

queste istituzioni

«*I principi generali*»
del d.lgs. n. 36/2023

Giuliano Gruner

Numero 3/2023
30 settembre 2023

«I principi generali» del d.lgs. n. 36/2023[#]

di Giuliano Gruner *

Sommario

1. Numeri.– 2. L'art. 3, l'art. 5, commi 1, 2 e 3, l'art.6, l'art. 7, l'art. 8, l'art. 10 e l'art. 12.– 3. L'art. 5, comma 4.– 4. L'art. 9 e l'art. 11.– 5. L'art. 1, l'art. 2 e l'art. 4.– 6. Segue: in particolare, l'art. 1 – 7.Segue: in particolare, l'art. 2.

Sintesi

Il contributo offre una sintetica analisi dei principi generali del decreto legislativo n. 36/2023 (articoli da 1 a 12).

Abstract

The report aims to offer a synthetic analysis of the general principles of the legislative decree n. 36/2023 (articles from 1 to 12).

Parole chiave

Qualità della legislazione; principi fondamentali; contratti pubblici; azione amministrativa.

Keywords

Quality of legislation; fundamental principles; public contracts; principles of administrative action.

1. Numeri.

I “principi”, denominati come talidagli articoli da 1 a 12 (escluse le relative rubriche) del d.lgs. n. 36/2023 “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”, sono 24. Ma non sembrerebbe potersi escludere che essi siano 26, qualora dovessero considerarsi “principi” anche il «*Criterio interpretativo e applicativo*» (art. 4) e il «*Rinvio esterno*» (art. 12). Questi 12 articoli, nel loro complesso, constano di circa 2.185 parole.

I «*Principi fondamentali*» della Costituzione sono contenuti nei suoi articoli da 1 a 12: essi constano di circa 533 parole.

[#] Il contributo riprende i contenuti della relazione tenuta in occasione de *Il nuovo codice degli appalti. Giornata di studi*, svoltasi in data 11 maggio 2023 presso la sede di Roma dell’Università Telematica Pegaso, Palazzo Balestra, Piazza Santi Apostoli n. 49, reperibile, per intero, al sito web <https://www.youtube.com/watch?v=EMFenyv2qZA>.

* Professore Ordinario di Diritto Amministrativo nell’*Universitas Mercatorum*.

Sembrirebbe potersi porre l'interrogativo se questa scelta del d.lgs. n. 36/2023 si riveli capace di realizzare la «*massima semplicità e celerità nella corretta applicazione delle regole del presente decreto*», come è scritto nel suo art. 1, comma 2.

2. L'art. 3, l'art. 5, commi 1, 2 e 3, l'art.6, l'art. 7, l'art. 8, l'art. 10 e l'art. 12.

«*I principi generalis*» sembrerebbero potersi risolvere, in buona parte, nella riaffermazione di “principi” già affermati. Così quelli:

- dell'art. 3, «*accesso al mercato*»;

- dell'art. 5, «*buona fede e tutela dell'affidamento*», limitatamente ai commi 1, 2 e 3 (rispetto a quest'ultimo comma sembrerebbe poter risultare di non immediata comprensibilità chi sia l'autore del «*comportamento scorretto sulle scelte contrattuali dell'operatore economico*» e cosa esattamente significhi la parola «*interferenza*»); sul comma 4, invece, cfr. il paragrafo successivo;

- dell'art. 6, «*solidarietà*» e «*sussidiarietà orizzontale*»;

- dell'art. 7, «*auto-organizzazione amministrativa*»; peraltro, i dieci oneri istruttori e motivazionali per il ricorso alla “autoproduzione”, previsti dal comma 2, sembrerebbero – sì – compatibili con l'ordinamento euro-unitario, ma – almeno in linea di “principio” – neppure da quest'ultimo imposti (lo stesso sembrerebbe valere per il comma 3, che, in punto di «*affidamento in house di servizi di interesse economico generale di livello locale*», rinvia alla più o meno analoga disciplina prevista dall'art. 17 del d.lgs. n. 201/2022);

- dell'art. 8, «*autonomia contrattuale*»; peraltro, l'*incipit* del comma 1, «*Nel perseguire le proprie finalità istituzionali*», sembrerebbe poter confermare che le “pubbliche amministrazioni” [pur limitando questo sintagma alle sole figure soggettive contemplate dall'art. 1, comma 1, lett. c) e d), dell'Allegato I.1 al d.lgs. n. 36/2023] sarebbero dotate di capacità giuridica e di capacità di agire *iure privatorum*, ma non di autonomia privata, perché non possono perseguire, neanche mediante strumenti di diritto privato, «*finalità*» diverse rispetto a quelle «*proprie [...] istituzionali*», le quali ultime vengono attribuite loro (almeno di norma) da norme di diritto pubblico (imperative); sembrerebbe poter rimanere ancora incerto, fatte salve singole fattispecie tipizzate, il regime di invalidità (nullità, annullabilità, inefficacia, ecc.) degli “atti” di diritto privato delle “pubbliche amministrazioni”(ad esempio, costituzione di o assunzione di partecipazioni in società, ecc.) che non «*persegua[n]o le proprie finalità istituzionali*»;

- dell'art. 10, «*tassatività delle cause di esclusione*» e «*massima partecipazione*»;

- dell'art. 12, «*Rinvio esterno*».

3. L'art. 5, comma 4.

A fronte dell'art. 5, comma 4, sembrerebbero potersi porre due interrogativi.

Il primo concerne la identificazione del «*terzo pretermesso*»: se si tratti del solo operatore economico che avrebbe avuto “diritto” all'aggiudicazione o anche di altri soggetti (ad esempio, l'operatore economico escluso dalla procedura, che, pur non avendo “diritto” alla aggiudicazione, ne abbia ottenuto l'annullamento per un suo interesse meramente “strumentale”).

Il secondo interrogativo concerne l'esistenza e, ove esistente, l'identificazione del soggetto – diverso dall'«*operatore economico che ha conseguito l'aggiudicazione illegittima con un comportamento illecito*» – nei confronti del quale le stazioni appaltanti o gli enti concedenti, che siano stati «*condannati al risarcimento del danno nei confronti del terzo pretermesso*», possano promuovere la «*azione di rivalsa*»: è rispetto a quest'ultima azione, infatti, che sembrerebbe sussistere la «*concorrente responsabilità*» dello stesso «*operatore economico che ha conseguito l'aggiudicazione illegittima con un comportamento illecito*».

Qualora il soggetto in questione dovesse non esistere, nel senso di una sua “coincidenza” con l'«*operatore economico che ha conseguito l'aggiudicazione illegittima con un comportamento illecito*» (ciò sembrerebbe potersi desumere dal nuovo comma 1 dell'art. 124 c.p.a.), la parola «*concorrente*», riferita alla parola «*responsabilità*», nel contesto di una «*azione*» denominata «*di rivalsa*», sembrerebbe poter apparire non appropriata.

Qualora, al contrario, il soggetto in questione dovesse esistere, sembrerebbe non potersi escludere una sua identificazione nei funzionari o nei dipendenti pubblici responsabili del danno – che potrebbe essere o quello erariale indiretto, ai sensi dell'art. 1 della l. n. 20/1994, oppure quello civile, ai sensi dell'art. 28, secondo periodo, Cost. e a fronte dell'orientamento delle Sezioni unite della Cassazione (come “giudice della giurisdizione”) in tema di così detto “doppio binario civile e contabile” – scaturente dal «*risarcimento del danno a favore del terzo pretermesso*»: risarcimento, quest'ultimo, al quale «*[la] stazione appaltante o [...] l'ente concedente [siano stati] condannati*».

In una tale prospettiva, non sembrerebbe potersi escludere che tre giurisdizioni, quella civile, quella contabile e (ora) anche quella amministrativa (ai sensi del nuovo comma 1 dell'art. 124 c.p.a.), potrebbero astrattamente conoscere – sia pur dai loro diversi “punti di vista” e a prescindere dai soggetti sottoposti ai loro rispettivi giudizi – delle stesse fattispecie materiali (ferme le altre forme di responsabilità dei funzionari o dei dipendenti pubblici per le medesime fattispecie materiali: penale, disciplinare, ecc.).

4. L'art. 9 e l'art. 11.

L'art. 9, «*conservazione dell'equilibrio contrattuale*», che rinvia alle «*disposizioni di cui agli articoli 60 e 120*», e l'art. 11, «*applicazione dei contratti collettivi nazionali di settore. Inadempienze contributive e ritardo nei pagamenti*», che consta, all'incirca, di 446 parole, sembrerebbero poter contenere non soltanto “principi”, ma anche, se non soprattutto, discipline specifiche e di dettaglio.

Qualora ciò dovesse essere così, sembrerebbe potersi porre l'interrogativo se vi fosse stata ragione per inserire queste discipline specifiche e di dettaglio ne «*I principi generali*».

5. L'art. 1, l'art. 2 e l'art. 4.

L'art. 1, «*Principio del risultato*», e l'art. 2, «*Principio della fiducia*», in una con il già menzionato art. 3, «*Principio dell'accesso al mercato*», sono contemplati dall'art. 4, «*Criterio interpretativo e applicativo*», nei seguenti termini: «*Le disposizioni del codice si interpretano e si applicano in base ai principi di cui agli articoli 1, 2 e 3*».

Il tenore testuale dei commi 2, 3 e 4 dell'art. 1, e dei commi 2, 3 e 4 dell'art. 2, sembrerebbe poter essere percepito, con riferimento, rispettivamente, ai commi 1 e 2 dei medesimi articoli, come “didascalico”, nel significato di «*Che ha lo scopo di insegnare, che mira a presentare fatti, dottrine, nella forma più adatta a farle apprendere; proprio di persona o di opera che si propone un fine istruttivo (lo stile, il procedimento espositivo, i vari sussidi a cui ricorre)*».

Sembrerebbe potersi porre l'interrogativo se gli artt. 1 e 2, nei loro commi 2, 3 e 4, contengano “principi” oppure qualcosa di altro e di diverso (ad esempio: “spiegazioni”).

6. Segue: in particolare, l'art. 1.

A fronte di quanto è scritto:

- nel comma 1, dalla prima parola e sino alla prima virgola che in esso compaiono, segnatamente «*la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo*»;
- nel comma 4, segnatamente «*criterio prioritario*»;
- nel comma 1, immediatamente dopo la prima virgola che in esso compare, segnatamente «*nel rispetto de[1] principi[o] di legalità*»;

sembrerebbe potersi porre l'interrogativo se il «*Principio del risultato*» intenda significare che, nell'esercizio del potere discrezionale (anche “tecnico”, sembrerebbe) e nell'applicazione della regola al caso concreto, ma a fronte di alternative tutte quante legittime e lecite («*principi[o] di legalità*»), le stazioni appaltanti e gli enti concedenti debbano preferire quella che, rispetto alle altre, garantisca la migliore tempestività e il miglior rapporto possibile tra qualità e prezzo.

Qualora ciò dovesse essere così, sembrerebbe potersi porre l'interrogativo se il «*Principio del risultato*» si risolve nei paradigmi – sia pur non “spiegati”, sino ad oggi, da un legislatore – del legittimo e, al tempo stesso, opportuno esercizio della discrezionalità amministrativa (anche “tecnica”) e del merito amministrativo (anche “tecnico”), ferma la diversità giuridico-concettuale tra legittimità amministrativa e merito amministrativo (anche “tecnici”), nonché della corretta interpretazione delle regole.

Nella *Relazione*, sul punto, è scritto quanto segue: «*Il risultato si inquadra nel contesto della legalità e della concorrenza: ma tramite la sua codificazione si vuole ribadire che legalità e concorrenza da sole non bastano, perché l'obiettivo rimane la realizzazione delle opere pubbliche e la soddisfazione dell'interesse della collettività*».

A fronte dell'avversativa «*ma*», seguita dal sintagma «*legalità [...] da sol[a] non basta[...]*», seguito, a sua volta, dal sintagma «*l'obiettivo rimane la realizzazione*», sembrerebbe potersi porre l'interrogativo se il passaggio della *Relazione*, testé riportato, intenda restituire questa sorta di «*Detto e non detto*»: il «*risultato*», cioè la «*realizzazione delle opere pubbliche e la soddisfazione dell'interesse della collettività*», vale a dire il merito amministrativo (anche “tecnico”), dovrebbe essere assunto come «*criterio prioritario*» alla stregua del quale sindacare la (il)legittimità o la (il)liceità dell'«*esercizio del potere discrezionale*» (anche “tecnico”), nonché la «*individuazione della regola al caso concreto*», in tutte le competenti sedi giurisdizionali (non soltanto quella amministrativa).

Qualora a tale interrogativo dovesse fornirsi risposta affermativa, sembrerebbe potersi porre l'interrogativo se il comma 3 risulti conforme al principio di separazione dei poteri dello Stato e all'art. 101, comma 2, Cost.

A fronte di quanto è scritto nel comma 2, primo periodo, che sembrerebbe “spiegare” che «*La concorrenza tra gli operatori economici è funzionale a conseguire il miglior risultato possibile [...]*», sembrerebbe potersi porre l'interrogativo se esso sia coerente con l'innalzamento delle soglie per gli affidamenti diretti e per le procedure negoziate senza bando, introdotto dall'art. 50, comma 1.

Una risposta in senso affermativo sembrerebbe potersi fornire invocando, per i contratti di importo inferiore alle soglie euro-unitarie, la necessità o la opportunità di un ragionevole e proporzionato bilanciamento, effettuato dallo stesso art. 50, comma 1, della «*concorrenza*» con «*la massima semplicità e la massima celerità*».

Ad una tale risposta affermativa sembrerebbe potersi replicare che il comma 2, secondo periodo, sembrerebbe “spiegare” che è la «*trasparenza*», non la «*concorrenza*», ad essere «*funzionale alla massima semplicità e celerità*».

7. Segue: in particolare, l'art. 2.

A fronte di quanto scritto nel comma 2, sembrerebbe potersi porre l'interrogativo se il d.lgs. n. 36/2023 abbia voluto lanciare questa sorta di "invito" ai funzionari e ai dipendenti pubblici: *«Dovete presumere di aver fiducia negli operatori economici, ed è sulla base di questa presunzione che dovete esercitare il potere amministrativo, con una maggiore iniziativa e autonomia decisionale, perché dovete raggiungere il risultato»*. Sembrerebbe potersi trattare di qualcosa di più della (imposizione di una) presunzione di mera buona fede, perché quest'ultima è prevista dall'art. 5.

Se ciò dovesse essere così, sembrerebbe potersi porre l'interrogativo se i funzionari e i dipendenti pubblici, in prima istanza, e poi – eventualmente – i diversi ordini giurisdizionali (non soltanto il giudice amministrativo), interpreteranno ed applicheranno, in maniera più o meno "rigorosa", tra le altre, le seguenti locuzioni contenute nel d.lgs. n. 36 del 2023:

- *«percepita minaccia all'imparzialità e indipendenza»*, di cui al comma 2 dell'art. 16, nell'ambito della disciplina del conflitto di interessi, che richiama il *«principio della fiducia»* laddove impone, a chi contesti il presunto conflitto, di fornirne una prova che deve fondarsi sulla base di presupposti specifici e documentati, i quali, a loro volta, devono riferirsi a *«interessi effettivi, la cui soddisfazione sia conseguibile solo subordinando un interesse all'altro»*;

- *«in base a elementi specifici»* e *«se le spiegazioni fornite non giustificano adeguatamente il livello di prezzi o di costi proposti»*, di cui, rispettivamente, ai commi 1 e 5 dell'art. 110, in materia di (decisione di) avvio del *sub*-procedimento di valutazione delle offerte anormalmente basse e di eventuale esclusione di queste ultime ove rivelatesi tali;

- *«in ragione dell'esigenza [...] di garantire una più intensa tutela delle condizioni di lavoro e della salute e sicurezza dei lavoratori ovvero di prevenire il rischio di infiltrazioni criminali»*, di cui all'art. 119, comma 2, in tema di individuazione, da parte delle stazioni appaltanti, delle prestazioni o delle lavorazioni escluse dal subappalto: comma 2 che prevede questa disciplina richiamando, ancora, il *«rispetto dei principi di cui agli articoli 1, 2 e 3»*, e, quindi, anche *«del risultato»* e *«della fiducia»*.

A fronte di quanto scritto nel comma 3, segnatamente le sue locuzioni *«indirizzi giurisprudenziali prevalenti»* e *«pareri delle competenti autorità»*, sembrerebbe potersi porre l'interrogativo se questa stesse locuzioni siano capaci di "rassicurare" i funzionari e i dipendenti pubblici dalla così detta "paura della firma", e ad agevolare la Corte dei conti, fermo quanto già previsto dall'art. 21, comma 2, del d.l. n. 76/2020, nella ricostruzione dell'*ubi consistam* dell'istituto giuridico devoluto alla sua esclusiva giurisdizione (a questo riguardo, sembrerebbe che il comma 3 non riverberi effetti sull'art. 21, comma 2: il primo, infatti, sembrerebbe limitarsi a positivizzare alcune fattispecie di esclusione della colpa grave, mentre il secondo sembrerebbe

limitarsi a escludere la responsabilità amministrativa in ragione della tipologia di condotta – attiva o omissiva – che ha cagionato il danno erariale).

A fronte di quanto scritto nel comma 4, segnatamente la locuzione «azioni per la copertura assicurativa dei rischi del personale», sembrerebbe potersi porre l'interrogativo se questa stessa locuzione non abbia introdotto una deroga implicita, valevole soltanto per la materia dei contratti pubblici, al divieto previsto dall'art. 3, comma 59, della l. n. 244/2007.