

Giulio Napolitano

Committenza pubblica e principio del risultato

Relazione al Convegno Il Nuovo Codice degli Appalti

Avvocatura dello Stato, Roma, 27 gennaio 2023

Premessa

L'art. 1 del nuovo Codice dei contratti pubblici proclama il principio del risultato, secondo cui "le stazioni appaltanti e gli enti concedenti perseguono il risultato dell'affidamento del contratto e dalla sua esecuzione con la massima tempestività e il miglior rapporto possibile tra qualità e prezzo nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza".

Alla fine di verificare i possibili effetti di questa innovativa previsione, mi soffermerò su tre questioni. La prima è la valenza dell'affermazione in prospettiva diacronica, alla luce dell'evoluzione della gerarchia degli interessi protetti. La seconda riguarda il significato e le declinazioni del principio di risultato nel corpo del Codice, al fine di verificare se si tratta di un'affermazione isolata di stile o retorica o se, invece, si tratta davvero di un principio che regge l'intera disciplina. La terza e ultima concerne l'analisi di coerenza tra l'affermazione del principio del risultato e il sistema di governo dei contratti pubblici.

2. L'evoluzione della gerarchia degli interessi

L'affermazione del principio del risultato determina un ribaltamento della gerarchia degli interessi affermatasi negli ultimi quindici anni. Si riconosce così il necessario primato logico della funzione di committenza pubblica, perché le amministrazioni si rivolgono al mercato e più in generale stipulano contratti con il fine di approvvigionarsi di beni, servizi e opere: dunque, non per altri obiettivi, sebbene questi, naturalmente, possono far parte di un più ampio quadro di finalità dell'azione pubblica e della disciplina di regolamentazione.

Eppure questo primato logico della funzione di committenza pubblica a un certo punto si era smarrito nell'ordinamento italiano. L'errore è stato forse inconsapevolmente commesso nel momento in cui si è recepito con il massimo di ambizione riformatrice il corpo normativo sempre più pervasivo e analitico proveniente dal diritto europeo con l'obiettivo di assicurare il funzionamento del mercato e di tutelare la concorrenza e le libertà di circolazione.

È noto il razionale economico del corpo regolamentare europeo: il timore che le amministrazioni in quanto attori non di mercato siano naturalmente indotte a comportamenti discriminatori perché istituzionalmente incardinate in un sistema a indirizzo politico e ‘ambientalmente’ vicine alle pressioni locali (e ciò a prescindere da qualsiasi vicenda patologica). Questo spiega le ragioni, sin dalla fine degli anni Sessanta e ancora più dall’inizio degli anni Novanta, di una regolamentazione asimmetrica, indirizzata soltanto ai contraenti pubblici e non a quelli privati. L’attualità delle ragioni di questa disciplina asimmetrica, peraltro, andrebbe verificata alla luce del progressivo rafforzamento dei vincoli europei di finanza pubblica e dell’introduzione in Costituzione dell’obbligo per le pubbliche amministrazioni di assicurare la sostenibilità delle finanze pubbliche. Tutto ciò, infatti, rende sempre più difficile sostenere che le amministrazioni, quando contrattano, si comportino come attori non economici. Ma questo è tema di eventuale riflessione in sede europea.

Quel che è certo è che il diritto europeo non è di per sé interessato al buon andamento delle pubbliche amministrazioni nazionali in quanto tali, se non quando, eventualmente, agiscono in funzione comunitaria ai fini dell’attuazione decentrata di politiche e regole europee. Se, quindi, coerentemente con i principi e le libertà sanciti nei Trattati, il diritto europeo derivato mira a tutelare la concorrenza e le libertà di circolazione, ciò non significa che nella disciplina interna tali finalità debbano assurgere a principi ordinatori dell’intera attività contrattuale.

Eppure è proprio ciò che è accaduto nell’ordinamento italiano a partire dal 2006 quando il legislatore, nel recepire la normativa europea, l’ha utilizzata come base per la scrittura organica della disciplina dei contratti pubblici, non solo degli appalti e delle concessioni, con prescrizioni che andavano ben aldilà del mero recepimento delle direttive. Per quanto ispirata ad apprezzabili esigenze di codificazione e razionalizzazione normativa, l’esito, forse persino involontario, dell’operazione è stato così il sovvertimento della naturale e logica gerarchia degli interessi protetti, perché quelli al buon andamento e al conseguimento del risultato sono stati postergati se non addirittura negletti rispetto alle finalità ritenute primarie di tutela della concorrenza e del mercato.

Questo itinerario normativo è stato accompagnato e per taluni versi legittimato dalla scienza giuridica. Emblematico, in proposito, il bel libro di Maurizio Cafagno dedicato a “Lo Stato banditore”. In questa prospettiva, la funzione di committenza è come scomparsa perché il compito primario dello Stato è diventato quello di indire e gestire le gare. Si è così finito per dimenticare che la gara, per quanto doverosa per il diritto europeo e quindi italiano, è un mezzo, non un fine e che lo Stato banditore dovrebbe operare al servizio dello Stato committente (punto invece ben presente al legislatore francese che, nel 2019, ha recepito la normativa europea in un testo di legge non a caso chiamato *Code de la commande publique*).

Un’ulteriore distorsione si è poi determinata tra il 2014 e il 2016 quando sulla disciplina dei contratti pubblici si è impiantata quella di prevenzione della corruzione con l’affidamento dei compiti di vigilanza sulla sua corretta applicazione all’Autorità nazionale anticorruzione. Il Codice

del 2016, nell'attribuire a quest'ultima anche poteri normativi e regolamentari, ha quindi espressamente previsto che essa agisce "al fine di prevenire e contrastare illegalità e corruzione". Inoltre, il principio di trasparenza è stato sovraordinato a tutti gli altri nella regolamentazione della materia.

Il disegno riformatore del Codice del 2016 ha immediatamente mostrato i suoi limiti, costringendo il legislatore a una serie di interventi correttivi. In parallelo, la Commissione e la Corte di giustizia si sono pronunciate più volte su incongruenze e incompatibilità della disciplina italiana rispetto al quadro normativo europeo, dovute soprattutto agli effetti anticoncorrenziali di disposizioni adottate con finalità astratte di prevenzione della corruzione e tutela della legalità.

Eppure solo una parte minoritaria della scienza giuridica ha avuto il coraggio di contestare in radice i vizi delle scelte di fondo compiute dal legislatore nell'ultimo quindicennio. La critica più serrata si ritrova nel libro in forma di auto-intervista di Fabio Cintioli, dove si denunciano la vacuità dell'obiettivo di "qualche gara in più" e l'artificialità di una concorrenza meramente legale e procedimentale, mirante soprattutto a squalificare le offerte dei rivali e naturalmente destinata a sfociare in contenziosi lunghi ed estenuanti.

3. Contenuto e declinazioni del principio del risultato

Nel dibattito apertosi sull'attuazione della delega per la revisione della disciplina dei contratti pubblici nel quadro degli impegni del PNRR, anch'io ho avuto occasione di sottolineare che il varo di un nuovo Codice avrebbe avuto senso soltanto se si fosse cambiato paradigma, se dalla logica meramente pro-concorrenziale della regolamentazione dei contratti pubblici si fosse passati a una visione più ampia della committenza pubblica, che persegue "l'obiettivo prioritario della realizzazione dell'opera, dell'approvvigionamento dell'amministrazione, dell'affidamento dei servizi pubblici" (Politica dei risultati, il Foglio, 14 maggio 2022).

Ecco perché non posso che apprezzare la scelta compiuta dalla Commissione istituita presso il Consiglio di Stato di partire dai principi della disciplina e di collocare al vertice proprio quello del risultato, che viene correttamente individuato nell'affidamento del contratto e nella sua esecuzione con "la massima tempestività" e "il miglior rapporto possibile tra qualità e prezzo".

In questa prospettiva, concorrenza e trasparenza non costituiscono più finalità e valori in sé, ma strumenti al servizio del risultato. Da un lato, "la concorrenza tra gli operatori è funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ad eseguire i contratti"; dall'altro, "la trasparenza è funzionale alla massima semplicità e celerità nella corretta applicazione delle regole e ne assicura la piena verificabilità". Ma l'art. 1 dice ancora di più: cioè collega (correttamente) il risultato al buon andamento di cui all'art. 97 della Costituzione - un ancoraggio che in verità c'era già nella legge Merloni e che poi era stato perso nei due codici - e ai principi di riforma amministrativa affermati sin dall'inizio degli anni '90 nel senso dell'efficienza e dell'economicità.

L'amministrazione di risultato di cui tanto si iniziò a parlare allora nel dibattito scientifico, tuttavia, non è una profezia che si autoavvera, come dimostrano, accanto ai successi, i tanti fallimenti di quella stagione di riforme. Il discorso vale negli stessi termini per il nuovo Codice ispirato al principio del risultato. La produzione di effettivi benefici per la comunità, infatti, dipenderà dalla capacità di calare nel concreto tale enunciazione sul piano sia dell'azione sia dell'organizzazione amministrativa.

Per quel che riguarda il disegno normativo, tuttavia, le condizioni sembrano sussistere tutte. Particolarmente significativa in questa prospettiva è la disposizione contenuta nel comma 4 dell'articolo 1, dove si afferma che il risultato costituisce "criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto".

La formula "criterio prioritario" indica bene l'esistenza di una gerarchia degli interessi protetti. A sua volta, il riferimento alla discrezionalità - che pure, alla luce dell'evoluzione del diritto europeo, era un valore già alla base del codice del 2016 - può finalmente diventare concreto. In passato, infatti, in un contesto in cui l'interesse prioritario era quello della tutela della legalità e della prevenzione della corruzione, la discrezionalità, anche se formalmente proclamata, fatalmente si paralizzava. Le amministrazioni, infatti, erano indotte a non discostarsi dalla stretta osservanza della procedura maggiormente formalizzata che le avrebbe condotte a un'aggiudicazione quanto più possibile automatica. Se invece oggi l'obiettivo è quello del risultato finale, le amministrazioni saranno obbligate a individuare caso per caso il *modus procedendi* migliore che non necessariamente coincide con lo svolgimento di una gara pubblica e con l'esclusione di tutti i partecipanti che presentino vizi anche meramente formali.

Coerente con questa mutata prospettiva, è la formula di derivazione anglosassone relativa all'individuazione della regola del caso concreto. L'amministrazione contraente non vive più in una camicia di forza regolamentare, ma può scegliere una molteplicità di modelli procedurali e normativi con un'ampia facoltà di selezionare la regola alla quale auto vincolarsi. La regola alla quale l'amministrazione decide di auto vincolarsi (purché ovviamente l'esito non sia paradossale o irragionevole o abusivo), inoltre, diventa il parametro di verifica cui si devono attenere sia le autorità di controllo sia gli organi di tutela giurisdizionale, che non possono poi pescare un diverso riferimento normativo per squalificare la scelta e la condotta dell'amministrazione. Questo mutamento di prospettiva costituirà una sfida fondamentale anche per l'Avvocatura dello Stato quando difende in giudizio le stazioni appaltanti, perché dovrà essere in grado di spiegare la razionalità innanzitutto economica della scelta della regola da parte dell'amministrazione.

Infine, il principio del risultato costituisce parametro per valutare la responsabilità del personale e per attribuire incentivi e premi. Ciò trova riscontro nella disciplina del responsabile unico del procedimento, dove si prescrive, da un lato, che la sua individuazione deve essere effettuata sulla base delle competenze professionali e, dall'altro, che la sua azione deve essere orientata ad assicurare il completamento dell'intervento pubblico nei termini previsti e nel rispetto degli obiettivi. A tal fine, il responsabile è chiamato a svolgere una serie di attività puntualmente

indicate. A queste si aggiungono “quelle comunque necessarie ove non di competenza di altri organi”. Si afferma così l’esistenza di poteri e doveri impliciti del responsabile unico del procedimento.

Il principio del risultato, quindi, si collega a quello della fiducia sancito nell’art. 2. Infatti, soltanto valorizzando l’iniziativa e l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici è possibile garantire l’acquisizione e l'esecuzione delle prestazioni secondo il principio del risultato. Il principio della fiducia, poi, trova coerente svolgimento nella ridefinizione della portata della colpa grave e nella previsione di modalità di copertura assicurativa dei rischi.

Il terzo principio fondamentale, affermato nell’art. 3, è quello di accesso al mercato, dove riprendono pieno e autonomo vigore i valori della concorrenza e delle libertà di circolazione.

Questi tre principi costituiscono la ‘triade’ di governo della nuova disciplina, perché sono soltanto questi tre che reggono l'interpretazione e l'applicazione dell'intero codice. Gli altri principi, pure rilevanti, hanno invece ambiti di applicazione più circoscritti. In questo modo, si riporta nella giusta dimensione anche il discorso sulle finalità generali o di utilità sociale, dalla protezione dell’ambiente alla parità di genere, dell'attività contrattuale pubblica. Si tratta, infatti, di finalità rilevanti, protette nell'ordinamento europeo e anche nella disciplina nazionale, da ultimo nel PNRR, ma che non possono mai assurgere a scopi fondamentali dell’amministrazione per contratti. Il fatto che tali finalità non compaiano nei tre principi fondamentali ci ricorda che bisogna guardare ai contratti pubblici - parafrasando la visione che James Buchanan aveva della politica - senza romanticismo, con grande concretezza.

Il principio del risultato trova ulteriori svolgimenti in altre disposizioni di apertura del codice, a cominciare da quella sul principio di auto organizzazione, secondo cui la scelta di rivolgersi al mercato è soltanto una delle alternative, essendo ben possibile e legittimo, in una logica di risultato, anche il ricorso all'autoproduzione e a forme di cooperazione amministrativa.

Altrettanto significativo è l’esplicito riconoscimento dell'autonomia contrattuale delle pubbliche amministrazioni, a conferma delle conclusioni raggiunte in via interpretativa da dottrina e giurisprudenza prevalenti (ma non unanimi). Il chiarimento normativo si collega alla corretta e opportuna perimetrazione dell'ambito di applicazione del Codice, che non copre più l'intera attività contrattuale, ma, in coerenza con la fonte europea, soltanto gli appalti e le concessioni (ciò che si sarebbe anche potuto tradurre in una diversa denominazione dello stesso).

In questa prospettiva, la disposizione chiarisce che il Codice non si applica ai contratti esclusi. Dunque, tutti gli altri contratti, quelli attivi, quelli a titolo gratuito, i contratti di società e le operazioni straordinarie, sono fuori dal suo raggio di intervento. Insomma, si libera l'amministrazione da vincoli regolamentari non necessari; si ricostruisce così una sfera di attività di diritto privato dell’amministrazione retta esclusivamente dall'autonomia contrattuale.

Ciò detto, l'impianto concettuale del Codice rimane quello del potere e dell'esercizio della discrezionalità. È una scelta comprensibile, in larga parte coerente con la nostra tradizione giuridica, sebbene certo non imposta dal diritto europeo, come dimostra l'ordinamento tedesco, dove la selezione del partner contrattuale dell'amministrazione, ancorché procedimentalizzata secondo i dettami sovranazionali, continua ad avvenire in forme privatistiche e ad essere oggetto della cognizione del giudice ordinario. Sul piano teorico, tuttavia, rimane aperta la questione se esista uno spazio di attività negoziale anche nella fase che precede la stipula del contratto. Non necessariamente, cioè, tutte le scelte strategiche e le decisioni adottate dall'amministrazione nella fase anche di scelta del contraente costituiscono esercizio di potere, trattandosi nella sostanza di attività non dissimili da quelle dei contraenti privati. Però questo è tema di discussione e di riflessione per il futuro.

4. Principio del risultato e governo dei contratti pubblici

Rimane da verificare se all'affermazione del principio del risultato corrisponda un coerente adeguamento del sistema di governo dei contratti pubblici. La risposta è in larga parte negativa. Probabilmente era difficile fare di più per il legislatore delegato perché non vi erano basi sufficienti nella legge di delega per un compiuto riordino organizzativo. Gli organi e le autorità competenti (la cabina di regia presso la Presidenza del Consiglio, l'Anac e il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti), dunque, rimangono fondamentalmente gli stessi, nella natura e nei compiti.

Ciò nonostante, qualche passo in avanti è stato compiuto. In particolare, la cabina di regia è ora chiamata anche a dare un supporto concreto alle amministrazioni, con un servizio di help-desk alle stazioni appaltanti al fine di chiarire dubbi applicativi e interpretativi.

Non è invece sostanzialmente cambiato il ruolo dell'Autorità nazionale anticorruzione, sebbene a essa siano stati definitivamente sottratti i poteri normativi che un po' avventatamente le erano stati assegnati dal Codice del 2016, rispetto ai quali il legislatore aveva già fatto parziale marcia indietro con i decreti attuativi. Sono così rimaste le formule impiegate nel vecchio Codice, a cominciare da quella secondo cui essa agisce "al fine di prevenire la corruzione e di tutelare la legalità". E non vi sono stati i margini per dare autonoma identità all'attività di vigilanza sui contratti pubblici mediante la costituzione di un collegio deliberante distinto o comunque integrato a ciò preposto.

In questo assetto di governo, criticare l'ANAC per i suoi orientamenti talora ritenuti eccessivamente conservativi o prudenziali, come talora accade, è sbagliato, perché in realtà essi sono coerenti con il suo codice genetico e la sua missione istituzionale. Anzi, bisogna riconoscere che, sia nella precedente gestione, sia nell'attuale, l'Autorità e il suo Presidente si sono spesso adoperati per consentire una ragionevole e più flessibile applicazione della disciplina e per offrire supporto concreto alle pubbliche amministrazioni. Ciò è avvenuto con la pur ambigua formula della "vigilanza collaborativa" (un autentico ossimoro, a ben vedere), di cui vanno comunque

appreziate le finalità e, in taluni casi (a cominciare dall'Expo di Milano), i risultati raggiunti (fermo restando che, personalmente, se camminando per strada mi si avvicina qualcuno per offrirmi la sua “vigilanza collaborativa”, il mio istinto è quello di accelerare il passo e allontanarmi).

Il problema è dunque di disegno istituzionale. Come ebbi occasione di dire provocatoriamente qualche anno dopo l'entrata in vigore di quella sciagurata soluzione normativa, se i genitori, quando escono a cena la sera e devono lasciare i bambini, decidono di chiamare non la babysitter ma il pediatra, è chiaro che c'è una distorsione mentale (*È atipico il ruolo dell'Anac sui contratti pubblici*, il Corriere della sera, 28 aprile 2017). In altri termini, è come se la gestione del sistema scolastico fosse affidata alla responsabilità del Ministero della salute invece che del Ministero dell'istruzione: probabilmente, avremmo bambini più sani, perché isolati gli uni dagli altri per prevenire la trasmissione di virus e malattie infettive, ma meno alfabetizzati e integrati socialmente. L'errore, dunque, risiede nella scelta legislativa a monte piuttosto che nei comportamenti dell'Autorità.

Con il nuovo Codice però si è inspiegabilmente introdotta un'altra piccola follia che rischia di generare ulteriori distorsioni. In materia di sanzioni dell'ANAC, il vecchio Codice prevedeva che le sanzioni fossero destinate a un fondo del Ministero, da impiegare per il potenziamento della capacità amministrativa delle stazioni appaltanti. Il nuovo Codice, invece, dispone che le sanzioni siano incassate dalla stessa ANAC per fare fronte alle sue esigenze di funzionamento. Si introduce così un incentivo perverso all'intensificazione dell'attività sanzionatoria da parte dell'ANAC proprio quando il Codice, proclamando il principio del risultato (e quello della fiducia), dovrebbe incoraggiare la flessibilità e la discrezionalità delle scelte delle amministrazioni e non esporle al rischio di un eccesso di azione punitiva da parte dell'Autorità di vigilanza.

Infine, il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti rimane una sorta di convitato di pietra, con un lungo elenco di poteri e attribuzioni destinati però a rimanere spesso “sulla carta”, salvo il ricorso alla soluzione estrema dei commissari straordinari. Eppure, riprendendo una proposta che avevo avanzato già in altra occasione, la preminenza assegnata al principio del risultato potrebbe essere utilmente presidiata dall'istituzione di un'agenzia ministeriale, che monitori tempi di gara, aggiudicazioni, stato di esecuzione dei contratti e richiami amministrazioni e aggiudicatari al rispetto di obiettivi e tempistiche: almeno per quel che riguarda le grandi opere di interesse statale e gli affidamenti di maggiore rilevanza economico-sociale (sulla falsariga delle *Major Projects Authority* operante fino a qualche anno fa nel Regno Unito). In questo modo, anche il principio del risultato avrebbe finalmente il suo custode.