

# Percorsi di legalità nella nuova contrattualistica pubblica

a cura di  
**Monica Cocconi**

**FRANCOANGELI**



Scritti di

**Diritto Pubblico**

## Informazioni per il lettore

Questo file PDF è una versione gratuita di sole 20 pagine ed è leggibile con **Adobe Acrobat Reader**



La versione completa dell'e-book (a pagamento) è leggibile **con Adobe Digital Editions**.

Per tutte le informazioni sulle condizioni dei nostri e-book (con quali dispositivi leggerli e quali funzioni sono consentite) consulta [cliccando qui](#) le nostre F.A.Q.



# STUDI DI DIRITTO PUBBLICO

Collana diretta da **Roberto Bin, Fulvio Cortese e Aldo Sandulli**  
coordinata da **Simone Penasa e Andrea Sandri**

## REDAZIONE

Chiara Bergonzini, Fabio Di Cristina, Angela Ferrari Zumbini, Stefano Rossi

La Collana promuove la rivisitazione dei paradigmi disciplinari delle materie pubblicistiche e l'approfondimento critico delle nozioni teoriche che ne sono il fondamento, anche per verificarne la persistente adeguatezza.

A tal fine la Collana intende favorire la dialettica interdisciplinare, la contaminazione stilistica, lo scambio di approcci e di vedute: poiché il diritto costituzionale non può estraniarsi dall'approfondimento delle questioni delle amministrazioni pubbliche, né l'organizzazione e il funzionamento di queste ultime possono ancora essere adeguatamente indagati senza considerare l'espansione e i modi di interpretazione e di garanzia dell'effettività dei diritti inviolabili e delle libertà fondamentali. In entrambe le materie, poi, il punto di vista interno deve integrarsi nel contesto europeo e internazionale. La Collana, oltre a pubblicare monografie scientifiche di giovani o affermati studiosi (**STUDI E RICERCHE**), presenta una sezione (**MINIMA GIURIDICA**) di saggi brevi destinata ad approfondimenti agili e trasversali, di carattere propriamente teorico o storico-culturale con l'obiettivo di sollecitare anche gli interpreti più maturi ad illustrare le specificità che il ragionamento giuridico manifesta nello studio del diritto pubblico e le sue più recenti evoluzioni.

La Collana, inoltre, ospita volumi collettanei (sezione **SCRITTI DI DIRITTO PUBBLICO**) volti a soddisfare l'esigenza, sempre più avvertita, di confronto tra differenti saperi e di orientamento alla lettura critica di problemi attuali e cruciali delle discipline pubblicistiche.

La Collana si propone di assecondare l'innovazione su cui si è ormai incamminata la valutazione della ricerca universitaria. La comunità scientifica, infatti, sente oggi l'esigenza che la valutazione non sia più soltanto un compito riservato al sistema dei concorsi universitari, ma si diffonda come responsabilità dell'intero corpo accademico.

*Tutti i volumi, pertanto, saranno soggetti ad un'accurata procedura di valutazione, adeguata ai criteri fissati dalle discipline di riferimento.*

I lettori che desiderano informarsi sui libri e le riviste da noi pubblicati possono consultare il nostro sito Internet: *www.francoangeli.it* e iscriversi nella home page al servizio “Informatemi” per ricevere via e-mail le segnalazioni delle novità.

# Percorsi di legalità nella nuova contrattualistica pubblica

a cura di  
**Monica Cocconi**

**FRANCOANGELI**



Scritti di

**Diritto Pubblico**

Il volume è stato pubblicato con il contributo del Dipartimento di Ingegneria e Architettura dell'Università degli Studi di Parma.

Isbn: 9788835166122

Copyright © 2024 by FrancoAngeli s.r.l., Milano, Italy.

*L'opera, comprese tutte le sue parti, è tutelata dalla legge sul diritto d'autore. L'Utente nel momento in cui effettua il download dell'opera accetta tutte le condizioni della licenza d'uso dell'opera previste e comunicate sul sito [www.francoangeli.it](http://www.francoangeli.it).*

# INDICE

<b>Prefazione – I contratti pubblici nell’ecosistema amministrativo di Parma: le istituzioni in dialogo</b> , di <i>Francesco De Vanna</i>	pag.	9
<b>Introduzione alla Collettanea. Percorsi di legalità nella nuova contrattualistica pubblica</b> , a cura di <i>Monica Cocconi</i>	»	15
1. Tutela della legalità e contrattualistica pubblica. Un percorso antico che incede verso nuove traiettorie	»	15
2. Il senso e la valorizzazione della trasparenza in un ambiente regolatorio improntato alla fiducia	»	20
3. L’impatto del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza sui nodi della nuova contrattualistica pubblica	»	21
4. Il potenziale della domanda pubblica quale leva della transizione ecologica nel <i>green procurement</i>	»	23
5. Le peculiarità della disciplina dei contratti pubblici nei settori speciali e il ruolo assunto nella relativa regolazione dalla tutela della concorrenza	»	24
6. I criteri di esclusione dalla nuova disciplina per gli affidamenti nelle attività a valenza sociale e la valenza di coprogrammazione e coprogettazione	»	25
7. Cittadinanza attiva e amministrazione condivisa alla ricerca d’autore	»	27
<b>1. Fiducia, trasparenza e digitalizzazione nel nuovo codice dei contratti</b> , di <i>Enrico Carloni</i>	»	29
1. Premessa: le scommesse del nuovo codice dei contratti	»	29
2. La semplificazione: dalla deroga alla discrezionalità	»	31
3. I “nuovi principi”: l’endiadi “risultato e fiducia”	»	32
3.1. Trasparenza e fiducia nell’amministrazione (digitale)	»	34
4. Trasparenza e controlli nel paradigma fiduciario	»	36

<b>2. La disciplina della contrattualistica pubblica alla luce del PNRR, di <i>Elisa D'Alterio</i></b>	pag. 39
1. Premessa	» 39
2. “Questo PNRR s’ha da fare”	» 40
3. Cosa prevede il PNRR in tema di contratti pubblici?	» 43
4. Il nuovo codice dei contratti pubblici è all’altezza delle aspettative dell’Unione europea?	» 45
4.1. Il miglioramento ed “efficientamento” del settore	» 45
4.2. L’adozione a regime delle previsioni speciali adottate nel 2021	» 47
5. Conclusioni	» 49
<b>3. Il <i>Green Public Procurement</i>, un punto fermo per la transizione ecologica?, di <i>Alessia Depietri</i></b>	» 51
1. Ambiente e mercato: una premessa sulla loro difficile, ma necessaria, integrazione	» 51
2. Genesi ed evoluzione del <i>Green Public Procurement</i> tra dimensione internazionale ed europea	» 57
3. Gli appalti verdi nello scenario giuridico nazionale	» 69
3.1. Dal Decreto Ronchi al <i>PAN GPP</i> , passando dal primo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 163/2006)	» 69
3.2. Il secondo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 50/2016) tra specifiche tecniche, offerta economicamente più vantaggiosa e CAM	» 71
3.3. Il <i>Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza</i> e il nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 36/2023)	» 75
4. Un <i>Focus</i> sui CAM	» 82
4.1. I CAM tra giurisprudenza e nuovi piani d’azione	» 82
4.2. Il monitoraggio dei CAM e il ruolo di ANAC	» 85
5. La nuova contrattazione verde: un baluardo contro le ecomafie?	» 88
6. Conclusioni	» 90
<b>4. La disciplina degli appalti pubblici nei settori speciali: la deroga per le attività esposte alla concorrenza, di <i>Nicola Brignoli</i></b>	» 95
1. Premessa. Il cambio di paradigma della disciplina	» 95

2. L'ambito di applicazione ed il fondamento della deroga	pag. 110
2.1. ( <i>segue</i> ) Il procedimento	» 115
2.2. ( <i>segue</i> ) I criteri guida	» 120
3. La deroga per gli affidamenti infragruppo	» 124
4. (Qualche) conclusione	» 131
<b>5. Il quadro normativo dei servizi sociali e gli strumenti per l'inserimento lavorativo nel nuovo Codice dei contratti pubblici, di Emilio Emmolo</b>	» 133
1. Introduzione	» 133
2. Il regime alleggerito nei servizi sociali e quello sottosoglia	» 135
3. Le concessioni di servizi sociali	» 136
4. Coprogrammazione e coprogettazione	» 137
5. Inserimento lavorativo	» 140
6. La qualità e l'attuazione	» 140
<b>6. Consenso, accordi e contratti nella Legge regionale Emilia-Romagna 13 aprile 2023 n. 3 recante «Norme per la promozione e il sostegno del terzo settore, dell'amministrazione condivisa e della cittadinanza attiva», di Paolo Michiara</b>	» 143
1. Premessa	» 143
2. Il "corpo" della legge. I principi, le finalità, le attività	» 146
3. Dalla cittadinanza attiva all'amministrare in modo condiviso. L'autorità negata e il panconsensualismo	» 150
4. I rapporti degli enti pubblici con gli Enti del Terzo settore	» 153
4.1. Gli accordi e i contratti nell'ambito dell'amministrazione condivisa	» 153
4.2. L'affidamento e la gestione esternalizzata dei beni immobili regionali ad opera del terzo settore. Il "maggior favore rispetto al mercato", la gratuità e la valorizzazione delle "poste intangibili e non monetizzabili" nello svolgimento dei servizi	» 158
4.3. La concessione di beni culturali	» 161
4.4. La rigenerazione urbana mediante accordi	» 163
5. Considerazioni conclusive	» 166
<b>Bibliografia</b>	» 169



PREFAZIONE  
I CONTRATTI PUBBLICI NELL'ECOSISTEMA  
AMMINISTRATIVO DI PARMA:  
LE ISTITUZIONI IN DIALOGO

Non è impresa semplice articolare una riflessione polifonica e multidisciplinare (tecnica ma anche amministrativa, oltre che politica) circa la relazione tra “legalità” e “trasparenza” nella specifica prospettiva del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza. La legalità è storicamente chiamata in causa ogni volta che si discuta di contratti pubblici, quasi ad evocare un “imperativo sistemico” – per non scomodare l’aggettivo “categorico” – che l’ordinamento e la società tutta pongono a carico del decisore politico e della pubblica amministrazione come cornice inaggrabile del loro agire. La trasparenza, al contrario, è un principio dell’azione amministrativa di più recente valorizzazione, codificato solo con la legge sul procedimento amministrativo del 1990, quale “bisogno di conoscere” (*need to know*), per poi osservarne una più recente e acuta riscoperta nell’ultimo decennio, quando il legislatore ha progressivamente accolto anche il “diritto di conoscere” (*right to know*) sul modello di quel *Freedom of Information Act*, baluardo dell’ordinamento statunitense.

Per riflettere specificatamente su questi due profili, il 14 aprile del 2023 si è svolto a Parma, presso il Palazzo del Governatore, un importante convegno intitolato “Legalità e trasparenza nel sistema del *Procurement* pubblico ai tempi del PNRR” promosso dal Comune di Parma e dall’Osservatorio per la Legalità dell’Università di Parma.

Il Comune e l’Osservatorio collaborano grazie ad una convenzione che ne mette in rilievo alcune comuni finalità con particolare riferimento alla promozione della cultura della legalità, al contrasto ad ogni forma di infiltrazione criminale, alla condivisione di buone prassi amministrative, allo studio e all’approfondimento dei temi emergenti sul

versante della contrattualistica pubblica, all'innovazione nella pubblica amministrazione.

Il convegno è stato caratterizzato dal contributo di esperte ed esperti, studiosi e studiosi nonché dalla testimonianza diretta di figure tecniche, anche apicali, che quotidianamente si misurano, in Comune come in Università, con la sfida concreta del *public procurement*, soprattutto nella particolare prospettiva delle "opere". La giornata è stata l'occasione per confrontarsi su alcuni profili inerenti alla programmazione, progettazione, esecuzione delle opere finanziate dall'Unione Europea, senza dimenticare la delicatissima fase della selezione dell'operatore economico e della sottoscrizione dei relativi contratti, oltre alle procedure di rendicontazione e ai meccanismi operativi delle piattaforme – adempimenti cui attendere entro scadenze molto ben definite.

Gli appalti pubblici rappresentano circa il 7% del PIL nazionale e sono un fattore non marginale dello sviluppo complessivo del sistema-paese e, in modo particolare, della sua economia; non è arduo comprendere il nesso tra appalti e malcostume; l'illegalità tende a radicarsi proprio nei frangenti nei quali si concentrano il denaro e gli investimenti. Storicamente, se ne rileva un nesso consolidato: si pensi al caso delle Ferrovie meridionali del 1862 o a quello della Regia dei tabacchi del 1869, fino alle cronache più recenti che hanno confermato come gli appalti pubblici siano il terreno 'elettivo' per il radicamento del fenomeno corruttivo, di natura politica o amministrativa, così come per le note "infiltrazioni" di carattere criminale e mafioso. È noto, peraltro, che il *Corruption Perception Index* di *Transparency International*, assegnando una valutazione che va da 0, per i Paesi ritenuti molto corrotti, a 100, per quelli "puliti", colloca l'Italia al quarantaduesimo posto su 180 Paesi, con un punteggio pari a 56: pur avendo guadagnato 14 punti rispetto al 2012, la media dei Paesi dell'Europa occidentale è 65 punti, ben al di sopra dunque della performance italiana.

Assicurare che il PNRR sia realizzato tra legalità e trasparenza, come da programma del convegno, non può quindi apparire un obiettivo pleonastico o retorico: al contrario, questa è esattamente la cornice entro la quale devono operare ogni giorno le amministrazioni più attente. E se la legalità può apparire non solo un dovere ma, soprattutto, una precondizione stessa dell'attività amministrativa, la sfida della trasparenza è, paradossalmente, più caliginosa: un articolato banco di prova che pone le pubbliche amministrazioni davanti ad una sfida inedita e, per alcuni aspetti, anche più ambiziosa. La trasparenza, infatti, può essere uno strumento di difesa, nell'interesse individuale di un singolo cittadino

(e, non a caso, proprio in questi termini era stato pensato nell'impianto della legge sul procedimento amministrativo) oppure può essere uno strumento di partecipazione e di informazione dei cittadini, al fine di migliorare l'efficienza e la qualità dell'azione amministrativa. Allo stesso tempo, se è vero che la trasparenza o è completa oppure *non è*, è però piuttosto evidente che un eccesso di dati e informazioni, in assenza di strumenti adeguati per la loro lettura, può produrre un esito esattamente contrario rispetto a quello perseguito.

Le pagine di questo volume costituiscono una densissima riflessione sull'endiadi "legalità" e "trasparenza" su cui si basa non solo l'intero processo di implementazione del PNRR e di tutte le opere pubbliche ma, in generale, l'intera azione amministrativa: come ammoniscono i "super-principi" del nuovo Codice dei Contratti pubblici, *legalità* e *trasparenza* non sono il fine ultimo del procedimento di affidamento del contratto poiché esse sono, più precisamente, la precondizione stessa che lo innerva. Fuori dalla legalità e dalla trasparenza non può darsi il "contratto pubblico"; ma il fine ultimo, cui tendono anche la legalità e la trasparenza, è il "risultato", ossia il miglior rapporto possibile tra qualità e prezzo, principio fondamentale dell'intera disciplina codicistica, "criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto" (art. 1, comma 4). È questa, in definitiva, l'eredità stessa del PNRR, la cui impostazione di base è "acceleratoria": i tempi devono essere rispettati e il risultato deve essere conseguito, rispettando tutti i principi di sistema dell'azione amministrativa, così come enunciati dall'art. 1 della legge sul procedimento amministrativo.

Eravamo, un anno fa, in una fase nella quale dubbi e timori prevalevano sulle certezze e sulla chiarezza dei percorsi, con alcune titubanze rispetto alla strategia complessiva e, in particolare, alla possibilità di rispettare la scansione dei tempi dettata dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza. Oggi siamo in uno scenario differente, nel quale la gran parte degli investimenti hanno preso avvio: le gare per l'individuazione degli operatori hanno lasciato il posto ai cantieri e siamo dunque passati dal panorama della programmazione a quello, ancora più delicato e sfidante, della esecuzione, della quale sono parte le amministrazioni, i tecnici (dai RUP ai Direttori dei Lavori) e soprattutto le imprese.

Il PNRR – è stato ricordato anche durante il convegno – è, allo stesso tempo, una sfida amministrativa, tecnica, politica, sociale e giuridica. Nessuna di queste dimensioni può essere aggirata se non al prezzo di sminuirne la portata e il significato nell'attuale contesto storico che è

caratterizzato, com'è noto, dal tentativo di consolidare il ruolo della committenza pubblica nel panorama generale degli investimenti.

Non è affatto scontato che detto tentativo abbia un esito positivo: il PNRR infatti pianifica il quadro di uno sviluppo dinamico che esso deve mettere in moto tramite le amministrazioni, ad ogni livello; fissa un calendario, indica obiettivi da perseguire e procedure da rispettare. Dal Decreto n. 77 del 2021 alla legge 78 del 2022 – che ha delegato il Governo ad adottare un nuovo Codice dei Contratti Pubblici, entrato in vigore con il Decreto Legislativo n. 36 del 2023 – molti sono stati gli impegni e le misure assunte con l'obiettivo di riordinare, razionalizzare, semplificare un quadro legislativo complesso e non adeguato ad un contesto post-emergenziale.

La giornata seminariale della quale in questo volume si raccolgono gli esiti è stata pensata per condividere i dubbi concretamente emergenti dalla quotidiana prassi amministrativa e per offrire alle figure tecniche del Comune e dell'Università di Parma, se non dei veri e propri “strumenti operativi”, quantomeno delle direttrici utili per l'orientamento in quella che, per alcuni aspetti, è apparsa alla stregua di una “terra incognita”. D'altra parte è difficile ricordare una stagione politica e amministrativa così profondamente segnata da una sfida simile al Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza: occorre forse tornare al Piano Marshall, nell'immediato Secondo Dopoguerra, in una stagione del Paese indubbiamente più complessa e affatto diversa rispetto a quella attuale, segnata da una più decisa tensione ideale, sociale e politica, da un clima di maggiore fiducia, con la ragionevole speranza che il futuro del Paese – e non solo – sarebbe stato all'insegna della prosperità e della pace. Le pubbliche amministrazioni – e segnatamente quelle territoriali – si confrontano con una sfida che è quasi epocale, il successo della quale può innescare in Europa una diversa e più matura idea di cooperazione e di solidarietà, in base alla quale i rischi siano finalmente condivisi e affrontati con risorse finanziarie comuni: è questa la responsabilità – enorme – della quale siamo chiamati a farci carico come amministratori e, in generale, come classe dirigente del territorio e del Paese.

Il Comune di Parma è impegnato nella realizzazione di oltre 30 progetti destinatari di finanziamenti PNRR per investimenti complessivi che superano i 70 milioni di euro: è dunque comprensibile la solerzia e l'attenzione con le quali la Giunta guidata dal Sindaco Michele Guerra si è voluta dotare di alcuni strumenti di supporto volti a garantire il corretto esercizio del potere e il corretto esercizio della funzione pubblica – anticipando quantomeno gli effetti di alcuni controlli – e volti,

inoltre, a ridurre le situazioni di condizionamento o di prossimità al malcostume.

Sul versante della trasparenza, il Comune di Parma si è dotato di una sezione del sito istituzionale dell'ente interamente dedicata alla descrizione di ogni singolo progetto PNRR, indicandone gli importi, la fonte di finanziamento (a carico del PNRR e dell'ente) e lo stato di avanzamento (progettazione, aggiudicazione, esecuzione, completamento). Questo esempio di trasparenza è indicato da *Avviso Pubblico. Enti locali e Regioni contro mafie e corruzione* quale modello di “buona prassi” per gli amministratori aderenti all'associazione.

Anche al fine di rafforzare la trasparenza, l'amministrazione comunale di Parma ha inoltre adottato un protocollo d'intesa con le forze sindacali calibrato, in sintesi, sulla condivisione non occasionale di dati e informazioni inerenti, in particolare, allo stato di avanzamento dei cantieri nonché alle condizioni di “legalità” (in senso ampio) nella gestione dei contratti. Le condizioni di lavoro nei cantieri e, in generale, negli appalti sono, in effetti, la nostra più grande preoccupazione non solo per i noti fatti di cronaca che hanno tristemente costellato gli ultimi mesi, da Brandizzo a Suviana, ma soprattutto per le drammatiche statistiche, che ci restituiscono il quadro di un Paese in cui si registrano tre vittime al giorno. Siamo impegnati, come ente ma anche con le nostre società partecipate, ad individuare le soluzioni più adeguate per scongiurare incidenti e condizioni di pericolo: dalla limitazione del subappalto “a cascata”, alla promozione di direzione lavori interne, fino alla prevalenza dell'offerta economicamente più vantaggiosa quale criterio per l'affidamento degli appalti.

Sul versante della legalità, il Comune di Parma ha stipulato un'apposita convenzione con la Guardia di Finanza al fine di rafforzare, anticipare e agevolare la condivisione dei flussi informativi inerenti ai singoli cantieri e far emergere in anticipo eventuali *alert* sintomatici di reati o, comunque, di condizioni economiche, previdenziali e amministrative non rispettose dei diritti dei lavoratori e delle lavoratrici.

In questa prospettiva è stata rilanciata anche la collaborazione con l'Osservatorio per la Legalità dell'Università di Parma mediante varie iniziative, tra le quali uno degli assi qualificanti è la promozione di apposite giornate di formazione e di studio rivolte ai dipendenti dei due enti.

In definitiva, attorno al PNRR abbiamo voluto istituire un “sistema di legalità organizzata”.

Sono molto lieto che gli atti del seminario del 14 aprile 2023 diventino ora un volume a disposizione di tutte e di tutti, e sono profondamen-

te grato nei confronti della Prof.ssa Monica Cocconi per il suo infaticabile impegno su questi profili, oltre che per averci offerto l'occasione di superare quell' "isolamento acustico" nel quale rischiamo di lavorare ogni giorno quando ci misuriamo, da soli, con i problemi e le criticità della contrattualistica pubblica.

Il volume testimonia l'impegno concreto, e non scontato, delle istituzioni per promuovere le migliori condizioni per affrontare una stagione di investimenti eccezionale e non ordinaria, un'occasione faticosa ma irripetibile, della quale desideriamo esprimere tutte quante le potenzialità e, se possibile, farne anche un modello per il futuro.

*Francesco De Vanna*

Assessore ai Lavori Pubblici e Legalità del Comune di Parma

# INTRODUZIONE ALLA COLLETTANEA. PERCORSI DI LEGALITÀ NELLA NUOVA CONTRATTUALISTICA PUBBLICA

Monica Cocconi

SOMMARIO: 1. Tutela della legalità e contrattualistica pubblica. Un percorso antico che incede verso nuove traiettorie. - 2. Il senso e la valorizzazione della trasparenza in un ambiente regolatorio improntato alla fiducia. - 3. L'impatto del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza sui nodi della nuova contrattualistica pubblica. - 4. Il potenziale della domanda pubblica quale leva della transizione ecologica nel *green procurement*. - 5. Le peculiarità della disciplina dei contratti pubblici nei settori speciali e il ruolo assunto nella relativa regolazione dalla tutela della concorrenza. - 6. I criteri di esclusione dalla nuova disciplina per gli affidamenti nelle attività a valenza sociale e la valenza di coprogrammazione e coprogettazione. - 7. Cittadinanza attiva e amministrazione condivisa alla ricerca d'autore.

## **1. Tutela della legalità e contrattualistica pubblica. Un percorso antico che incede verso nuove traiettorie**

Il nesso fra tutela della legalità e contrattualistica pubblica è, com'è noto, ben più risalente del cono d'ombra in cui viene di solito situato, ossia nel prisma del *trait d'union* fra disciplina sull'anticorruzione del 2012<sup>1</sup> e il codice dei contratti del 2016<sup>2</sup>. Lungo tutto il '900, a partire dalla disciplina sulla contabilità del 1923<sup>3</sup>, originata dalla questione delle forniture per l'esercito nel corso della prima guerra mondiale, la sfiducia nella capacità e nell'integrità dell'amministrazione indussero infatti il legislatore a ridurre la discrezionalità amministrativa attraverso modelli formali e rigidi di gara per la selezione dei contraenti funzionali

1. Si v. la l. 6 novembre 2012, n. 190.

2. Si v. il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

3. Si v. il r.d. 8 febbraio 1923, n. 422.

a preservare, ad un tempo, il buon uso delle risorse pubbliche e la legalità dell'azione amministrativa<sup>4</sup>.

Sul finire del secolo, inoltre, le spinte europee verso una maggior valorizzazione del principio di concorrenza condussero il legislatore ad investire il modello dell'incanto pubblico anche di obblighi inerenti al perseguimento dell'interesse pubblico di rilievo costituzionale al buon andamento dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.), oltre a quello di tutela della concorrenza.

Nel periodo successivo a Tangentopoli, inoltre, principalmente attraverso la disciplina Merloni del 1994<sup>5</sup>, l'acuirsi della sfiducia nell'amministrazione portò ad intravedere nell'ulteriore contenimento della discrezionalità amministrativa una forma di tutela verso la stessa corruzione e l'incapacità delle pubbliche amministrazioni.

Al tempo stesso, e secondo una logica antitetica, la scelta amministrativa fu in seguito chiamata dalla disciplina europea, a farsi carico altresì, soprattutto a partire dal 2006, dell'individuazione di una sintesi fra gli interessi ulteriori e non sempre componibili della tutela ambientale, del lavoro e dell'innovazione delle piccole e medie imprese<sup>6</sup>.

Nello scorso decennio la definizione del delicato equilibrio fra legalità ed efficienza amministrativa fu affidato, prioritariamente, al perimetro della disciplina dell'anticorruzione del 2012, correlata a quella del codice dei contratti del 2016. La logica di fondo che, inizialmente, ne improntò l'approccio fu che l'integrità e la legalità dell'amministrazione potessero costituire, ad un tempo, presupposto adeguato ad assicurarne anche qualità, competizione fra gli acquirenti e buon andamento dell'azione amministrativa. La legalità rappresentò, in tal modo, una delle anime fondamentali della disciplina dei contratti pubblici, unitamente alla concorrenza e al buon andamento dell'azione pubblica<sup>7</sup>.

Nel cono d'ombra della disciplina anticorruzione fu inoltre edificata una *governance* della contrattualistica pubblica focalizzata su rilevanti poteri regolatori dell'Autorità anticorruzione<sup>8</sup> alla cui regia fu tuttavia

4. In tal senso, M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1993, p. 413.

5. Si v. la l. n. 109 del 1994.

6. Sul fatto che la disciplina della contrattualistica pubblica si sia fatta carico gradualmente, soprattutto a partire dal 2006, di interessi differenti e non omogenei si v. P. Lazzara, *Il diritto dei contratti pubblici. Temi e questioni aggiornato al d.l. n. 77/2021*, Aracne, Roma, 2021, p. 14.

7. In tal senso S. Fantini, H. Simonetti, *Le basi del diritto dei contratti pubblici*, Giuffrè, Milano, 2023, p. 28.

8. Decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, Misure urgenti per la semplificazione e la tra-

spesso ricondotto, non sempre a ragione, il rischio di una deriva pan-penalistica del settore e quello, conseguente, di una paralisi dell'iniziativa dei funzionari pubblici, a fronte dei timori di responsabilità a questa associati.

Il reale baricentro di un effettivo funzionamento del sistema era, piuttosto, quello della reale capacità dell'amministrazione di orientarsi e di agire nel profluvio di interventi legislativi nel settore a cui era strettamente correlato lo scioglimento dei nodi fondamentali della qualificazione e della razionalizzazione delle stazioni appaltanti, della diffusione delle centrali di committenza e della digitalizzazione delle procedure. Alla loro risoluzione era affidata la scommessa di porre finalmente rimedio alle questioni ataviche del settore ossia quelle della riduzione dei tempi di progettazione e di esecuzione degli appalti e dell'effettiva esecuzione delle prestazioni.

Sul perfezionamento della capacità amministrativa delle stazioni appaltanti avrebbe potuto contribuire, in realtà, il forte ruolo di regolazione e di vigilanza collaborativa esercitato dall'Autorità nazionale anticorruzione<sup>9</sup>, anche in una prospettiva precontenziosa<sup>10</sup>, al fine di favorire e di sostenere l'assunzione di responsabilità delle pubbliche amministrazioni e di scoraggiarne la paralisi.

Rispetto all'alluvione di interventi legislativi e, quindi, all'incertezza del quadro legislativo la legittimazione dell'Autorità ad emanare Linee guida vincolanti e generali, validate dal Consiglio di Stato e soggette a continui aggiornamenti<sup>11</sup>, avrebbe forse rappresentato, in effetti, un valore aggiunto se la capacità amministrativa delle Stazioni appaltanti fosse stata adeguata a seguirne e ad interpretarne gli indirizzi.

Non a caso la centralità di tale profilo divenne evidente dinnanzi alla crisi emergenziale della vicenda pandemica. Il diritto dell'em-

sparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari. Cfr. es. M. Del Signore, M. Ramajoli, *La prevenzione della corruzione e l'illusione di un'amministrazione senza macchia*, in «Riv. trim. dir. pubbl.», 2019, spec. p. 65; G. Racca, *Dall'Autorità sui contratti pubblici all'autorità nazionale anticorruzione: il cambiamento del sistema*, in «Diritto amministrativo», 2015, pp. 345 ss.

9. Si v. E. D'Alterio, *Regolare, vigilare, punire, giudicare: l'Anac nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in «Gior. Dir. Amm.», n. 4, 2016, pp. 499-505.

10. Si v. M. Macchia, *La funzione precontenziosa dell'Anac*, in «Dir. Proc. Amm.», 2020, I, p. 187; M. Ramajoli, *Il precontenzioso nei contratti pubblici fra logica preventiva e tutela oggettiva*, «Dir. Proc. Amm.», 2018.

11. Sul tema G. Morbidelli, *Linee guida dell'ANAC: comandi o consigli?*, in «Diritto amministrativo», fasc. 3, 2016, pp. 273 ss.; F. Cintioli, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del cd. precontenzioso e sulle raccomandazioni di ANAC*, in «Dir. Proc. Amm.», 2017, pp. 381 ss.

genza si manifestò talora, come sottolineato, come “fuga dai contratti pubblici”<sup>12</sup>. L’equilibrio rispetto alla tutela della legalità che, nella sua pregnanza, avrebbe potuto, in realtà, ricomprendere gli ulteriori interessi rilevanti dell’ordinamento affidati dal legislatore europeo alla contrattualistica pubblica era affidato non solo al meccanismo della deroga alla regola ma anche alla sospensione della sua efficacia, dinnanzi a interventi su profili specifici improntati, talora, ad una logica differente da quella complessiva<sup>13</sup>.

Nell’attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza il settore dei contratti pubblici assunse una portata determinante e trasversale quale strumento per l’attuazione degli investimenti in esso previsti. La stessa disciplina costituì, per usare l’espressione di Edgar Morin degli anni Settanta, un luogo di manifestazione emblematico della policrisi del sistema amministrativo pubblico, sulla quale si rinfrangevano e talora amplificavano le sue molteplici criticità: dalla necessità di una semplificazione normativa a quella di un recupero di autorevolezza dell’amministrazione.

Nel prisma del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, in realtà, evaporava la legittimazione dell’Autorità ad emanare Linee Guida, non più contemplata nel nuovo codice dei contratti, e sbiadiva quindi lo stesso ruolo di regolazione dell’Autorità. Affiorava viceversa una logica per la quale la gestione e il controllo dell’azione amministrativa era affidata, principalmente, alla prevenzione e al contrasto delle minacce alla tutela degli interessi finanziari, oltre che alla sana e corretta gestione delle risorse economiche, rispetto a gravi irregolarità, piuttosto che alla tutela dell’integrità dell’amministrazione rispetto a fattispecie di *maladministration*.

Il ruolo dell’Autorità, in ogni caso, è chiamato oggi a giocare in due profili innovativi e cruciali, menzionati nell’art. 222 del nuovo codice, ossia la definizione e la gestione del sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza e, attraverso la Banca dati nazionale dei contratti pubblici di cui è titolare esclusiva, quello del coordinamento della digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti pubblici.

Il contrasto all’illegalità, inoltre, è destinato a combattersi più di recente, in realtà, non più unicamente sul terreno della gara ma grazie al

12. In tal senso S. Fantini, H. Simonetti, *Le basi del diritto dei contratti pubblici*, cit., p. 25.

13. Alcune misure di sospensione, proroga di deroghe e introduzione di nuove deroghe in materia sono state contemplate dal d.l. n. 18 del 2020 (decreto cura Italia), dal d.l. n. 34 del 2020 (cd. decreto rilancio), nel d.l. n. 76 del 2020 (cd. decreto semplificazioni) e, infine, nel d.l. n. 77 del 2021 (decreto semplificazioni bis).

ricorso ad una serie di strumenti preventivi quali, ad esempio, i patti di integrità, le *white list* o istituti di natura composita quali il commissariamento delle imprese e le informative antimafia<sup>14</sup>.

Queste ultime sono provvedimenti dell'autorità prefettizia e costituiscono l'esito, ai sensi dell'art. 84 del d.lgs. n. 159 del 2011, richiamato dall'art. 94, comma 2, del nuovo codice contratti del 2023, della sussistenza, dedotta da pronunce della magistratura o da accertamenti della stessa autorità, di situazioni frutto di tentativi di infiltrazione mafiosa, diretti a condizionare le decisioni di imprese o società. Ne discende l'impossibilità, per i destinatari, di partecipare al procedimento di gara per la stessa aggiudicazione dei contratti o, nel caso siano stati già sottoscritti, il recesso dagli stessi.

L'effettività dell'azione pubblica diretta al contrasto della criminalità organizzata presuppone, su tale versante, un delicato equilibrio fra la garanzia della libertà d'impresa del soggetto destinatario della misura cautelare e quelle di sicurezza pubblica e di tutela della concorrenza nel sistema economico nel suo complesso<sup>15</sup>.

La stessa scelta, da parte del nuovo codice, del termine legalità, più generico di quello di anticorruzione, menzionata, insieme alla trasparenza e alla concorrenza, quale controlimito, nell'art. 1 del nuovo codice, al principio del risultato<sup>16</sup>, affidano alla trasparenza il ruolo di effettiva "chiave di volta" su cui costruire la tutela della legalità nel nuovo contesto regolatorio, improntato alla fiducia e ad un potenziamento della discrezionalità del committente.

Ammoniva Piero Calamandrei<sup>17</sup> come la legalità potesse costituire, in realtà, un semplice stampo in cui si poteva fondere oro ma anche piombo, al fine di sottolineare il rischio di vacuità insito nel termine ma, al tempo stesso, le sue potenzialità anche sul versante della preservazione della libertà.

Gli scritti che seguono, di cui si sintetizzano, di seguito, alcune essenziali linee portanti, tratteggiano alcuni profili della sua applicazione su differenti oggetti della nuova contrattualistica pubblica, unificati dal

14. In tal senso E. Carloni, *L'anticorruzione: Politiche, regole, modelli*, Bologna, 2023, p. 231; F. Manganaro, *La corruzione in Italia*, in «Foro amm.», 2014, p. 1861.

15. In tal senso mi sia consentito il rinvio a M. Cocconi, *Il perimetro del diritto al contraddittorio nelle informative interdittive antimafia* in «Federalismi», n. 15, 2022.

16. Sulla definizione e distinzione fra i principi ordinatori del nuovo codice si v. M. Renna, *I principi*, in *Il nuovo corso dei contratti pubblici. Principi e regole in cerca di ordine (d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36)* a cura di Fantini, Simonetti, Il Foro italiano, gli Speciali, Piacenza, 2023, pp. 2-28.

17. P. Calamandrei, *Non c'è libertà senza legalità*, Laterza, 2019.

confronto obbligato con il tema della tutela della legalità, finalità principale dell'Osservatorio permanente dell'Università di Parma.

Con il progetto Osservatorio l'Ateneo di Parma è infatti entrato, dal 2019, nel circuito virtuoso di attuazione del "Testo unico per la promozione della Legalità e per la promozione della cittadinanza e dell'economia responsabili", la l. n. 18 del 2016 attraverso la presentazione di progetti sulla legalità che ciascun anno vengono siglati da un accordo di programma fra Magnifico Rettore e Presidente della Regione. A valle di tale accordo ciascun anno viene rinnovato un accordo con l'amministrazione comunale di Parma, più nello specifico con l'assessorato ai lavori pubblici e alla legalità. L'Osservatorio si è inserito infatti in una rete territoriale che comprende la Prefettura, l'Ufficio Regionale Scolastico, il Comune di Parma e quello di Sorbolo Mezzani, la Fondazione Cariparma, il Circolo culturale Il Borgo e le Associazioni di categoria. Le linee di azione dell'Osservatorio coincidono con le tre missioni dell'Ateneo di Parma, quella di formazione di studenti e professionisti, la ricerca e la terza missione, in particolare rivolta alle istituzioni scolastiche del territorio per la promozione di una cultura della legalità.

Gli scritti contenuti in questo Volume raccolgono gli Atti di alcuni Eventi formativi organizzati dall'Osservatorio nel corso del 2023, in sinergia con il Comune di Parma.

## **2. Il senso e la valorizzazione della trasparenza in un ambiente regolatorio improntato alla fiducia**

A riconoscere, nel nuovo codice dei contratti, un mutamento quasi antropologico nel modo di intendere la funzione di *procurement* è il saggio di Enrico Carloni che assegna a questa un potenziale ruolo motore di una trasformazione profonda dell'intera amministrazione.

Il riconoscimento all'amministrazione di più ampi spazi di discrezionalità viene qui collocato dall'A. nel contesto della costruzione a sistema, per principi, del nuovo codice, all'interno del quale l'esercizio della potestà discrezionale viene orientato al risultato (art. 1) e legittimato dalla fiducia (art. 2). La coerenza del disegno complessivo viene colta, in effetti, attingendo ad una rilevante valorizzazione del principio di trasparenza che, oltre a rendere sostenibile il nuovo impianto, viene rinvenuta in più ragioni.

La valorizzazione attinge, anzitutto, alla correlazione della trasparenza con i primi due principi del nuovo codice ossia quale dimensione

capace di alimentare la fiducia e, attraverso il rafforzamento dei suoi meccanismi, di produrre un risultato, inteso anche come affidamento del cittadino nel buon funzionamento delle dinamiche delle istituzioni democratiche.

All'interno del nuovo approccio metodologico il principio del risultato, concepito quale criterio di individuazione della regola del caso concreto attraverso l'esercizio della potestà discrezionale, viene collocato in stretta correlazione con quello della fiducia. La stessa estensione fiduciaria del perimetro del potere discrezionale, nel valorizzare l'iniziativa e l'autonomia decisionale del personale, ne favorisce infatti le scelte funzionali all'acquisizione delle prestazioni secondo il principio del risultato.

L'A. si interroga, inoltre, sul rinnovato senso da riconoscere alla trasparenza e all'utilizzo dei meccanismi di conoscenza in un ambiente regolatorio investito dal paradigma della fiducia. In tale nuovo contesto la stessa fiducia non può essere intesa come affidamento cieco ma, piuttosto, quale tassello di un discorso fondato sulla responsabilità e sull'accountability dell'amministrazione e, dunque, sulla trasparenza.

Questa, a sua volta, transita principalmente attraverso la digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti pubblici volta a favorire la tracciabilità dei percorsi decisionali e a rafforzare condizioni di conoscibilità rese possibili dal dialogo tra piattaforma digitale e banca dati nazionale dei contratti pubblici.

In tale quadro la trasparenza viene disegnata quale condizione stessa della fiducia secondo un approccio fondato sulla convinzione della bontà delle intenzioni dei funzionari e su forme di iniziative coerenti con tale convincimento. La valorizzazione dei meccanismi di conoscenza non appare dunque funzionale all'individuazione dell'errore ma piuttosto all'attivazione di meccanismi di cooperazione, di collaborazione reciproca e di rafforzamento dell'azione pubblica.

### **3. L'impatto del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza sui nodi della nuova contrattualistica pubblica**

Dell'analisi dell'impatto del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza sui nodi della nuova contrattualistica pubblica si occupa il saggio di Elisa D'Alterio<sup>18</sup>. L'A. analizza, in particolare, le misure e le previsioni

18. *Amplius*, sul tema, si v. E. D'Alterio, *Riforme e nodi della contrattualistica pubblica*, in «Dir. Amm.», n. 3, 2022.

contemplate nel Piano Nazionale in quest'ambito e il livello di coerenza del nuovo codice rispetto a quanto previsto nel Piano. L'analisi è formulata alla luce degli orientamenti della l. delega 21 giugno 2022, n. 78, con le loro ricadute nel nuovo codice e si sofferma sulle tendenze generali della disciplina.

Parafrasando e adattando al contesto l'imperativo manzianiano "Questo PNRR s'ha da fare", il perno su cui viene fatta discendere, dall'A., l'effettività degli obiettivi e dei traguardi in esso previsti è individuato nel meccanismo della "condizionalità finanziaria" quale forza motrice capace di smuovere ostacoli a lungo persistenti.

Uno dei terreni principali su cui tale effettività si è misurata in modo fecondo è stato, per l'A., il sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza, contemplato dall'art. 38 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50. La resistenza delle amministrazioni locali, infatti, non aveva mai fatto decollare il sistema, affidato alla definizione, tramite un decreto mai emanato, dei requisiti di qualificazione delle stazioni appaltanti da inserire in uno specifico elenco.

Il processo di graduale ma spedita rivitalizzazione dell'art. 38 si è viceversa sbloccato attraverso la stipula di un protocollo d'intesa fra Presidenza del Consiglio e Anac, cui è stata affidata la redazione di Linee guida e un proficuo negoziato con i tecnici della Commissione europea. Il motore di tale ricomposizione del sistema è stata la necessità di rispettare i vincoli del Piano e la definizione di un percorso condiviso a tappe fra differenti enti.

L'A. si sofferma in seguito sulle tipologie di misure contemplate dal PNRR riguardo ai contratti pubblici; oltre al traguardo generale della riforma del codice, analizza gli ulteriori obiettivi quantitativi di dettaglio.

L'analisi si dipana, infine, sulla capacità del nuovo assetto regolatorio di soddisfare le attese dell'Unione europea, individuate nel perfezionamento dell'efficientamento del sistema della contrattualistica pubblica in merito a tutti gli aspetti della disciplina, segnatamente elencati in M1C1-70 del PNRR, come integrato nell'ambito degli accordi operativi, unitamente alla messa a regime delle misure di semplificazione, contemplate nel 2021. Tali aspetti sono sintetizzati dall'A. in quattro linee di attività: razionalizzare l'eccessiva quantità di stazioni appaltanti operanti nel sistema italiano; digitalizzare le procedure delle centrali di committenza; digitalizzare, più in generale, le procedure di conclusione di appalti e concessioni pubbliche gestite dalle pubbliche amministrazioni; rimuovere alcuni limiti all'applicazione del contratto di subappalto, previsti dal sistema italiano.

La rilevata soddisfazione delle principali attese dell'Unione, da parte della nuova disciplina, non trascura la persistenza di zone d'ombra o la necessità di maggiori attenzioni quali la messa a regime scaglionata del sistema di qualificazione delle Stazioni appaltanti e la necessità di riconoscere un'effettiva centralità alle procedure di digitalizzazione dei contratti pubblici e ad un'autentica riduzione dei tempi dei procedimenti.

#### **4. Il potenziale della domanda pubblica quale leva della transizione ecologica nel *green procurement***

Il contributo di Alessia Depietri si sofferma sui profili giuridici degli appalti verdi, o *Green Public Procurement* (d'ora in poi GPP), concepibili quali strumento di rilancio strategico dell'economia nazionale ed europea in cui possono considerarsi pienamente sintetizzate non solo le logiche della *green economy*, ma anche quelle della *blue economy*. In altre parole, il saggio indaga l'elevato potenziale che contraddistingue la domanda pubblica, da intendersi quale essenziale leva della transizione ecologica.

Posto che l'Unione Europea ha sempre situato l'istituto del *G.P.P.* attraverso un approccio *non-mandatory* (fatte alcune eccezioni nell'ambito di interventi attuativi del *Green Deal*), lo scritto rileva come il nostro Paese sia stato il primo, in Europa, ad attribuire agli appalti verdi portata vincolante, fissando criteri ambientali minimi per determinate categorie merceologiche.

Tale impostazione persiste anche nel nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 36/2023) che, tuttavia, depotenzia lievemente i CAM attraverso il principio della differenziazione (art. 57.2), non contempla nel rivisto quadro dei principi quello di sviluppo sostenibile e non riporta il contenuto dell'ex art. 30.1 del d.lgs. n. 50/2016 che ammetteva la possibilità di subordinare il principio di economicità anche ad esigenza ambientali.

Ciò posto, l'A si pone un inevitabile interrogativo: quest'ultima riforma in tema di contrattazione pubblica ne ha depotenziato il ruolo strategico in chiave ambientale?

Tracciate le principali coordinate della dimensione *in law* dei CAM, l'A. ne evidenzia le criticità sul versante *in action*.

Sulla base di una serie di dati raccolti dall'Osservatorio appalti verdi, coordinato da Legambiente, emerge come le Pubbliche Amministrazioni applichino in percentuale assai scarsa i CAM, nonostante la loro vincola-

tività (con potenziali effetti pregiudizievoli sulla legittimità del bando di gara). Tali criticità vengono ricondotte a carenze formative del personale, spesso in difficoltà nella redazione corretta dei bandi di gara *green*.

Tale aspetto assume ancora maggiore gravità nel contesto del nuovo quadro regolatorio che è caratterizzato da un significativo ampliamento della discrezionalità dei funzionari e dei dirigenti delle stazioni appaltanti.

Dinnanzi al nuovo contesto regolatorio, si evidenzia come il contenuto della formazione del personale pubblico necessiterebbe di programmi trasversali, non solo idonei ad approfondire gli istituti ricompresi nella stagione di riforma lanciata dal PNRR, ma anche in grado di offrire i necessari strumenti per riconoscere ed evitare, in via preventiva, il rischio di infiltrazioni mafiose nell'ambito delle commesse pubbliche, con speciale riferimento a quelle ecologicamente orientate. Il riferimento sul punto è alle ecomafie, consorterie criminali in continua evoluzione, che leggono nell'ambiente una proficua occasione di guadagno.

## **5. Le peculiarità della disciplina dei contratti pubblici nei settori speciali e il ruolo assunto nella relativa regolazione dalla tutela della concorrenza**

Come l'impatto del diritto europeo abbia condizionato la disciplina derogatoria nei settori speciali degli appalti pubblici e ridisegnato il ruolo in essa assegnato alla tutela della concorrenza è il tema affrontato dal saggio di Nicola Brignoli.

L'A. vi evidenzia la transizione da una concezione di questa di matrice contabilistica, nella quale la tutela della concorrenza coincideva con un regime concorsuale imposto agli operatori economici per garantire l'imparzialità dell'amministrazione attraverso la scelta economicamente più conveniente per questa, ad una fondata sulla *par condicio* fra gli operatori economici al fine di una compiuta realizzazione di un mercato concorrenziale.

Per l'A. l'impatto del diritto europeo avrebbe in effetti prodotto un allineamento fra mezzi e fini, laddove la tutela della concorrenza non sarebbe più funzionale al raggiungimento di un vantaggio economico per l'amministrazione committente ma un fine in sé, di indubbia centralità nella regolazione dei nuovi contratti pubblici.

Le procedure ad evidenza pubblica non sarebbero più, dunque, unicamente funzionali ad assicurare la *par condicio* fra gli operatori economici ma alla selezione del contraente migliore, inteso non in senso

esclusivamente economico, ma come quello in grado di assicurare il miglior risultato possibile, sulla base dell'art. 1, comma 2 del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36.

In tale contesto la definizione dei vincoli procedurali sull'espletamento dei contratti pubblici non risponderebbero più principalmente al principio di legalità e all'interesse pubblico delle stazioni appaltanti ma a garantire la libera concorrenza nel mercato europeo. Da tale impostazione dovrebbe scaturire una maggior scelta per la stazione appaltante fra le offerte degli operatori economici in funzione del miglior risultato possibile inteso come interesse pubblico alla realizzazione dell'opera, alla fornitura della prestazione o all'espletamento del servizio. Tale impostazione non comporterebbe, tuttavia, un arretramento della legalità data la rilevanza del settore sul versante dell'impiego delle risorse pubbliche e della loro corretta gestione.

La ricomprensione dei settori speciali nella disciplina degli appalti pubblici riguarda un *corpus* di norme, derogatorio rispetto ai settori ordinari, focalizzato essenzialmente sulle finalità di apertura alla concorrenza dei relativi mercati.

La specialità di tali settori è ricondotta dall'A. ad un duplice ordine di motivazioni. La libera accessibilità al mercato, data la natura di servizio pubblico della maggior parte delle attività ivi ricomprese, relative a beni primari e servizi essenziali per la collettività, costituisce un'opzione non definitiva ma che scaturisce da scelte politiche relative alla regolazione del mercato di riferimento.

La riconduzione della maggior parte delle relative attività ai servizi pubblici a rete, nei quali dunque un segmento della filiera, che ne assicura di fatto l'erogazione, è inevitabilmente sottratto alla concorrenza, comporta che una compiuta liberalizzazione del settore non potrà mai essere conseguita.

I relativi settori, inoltre, sono destinati, per l'A., a preservare la loro specialità, pur in un contesto di liberalizzazione dei mercati di riferimento, e l'apertura alla concorrenza assumerà sempre un ruolo peculiare nella loro regolazione.

## **6. I criteri di esclusione dalla nuova disciplina per gli affidamenti nelle attività a valenza sociale e la valenza di coprogrammazione e coprogettazione**

Alle novità e agli effetti del nuovo Codice dei contratti pubblici è dedicato lo scritto di Emilio Emmolo. Nel settore persiste la disciplina

contenuta nelle direttive 23, 24 e 25 del 2014 e il cd. regime “alleggerito” transita dal codice degli appalti contenuto nel d.lgs. n. 50/2016 al nuovo (d.lgs. n. 36/2023), fatte salve la disciplina sui servizi sociali (l. n. 328/2000) e le discipline regionali.

Una delle novità più rilevanti è identificata dall’A. nella nuova disciplina sotto-soglia che elimina l’obbligo di rotazione per le criticità segnalate dalla Relazione introduttiva del Consiglio di Stato nella sua applicazione ai servizi sociali. Oltre al regime “alleggerito” e a quello sottosoglia lo scritto si sofferma più ampiamente sul coordinamento con il Codice del terzo settore (d.lgs. n. 117/2017), nella disposizione di cui all’art. 55, e sul significato di coprogrammazione e coprogettazione, oltre che sugli appalti riservati per l’inserimento lavorativo.

Dall’articolata analisi di Emmolo emergono una pluralità di possibilità per l’organizzazione e la gestione dei servizi sociali e quindi la conseguente possibilità, da parte della pubblica amministrazione, di utilizzare una ricca e articolata panoplia di strumenti. Ogni strumento è gestito da un peculiare meccanismo di governance e di regolazione dei rapporti di competizione e di collaborazione fra gli operatori economici e la stazione appaltante. L’opzione fra i vari strumenti dovrebbe prioritariamente essere volta ad assicurare una continuità ai servizi previsti dal Piano nazionale di ripresa e resilienza.

L’A. si sofferma di seguito sulle condizioni di esclusione degli istituti della coprogettazione e della coprogrammazione del Codice del Terzo Settore dalla nuova disciplina. Più nello specifico, si mette in luce la recezione, da parte dell’art. 6, dei principi esplicitamente contemplati dalla sentenza n. 131 del 2020 della Corte costituzionale. Per tale pronuncia gli affidamenti devono essere privi di rapporti sinallagmatici e riguardare attività a spiccata valenza sociale, fondate sulla condivisione della funzione amministrativa, in condizioni di parità di trattamento in modo effettivo e trasparente e sulla base del principio del risultato. La sussistenza di tali condizioni dev’essere comprovata da una motivazione rafforzata volta a far emergere soprattutto la valenza sociale delle attività affidate, che non si identificano esclusivamente con i servizi sociali, al fine di differenziarle da quelle disciplinate dal nuovo codice

In tal modo l’art. 6 delinea il contesto obbligato al fine di definire il perimetro di esclusione degli istituti del Terzo Settore dalla nuova disciplina.

Gli stessi istituti sono funzionali, per Emmolo, al superamento di una logica di intervento delle prestazioni standardizzata per attingere ad una metodologia innovativa e intersettoriale in grado di soddisfare

bisogni emergenti con il concorso di risorse pubbliche e private e modelli nuovi di governance.

Sul piano regionale le innovazioni della nuova disciplina dovranno essere valorizzate, secondo l'A., per coordinare la pianificazione e la programmazione delle politiche sociali al fine di promuoverne, negli affidamenti, i profili qualitativi, la conoscenza dei bisogni emergenti e la soddisfazione delle risposte più adeguate a livello locale.

## **7. Cittadinanza attiva e amministrazione condivisa alla ricerca d'autore**

Un'analisi degli istituti consensuali contemplati dalla l.r. dell'Emilia Romagna 13 aprile 2023, n. 3<sup>19</sup> collocata nel cono di luce dell'art. 201 del nuovo Codice dei contratti, il d.lgs. n. 36 del 2023, è compiuta dal saggio di Paolo Michiara.

L'A. rileva come il quadro normativo che si va delineando nelle regioni più evolute (Toscana, Umbria, Lazio) riguardo al processo di trasformazione urbana manifesta la tendenza a valorizzare non più solo il ruolo del Terzo Settore ma anche, più in generale, quello della cittadinanza attiva *tout court*.

Il processo culturale che fa da sfondo e ha avviato tali discipline è quella di un'apertura ad una partecipazione ai servizi e all'amministrazione pubblica non unicamente ai soggetti collettivi ma anche ai singoli cittadini, tanto quali individui portatori di istanze specifiche, quanto come rappresentanti isolati di interessi più e meno diffusi.

La ripresa della lettera della Costituzione, laddove all'art. 2 colloca il singolo prima delle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità è stata valorizzata e fatta emergere da vari movimenti di cittadinanza attiva. Più nello specifico dai soggetti che hanno introdotto e poi diffuso nelle amministrazioni pubbliche i diversi regolamenti sui patti di collaborazione, intesi fondamentalmente come accordi di diritto pubblico o privato diretti a permettere la co-gestione di servizi e attività di interesse generale.

Tale complesso percorso avrebbe dovuto essere finalizzato alla riedificazione, in modo coordinato e armonico, di città inclusive e sostenibili laddove il processo di rigenerazione urbana non sia affidato unicamente a costruttori e urbanisti ma anche a tutti i soggetti, anche individualmente considerati, realmente motivati a favorirne l'evoluzione.

19. Accordi, contratti, coprogrammazione, coprogettazione, accreditamento, concessioni.

In tale contesto l'A. sottolinea come anche il principio di legalità sia destinato, se applicato alle varie disposizioni che disciplinano la partecipazione civica, anche in senso lato, a perdere la sua tradizionale, nonché scultorea, fissità per assumere una fisionomia più cangiante.

Una declinazione degli itinerari culturali e concettuali sopra menzionati è individuata dall'A. nella complessa architettura della l.r. Emilia-Romagna 13 aprile 2023, n. 3 collocata nel solco di leggi regionali precedenti orientate alla medesima funzione.

Nella composita intestazione della legge emiliana commentata «Norme per la promozione e il sostegno del terzo settore, dell'amministrazione condivisa e della cittadinanza attiva» si citano infatti espressamente tanto i cittadini attivi quanto il terzo settore e l'amministrazione condivisa e si rileva come appunto *tutti* debbano contribuire al progresso economico e sociale del territorio regionale, urbanizzato o meno.

Quanto alle modalità, ci si riferisce appunto ad una condivisione non solo degli obiettivi ma anche del governo e della gestione dei beni comuni, di quei beni, cioè, che, al di là del regime proprietario, siano funzionali e a servizio della collettività, non di soggetti, pubblici o privati, singoli.

# 1.

## FIDUCIA, TRASPARENZA E DIGITALIZZAZIONE NEL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI

Enrico Carloni

SOMMARIO: 1. Premessa: le scommesse del nuovo codice dei contratti. - 2. La semplificazione: dalla deroga alla discrezionalità. - 3. I “nuovi principi”: l’endiadi “risultato e fiducia”. - 3.1. Trasparenza e fiducia nell’amministrazione (digitale). - 4. Trasparenza e controlli nel paradigma fiduciario.

### 1. Premessa: le scommesse del nuovo codice dei contratti

Il terzo codice dei contratti nell’arco di meno di vent’anni ci propone un cambiamento radicale, quasi rivoluzionario, che riguarda il modo di intendere la funzione di *procurement* delle pubbliche amministrazioni, ma forse più complessivamente (e più ambiziosamente) il modo di intendere la stessa pubblica amministrazione<sup>1</sup>.

Dal punto di vista dei contratti pubblici, in particolare, che si osservi questa trasformazione da una prospettiva di medio o che lo si faccia da una di lungo periodo è chiaro il mutamento della filosofia, si potrebbe dire quasi dell’antropologia dei contratti pubblici e della loro *ratio*. Il cambiamento è evidente rispetto al codice del 2016 (da un codice “guardiano”, come è stato detto<sup>2</sup>, a un codice “volano”, motore di una

1. Le riflessioni in questo scritto sono parte di un discorso più ampio che provo a sviluppare in E. Carloni, *Verso il paradigma fiduciario? Il principio di fiducia nel nuovo codice dei contratti e le sue implicazioni*, in «Diritto pubblico», n. 1, 2024.

2. Così nel Convegno dell’Istituto Jemolo, *Il nuovo codice degli appalti. La scommessa di un cambio di paradigma: dal codice guardiano al codice volano?*, Roma, 27 gennaio 2023; ora v. G. Pellegrino (a cura di), *Il nuovo codice degli appalti. La scommessa di un cambio di paradigma: dal codice guardiano al codice volano?*, Maggioli, Rimini, 2023.

trasformazione dell'amministrazione che però appare ancora uguale a sé stessa: meno di prima più ingabbiata e protetta da procedure e per questo immaginata in grado di ben operare riscoprendo i suoi spazi di discrezionalità. Quale che sia il tasso di scetticismo con il quale accogliamo questa scommessa (tale è considerata dai suoi stessi artefici), si tratta, in ogni caso, di un'evoluzione importante, con la quale è necessario fare i conti, prendendo sul serio le affermazioni del legislatore.

Il complessivo ridisegno della disciplina merita sicuramente un'apertura di "fiducia" (che è poi una delle parole chiave che accompagnano il nuovo ambiente legislativo), anzitutto perché si presenta con un impianto in sé coerente ed organico (ancorché, come vedremo, non sempre in piena sintonia con le direttive europee che continuano ad ispirare e conformare in profondità il sistema), ma anche perché rivela una sua continuità rispetto alle coordinate di più breve termine già maturate nel crogiuolo dell'emergenza pandemica e poi portate a sviluppo nella cornice del piano nazionale di ripresa e resilienza<sup>3</sup>. È d'altra parte noto che proprio il PNRR costituisce una delle determinanti fondamentali del nuovo codice, previsto nel documento e prospettato alle istituzioni europee quale riforma in grado di per sé di migliorare le prospettive di ripresa e sviluppo del paese<sup>4</sup>.

Non è questa la sede per approfondire un testo che, per quanto animato da esplicite pulsioni semplificatorie e dal divieto di *gold plating*<sup>5</sup>, resta sicuramente vasto (ben oltre i 229 articoli che ne compongono l'impianto fondamentale, ed i numerosi allegati), ricco di una intrinseca complessità (come mostrano i corposi commentari ed i numerosi volumi che già iniziano a investigarla)<sup>6</sup>.

3. Su cui cfr. es. E. D'Alterio, *Riforme e nodi della contrattualistica pubblica*, in «Dir. amm.», n. 3, 2022, p. 667.

4. Si v. Governo italiano, *Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza - Italia domani*, p. 70: «in particolare, si interverrà con legge delega, il cui disegno di legge sarà sottoposto al Parlamento entro il 2021. I decreti legislativi saranno adottati nei nove mesi successivi all'approvazione della legge delega». Lo stesso *Piano* illustra già «i più importanti principi e criteri direttivi della delega legislativa» (ivi, pp. 70-71).

5. Come chiarisce di nuovo il *Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, «la riforma prevista si concreta nel recepire le norme delle tre direttive UE (2014/23, 24 e 25), integrandole esclusivamente nelle parti che non siano *self executing* e ordinandole in una nuova disciplina più snella rispetto a quella vigente, che riduca al massimo le regole che vanno oltre quelle richieste dalla normativa europea» (p. 70).

6. Tra gli altri si v. F. Caringella, M. Giustiniani et al., *I nuovi contratti pubblici. Analisi ragionata del nuovo codice dei contratti pubblici (d.lgs. 36/2023)*, Dike, Roma, 2023; Aa.Vv., *Studi sui principi del codice dei contratti pubblici*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2023; R. Dipace, *Manuale dei contratti pubblici*, Giappichelli, Torino, 2023.