

Introduzione

1. – La prima domanda che dovremmo porci concerne l'*an*, come diciamo noi giuristi, ossia perché ci siamo imbarcati nell'avventura di un nuovo Commentario al Codice dei contratti pubblici del 2023. E le risposte che abbiamo individuato le mettiamo a disposizione della comunità dei lettori (ci auspichiamo sia professionali che dottrinali) per una (come si usa dire oggi) *disclosure* delle ragioni che ci hanno condotto a questa impresa.

Innanzitutto una considerazione, per così dire, pregiuridica, che investe l'approccio allo studio e all'approfondimento ossia agli strumenti del pensiero (come diceva il compianto Maestro Giuseppe Abbamonte, l'essenza del mestiere del giurista è il pensiero, "la pensata" come usava dire nel suo meraviglioso intercalare tra dialetto napoletano e lingua nazionale). Sempre di più le pressioni dell'urgenza e la facilità di reperimento di fonti portano ad una "scrematura" superficiale, che non consente di fermarsi a scandagliare le ragioni delle singole soluzioni per abbracciare facili spiegazioni *pret a porter*. Il libro, inteso come oggetto fisico da tenere a disposizione per consultazioni all'occorrenza, è sempre di più relegato ai margini della vita professionale di tutti noi: per fortuna le edizioni digitali consentono un possibile connubio tra l'accesso fisico materiale e quello virtuale, ma l'approccio al volume dovrebbe essere analogo, sia in versione cartacea che digitale.

Quindi abbiamo pensato che un'opera ragionata (pensata in profondità) potesse aiutare a riportare (un po' più) al centro l'attività di riflessione per arginare il fenomeno delle letture "mordi e fuggi". Da qui l'idea di un commento "alla normativa" in materia di contratti pubblici, in grado di offrire sia un'analisi ponderata delle singole disposizioni del nuovo Codice che un esame trasversale delle questioni tematiche, ad esso talora formalmente estranee, di più frequente rilievo applicativo, il tutto in risposta alle esigenze pratiche degli operatori del settore.

Il risultato è quello di un'opera sicuramente articolata, ma che, al di là della stretta attualità delle modifiche normative che incessantemente si susseguono, aiuti ad individuare il filo rosso che lega le soluzioni individuate.

La seconda motivazione che ci ha spinto è stata quella di chiamare a raccolta molte delle migliori intelligenze che si occupano professionalmente di contrattualistica pubblica per avere un caleidoscopio di voci, non necessariamente omogenee (ed anzi sintomo di ricchezza proprio per la diversità di percorsi ideologici e culturali che caratterizzano i vari Autori), che consenta di avere un panorama ragionato delle varie possibili interpretazioni e far sì che si formi in maniera adeguata il pensiero dell'operatore che consulta l'opera. In poche parole, l'auspicio era quello di dare vita ad un insieme di voci articolate, però fuse in un coro collettivo, del quale abbiamo assunto l'onore del coordinamento.

Speriamo che lo sforzo di tutti noi Autori abbia raggiunto l'obiettivo, ma questo ce lo potranno dire solo i lettori che consulteranno l'opera e quindi, per dirla in sintonia con un grande interprete dalla canzone italiana, "lo scopriremo solo vivendo".

Prima di affrontare qualche considerazione sistematica di contesto, sia consentita un'ultima sintetica riflessione: il Codice ha appena compiuto un anno di vita ed è ancora quindi in una fase, per così dire, di rodaggio istituzionale. Solo ora si sta affacciando alla vita adulta, ma alcune caratteristiche genetiche si sono già manifestate molto chiaramente: tra queste la sua portata culturale innovativa, su cui torneremo tra poco, che solo da poco inizia ad essere percepita ed apprezzata nella sua vera e propria natura di *revirement* culturale.

2. – Il Codice 36/2023 affonda le sue radici genetiche nella elevata insoddisfazione di tutti gli operatori, pubblici e privati, nei confronti della precedente esperienza del Codice n. 50/2016, figlio di un momento storico che per molti aspetti ricordava quello post Tangentopoli che aveva portato alla emanazione della legge Merloni (l. n. 109/1994). Con il Codice del 2016, infatti, l'ordinamento italiano era tornato ad enfatizzare in maniera evidente le ragioni dell'anticorruzione come motivo fondante e ragione ultima della disciplina in esame, quasi che il fine di tutto questo complesso apparato fosse la repressione dell'illecito corruttivo. Basti pensare, ad esempio, al ruolo e alla denominazione dell'Autorità preposta alla vigilanza del settore, Autorità Nazionale Anticorruzione, per renderci immediatamente consapevoli che questo era il fondante delle scelte effettuate dal legislatore delegato.

Questo approccio non poteva che generare insoddisfazione e così è avvenuto: da un lato, infatti, non si è riusciti a ridurre i fenomeni corruttivi, ed anzi la patologia del sistema ha trovato linfa vitale nell'irrigidimento dello stesso; dall'altro, invece, la vocazione rigida e dirigistica della regolazione, in connubio con una coerente lettura della disciplina della responsabilità, ha condotto a creare un sistema con ampie sacche di inefficienza.

Il nuovo Codice ha quindi visto la luce in chiave di risposta alla insoddisfazione per il precedente approccio (oltretutto caratterizzato da una scarsa attenzione alla qualità tecnica della regolazione). Da qui la volontà di dettare una vera e propria linea di discontinuità con il passato, che si è tradotta nella positivizzazione dei principi cardine della materia: tale scelta, infatti, appare finalizzata, sul piano generale, ad imprimere un immediato cambio culturale, nonché, su quello più operativo, a consentire una lettura orientata delle norme del Codice medesimo.

A corroborare questo nuovo approccio sono i primi due articoli del Codice, che scolpiscono a chiare lettere la *voluntas legis* di voltare pagina rispetto alla precedente, insoddisfacente esperienza: all'art. 1 viene positivizzato il principio del risultato e all'art. 2 quello della fiducia, principi che possono e devono essere letti in chiave di endiadi biunivoca finalizzata ad una svolta sistematica.

Intendiamoci, non che tali principi non fossero già rinvenibili nell'ordinamento, ma la lettura dominante in precedenza ricordata li relegava ad un mero ruolo comprimario e gregario. Nulla di rivoluzionario, pertanto, nella individuazione di tali principi, ma quello che cambia è l'enfasi attribuita agli stessi e la volontà di porli al centro del sistema: una sorta di scolpitura nella pietra a mò di Codice di Hammurabi!

Oltretutto, come anche la giurisprudenza inizia correttamente ad evidenziare e come intelligentemente colto dalla migliore Dottrina¹, la positivizzazione di tali principi consente di esercitare la *review* giurisdizionale sotto il profilo della violazione di legge e non solo su quello dello sviamento della funzione, ben più sfuggente e difficile da individuare (se non mediante indici sintomatici intesi come indizi di non corretta scelta nel caso concreto).

La traslazione all'alveo della violazione di legge del profilo di riesame giurisdizionale fornisce quindi strumenti ben più immediati e diretti di verifica dell'operato delle pubbliche amministrazioni (intese in senso lato) e ci fa comprendere come la codificazione dei principi non rimanga nel limbo delle affermazioni di principio, ma cali e penetri all'interno delle concrete dinamiche operative fornendo gli strumenti adeguati di controllo.

3. – Per avere evidenza del cambio di passo operato del nuovo Codice basti, in sede introduttiva, menzionare i primi due articoli del testo normativo: non già, come detto, semplice *ouverture*, ma cuore autentico del componimento, del quale rappresentano, a voler proseguire il parallelo musicale, il *Leitmotiv*.

¹ Il riferimento è all'agile e affascinante lettura rappresentata dalla pubblicazione curata da G. MORBIDELLI, *I principi nel nuovo codice dei contratti pubblici*, Passigli Editori, 2023, che trae a sua volta spunto dal convegno *I principi nel codice dei contratti pubblici* organizzato da Fondazione CESFIN Alberto Predieri a Firenze il 14 aprile 2023.

Alla curiosità del lettore non ci si può che affidare invece per la ricerca, se lo vorrà, degli approfondimenti alla normativa di riferimento contenuti nel prosieguo della più analitica trattazione.

Non può che muoversi dall'articolo 1, che codifica il principio del risultato: scopo dell'attività delle stazioni appaltanti è quello di affidare il contratto e consentire la sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo. Sintetizzando, potremmo dire che obiettivo è quello di fare presto e bene.

Il legislatore finalmente e con coraggio squarcia il velo del politicamente corretto e ci riporta sulla retta via (che poi è quella da sempre adottata dagli Organi comunitari): l'obiettivo finale del sistema è quello di consentire la realizzazione di opere, di acquistare forniture o servizi nel modo più celere possibile e alle migliori condizioni possibili e ciò perché tali acquisti rispondono all'esigenza di migliorare le condizioni socio-economiche di vita di una comunità stanziata in un determinato territorio.

La scelta politica è quella che detta le *policies* di un determinato periodo storico; l'apparato amministrativo deve raggiungere gli obiettivi individuati e l'impalcatura organizzativa, unitamente alle regole, servono proprio per raggiungere gli obiettivi prefissati.

In questa ottica i vari principi, pur codificati, di legalità, trasparenza e concorrenza, diventano principi-strumento per raggiungere la finalità del risultato e non viceversa. Il rispetto della legalità non può ovviamente dissociarsi dalla ricerca del risultato: non viene affermato che "il fine giustifica i mezzi", ma resta comunque fermo che uno è il principio guida e un altro è il principio strumento che lo accompagna.

Allo stesso modo, rivoluzionaria è l'affermazione contenuta nel secondo comma dello stesso articolo 1, ove si dice espressamente che "*la concorrenza tra gli operatori economici è funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti*". Per la prima volta coraggiosamente si infrange il tabù della concorrenza, spesso interpretata e qualificata come obiettivo ultimo del sistema: la norma in esame ci dice, invece, che non è un fine ultimo, ma un principio strumento che, al pari degli altri, va utilizzato per raggiungere il risultato finale, vero obiettivo della disciplina di settore.

La concorrenza, in altre parole, deve servire per farci comprare meglio e in tempi più rapidi, non per affermare se stessa eventualmente anche a danno dell'efficienza del sistema.

E la giurisprudenza inizia ad applicare sul piano operativo questa rivoluzione copernicana dell'approccio interpretativo²: infatti, come sopra evidenziato, la positivizzazione del principio consente di farne carne viva, di utilizzarlo operativamente e non solo sul piano delle affermazioni di carattere generale; anzi tutta la disciplina codicistica (e le varie norme extra codice) va ora interpretate alla luce del principio di risultato.

4. – In stretta connessione di endiadi biunivoca va letto poi il principio della fiducia, codificato all'art. 2 del Codice, che obbliga a leggere tutte la disciplina con gli occhiali "della reciproca fiducia nell'azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione, dei suoi funzionari e degli operatori economici".

Finalmente si torna a respirare l'aria della fiducia, da tempo abbandonata insieme al principio di presunzione di legittimità dell'azione amministrativa. La presenza di un'Autorità di vigilanza denominata Anticorruzione porta a immaginare infatti l'esatto opposto:

² Ci riferiamo ad una recentissima sentenza del Consiglio di Stato (sez. III, 26 marzo 2024 n. 2866, più analiticamente esaminata nel corpo del volume) che ha fatto applicazione del principio del risultato (peraltro con riferimento ad una fattispecie anteriore all'entrata in vigore del Codice del 2023, quindi attribuendo una portata ampia e generale alla positivizzazione del principio in questione) dettando la corretta interpretazione della *lex* di gara in ottica di efficienza, così da consentire l'effettivo utilizzo da parte della stazione appaltante delle forniture oggetto della procedura. La lettura della sentenza restituisce con chiarezza l'immagine dell'innovazione rispetto ai rigidi schemi cui si era autoconsegnato il legislatore del 2016, che pone ora sullo scranno principale l'efficienza del sistema: a cosa servono le forniture se non possono essere utilizzate in concreto?

presunzione di corruzione salvo prova contraria (che poi è l'approccio che forse ci lasciamo dietro dall'esperienza dell'Inquisizione).

Si dovrebbe, quindi, abbandonare l'approccio – sbagliato e foriero di sviluppi tossici per il sistema – della corruzione percepita al posto di quella effettiva, per abbracciare quello della fiducia nell'operato di chi sta sul campo, salvo ovviamente prova contraria da verificare nel caso concreto.

In questo modo ci avviciniamo all'impostazione europea, che tante volte abbiamo dovuto fare nostra correggendo le scelte adottate a livello nazionale (basti pensare al subappalto, alla partecipazione alla stessa gara di più operatori collegati, al subprocedimento di anomalia dell'offerta ecc.).

Ovviamente la sfida sarà vinta se le stazioni appaltanti saranno all'altezza del credito di fiducia accordato e per questo si impone una forte accelerazione sul piano della riqualificazione e riduzione del numero delle stazioni appaltanti. Solo la presenza di una stazione appaltante qualificata potrà garantire di raggiungere i risultati prefissati e per far ciò occorre che nelle stazioni appaltanti operino persone qualificate, condizione che presuppone a sua volta una certa massa critica idonea sotto il profilo della *magnitudo* della stazione appaltante stessa. Anche perché occorre che la sfera di attenzione ricomprenda anche e soprattutto la fase esecutiva, spesso negletta come se, dopo la stipulazione del contratto, dovesse poter subentrare una sorta di rilassatezza dei comportamenti.

Il lavoro da fare è quindi ancora molto, ma, una volta tanto, vogliamo esprimere un sentimento di ottimismo e considerare il bicchiere mezzo pieno.

5. – Prima di consegnare al lettore il volume – frutto di tanto entusiasmo e di non minore pazienza – desideriamo ringraziare tutti gli Autori che, con il loro impegno e la loro professionalità, hanno reso possibile la concretizzazione di un “risultato” così complesso. In particolare, all'Avv. Silvia Cristina Victoria Hofmann va il nostro riconoscimento, per averci supportato e consigliato nell'attività di coordinamento e armonizzazione dei commenti alle (assai delicate e rilevanti) disposizioni relative ai settori speciali.

I Curatori