

Marco Fratini

Manuale *Sistematico*
di **Diritto**
Amministrativo

edizione
2024-2025

 **NeldirittoEditore**


METODOMAGISTRATO
ACCADEMIA DEL DIRITTO

CAPITOLO II

I principi generali in materia di contratti pubblici

1. Le fonti primarie della disciplina dei contratti pubblici

I contratti pubblici sono un settore della legislazione amministrativa che, come si è già accennato, ha subito l'influsso del diritto europeo. Il Codice dei contratti pubblici ha recepito le tre direttive europee in materia (2014/24/UE sugli appalti, 2014/25/UE sui settori speciali, e 2014/23/UE sui contratti di concessione di lavori e di servizi).

Il nuovo Codice (d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36) ha sostituito il precedente del 2016, che già aveva riordinato la materia.

2. La codificazione dei principi nel nuovo codice dei contratti pubblici

La principale novità del nuovo codice dei contratti pubblici è rappresentata dalla codificazione dei principi generali. La tecnica normativa risponde alla finalità di disciplinare valori e criteri di valutazione immanenti all'ordine giuridico, caratterizzati da una prevalenza di contenuto deontologico in confronto con le singole norme e dotati di una funzione "nomogenetica" rispetto alle singole norme.

Le norme con cui si apre il nuovo codice dei contratti pubblici hanno il compito di codificare principi con funzione ordinante e nomofilattica. In questo modo il legislatore ha voluto dare un contenuto concreto e operativo a clausole generali ed elastiche e ha inteso utilizzare i principi generali per risolvere incertezze interpretative, recependo in alcuni casi indirizzi giurisprudenziali ormai divenuti 'diritto vivente.'

Il legislatore, attraverso la codificazione dei principi generali, ha cercato di innestare su un tessuto vasto e talvolta ostico di norme alcune coordinate che fungono da orientamento per le stazioni appaltanti e per l'interprete: vere e proprie chiavi per sciogliere i frequenti dubbi applicativi. Più in generale, attraverso la codificazione dei principi, il nuovo codice 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.

La legge – e 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.

Alcuni dei principi codificati dal nuovo codice dei contratti pubblici assumono valore fondante. Si tratta dei principi del risultato, della fiducia reciproca e dell'accesso al mercato. La relazione illustrativa evidenzia che tali principi devono essere utilizzati per sciogliere le questioni interpretative che le singole disposizioni del codice possono sollevare.

Nel dubbio, quindi, la soluzione ermeneutica da privilegiare è quella che sia funzionale a realizzare il risultato amministrativo, che sia coerente con la fiducia nella

pubblica amministrazione e che permetta di favorire il più ampio accesso al mercato degli operatori economici”.

3. Il principio del risultato

Il principio del risultato è una delle più significative novità del codice dei contratti pubblici del 2023.

Lo conferma anzitutto la sua collocazione topografica: in posizione di centralità all’art. 1 del codice.

Il risultato da raggiungere consiste nell’affidamento dei contratti di appalto e di concessione e nella loro esecuzione in modo tempestivo ed efficiente.

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 collettività e per il raggiungimento degli obiettivi dell’Unione europea.

L’art. 1 precisa altresì ciò che, in verità, era già implicito nella logica del sistema: che il raggiungimento del risultato, pur se rappresenta il primo indirizzo che il legislatore assegna alla stazione appaltante, deve sempre esser coniugato con i principi di legalità, trasparenza e concorrenza.

La relazione illustrativa evidenzia che il comma 1 dell’art. 1 enuncia “l’interesse pubblico primario del codice, come finalità principale che stazioni appaltanti ed enti concedenti devono sempre assumere nell’esercizio delle loro attività”.

Anche la concorrenza tra gli operatori economici è funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell’affidare ed eseguire i contratti (art. 1, comma 2)

La relazione illustrativa, sul punto, pone in risalto che il compito della Pubblica Amministrazione “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”.

A tale riguardo, nella relazione illustrativa si richiama la posizione assunta dalla Corte costituzionale nella sent. n. 131/2020, sui rapporti tra tutela della concorrenza, da un lato, e solidarietà/sussidiarietà orizzontale dall’altro, “dove si afferma che la concorrenza non è un fine, ma uno strumento, che può essere ‘sacrificato’ se ci sono interessi superiori da realizzare”.

Tale “demitizzazione” della concorrenza “come fine da perseguire ad ogni costo è alla base, inoltre, anche della dichiarazione di incostituzionalità dell’art. 177 del codice appalti del 2016 (sent. n. 218/2021, che pure chiarisce che il perseguimento della tutela della concorrenza incontra pur sempre il limite della ragionevolezza e della necessaria considerazione di tutti gli interessi coinvolti)”.

Il principio del risultato assume una valenza poliedrica. In base al comma 4 dello stesso art. 1, esso è anche criterio prioritario per l’esercizio del potere discrezionale e per l’individuazione della regola del caso concreto. È soprattutto in questo passaggio che si coglie l’intento di offrire con il principio del risultato uno strumento per fronteggiare la complessità e cercare, in modo nuovo, la semplificazione.

Il risultato è anche il criterio per valutare la responsabilità amministrativa per il danno erariale.

Nella relazione illustrativa si legge che lo scopo di tale previsione “è quello di contrastare 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”.

4. Il principio della fiducia

L’art. 2 del nuovo codice dei contratti pubblici codifica il principio della fiducia.

Il comma 1 dispone che 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.

La relazione illustrativa evidenzia che la codificazione del principio della fiducia nell’azione legittima trasparente e corretta delle pubbliche amministrazioni, dei suoi funzionari e degli operatori economici rappresenta “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”.

La stessa Relazione richiama la sent. n. 8 del 2022 della Corte costituzionale, nella quale il giudice costituzionale evidenzia che la ‘paura della firma’ e la ‘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”.

Nella relazione illustrativa si fa notare, peraltro, che non si tratta “di una fiducia unilaterale o incondizionata”:

- la fiducia è reciproca e investe, quindi, anche gli operatori economici che partecipano alle gare” (in coerenza con molti istituti del codice, anche di derivazione europea, come il soccorso istruttorio e il c.d. *self-cleaning*);
- “la fiducia è legata a doppio filo a legalità, trasparenza e correttezza, rappresentando, sotto questo profilo, una versione evoluta del principio di presunzione della legittimità dell’azione amministrativa”.

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.

Nella relazione illustrativa si osserva che la valorizzazione dei poteri discrezionali del funzionario pubblico è “in linea, nell’ottica del superamento della c.d. “paura della firma”, con la nuova formulazione dell’art. 323 c.p. (ad opera del d.l. n. 76 del 2020), che ai fini dell’integrazione del reato di abuso d’ufficio richiede che l’atto sia adottato ‘in violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuano margini di discrezionalità’.

In quest’ottica, l’art. 2, comma 3, del nuovo codice dei contratti pubblici definisce il perimetro della colpa grave nella responsabilità amministrativa, stabilendo

che a tali fini nell'ambito delle attività svolte nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti, costituisce colpa grave:

- la violazione di norme di diritto e degli auto-vincoli amministrativi;
- nonché la palese violazione di regole di prudenza, perizia e diligenza;
- e l'omissione delle cautele, verifiche ed informazioni preventive normalmente richieste nell'attività amministrativa, in quanto esigibili nei confronti dell'agente pubblico in base alle specifiche competenze e in relazione al caso concreto.

Lo stesso comma 2 aggiunge che non costituisce colpa grave la violazione o l'omissione determinata dal riferimento a indirizzi giurisprudenziali prevalenti o a pareri delle autorità competenti.

Secondo la relazione illustrativa, la norma si è resa "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".

5. Il principio dell'accesso al mercato

L'art. 3 del nuovo codice dei contratti pubblici enuncia il principio dell'accesso al mercato.

La norma prevede che 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.

La relazione illustrativa evidenzia che "il principio in questione 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" e che in particolare "il principio di proporzionalità nella fase di accesso al mercato obbliga le stazioni appaltanti e gli enti concedenti a predisporre la documentazione di gara in modo tale da permettere la maggiore partecipazione possibile tra gli operatori economici, soprattutto di piccole e media dimensione (v. considerando 2 della dir. n. 24/2014/UE)".

6. I principi di buona fede e di tutela dell'affidamento

La correttezza è una regola di comportamento sancita dal codice civile (art. 1175 c.c.). La norma che impone ai soggetti del rapporto obbligatorio un «comportamento secondo correttezza» esprime un principio fondamentale dell'ordinamento, che racchiude un criterio di valutazione della condotta delle parti e, allo stesso tempo, una fonte di integrazione del rapporto obbligatorio.

Un significato sostanzialmente identico a quello espresso dall'art. 1175 cc. deve essere attribuito alla regola della buona fede enunciata: i) dall'art. 1375 c.c. (secondo cui «il contratto deve essere eseguito in buona fede»); ii) dall'art. 1337 c.c., che impone alle