaccia all'imparzialità e indipendenza deve essere provata da chi invoca il conflitto sulla base di presupposti specifici e documentati, con riferimento a interessi effettivi, la cui soddisfazione sia conseguibile solo subordinando un interesse all'altro; ciò in ossequio al "...*principio della fiducia e per preservare la funzionalità dell'azione amministrativa*".

2.1.3.1. I principi di buona fede e tutela dell'affidamento, tassatività delle cause di esclusione

■ A) Il principio di buona fede e tutela dell'affidamento

Ai super-principi il **Nuovo Codice 2023** affianca, come detto, una elencazione puntuale degli **altri principi generali**, sopra indicati, tra cui si rammentano, tra i più importanti, i principi di **buona fede** e di **tutela dell'affidamento** (art. 5), imponendo un obbligo reciproco di rispetto in capo alle stazioni appaltanti, agli enti concedenti e agli operatori economici e specificando che detti obblighi valgono **anche prima dell'aggiudicazione**, in presenza di un affidamento dell'operatore economico sul legittimo esercizio del potere e sulla conformità del comportamento amministrativo al principio di buona fede.

Il comma 3 dell'art. 5 dispone 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.

Quanto al **quantum risarcibile**, lo stesso comma 3 specifica che, 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.

Il comma 4, infine, stabilisce che, 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.