

Demetra - XII Corso di formazione giuridico-amministrativa

*Trasporto aereo tra innovazione tecnologica e
integrazione infrastrutturale*

**Principi generali e profili applicativi
del nuovo codice dei contratti**

Avvocato Gianluca Lo Bianco

Dal d.lgs. n. 163/06 al d.lgs. n. 50/16

Il passaggio del testimone dal d.lgs. n. 12 aprile 2006 n. 163 al d.lgs. n. 18 aprile 2016 n. 50 è risultato più complesso del previsto per operatori ed interpreti, con il rischio che le incertezze applicative alimentino, a tutt'oggi, la convinzione che possibili aree grigie, a fronte di una ragionevole iniziale impreparazione rispetto alla nuova struttura della disciplina di settore, lascino ancora spazio a decisioni delle stazioni appaltanti connotate da arbitrarietà.

La complessità del nuovo codice

La ragione di tale complessità va ricercata nel superamento della dimensione evidentemente più lineare del codice di cui al d.lgs. n. 163/2006: le ben 103 definizioni contenute nell'art. 3 del d.lgs. n. 50/2016 sono un primo indice della complessità della nuova struttura del Codice.

La definizione di codice, ad esempio, la troviamo nell'art. 3, comma 1, lett. uuuu) “*«codice», il presente decreto che disciplina i contratti pubblici di lavori, servizi, forniture*”.

Il nuovo codice esprime il policentrismo della nostra organizzazione

Il Codice, quale oggi disciplinato dal d.lgs. n. 50/2016, oltre che recepire le tre direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, certamente raccoglie ed interpreta ben dieci anni di esperienze applicative, operative, interpretative e giurisprudenziali.

Tuttavia, il nuovo Codice dei contratti pubblici non può essere pensato e analizzato come un mero *upgrade* del precedente: è molto di più, perché già nei suoi 220 articoli e 25 allegati esprime il policentrismo proprio della nostra organizzazione politico-istituzionale, economico-finanziaria ed amministrativa.

Principi generali e piano metodologico ed interpretativo

Soffermarsi e focalizzare meglio aspetti generali quali l'ambito di applicazione del Codice e le sue definizioni può tornare, in questa prima fase, utile non solo sul piano della conoscenza sostanziale degli istituti disciplinati, quanto piuttosto sul piano metodologico ed interpretativo per individuare correttamente canoni certi e condivisi di risoluzione delle problematiche che di volta in volta emergeranno in sede applicativa, al fine di optare per la soluzione più aderente alla *ratio legis* perseguita dal legislatore.

Principi generali in materia di contratti pubblici

L'art. 30, comma 1, stabilisce che l'affidamento dei contratti pubblici deve garantire la qualità delle prestazioni e deve svolgersi nel rispetto dei "principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza" e dei "principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché quello di pubblicità".

Detti principi assumono la caratteristica di "*orientamenti o criteri direttivi di così ampia portata e così fondamentali*" da incidere sull'organizzazione interna della P.A., sullo svolgimento delle relative funzioni e compiti, sugli effetti delle attività, sui rapporti con i concorrenti, sui connessi profili di controllo (anche giurisdizionale) e responsabilità (Corte Costituzionale, sent. 1107/1988, dep. il 20/12/1988, e sent. 75/1992, dep. il 28/02/1992).

I procedimenti di *public procurement*

L'integrità e l'efficienza dei procedimenti di *procurement* sono indici di buon andamento della pubblica amministrazione in quanto gli interventi sulla relativa normativa possono rivelarsi uno strumento efficace per migliorare la fiducia nei confronti del sistema-paese, rendendo appetibile per le imprese il *business* con la stessa P.A.

I contratti pubblici rappresentano una delle voci principali della spesa pubblica (oltre il 15% del PIL degli Stati Europei) e costituiscono per molte imprese una fonte rilevante di fatturato.

Principi generali e profili applicativi del nuovo codice: una recente sentenza

Alcuni interessanti principi generali in materia di contratti pubblici, sono desumibili da una recentissima sentenza del Consiglio di Stato (Cons. Stato, V Sez., 3 ottobre 2017, n. 4614), relativamente ad una procedura di gara indetta dal Comune di Catanzaro.

La peculiarità è stata determinata da bando che contemplava incarichi professionali a titolo gratuito (“procedura aperta per l’affidamento dell’incarico per la redazione del piano strutturale del Comune di Catanzaro e relativo regolamento urbanistico”).

Consiglio di Stato, V sezione, 3 ottobre 2017, n. 4614

La Giunta Comunale aveva ottenuto il parere favorevole della Corte dei Conti, sezione regionale di controllo per la Regione Calabria, di formulare un bando che prevedeva incarichi professionali a titolo gratuito.

Nel contenzioso dinanzi al g.a. in primo grado, il TAR ha accolto il ricorso in quanto non sarebbe configurabile un appalto di servizi a titolo gratuito, ovvero atipico rispetto alla disciplina di cui al d.lgs. n. 50 del 2016.

La sentenza di primo grado

(1)

Le censure sono incentrate sull'illegittimità del bando di gara nella parte in cui ha previsto la gratuità del contratto di appalto di servizi, indicando un corrispettivo pari a un euro, laddove l'appalto si caratterizza come conferito a titolo oneroso, sia nella disciplina del Codice Civile, sia in quella dei contratti pubblici.

La sentenza di primo grado

(2)

La sentenza di primo grado, infatti, ha ritenuto non configurabile un appalto pubblico di servizi a titolo gratuito (che prevedeva il solo rimborso delle spese) e dunque ha ritenuto illegittima la gara, in quanto non conforme al paradigma normativo dell'art. 3, comma 1, lett. ii, del d.lgs. n. 50 del 2016, e inoltre perché inidonea a garantire la qualità dell'offerta e, ancora prima, a consentirne un'effettiva valutazione.

La sentenza del Cons. Stato n. 4614/2017

(1)

Il Consiglio di Stato, inquadrando il fondamento della disciplina dei contratti pubblici nell'ambito dei principi generali dell'Unione Europea,, afferma che il prezzo corrispettivo dell'appalto costituisce un elemento strumentale e indefettibile per la serietà dell'offerta, e inerisce all'affidabilità dell'offerente nell'esecuzione contrattuale.

Tuttavia l'espressione "contratti a titolo oneroso" può assumere per il contratto pubblico un significato attenuato o in parte diverso rispetto all'accezione tradizionale e propria del mondo inter-privato.

L'utile finanziario non è considerato elemento indispensabile del diritto vivente dei contratti pubblici.

La garanzia della serietà dell'offerta e di affidabilità dell'offerente può essere ragionevolmente assicurata da altri vantaggi economicamente apprezzabili anche se non direttamente finanziari, potenzialmente derivanti dal contratto.

In proposito il Consiglio di Stato cita la consolidata apertura alle società del Terzo settore nelle gare pubbliche e poi l'esperienza del mecenatismo.

La sentenza del Cons. Stato n. 4614/2017 (3)

La finalità ultima per cui un soggetto può essere ammesso a essere parte di un contratto pubblico può prescindere da una stretta utilità finanziaria, perché l'utilità economica si sposta su leciti elementi immateriali inerenti il fatto stesso del divenire ed apparire esecutore della prestazione richiesta dalla Amministrazione Pubblica (nel caso si specie l'utilità è costituita dal potenziale ritorno di immagine per il professionista che può derivare dall'affidamento dell'incarico di redazione del piano strutturale del Comune di Catanzaro).

La sentenza del Cons. Stato n. 4614/2017

(4)

Secondo il Consiglio di Stato, seppure a titolo gratuito, resta comunque l'esigenza della garanzia della par condicio dei potenziali contraenti, che va assicurata dalla metodologia di scelta tra le offerte. È per questa ragione che un tale contratto non può che rimanere nel sistema selettivo del d.lgs. n. 50 del 2016.

In questo caso, il vaglio della domanda si esaurisce nella valutazione dell'offerta tecnica. Nel caso di specie il Consiglio di Stato ha ritenuto che i criteri di aggiudicazione fossero sufficientemente oggettivi e non in contrasto con l'art. 83 d.lgs. n. 50 del 2016.

Conclusione

La conclusione (che riguarda l'intero campo degli appalti pubblici) è che:

“Non vi è dunque estraneità sostanziale alla logica concorrenziale che presidia, per la ricordata matrice euro unitaria, il Codice degli appalti pubblici quando bandisce una gara in cui l'utilità economica del potenziale contraente non è finanziaria ma è insita tutta nel fatto stesso di poter eseguire la prestazione contrattuale. Il mercato non ne è vulnerato.

Al tempo stesso, non si vede per quale ragione le dette considerazioni di economia dell'immateriale non possono essere prese in considerazione quando giovano, come qui palesemente avviene, all'esigenza generale di contenimento della spesa pubblica”.