
I principi generali del progetto di nuovo Codice contratti pubblici

artt. 1-11 dello schema del codice

Nell'ambito delle attività del Piano di Rafforzamento Amministrativo - del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti è stata redatta la presente relazione, relativa ai principi generali del progetto di nuovo Codice dei contratti pubblici.

Introduzione

Il codice dei contratti pubblici del 2016 (d. lgs. n. 50/2016) non prevede una parte dedicata ai principi generali, ma viene indicato solo l'ambito di applicazione del codice (art.1), le competenze legislative tra Stato e regioni (art. 2) e a introdurre un corposo elenco di definizioni (art. 3), per cui il ruolo dei principi è quasi pari a valori astratti a cui deve rispondere, in via solo tendenziale, l'azione delle pubbliche amministrazioni.

Il progetto di nuovo codice prevede invece una parte generale dedicata alla codificazione dei principi che sottendono al disegno del codice rispetto alla frammentarietà delle sue parti, consentendo una migliore comprensione di queste, perché esprimono valori e criteri di valutazione immanenti all'ordine giuridico.

Pertanto i principi hanno una funzione di completezza dell'ordinamento giuridico e di garanzia della tutela di interessi che altrimenti non troverebbero adeguata sistemazione nelle singole disposizioni.

Il progetto di nuovo codice intende conferire un contenuto concreto e operativo a clausole generali recependo indirizzi giurisprudenziali ormai cristallizzati e favorendo una più ampia libertà di iniziativa e di auto-responsabilità delle stazioni appaltanti, conferendo maggiore autonomia e discrezionalità.

Nel progetto di Codice si richiamano, pertanto, i principi generali dell'azione amministrativa, insieme a principi dotati di immediata valenza operativa.

1. Il principio del risultato

L'art. 1 comma 1 del progetto di nuovo Codice regola il principio del risultato ed enuncia quindi l'interesse pubblico primario del codice, cioè l'affidamento del contratto e la sua esecuzione con la massima tempestività e il miglior rapporto possibile tra qualità e prezzo, sempre nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza.

Al comma 2, invece, si enuncia il valore funzionale della concorrenza e della trasparenza, funzionali a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti.

In particolare, la trasparenza assicura la semplicità e celerità nella corretta applicazione delle regole del codice, garantendone la verificabilità, intesa come responsabilità per i risultati conseguiti, attraverso la definizione degli obiettivi e il controllo sull'attività amministrativa.

Il principio del risultato, quindi, rappresenta l'attuazione, nel settore dei contratti pubblici, dei principi di efficienza, efficacia ed economicità, ed è perseguito nell'interesse della comunità e per il raggiungimento degli obiettivi dell'U.E, così come sancito dal comma 3, mentre il comma 4 prevede che il principio del risultato costituisce criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto, divenendo perciò un principio-guida dell'attività amministrativa.

L'obiettivo è contrastare la c.d. burocrazia difensiva, premiando il funzionario che raggiunge il risultato attenuando il peso di eventuali errori potenzialmente forieri di responsabilità.

2. Principio della fiducia nell'azione legittima trasparente e corretta delle pubbliche amministrazioni dei suoi funzionari e degli operatori economici

Il principio della fiducia nell'azione legittima trasparente e corretta delle pubbliche amministrazioni, dei suoi funzionari e degli operatori economici tende ugualmente a combattere i fenomeni della c.d. "paura della firma" e "burocrazia difensiva", e cerca di dare nuova linfa allo spirito di iniziativa e alla discrezionalità degli amministratori pubblici, introducendo una protezione al rischio che connota il loro lavoro.

Si tratta di un principio legato anche ai concetti di legalità, trasparenza e correttezza, e può essere inteso come una versione evoluta del principio di presunzione legittimità dell'azione amministrativa, cioè la fiducia dell'ordinamento giuridico sulle scelte compiute dalla P.A..

Pertanto, al comma 2 il principio in esame è collegato anche al principio del risultato, inteso come la fiducia che viene riconosciuta ai pubblici funzionari in vista della realizzazione del risultato.

3. Principio dell'accesso al mercato

L'art. 3 prevede il principio dell'accesso al mercato che le stazioni appaltanti e gli enti concedenti devono garantire agli operatori economici, volto a garantire la conservazione e l'implementazione di un mercato concorrenziale, con pari opportunità di partecipazione per tutti gli operatori economici.

Il principio dell'accesso al mercato si ricollega al principio di tutela dell'affidamento, che impone alle stazioni appaltanti, agli enti coincidenti e agli operatori economici di comportarsi in maniera reciprocamente leale nell'ambito della procedura di evidenza pubblica.

L'art. 4, invece, stabilisce un criterio interpretativo e applicativo secondo cui le disposizioni del codice si interpretano e si applicano in base ai principi della fiducia, del risultato e dell'accesso al mercato, principi che devono essere utilizzati per sciogliere le questioni interpretative che le singole disposizioni del codice possono dare luogo.

4. Principi di buona fede e di tutela dell'affidamento.

L'art. 4 stabilisce il criterio interpretativo e applicativo per cui le disposizioni del codice si interpretano e si applicano in base ai principi della fiducia, del risultato e dell'accesso al mercato, che devono essere utilizzati per sciogliere le questioni interpretative legate al Codice.

5. Principi di buona fede e di tutela dell'affidamento.

L'art. 5 prevede l'obbligo reciproco di correttezza (per p.a. e operatore economico) nell'ambito delle procedure di evidenza pubblica, che hanno una valenza pre-contrattuale.

Il comma 2 prevede, in caso di aggiudicazione annullata su ricorso di terzi o in autotutela, l'esclusione del carattere incolpevole dell'affidamento in caso di illegittimità agevolmente rilevabile in base alla diligenza professionale richiesta ai concorrenti, per cui 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.

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

L'art. 6, in attuazione dei principi di solidarietà sociale e di sussidiarietà orizzontale, prevede che la pubblica amministrazione possa apprestare, in relazione ad attività a spiccata valenza sociale, modelli organizzativi di co-amministrazione, privi di rapporti sinallagmatici, fondati sulla condivisione della funzione amministrativa con i privati, sempre che le organizzazioni non lucrative contribuiscano al perseguimento delle finalità sociali in condizioni di pari trattamento, in modo effettivo e trasparente e in base al principio del risultato.

Pertanto, gli affidamenti di tali attività agli enti non lucrativi avvengono nel rispetto delle disposizioni previste dal decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117, e non rientrano nel campo di applicazione del codice.

Tale disciplina intende apportare benefici alla collettività in termini di efficacia, efficienza e qualità dei servizi, promuovendo la capacità di intervento dei privati che spesso si distingue per rapidità rispetto a quella delle amministrazioni.

7. Il principio di auto-organizzazione amministrativa

All'art. 7 viene recepito il principio di auto-organizzazione amministrativa, sancito anche nell'art. 2 direttiva 2014/23/UE, secondo cui le pubbliche amministrazioni scelgono autonomamente di organizzare l'esecuzione di lavori o la prestazione di beni e servizi attraverso il ricorso a tre modelli fra loro alternativi:

- a) auto-produzione;
- b) esternalizzazione;
- c) cooperazione con altre pubbliche amministrazioni.

In tal modo il progetto di nuovo Codice intende allineare il diritto nazionale all'ordinamento dell'Unione, che considera l'autoproduzione e l'esternalizzazione su un piano di tendenziale parità, nonché allineare il nostro ordinamento con quanto previsto in altri Stati membri dell'U.E.

Ovviamente, anche questa disposizione si ricollega ai principi della fiducia e del risultato, che orienta la scelta dell'Amministrazione anche nella scelta tra mercato e autoproduzione, sebbene occorra sottolineare che la parità tra ricorso al mercato e auto-produzione è relativa, in quanto la scelta per l'affidamento in house deve essere sempre motivata.

Tuttavia, si è semplificata la motivazione prevedendo che, in caso di prestazioni strumentali, l'affidamento in house si intende sufficientemente motivato qualora l'amministrazione dia conto dei vantaggi in termini di economicità, celerità e perseguimento degli interessi strategici, e viene quindi escluso l'obbligo di dimostrare la situazione di "fallimento del mercato" e di esporre le ragioni che giustificano il ricorso all'istituto.

In particolare, sono previsti due livelli di complessità della motivazione, a seconda dell'oggetto del contratto:

i) per i servizi all'utenza è necessario che vengano evidenziati i vantaggi per la collettività sotto il profilo della qualità e universalità del servizio, oltre che del risparmio di tempo e del razionale impiego delle risorse;

ii) per i servizi strumentali alla pubblica amministrazione è sufficiente una motivazione più sintetica con riferimento alla riduzione di tempi e costi sulla base di parametri predeterminati e oggettivi di raffronto.

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

L'art. 8 comma 1 sancisce il principio di autonomia contrattuale, che riconosce alla p.a. una generale capacità negoziale, salvo alcuni divieti previsti normativamente.

Al comma 2 si prevede il "divieto di prestazione gratuita dell'attività professionale, salvo che in casi eccezionali e previa motivazione" relativamente alle "prestazioni d'opera intellettuale" di cui agli articoli 2229 e seguenti del codice civile, per le quali deve operare la regola dell'equo compenso ai sensi dell'art. 2233 c.c., mentre per il resto sono ammessi i contratti gratuiti con la p.a..

Pertanto, il comma 3 introduce una disciplina delle donazioni, regolando gli atti di mecenatismo che incrementano il patrimonio pubblico, più che altro sotto il profilo storico, culturale e artistico (ad es. la

donazione di un bene di valore artistico da parte di una persona fisica o giuridica), per cui non vi è interesse economico, e ciò consente di segnare una profonda demarcazione rispetto ai contratti a titolo gratuito (es. sponsorizzazioni) disciplinati all'articolo 13, commi 2 e 5, del codice e consente di non bandire una gara per la selezione del contraente.

La p.a. quindi ha la capacità giuridica di ricevere per atto di liberalità, previa valutazione che l'acquisizione del bene o della prestazione sia conforme all'interesse pubblico perseguito e all'interesse della collettività.

9. Principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale.

L'art. 9 prevede una disciplina generale da applicare per la gestione delle sopravvenienze straordinarie e imprevedibili che possono dare luogo ad una sostanziale alterazione dell'equilibrio contrattuale, previsione ispirata alla prassi internazionale con il termine *hardship* e riconosciuto da diversi sistemi giuridici (*frustration of purpose*, *Wegfall der Geschäftsgrundlage*, *imprévision*, eccessiva onerosità sopravvenuta).

Da questo punto di vista rilevano quei contratti pubblici in cui le sopravvenienze che possono verificarsi nel corso dell'esecuzione possono alterare l'equilibrio originario o far venir meno, in parte o temporaneamente, l'interesse del creditore alla prestazione, introducendo un generale rimedio di natura legale, attraverso la definizione delle sopravvenienze rilevanti ai fini dell'applicazione della norma (deve trattarsi di eventi straordinari e imprevedibili che devono determinare una alterazione rilevante dell'originario equilibrio del contratto e non devono essere riconducibili alla normale alea, alla ordinaria fluttuazione economica e al rischio di mercato), nonché la previsione del diritto alla rinegoziazione della parte svantaggiata al quale corrisponde un obbligo della controparte.

La disciplina in esame precisa però che la rinegoziazione del contratto non deve alterare il finanziamento complessivo dell'opera, ma è ammessa nei limiti dello stanziamento di bilancio originario, in quanto la finalità è di ripristinare l'equilibrio contrattuale originario non alternandone la sostanza economica, in modo da evitare l'elusione delle regole.

10. Principi di tassatività delle cause di esclusione e di massima partecipazione.

Il principio della tassatività delle cause di esclusione viene sancito prevedendo, da un lato, i criteri di preferenza per riordinare e codificare tutti i motivi di esclusione, mentre, dall'altro lato, viene introdotto il divieto di prevedere cause di esclusione con fonte regolamentare o con la *lex specialis* del bando di gara.

Per questo motivo viene inserito il criterio di eterointegrazione dei bandi e delle lettere di invito, per cui, qualora venga previsto da una norma imperativa un determinato onere ai partecipanti alla gara, la sua violazione non può che determinare l'esclusione, anche laddove il bando di gara abbia ommesso di menzionare la necessità di produrre dichiarazioni o allegazioni "a pena di esclusione".

Viene infine sancita la nullità delle “clausole ulteriori” di esclusione in contrasto con le cause previste dalla legge e con il connesso divieto per le stazioni appaltanti di introdurre cause di esclusioni ulteriori, che si devono considerare come non apposte.

11. Principio di applicazione dei contratti collettivi nazionali di settore. **Inadempienze contributive e ritardo nei pagamenti**

Il comma 1 dell'art. 11 prevede l'obbligo di applicare il contratto collettivo nazionale di lavoro in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni oggetto del contratto, mentre il comma 2 prevede che le stazioni appaltanti e gli enti concedenti indichino già nel bando o nell'invito alla gara il contratto collettivo applicabile.

Il comma 3, d'altro canto, consente comunque agli operatori economici di indicare nella propria offerta il differente contratto che essi applicano, purché però assicurino le stesse tutele di quello indicato dalla stazione appaltante o dall'ente concedente, considerato che il comma 4 impone all'operatore economico di presentare prima dell'aggiudicazione o dell'affidamento un'ulteriore dichiarazione con cui si impegna ad applicare il contratto collettivo indicato per tutta la durata del contratto ovvero la dichiarazione di equivalenza delle tutele.

Infine, il comma 5 stabilisce che le medesime tutele normative ed economiche siano assicurate anche ai lavoratori in subappalto, e il comma 6 disciplina l'intervento sostitutivo della stazione appaltante nel caso di inadempienze contributive o retributive dell'impresa affidataria o del subappaltatore.