
1. INTRODUZIONE

1.1 Premessa

L'obiettivo è l'elaborazione di uno studio delle pratiche e delle prassi disposte dal Codice, in ragione dei principi, soprattutto quelli nuovi, anche con un raffronto ai Codici precedenti.

I paragrafi del testo intendono focalizzare l'attenzione su alcuni particolari aspetti del Codice. Tra questi, la figura del RUP e gli affidamenti che rappresentano, a mio avviso, la quotidianità delle stazioni appaltanti e, di conseguenza, delle persone coinvolte.

Inoltre, è presente una riflessione sulle ragioni del legislatore di emanazione di un nuovo Codice, quale strumento economico e politico; beninteso che non si intende esprimere giudizi su questi temi: intendiamo essere rispettosi delle competenze che si acquisiscono pienamente in altri percorsi formativi.

1.2 Evoluzione della normativa in materia di lavori pubblici

All'alba dello Stato Italiano unitario, è emanata la Legge 20 marzo 1865, n. 2248 "Per l'unificazione amministrativa del Regno d'Italia" di cui, tra le tante, una parte è dedicata all'organizzazione amministrativa statale, incluso il Ministero dei Lavori Pubblici, ed un'altra alla gestione amministrativa ed economica dei lavori pubblici. Nel testo troviamo alcuni capisaldi del ciclo di vita delle opere pubbliche:

- L'individuazione della copertura finanziaria certa;
- L'obbligo di dotarsi di un progetto, incluso il capitolato di appalto;
- L'obbligo di dotarsi di un contratto per l'esecuzione dei lavori e delle somministrazioni;

-
- La contabilità e il programma dei pagamenti;
 - Il collaudo

Altri articoli definiscono i casi di inadempienza e le cauzioni, il subappalto, le varianti.

Interessante la previsione di pagamento sostitutivo da parte dell'amministrazione ai fornitori creditori e, ancor più, (art. 357) *“Potrà l'Amministrazione pagare direttamente la mercede giornaliera degli operai che risultasse essersi dall'impresario rifiutata senza giusto motivo, o non corrisposta nel termine consueto per i pagamenti di tali mercedi. Le somme pagate a questo titolo saranno dall'Amministrazione ritenute sul prezzo dei lavori.”*

Alla L. 2248/1865 seguono presto diverse modifiche e regolamenti integrativi e di dettaglio.

Prolifica, l'epoca fascista produce una normativa volta a definire il sistema degli appalti pubblici, individuando le facoltà e gli obblighi delle Amministrazioni e delle imprese esecutrici, dettaglia aspetti delle procedure amministrative e contabili. (R.D. 422/ 1923, R.D. 2440/1923, R.D. 827/1924, R.D. 1396/1924, L. 1013/1926, L. 1137/1929)

Dagli anni '60 agli 80 del XX° nascono provvedimenti legislativi, tanto numerosi quanto disorganici, costruendo un mosaico illeggibile di tasselli ordinari e speciali, né adesi né collegati.

La spiegazione è presto detta: la Nazione è in completa riorganizzazione. È appena terminato il secondo conflitto bellico mondiale di cui è stata attrice e scenografia; è parte delle neo nate Organizzazione delle Nazioni Unite e Comunità Economica Europea; gli Stati Uniti sono “sbarcati” in Europa con il Piano Marshall. Il progresso tecnologico imposto dal conflitto è trasferito all'economia: merci e persone si spostano più velocemente, l'elettricità diventa elettronica e genera l'informatica; l'uomo attraversa i confini della Terra. L'Italia è adesso è *“...una Repubblica democratica,*

fondata sul lavoro. La sovranità appartiene al popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione”.

Si crea l'Albo Nazionale dei Costruttori per coloro che realizzano opere pubbliche ed il Capitolato generale d'appalto “ *...contenente le condizioni generali per tutti gli appalti di opere che sono nelle attribuzioni dell'Amministrazione dei lavori pubblici.*”

Le leggi sui lavori pubblici intendono innovare, semplificare e accelerare, ma per determinati casi e/o in combinazioni specifiche. Le opere di ricostruzione a seguito di calamità naturali, le necessità di Anas e gli interventi straordinari per il Mezzogiorno ottengono dal legislatore l'assunzione di particolari procedure. A queste si aggiungono i nuovi sub-procedimenti per limitare l'azione della criminalità organizzata.

Occorre ricordare che la divulgazione avveniva a mezzo carta e con i tempi che la caratterizzano. I testi normativi sono stampati dalle tipografie e giungono ai destinatari nelle borse dei postini. Le occasioni di confronto e di condivisione sono rare. Erano lunghi anche i tempi di percezione degli effetti prodotti dalle norme.

Occorreva, pertanto, una riorganizzazione.

L'11 febbraio 1994 vede la luce la Legge n. 109 “La nuova legge quadro in materia di lavori pubblici”, anche nota come Legge Merloni, in nome dell'allora ministro dei Lavori Pubblici.

Con essa sono introdotti:

- il Responsabile Unico del Procedimento, in riferimento alla L. 241/1990 che rappresenta una notevole innovazione per l'attività della pubblica amministrazione italiana e per il diritto amministrativo italiano;
- l'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici (oggi ANAC);
- le programmazioni triennali degli enti pubblici

Inoltre è disposta l'emanazione di regolamenti:

- di qualificazione, certificazione, attestazione e categorizzazione delle imprese

appaltatrici;

- di pubblicità delle procedure;
- in materia di piani di sicurezza nei cantieri

La disposizione più rilevante è la delegificazione in favore del Governo volta all'emanazione del regolamento attuativo con un obiettivo: produrre un'efficiente efficacia.

Inoltre, la legge dispone che il regolamento dovrà essere frutto del lavoro tra alcuni Ministeri, del coordinamento tra le direttive europee e l'ordinamento nazionale e regionale.

Sarà il Decreto del Presidente della Repubblica del 21 dicembre 1999, n. 554.

La L. 109/1994 andrà incontro da subito a diversi blocchi, anche per fondati motivi di costituzionalità, e ne fu determinata la sospensione fino al 30.06.1995.

Quindi, se da un lato la nuova legge quadro non è ricordata per efficienza, dall'altro è riuscita nel compito di riordinare la materia dei contratti pubblici e di collocare stabilmente alcuni pilastri della futura costruzione normativa.

La cronistoria prosegue nel decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163.

Se la L. 109/1994 è una nuova inquadratura della contrattualistica pubblica, il D.Lgs. 163/2006 è quantomeno un riassetto. Disposto dalla Legge 18 aprile 2005, n. 62 recante delega al Governo per l'attuazione legge comunitaria. (Direttiva 2004/17/CE - Direttiva 2004/18/CE - Regolamento (CE) 1874/2004), introduce nel quadro normativo: il dialogo competitivo, la centrale di committenza, l'asta elettronica, l'accordo quadro, il sistema dinamico di acquisizione, l'avvalimento, la transazione per la risoluzione delle controversie, l'emissione del certificato di regolare esecuzione in luogo del collaudo.

Cambia la terminologia:

Tab 1 - Terminologia

D.Lgs. 163/2006	L. 109/1994
Procedure Aperte	Pubblico Incanto
Procedure Ristrette	Licitazione Privata
Procedure Negoziare	Trattativa Privata
Dialogo Competitivo	

La novità intrinseca è che si amplia notevolmente la discrezionalità della Stazione Appaltante e del RUP in alcune scelte (es: appalto a corpo e/o misura, sola esecuzione o appalto integrato) Ancor più significativa, è la disposizione introdotta dall'art. 86, comma 3 che autorizza "in ogni caso le Stazioni Appaltanti a valutare la congruità di ogni altra offerta" che, pur non eccedendo la soglia di anomalia (nel criterio del prezzo più basso) oppure i quattro quinti del punteggio massimo previsto (nel criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa), appaia anormalmente bassa.

Questo Codice irrobustisce il rapporto tra Stato e stazioni appaltanti sia seguendo il principio costituzionale del decentramento amministrativo sia evitando inquinamenti normativi da parte di altre istituzioni.

Diverse sono le disposizioni sospese, in attesa di orientamenti comunitari e giurisprudenziali più chiari ed il regolamento attuativo è emanato quattro mesi e mezzo dopo, nell'ottobre del 2010.

Il sistema diventa ipertrofico: Codice e Regolamento sommano 630 articoli e 36 allegati ed il coordinamento di fonti normative, nazionali e comunitarie, non offre soluzioni alle tutte le difficoltà di attuazione pratica.

L'aspirazione di semplificare è tale che il Codice dei Contratti, edizione Decreto Legislativo 18 aprile 2016, n. 50 è molto atteso dagli addetti al settore. In questa occasione, le direttive Europee da recepire parlano di politica sociale, di occupazione, di ambiente, di qualità ed innovazione dei prodotti e dei servizi.

Questo Codice preme per aggregazioni e centralizzazione delle committenze, vieta

l'appalto integrato, rafforza le determinazioni di qualificazione e qualità di imprese e risultati.

Le novità introdotte non sono molte: sono costituiti l'albo obbligatorio dei commissari di gara e il sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti; per lo più, il Codice cerca di istruirsi dall'esperienza maturata sul campo e nei tribunali.

Il testo normativo è composto da 220 articoli ed è diviso in parti e titoli, capi e sezioni, oltre 25 allegati. L'ANAC è stata investita del compito di garantire la cd. regolazione flessibile o soft law e, allo scopo, emanerà 16 linee guida e 4 regolamenti.

A leggere la storia di questo Codice vien da dire che:

1) il testo è troppo semplificato; manca di parti necessarie e occorre subito un comunicato congiunto MIT-ANAC (22 aprile 2016) per chiarire le date di entrata in vigore delle nuove disposizioni;

2) il redattore è agrafico: l'avviso di rettifica del 15 luglio 2016 corregge innumerevoli errori di battitura, ortografia e refusi, anche significativi;

3) dove il testo è comprensibile, non piace o non soddisfa ed il legislatore lavora tanto per apportare correzioni e integrazioni: D.Lgs. 56 /2017 (c.d. Decreto Correttivo), L. 21 giugno 2017, n. 96, L. 27 dicembre 2017, n. 205; L. 11 febbraio 2019 n. 12; D.Lgs. 12 gennaio 2019 n. 14; L. 14 giugno 2019 n. 55 (c.d. Sblocca Cantieri), L. 28 giugno 2019 n. 58 (c.d. Decreto Crescita), L. 3 maggio 2019 n. 37, L. 19 dicembre 2019, n. 15 (c.d. Decreto Fiscale).

Il 9 marzo 2020 il cambiamento è esogeno: il mondo si ferma a causa dell'infezione pandemica e impone una nuova strategia globale, sia economica che ambientale e sociale. Quale parte di questa strategia ciascun Paese europeo approva un Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (Pnrr) in coordinamento con gli altri. Pertanto, considerato che i contratti pubblici sono parte della struttura economica e sociale di un Paese, è necessario che abbia efficienza ed efficacia.

La L. 78/2022 delega il Governo ad adottare un nuovo testo che disciplini la contrattualistica pubblica, *“..... al fine di adeguarla al diritto europeo e ai principi espressi dalla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori, interne e sovranazionali, e di razionalizzare, riordinare e semplificare la disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, nonché al fine di evitare l'avvio di procedure di infrazione da parte della Commissione europea e di giungere alla risoluzione delle procedure avviate”*.

Il compito è affidato completamente al Consiglio di Stato ed il nuovo testo è adottato senza discussioni o modifiche.

Il Decreto Legislativo n. 36/2023 (Codice dei contratti o Codice Appalti 2023) è qualificato “auto-esecutivo”, semplice e veloce, improntato al principio di fiducia tra contraenti, che scommette sulle qualità di sindaci, imprese e professionisti: le parole del Ministro delle Infrastrutture e Trasporti. Parole che hanno sortito effetto positivo e si aggiungono al primo buon giudizio espresso dai destinatari.

Oggettivamente, il quadro normativo non è completo, occorrono ancora provvedimenti attuativi e lo stesso codice ha disposizioni “di successione pre-determinata” o tipo “ghigliottina” ovvero che determinano la fine di una disposizione al verificarsi di una certa condizione futura. Es. art. 100 comma 4 *“In sede di prima applicazione del codice l'allegato II.12 è abrogato a decorrere dalla data di entrata in vigore di un corrispondente regolamento emanato ai sensi*”.

In attesa, una più approfondita analisi di questo documento può cominciare.

2. IL NUOVO CODICE

La Gazzetta Ufficiale n. 77 del 31 marzo 2023 - S.O. n. 12 pubblica il Decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36 - Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici

Il testo è organizzato in 5 Libri suddivisi in Parti, Titoli, Capi per un totale di 229 articoli. Gli allegati sono 24.

È opportuno includere la relazione introduttiva che costituisce un'utensile basilare per l'interpretazione del Codice.

2.1 I principi

Il Codice presenta subito un'importante e significativa novità: nei primi 12 articoli sono pronunciati altrettanti principi che rappresentano una vera e propria bussola. Ma non solo. Intendono chiarire che il Codice è uno strumento di attuazione di principi costituzionali ed etici. Intendono rinsaldare il rapporto tra operatori della pubblica amministrazione e operatori economici affinché siano consapevoli di essere Stato e che il coordinamento delle azioni reciproche, rispettoso dei ruoli e delle funzioni, convenga a loro e consente di raggiungere proficuamente l'obiettivo dell'interesse pubblico

2.1.1 Principio del Risultato

E' opportuno evidenziare la scelta di porre in capo al Codice questo principio e, un momento dopo, i suoi saldi vincoli con gli altri principi, quali componenti essenziali.

Vincolo con il principio della trasparenza per conseguire semplicità, celerità e

verificabilità di applicazione del Codice.

Vincolo con il principio del buon andamento dell'azione della PA e sub-principio di efficienza, efficacia ed economicità per conseguire il fine del bene comune, nella sua più ampia accezione.

Vincolo con il principio di meritocrazia per conseguire obiettivi criteri di valutazione delle scelte operate dagli attori del procedimento (Rup, progettisti, imprese, ecc.).

2.2.2 Principio della Fiducia.

Il principio più pubblicizzato dal Governo nell'intento di generare energia attiva.

È un appello all'azione, al rispetto dei ruoli, alla correttezza istituzione e professionale, di funzionari e operatori economici.

A sostegno del principio è ampliata la copertura assicurativa dei funzionari e sono definite le condizioni di "caduta" nella colpa grave: per essere gravemente colpevoli occorre comportarsi con imperizia, da "cattivo" padre di famiglia.

Sempre a sostegno del principio, l'art. 117 ammette l'esonero della garanzia definitiva (ovvero per la corretta e completa esecuzione del contratto) in due casi, con una ritenuta sui SAL oppure con una integrazione migliorativa dell'offerta.

2.2.3 Principio dell'accesso al mercato

Ovvero il dovere della PA di creare le condizioni favorevoli agli operatori economici per gli appalti pubblici. In ossequio, non è posto più un limite alla quota di lavori subappaltabili e occorre motivare la scelta di non suddividere in lotti un appalto.

2.2.4 Criterio interpretativo e applicativo

L'applicazione e l'interpretazione delle disposizioni codicistiche si basano sui primi tre principi. Chiarissimo. O, per meglio dire, se non bastasse quanto finora

pubblicizzato e relazionato nel presentare il Codice, questo articolo è un ordine massimo. Un comando perentorio. E un solido blocco ad altre interpretazioni. E consente l'attribuzione dell'appellativo "super" ai tre principi citati.

2.2.5 Principi di buona fede e di tutela dell'affidamento

Questo principio rappresenta un'estensione del principio della fiducia nella fase di affidamento o di gara. In questo momento procedimentale, P.A. e operatori economici si incontrano per la prima volta e, pertanto, è rilevante il comportamento tenuto dagli stessi al fine di costituire un solido e proficuo rapporto reciproco.

Il Codice chiarisce due aspetti molto importanti. Il primo: PA e operatori economici devono rispettarsi reciprocamente, in buona fede. E la buona fede, nel diritto civile italiano, è la convinzione genuina di compiere le proprie azioni in modo corretto ovvero senza malizia, nel rispetto generale delle regole, scritte e non. Altrettanto convinti che l'altra parte negoziale stia comportandosi allo stesso modo.

Il secondo: PA e operatori economici, insieme, tutelano le procedure codicistiche, entrambi consapevoli di avere un obiettivo comune: onorare lo Stato fornendo una prestazione di degno valore.

2.2.6 Principi di solidarietà e di sussidiarietà orizzontale. Rapporti con gli enti del Terzo settore

Se i principi sinora esposti sono validi per gli operatori economici, lo sono ancor di più per i rapporti tra la PA e gli enti del Terzo Settore. In particolare, è prevista la facoltà di dotarsi di modelli organizzativi di amministrazione condivisa, senza rapporti sinallagmatici, purché si perseguano gli obiettivi sociali.

2.2.7 Principio di auto-organizzazione amministrativa

Espressi i principi con l'esterno, il legislatore volge il pensiero ai rapporti tra le P.A.

Il principio determina l'eguaglianza tra l'auto-produzione, l'esternalizzazione e la cooperazione quali sistemi di esecuzione delle prestazioni. Assorbendo una direttiva europea, il legislatore elimina la precedente previsione normativa, di tipo gerarchico, con a capo l'autonomia della P.A.

Il secondo comma è il più rilevante che definisce le modalità di affidamento delle prestazioni alle società in house. Questo articolo ne calibra la portata e le condizioni per il suo utilizzo, ribadendo la necessità di perseguire i "super" principi. E' opportuno ricordare che le società in house sono strumenti operativi della PA, con capitale interamente pubblico e sistema di controllo pari a quelli dell'ente committente.

Il comma 4 esclude diverse casistiche di cooperazione tra Enti dall'abito di applicazione del Codice.

2.2.8 Principio di autonomia contrattuale. Divieto di prestazioni d'opera intellettuale a titolo gratuito

È ribadita l'autonomia contrattuale e la possibilità di concludere qualsiasi contratto, oneroso o non. Fatte salve anche condizioni di esclusione.

È espresso il divieto di acquisire prestazione professionali gratuite. Fatti salvi casi eccezionali.

È espressa la possibilità di ricevere beni e prestazioni senza esperire gare, nel pubblico interesse. Fatte salve le condizioni determinate dal codice civile sul tema.

Tra i più controversi articoli del nuovo Codice. I suoi tre commi esprimono parallelamente un assioma ed eccezioni, possibili divieti e/o esclusioni.

E per i servizi professionali, dal 20.05.2023 è in vigore la Legge 49 sull'equo compenso che stabilisce gli importi minimi inderogabili delle prestazioni che, al momento, sono stabiliti unilateralmente dalle categorie professionali.