
Il principio del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici

Nell'ambito delle attività del Piano di Rafforzamento Amministrativo - del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti è stata redatta la presente relazione, relativa al principio di risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici¹.

Il principio di risultato

Il principio del risultato è sancito dall'art. 1 del nuovo Codice dei contratti pubblici (d. lgs. 31 marzo 2023, n. 36) secondo cui "le stazioni appaltanti e gli enti concedenti perseguono il risultato dell'affidamento del contratto e dalla sua esecuzione con la massima tempestività e il miglior rapporto possibile tra qualità e prezzo nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza".

In tal modo, si è deciso di affermare un concetto da lungo tempo dimenticato, o sottovalutato, nel nostro ordinamento, per cui le amministrazioni si rivolgono al mercato e stipulano contratti con operatori economici al fine di approvvigionarsi di beni, servizi e opere.

Tale settore, come noto, è regolamentato in maniera dettagliata per il fatto che le amministrazioni, in quanto attori non di mercato, possano essere indotte a tenere comportamenti discriminatori influenzate da pressioni locali, motivo per cui, sin dalla fine degli anni Sessanta e ancora più dall'inizio degli anni Novanta, è stata adottata una regolamentazione asimmetrica, indirizzata soltanto ai contraenti pubblici e non a quelli privati.

¹ Sul punto G. Napolitano, Committenza pubblica e principio del risultato, ASTRID RASSEGNA - N. 6/2023.

Tuttavia, nella regolamentazione della materia si è seguito ciecamente il diritto europeo che non è tanto interessato al buon andamento delle pubbliche amministrazioni nazionali (a meno che non siano dirette all'attuazione di politiche e regole europee), ma mira più che altro a tutelare la concorrenza e le libertà di circolazione, aspetti che nell'ordinamento italiano a partire dal 2006 sono stati ritenuti primari rispetto al principio del buon andamento e del conseguimento del risultato.

Se, quindi, coerentemente con i principi e le libertà sanciti nei Trattati, il diritto europeo derivato mira a tutelare la concorrenza e le libertà di circolazione, ciò non significa che nella disciplina interna tali finalità debbano assurgere a principi ordinatori dell'intera attività contrattuale.

Effettivamente il legislatore italiano del 2006 ha recepito la normativa europea intendendola come base fondamentale per la scrittura organica della disciplina dei contratti pubblici, e così la tutela della concorrenza e della libertà di circolazione sono diventati i principi ordinatori della materia, con prescrizioni particolarmente incisive che superavano l'attività di mero recepimento delle direttive.

Con il Codice del 2016 si è dato luogo ad un'ulteriore distorsione, dovuta alla previsione di norme di prevenzione della corruzione con l'affidamento dei compiti di vigilanza sulla sua corretta applicazione all'Autorità nazionale anticorruzione, alla quale vengono attribuiti anche poteri normativi e regolamentari.

Sul punto, la Commissione e la Corte di giustizia hanno più volte sottolineato le incongruenze e l'incompatibilità della disciplina italiana rispetto al quadro normativo europeo, perché adottate con finalità astratte di prevenzione della corruzione e tutela della legalità, dando così luogo ad una sorta di concorrenza meramente legale e procedimentale, che squalifica soprattutto le offerte dei rivali e naturalmente destinata a finire in contenzioso.

Le declinazioni del principio

Il nuovo Codice avrebbe dovuto invertire la logica interna che permea il settore, che è meramente pro-concorrenziale della regolamentazione dei contratti pubblici, in favore di una prospettiva più ampia della committenza pubblica e, in quest'ottica, il principio del risultato viene correttamente applicato se l'affidamento del contratto e la sua esecuzione avvengono con "la massima tempestività" e "il miglior rapporto possibile tra qualità e prezzo"; in questo senso, la concorrenza e la trasparenza non vengono

perseguiti come finalità e valori a sè stanti, ma diventano degli strumenti al servizio del risultato.

Tuttavia, concreti effetti benefici per la comunità si potranno avere a seconda della capacità dell'organizzazione amministrativa, posto che le condizioni normative sono teoricamente soddisfatte, come l'art. 4 comma 1 del Codice, che afferma che il principio del risultato costituisce "criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto".

In tal senso, l'amministrazione ha la possibilità di scegliere tra procedure e selezionare le regole da seguire, che diverranno parametro di verifica cui si devono attenere sia le autorità di controllo sia gli organi di tutela giurisdizionale.

Pertanto, il principio del risultato è il parametro per valutare la responsabilità del personale e per attribuire incentivi e bonus e, da questo punto di vista, si collega al principio della fiducia sancito all'art. 2 del nuovo Codice. Inoltre, il principio del risultato trova dei contatti anche con altri principi, come quello di auto organizzazione, secondo cui la scelta di rivolgersi al mercato è soltanto una delle alternative, essendo ben possibile anche il ricorso all'autoproduzione e a forme di cooperazione amministrativa.

Un ulteriore collegamento è previsto all'art. 3 relativamente all'accesso al mercato, disciplina che consente di conferire pieno e autonomo vigore ai valori della concorrenza e delle libertà di circolazione.

Il sistema dei contratti pubblici

Tuttavia, all'affermazione del principio del risultato non è seguita una coerente impostazione del sistema dei contratti pubblici, in particolar modo con riferimento alla sua governance, per cui gli organi e le autorità competenti come la cabina di regia presso la Presidenza del Consiglio, l'Anac e il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti rimangono fondamentalmente con gli stessi poteri e compiti rispetto a prima.

Eppure, si deve menzionare il fatto che alla cabina di regia è stato attribuito anche un ruolo di supporto alle amministrazioni, con un servizio di help-desk alle stazioni appaltanti, mentre il ruolo dell'Autorità nazionale anticorruzione non è variato, sebbene a essa siano stati definitivamente sottratti i poteri normativi, ma si è introdotta la disposizione per cui le sanzioni siano incassate dalla stessa ANAC per fare fronte

alle sue esigenze di funzionamento (in precedenza era previsto che le sanzioni fossero destinate a un fondo del Ministero, da impiegare per il potenziamento della capacità amministrativa delle stazioni appaltanti). Ciò potrebbe rappresentare un incentivo a svolgere in maniera più severa l'attività sanzionatoria da parte dell'ANAC, proprio ora che il principio del risultato (e quello della fiducia) incoraggiano la flessibilità e la discrezionalità delle scelte delle amministrazioni.

Al Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti vengono invece riconosciuti un lungo elenco di poteri e attribuzioni, spesso però solo teorici, salvo il ricorso alla soluzione estrema dei commissari straordinari.

In tal senso, potrebbe essere utile istituire un'agenzia ministeriale, che monitori tempi di gara, aggiudicazioni, stato di esecuzione dei contratti e richiami amministrazioni e aggiudicatari al rispetto di obiettivi e tempistiche, almeno per le opere di maggiore interesse.