

Introduzione

di Marco Lipari

SOMMARIO. 1. Il nuovo Codice dei contratti pubblici: dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza alla semplificazione normativa e procedimentale. - 2. I principi della delega e la loro attuazione. - 3. Il procedimento tecnico di formazione del Codice: la Commissione Speciale integrata presso il Consiglio di Stato e la chiarezza sistematica del testo normativo. - 4. La maggiore discrezionalità delle stazioni appaltanti, l'accelerazione delle procedure e la digitalizzazione. - 5. L'accelerazione delle procedure e la tutela degli interessi pubblici. - 6. La struttura formale del Codice: il ridimensionamento delle "definizioni", il nuovo ruolo dei "principi generali" e degli "allegati". - 7. La suddivisione del Codice in 5 libri e la migliore leggibilità complessiva dell'articolato. - 8. L'efficacia delle nuove norme e la disciplina transitoria. - 9. Alcune delle novità di contenuto più significative. - 10. Le novità riguardanti la tutela giurisdizionale e i problemi aperti. - 11. Le prospettive.

1. Il nuovo Codice dei contratti pubblici: dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza alla semplificazione normativa e procedimentale

Il nuovo Codice dei contratti pubblici, pubblicato nella Gazzetta ufficiale di venerdì 31 marzo ed entrato in vigore il 1° aprile (ma le cui disposizioni, con i relativi allegati, «acquistano efficacia il 1° luglio 2023», secondo l'art. 229, comma 2), può costituire realmente una *svolta storica* nel processo di ammodernamento del sistema economico e giuridico del nostro Paese.

È noto come il settore dei contratti pubblici, negli ultimi trenta anni, abbia formato oggetto di molteplici interventi normativi, non sempre ben coordinati, perché ispirati da motivazioni eterogenee e contraddittorie: di volta in volta si sono alternate iniziative contingenti, insieme a difficili tentativi, più ambiziosi, di riforma strutturale, sfociati nella legge Merloni del 1994, nel codice n. 163 del 2006 e, infine, nel codice n. 50 del 2016.

La legislazione nazionale, poi, si è costantemente intrecciata con la disciplina europea, sempre più incisiva e particolarmente attenta all'esigenza principale di promuovere la concorrenza, secondo logiche non coincidenti con le politiche interne in materia di lavori pubblici.

In tale quadro sono emerse, inevitabilmente, continue incertezze, ben documentate dall'impressionante mole di questioni ermeneutiche rimesse all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, alla Corte di Giustizia dell'Unione europea e alla Corte costituzionale.

Il Codice del 2023 persegue l'obiettivo, dichiarato, di superare il ristretto orizzonte di modifiche parziali e temporalmente circoscritte: intende disegnare, finalmente, un quadro normativo chiaro e stabile, aderente ai principi portanti del diritto eu-

rounitario e proiettato, per il futuro, verso la realizzazione di politiche di vero rilancio produttivo del Paese, stimolando la crescita delle imprese e l'efficienza delle stazioni appaltanti.

Per comprendere la *ratio* portante del Codice merita di essere ricordata, subito, la particolarissima genesi di questo provvedimento normativo.

L'occasione immediata dell'intervento riformatore è costituita dall'impegno, assunto dallo Stato italiano nei confronti delle Istituzioni dell'Unione europea, di realizzare una profonda riforma strutturale della disciplina delle commesse pubbliche. Questo riordino della normativa è individuato come una delle condizioni indispensabili per accedere alle risorse comunitarie stanziare nel contesto del Piano Nazionale di Ripresa e di Resilienza (PNRR) e garantirne l'efficace (oltre che legittima) allocazione nel mercato concorrenziale.

Già nella stagione dell'emergenza sanitaria COVID e nella legislazione successiva per la ricostruzione erano state prefigurate alcune delle innovazioni normative più significative, contrassegnate da semplificazione e accelerazione delle procedure, oggi consolidate ed estese nella disciplina del Codice.

Dal punto di vista europeo, peraltro, non sono sufficienti singoli ed episodici cambiamenti della disciplina vigente, ma è necessaria una riedificazione totale del sistema, secondo precisi criteri.

Dunque, è plausibile affermare che il Codice sia destinato ad assumere i connotati di un'autentica *riforma storica*, ben diversa dai tanti interventi legislativi succedutisi in passato, compresi quelli che avevano condotto all'emanazione del codice n. 163 del 2006 e all'adozione del codice n. 50 del 2016.

2. I principi della delega e la loro attuazione

In questa logica di ricomposizione globale dell'assetto normativo assumono rilievo alcune delle "parole chiave" delineate dalla delega, poi attuate nel Codice, secondo la terminologia espressa dalla relazione di accompagnamento: criteri "forti", che rappresentano l'ossatura portante della disciplina: *semplificazione, accelerazione, digitalizzazione, concorrenza*.

La delega legislativa (legge n. 78 del 21 giugno 2022) aveva già delineato con chiarezza una serie di principi e criteri direttivi molto precisi, che meritano di essere sinteticamente menzionati, perché poi tradotti, in dettaglio, nel testo del Codice.

1. Una legislazione nazionale conforme alla normativa europea. Anzitutto, nella legge è enunciato il perseguimento degli obiettivi essenziali di puntuale coerenza e di *stretta aderenza alle direttive europee*, attraverso l'introduzione o il mantenimento soltanto di livelli di regolazione corrispondenti a quelli minimi richiesti dalle stesse direttive, ferma rimanendo l'inderogabilità delle misure a tutela del lavoro, della sicurezza, del contrasto al lavoro irregolare, della legalità e della trasparenza.

Questo criterio risulta decisamente l'asse fondamentale della riforma: è palese la sua attitudine a collocare gli appalti italiani, a pieno titolo, nel cuore della disciplina comunitaria, respingendo ogni tentativo di fuga verso l'asserita peculiarità del nostro mercato.

Il valore “politico” di questa completa corrispondenza tra il diritto nazionale e il diritto europeo risulta particolarmente significativo, andando oltre la mera sottolineatura del principio di *concorrenza*, quale regola centrale degli affidamenti.

2. Le competenze istituzionali in materia di contratti pubblici e il nuovo ruolo dell'ANAC: la riconquistata stabilità delle regole. Nel nuovo sistema emerge con chiarezza anche la revisione delle competenze dell'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) in materia di contratti pubblici, al fine di rafforzarne le funzioni di vigilanza e con implicito ridimensionamento delle competenze riguardanti l'attività propriamente regolatoria.

La legge delega ha registrato un'esigenza comunemente avvertita: il sistema della *Governance* dei contratti pubblici, come scaturito dal codice n. 50/2016, è risultato insoddisfacente.

Il larghissimo potere normativo dell'ANAC, in ambiti cruciali dell'ordinamento contrattuale, aveva depotenziato le responsabilità politiche degli organi di governo, senza realizzare gli auspicati risultati sul terreno della *better regulation* e sottraendo preziose risorse all'attività primaria dell'Autorità di controllo.

La formazione delle linee guida avevano richiesto tempo ed impegno per la loro adozione, ma non avevano contribuito in modo appropriato a rendere più fluido ed efficace il quadro normativo di riferimento. Se ne contestava, da simmetrici punti di vista, l'eccessiva genericità e scarsa coerenza, insieme al carattere talvolta troppo dettagliato.

3. Le stazioni appaltanti e la capacità effettiva di gestione delle procedure. La riforma impone la radicale ridefinizione della disciplina in materia di *qualificazione delle stazioni appaltanti*, al fine di conseguire una loro riduzione numerica, nella prospettiva di risolvere una delle debolezze intrinseche del sistema italiano, caratterizzato dalla presenza di migliaia di piccole stazioni appaltanti, prive della necessaria capacità professionale.

4. La concorrenza e la promozione delle imprese minori. Un criterio particolarmente rilevante, tanto nella prospettiva europea, quanto nella logica nazionale riguarda la previsione, al fine di favorire la partecipazione da parte delle *micro e piccole imprese*, di criteri premiali per l'aggregazione di impresa, della possibilità di procedere alla suddivisione degli appalti in lotti, nonché del divieto di accorpamento artificioso dei lotti. Questo obiettivo, progressivamente divenuto centrale nelle politiche comunitarie, è finalizzato ad allargare la concorrenza e a promuovere l'ampliamento della base produttiva, limitando i rischi di concentrazioni oligopolistiche in contesti cruciali del mercato.

5. Le procedure sottosoglia e gli affidamenti semplificati. La legge delega prevede la semplificazione della disciplina dei contratti pubblici che abbiano un importo inferiore alle soglie di rilevanza europea (*contratti sottosoglia*), con divieto per le stazioni appaltanti di utilizzare il sorteggio o altro metodo di estrazione casuale dei nominativi, se non in presenza di situazioni particolari, e l'obbligo del rispetto del *principio di rotazione* nelle procedure di scelta del contraente. L'idea generale della semplificazione amministrativa si concretizza in un obiettivo preciso, riguardante la decisa agevolazione delle procedure non sottoposte alle direttive appalti. L'opzione della

legge delega è chiarissima, offrendo al legislatore delegato lo strumento per ridurre, in modo radicale ogni appesantimento normativo o burocratico influente sull'affidamento dei contratti di minor valore.

6. Le politiche mirate di sviluppo dei settori innovativi e sociali. La nuova disciplina intende assicurare la semplificazione delle procedure finalizzate alla realizzazione di investimenti in *tecnologie verdi e digitali*, nonché in innovazione e ricerca e in innovazione sociale, anche al fine di perseguire gli obiettivi dell'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile, prevedendo altresì misure volte a garantire il rispetto dei criteri di responsabilità energetica e ambientale nell'affidamento degli appalti pubblici in particolare mediante la definizione dei criteri ambientali minimi (CAM) da rispettare obbligatoriamente.

La delega prefigura, quindi, una disciplina di agevolazione per categorie di contratti capaci di incoraggiare la realizzazione di taluni scopi "sociali", connessi alla prospettiva verde, all'innovazione, alla protezione di soggetti svantaggiati.

Nella stessa logica sociale mirata si situa la previsione della facoltà, per le stazioni appaltanti, di riservare il diritto di partecipazione alle procedure di appalto e di concessione a operatori economici il cui scopo principale sia l'integrazione sociale e professionale delle persone con disabilità o svantaggiate, nonché prevedere l'obbligo per le stazioni appaltanti di inserire delle specifiche clausole sociali volte a garantire la stabilità occupazionale del personale impiegato nonché le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa. Il principio di concorrenza ammette deroghe, del tutto compatibili con il diritto europeo, orientate a precise finalità sociali.

In senso analogo, si prevede la modificazione della disciplina relativa ai servizi sociali e della ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica, nonché quella dei servizi ad alta intensità di manodopera (per i quali i bandi di gara, gli avvisi e gli inviti devono contenere la previsione di specifiche clausole sociali volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato), stabilendo come criterio utilizzabile ai fini dell'aggiudicazione esclusivamente quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

7. La tutela rafforzata del mercato europeo dalla concorrenza extracomunitaria. Di estremo interesse risulta il principio costituito dalla promozione, nel rispetto del diritto europeo vigente, dell'obbligo per le stazioni appaltanti di ricorrere a forniture in cui la parte di prodotti originari di Paesi terzi che compongono l'offerta non sia maggioritaria rispetto al valore totale dei prodotti; prevedere inoltre, nel caso di forniture provenienti da Paesi extra-UE, misure atte a garantire il rispetto dei diritti dei lavoratori, anche al fine di assicurare una leale concorrenza nei confronti degli operatori economici europei.

L'innovativo criterio mira a salvaguardare l'economia europea dai concreti rischi di una possibile alterazione del mercato, provocata dalle attività economiche svolte in ambito extracomunitario, senza adeguati controlli.

8. La semplificazione e l'accelerazione delle procedure di gara. In modo analitico, la legge di delega prevede diversi criteri riguardanti la necessità di velocizzare l'attività contrattuale, in tutte le sue fasi. Così, è stabilita la riduzione dei tempi relativi

alle procedure di gara, mediante interventi di digitalizzazione e informatizzazione e anche attraverso contratti-tipo predisposti dall'ANAC.

Nello stesso senso si afferma la semplificazione della normativa primaria in materia di programmazione e localizzazione delle opere pubbliche con particolare riguardo all'istituto del dibattito pubblico, anche attraverso la ridefinizione dei livelli di progettazione ai fini di una loro riduzione.

9. La qualificazione delle imprese e la valutazione delle offerte. Con riferimento alle procedure di gara, poi, si prevede la rivisitazione del *sistema di qualificazione degli operatori economici* al fine di valorizzare i criteri relativi alle competenze tecniche e professionali.

Si stabilisce, inoltre, di rivedere i casi nei quali si può ricorrere a meccanismi valutativi delle offerte mediante automatismi o al solo criterio del prezzo più basso.

Va sottolineato, poi, il peculiare rilievo assegnato alle modalità incentivanti per il ricorso alle cosiddette *procedure flessibili* (fra queste: il dialogo competitivo, il partenariato, le procedure competitive con negoziazione).

Di estremo rilievo, nella stessa ottica di massima accelerazione delle procedure è la previsione della individuazione delle ipotesi in cui le stazioni appaltanti possano ricorrere all'affidamento congiunto della progettazione e dell'esecuzione dei lavori (*appalto integrato*).

10. Il partenariato pubblico-privato e le concessioni. Diversi criteri di delega si occupano delle forme di cooperazione tra pubblico e privato, nonché delle concessioni. In tale contesto, si prevede, in termini complessivi, l'indicazione dei meccanismi di razionalizzazione e semplificazione delle forme di partenariato pubblico-privato.

In modo più specifico, poi, è stabilita l'introduzione del divieto di proroga dei contratti di concessione ad eccezione di quelli regolati da principi europei in materia di affidamento *in house*.

A tutela della concorrenza, poi, è considerata espressamente la razionalizzazione della disciplina delle modalità di affidamento dei contratti da parte dei concessionari.

11. L'esecuzione dei contratti. Fra i principi della riforma emergono, ancora, quelli riferiti alla fase esecutiva dei contratti. Il legislatore è pienamente consapevole della circostanza che spesso i problemi più gravi sorgono non durante l'affidamento, ma nel periodo di attuazione delle prestazioni contrattuali. Pertanto, si deve agire mediante la ridefinizione della disciplina delle varianti in corso d'opera, nonché attraverso l'introduzione dell'obbligo per le stazioni appaltanti di inserire nei bandi di gara, negli avvisi e inviti, in relazione alle diverse tipologie di contratti pubblici, un regime obbligatorio di *revisione dei prezzi*.

La materia dell'adeguamento del corrispettivo spettante all'appaltatore, del resto, ha sempre formato oggetto di attenzione legislativa, provocando anche un esteso contenzioso. In passato, il meccanismo della revisione è stato considerato come uno strumento di artificioso incremento del corrispettivo. In un clima di maggiore fiducia verso gli operatori, la revisione dei prezzi diventa uno strumento fisiologico di conservazione dell'equilibrio contrattuale, a garanzia di entrambe le parti.