

# IL “PRINCIPIO DI RISULTATO” nella bozza del nuovo Codice dei contratti pubblici



Ecco che cosa potrà cambiare per i buyer pubblici, per le imprese e per la sanità pubblica.

**di Massimiliano Brugnoletti**

Studio Legale Brugnoletti & Associati

La bozza del nuovo Codice esordisce (Libro I, Parte I, Titolo I) con “I principi generali”, 12 articoli attraverso i quali dovranno essere “lette” tutte le disposizioni specifiche del codice: una novità assoluta rispetto al codice del 2016 e, in verità, a tutte le norme sugli appalti pubblici che si sono susseguite negli ultimi 30 anni. La novità è rilevante non solo sotto il profilo della tecnica legislativa (c'è molta assonanza con i “considerando” delle direttive europee, anch'essi utilissimi nell'interpretazione delle regole), ma per la plastica evidenza della “rivoluzione copernicana” impressa sulle dinamiche degli acquisti pubblici dal nuovo Codice rispetto al d.lgs. 50/2016: quest'ultimo caratterizzato da norme dettagliate e puntuali, volte a ridurre la discrezionalità amministrativa poiché varato nell'evidente intento di soddisfare principalmente esigenze di prevenzione della corruzione (ne è testimonianza il ruolo dell'ANAC, divenuta Agenzia a tutela dell'“Anticorruzione” (nomen omen).

La bozza redatta dal Consiglio di Stato, nell'egida delle finalità dettate dalla legge delega (legge 78/2022), cambia alveo di riferimento: facendosi interprete delle esigenze dell'attuale momento storico, in cui il settore dei contratti pubblici dovrà svolgere da volano per il rilancio dell'economia nazionale, sfruttando al meglio le ingenti risorse messe a disposizione dall'Unione Europea per por-

re rimedio agli sconvolgimenti economici indotti dalla crisi pandemica e dal conflitto militare in atto.

Alla restituzione di discrezionalità, di libertà di iniziativa e di auto-responsabilità alla pubblica amministrazione consegue un ruolo centrale dei principi generali dettati nella prima parte del Codice, volti a guidare stazioni appaltanti ed imprese nella corretta interpretazione delle norme e nella individuazione della “regola del caso concreto”. In questa cornice, è assolutamente significativo il primo principio, il pilastro fondamentale della riforma, il “principio del risultato” dettato dall'art. 1, definito come “criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale” (comma 4) ed a cui sono funzionali (e subordinati) tutti gli altri principi, fin qui intesi come assoluti: è la vittoria del fine rispetto al mezzo, della sostanza sulla forma. Utile sottolineare come il “risultato” che le amministrazioni devono perseguire non è l'aggiudicazione della gara (anch'essa un mezzo), ma l'esecuzione del contratto, offrire beni o servizi ai cittadini: il procedimento amministrativo per la scelta del contraente è un mero strumento. In verità già il Codice del 2016 aveva avuto il pregio di allargare i confini dell'acquisto pubblico: se tutte le precedenti normative sugli appalti erano incentrate sulla “gara”, l'attuale Codice ha esteso l'orizzonte dell'acquisto individuando distintamente tre fasi, una antecedente alla gara, la “programmazione”, ed una successiva, l'“esecuzione” del contratto. Ebbene, l'art. 1 della bozza del nuovo Codice indica chiaramente che le prime due fasi sono



“strumentali” alla terza: l'“esecuzione” è il fine a cui l'Amministrazione deve tendere con tutta la propria capacità discrezionale allorché si rivolge al mercato. Risultato che dovrà essere conseguito con la massima tempestività e il miglior rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza (art. 1, comma 1).

La bozza del Codice chiarisce che anche la “concorrenza” è uno strumento al servizio del risultato; certamente da salvaguardare (bilanciando il principio di accesso al mercato), ma non più un principio assoluto (come ha in effetti già ricordato la Corte di Cassazione nella relazione del 8 luglio 2020).

Non solo, anche il principio di trasparenza è funzionale al risultato: trasparenza che si traduce nella semplicità, celerità e verificabilità nella corretta applicazione delle norme (richiamando il concetto dell'accountability come responsabilità e dimostrabilità delle azioni intraprese rispetto ad un fine).

Il risultato, quale evoluzione del principio costituzionale di buon andamento enunciato dall'art 97 della Costituzione nel settore dei contratti pubblici, è dunque il principio-car-



dine del nuovo Codice, che guida tutti gli altri principi che gli sono funzionali.

Al principio di risultato si accompagna, in modo complementare, il principio della “fiducia” (art. 2), che ha lo scopo di incoraggiare chi opera nel pubblico a “vincere” quel fenomeno della “burocrazia difensiva”, che ha rappresentato in questi ultimi anni una rilevante fonte di incertezza nei rapporti con la Pubblica Amministrazione e, soprattutto, rallentamenti ed inefficienze, incompatibili con le esigenze di rilancio imposte dal momento storico che viviamo. Si passa dunque dal “sospetto” alla “fiducia”; fiducia reciproca tra stazioni appaltanti ed operatori economici, con una previsione concreta e di immediata applicabilità, nella parte in cui perimetra, in positivo ed in negativo la colpa grave (art. 2, comma 3).

Anche il principio di buona fede e di tutela dell'affidamento, previsti all'art. 5 della bozza di Codice, è funzionale al principio della fiducia e, in ultima istanza, a quello del risultato. Anche qui, con un approccio concreto e di immediata applicazione, vengono codificati i principi enunciati più volte dal supremo consesso del Consiglio di Stato

(l'Adunanza Plenaria) circa l'affidamento incolpevole dell'operatore economico al fine di escludere la risarcibilità del danno da aggiudicazione annullata e, dall'altro lato, prevedendo la risarcibilità dei soli danni effettivamente subiti e provati. Di particolare rilievo è la previsione volta a disincentivare atteggiamenti opportunistici degli operatori economici, con l'introduzione della responsabilità dell'operatore economico, che ha conseguito l'aggiudicazione illegittima con comportamento illecito.

Se dunque la centralità dell'azione amministrativa è il “risultato” da conseguire, consegue anche un cambio di prospettiva dei controlli in fase di esecuzione, rispetto ai quali l'amministrazione dovrà assumere un ruolo proattivo. In questa direzione l'art. 115 della bozza di codice prevede, per i servizi e le forniture, che le attività di direzione e controllo possano essere disciplinate dall'amministrazione con il capitolato speciale (e solo in mancanza troveranno applicazione le disposizioni di cui all'allegato II.14).

Si prevede che l'attività di controllo dovrà essere svolta secondo criteri di trasparenza e semplificazione, e che il controllo non potrà

prescindere dall'utilizzazione di strumenti digitali.

In questo ambito un ruolo determinante dovrà essere svolto ANAC, non più in chiave “sanzionatoria”, ma per costruire e gestire un sistema incentivante per gli operatori al rispetto dei principi del risultato (art. 109 “Reputazione dell'impresa”). La bozza di Codice prevede, infatti, che l'Autorità, entro 18 mesi dall'entrata in vigore del Codice, debba implementare e gestire un sistema digitale di monitoraggio delle prestazioni fondato su requisiti reputazionali espressivi dell'affidabilità dell'impresa in fase esecutiva, oltre che dell'impegno sul piano sociale.

Le prestazioni dell'operatore economico dovranno essere valutate “sulla base di indici qualitativi e quantitativi, oggettivi e misurabili, nonché sulla base di accertamenti definitivi”. Si prevede quindi che l'incentivo al rispetto del principio di risultato sia un “performance rating” da attribuire agli operatori economici attraverso la valutazione e misurazione di quantità e qualità delle prestazioni rispetto alle previsioni contrattuali, sistema che, a maggior ragione, non potrà prescindere dall'utilizzo sistematico di strumenti e piattaforme digitali per la misurazione puntuale delle prestazioni nell'ambito dei singoli contratti.

Il principio di risultato richiede quindi un forte cambiamento nella cultura di tutti gli operatori: del buyer pubblico, al quale è richiesto un forte sviluppo manageriale, dotandosi in larga misura di competenze e di risorse umane formate e qualificate, che dovranno anche essere incentivate in sede di contrattazione collettiva sulla base del risultato (come previsto dall'art. 1, comma 4, lett. b); nella speranza che si darà finalmente corso alla “qualificazione delle stazioni appaltanti”, la vera riforma mancata del codice del 2016.

Al tempo stesso le amministrazioni dovranno investire risorse in strumenti digitali e risorse tecnologiche, imprescindibili nell'attività di controllo e nella misurazione, tracciabilità e dimostrabilità (secondo il principio dell'accountability) del risultato conseguito. Il principio di risultato richiede anche un cambiamento nella cultura degli operatori privati, perché anche a loro è chiesto di essere partecipi della rinascita economica e culturale del nostro Paese.