



I CONTRATTI DI APPALTO

Cod. P23067

23-25 ottobre 2023 - T.A.R. del Lazio, via Flaminia 189, Roma - aula Tozzi

Giulia Iofrida, Consigliere della Corte di cassazione

Il nuovo codice degli appalti: genesi e principali novità.

Il punto di vista del G.O.

La sottoscritta cons. Giulia Iofrida e il cons. Umberto L.C.G. Scotti, consiglieri presso la Corte Suprema di Cassazione, sono stati designati a partecipare, con decreto n. 236 del 4/7/2022 della Presidenza del Consiglio di Stato (di concerto con la Prima Presidenza della Corte di Cassazione quanto alla designazione dei sottoscritti consiglieri, giudici ordinari), alla Commissione speciale istituita presso il Consiglio di Stato per la redazione del progetto di nuovo codice dei contratti pubblici, ai sensi del comma 4 dell'art.1 della legge 21.6.2022 n.78, e dell'art. 14, numero 2, del testo unico di cui al r.d. 26.6.1924, n. 1054 .

Si è trattato di una eccezionale esperienza professionale, pur se indubbiamente impegnativa (anche in considerazione dei tempi particolarmente stringenti concessi per la predisposizione dell'articolato).

Le attività della Commissione speciale, articolata in sei gruppi e ulteriori sottogruppi (in tutto ventisei), si sono sviluppate nei mesi di luglio, agosto, settembre 2022, a ritmi serratissimi, sotto il coordinamento del Presidente Luigi Carbone.

Il livello scientifico e professionale dei componenti della Commissione (Presidenti e Consiglieri di Stato, alti funzionari dello Stato - Avvocatura dello Stato, Banca d'Italia, Corte dei Conti -, rappresentanti del Foro e dell'Accademia), con cui noi consiglieri abbiamo lavorato, era altissimo e la macchina organizzativa del Consiglio di Stato ha rivelato una efficienza davvero impressionante.

Ogni gruppo si riuniva in seduta plenaria una volta la settimana e altrettanto faceva ogni sottogruppo. Dopo la fissazione di una scaletta di lavoro (che era orientata dalla predisposizione preliminare di «*bullet points*», vale a dire gli obiettivi della Riforma quali enucleati dal PNRR, Piano nazionale di ripresa e resilienza, e dalla legge delega n. 78 del 21 giugno 2022) e la compilazione di un elenco di problemi o «*nodi critici*», sono iniziate le discussioni e gli approfondimenti ed è quindi seguita la stesura degli articolati e la loro approvazione.

Le linee-guida dettateci per la redazione del codice raccomandavano «*brevità e chiarezza linguistica*» (frasi brevi, poche parole nelle proposizioni, eliminare norme inutili, enfatiche, non precettive, ripetitive o solo ricognitive o che già esistono nel diritto civile), «*allegati snelli al codice*», «*logicità e coerenza interne*», «*semplificazione normativa ed amministrativa*» (con: riduzione al massimo, anche tenendo conto della giurisprudenza europea, del c.d. *gold plating*, spesso frutto di una diffidenza di fondo verso il sistema imprenditoriale italiano, fatto soprattutto di piccole e medie imprese, contraria alla larghezza consentita da diritto UE; eliminazione delle norme ispirate a detta diffidenza, nell'obiettivo di stimolare la fiducia, la discrezionalità amministrativa e la semplificazione degli adempimenti, e di tutti gli oneri amministrativi eccessivi, chiarendo le competenze di enti o organi; sviluppo della digitalizzazione; recezione «*a regime*» di tutto ciò che ha funzionato dei D.L. n. 76 del 2020 e n. 77 del 2021, conosciuti come «*decreti semplificazioni*»).

Il tutto improntato a una tempistica serrata, essendo stato fissato un arco temporale improrogabile (dall'ultima settimana di giugno, di avvio dei lavori, a novembre, con consegna di un primo articolato da parte di ciascun gruppo entro la prima settimana di settembre), a una tecnica di riunione che ha privilegiato la

connessione da remoto, tenendo conto dei tempi ristrettissimi e della stagione, e con riunioni plenarie all'inizio, per definire un metodo comune, alla fine, su un testo largamente condiviso, e ogni qualvolta lo si ritenesse necessario .

I lavori dei gruppi e sottogruppi si sono conclusi tempestivamente rispetto al programma, all'inizio di settembre; la parola è quindi passata a un Comitato ristretto dei Presidenti del Consiglio di Stato per una minuziosa opera di coordinamento e controllo.

Non potendo ovviamente partecipare alle operazioni di ciascun gruppo e sottogruppo, noi consiglieri di cassazione ci siamo concentrati sugli argomenti che presentavano la più stretta relazione con le controversie devolute al giudice ordinario. Ciò ci ha indotti a partecipare alle operazioni del gruppo 1 (la sottoscritta al sottogruppo "*principi generali*" e Umberto Scotti al sottogruppo "*programmazione e localizzazione opere pubbliche*") e soprattutto (entrambi) a quelle del gruppo 2, sottogruppo 6, coordinato dalla ex Collega della Corte Luciana Barreca, ora Consigliera di Stato, in tema di esecuzione del contratto (garanzie, varianti in corso d'opera, modifiche oggettive, sospensioni, riserve, risoluzione, errore progettuale, recesso, subappalto, novazione soggettiva, pagamenti, ritenute, premi...).

In estrema sintesi, il nuovo Codice contiene una parte generale dedicata ai principi che riguardano l'intera materia dei contratti pubblici (mancante, in tale forma ampia, nell'attuale Codice di cui al d.lgs. 50/2016); fra questi campeggiano in primo piano i principi del risultato amministrativo e della fiducia, oltre a quelli dell'autonomia negoziale, della buona fede, dell'affidamento, della auto-organizzazione. Un'ottica di favore è stata riservata alla possibilità di crescita e accesso al mercato delle piccole e medie imprese, bilanciata con l'esigenza di realizzare economie di scala funzionali alla riduzione della spesa pubblica. L'intero ciclo delle operazioni di appalto dalla scelta del contraente alla fase esecutiva dovrà essere gestito con apposite piattaforme digitali.

È stata perseguita, ove possibile, una strategia di semplificazione e di alleggerimento del testo del Codice, agevolata dalla tecnica di richiamo ad Allegati (aventi forza di legge).

Si è cercato, come già detto, anzitutto di eliminare il cosiddetto *gold plating* esistente nella versione all'epoca vigente del D.lgs. n. 50/2016 (inteso come quella tecnica che va al di là di quanto richiesto dalla normativa europea, pur mantenendosi entro la legalità; art.1 lett.a) legge delega: *«perseguimento di obiettivi di stretta aderenza alle direttive europee, mediante l'introduzione o il mantenimento di livelli di regolazione corrispondenti a quelli minimi richiesti dalle direttive stesse, ferma restando l'inderogabilità delle misure a tutela del lavoro, della sicurezza, del contrasto al lavoro irregolare, della legalità e della trasparenza, al fine di assicurare l'apertura alla concorrenza e al confronto competitivo fra gli operatori dei mercati dei lavori, dei servizi e delle forniture, con particolare riferimento alle micro, piccole e medie imprese, tenendo conto delle specificità dei contratti nei settori speciali e nel settore dei beni culturali, anche con riferimento alla fase esecutiva, nonché di assicurare la riduzione e la razionalizzazione delle norme in materia di contratti pubblici, con ridefinizione del regime della disciplina secondaria, in relazione alle diverse tipologie di contratti pubblici, ove necessario»*).

A tal fine, è stata scelta una diversa impostazione sistematica di fondo del nuovo codice: passare da un sistema imperniato sulla regola cogente e di dettaglio a un sistema fondato sulla *«fiducia nelle stazioni appaltanti con conseguente restituzione a queste ultime di un'ampia discrezionalità, in conformità alla disciplina unionale»*.

Il nuovo codice dei contratti pubblici dovrà, attraverso il rilievo dato dei principi generali, favorire una più ampia libertà di iniziativa e di auto-responsabilità delle stazioni appaltanti, valorizzandone discrezionalità ed autonomia.

Quanto ai principi generali affermati nel nuovo Codice, tra i quali quelli del *«risultato»* (art.1), che si innesta, rappresentandone l'attuazione, nei principi di legalità, trasparenza, concorrenza, buon andamento dei contratti pubblici, della *«fiducia»* nell'azione *«legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione»*, dell' *«accesso al mercato»* dei concorrenti operatori economici nel rispetto dei principi di *«concorrenza, di imparzialità, di non discriminazione, di pubblicità e trasparenza, di proporzionalità»*, dell'*«autonomia contrattuale»*, nella specifica

declinazione di ampiezza e limiti, di «*conservazione dell'equilibrio contrattuale*», posso solo, in questa sede, affermare di essere stata testimone diretta, insieme al collega Scotti, di un dibattito di alto tenore, che ha coinvolto, oltre ai giuristi, anche gli economisti ed i tecnici che hanno partecipato ai lavori della Commissione.

La Commissione, in particolare, ha poi inteso recepire, in materia di tutela dell'affidamento, la giurisprudenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato del dicembre 2021, con la precisazione che la buona fede opera reciprocamente anche nei rapporti correlati all'esercizio del potere. In tale contesto è stata introdotta una norma che legittima l'azione di rivalsa della P.A. nei confronti dell'aggiudicatario illegittimo che abbia conseguito l'aggiudicazione violando i doveri di correttezza. In particolare è stata prevista una disposizione del seguente tenore (art.5, *Principi di buona fede e di tutela dell'affidamento*, comma 2): *"Nell'ambito del procedimento di gara, anche prima dell'aggiudicazione, sussiste un affidamento dell'operatore economico sul legittimo esercizio del potere e sulla conformità del comportamento amministrativo al principio di buona fede . In caso di aggiudicazione annullata su ricorso di terzi o in autotutela, l'affidamento non si considera incolpevole se l'illegittimità è agevolmente rilevabile in base alla diligenza professionale richiesta ai concorrenti. Nei casi in cui non spetta l'aggiudicazione, il danno da lesione dell'affidamento, è limitato ai pregiudizi economici, effettivamente subiti e provati, derivanti dall'interferenza del comportamento scorretto sulle scelte negoziali dell'operatore economico"*.

Al riguardo, a fronte di una prima proposta della nuova disposizione, noi consiglieri di cassazione abbiamo ritenuto di dover richiamare, sia nei lavori di sottogruppo, sia in conclusione, la giurisprudenza delle Sezioni Unite in tema di tutela dell'affidamento; abbiamo così rammentato che le Sezioni Unite civili della Corte di Cassazione hanno affermato, da ultimo, all'epoca, in diverse pronunce del 2022 (n. 13595, n. 7515 ed altra in corso di pubblicazione resa all'udienza del 12.7.2022), successive all'adunanza plenaria del Consiglio di Stato (e alle sentenze n. 19 e 20 del 2021), che l'affidamento costituisce un'autonoma situazione soggettiva e che ricorre pertanto la giurisdizione del giudice ordinario

in relazione a controversie aventi ad oggetto il risarcimento dei danni conseguenti alla lesione dell'affidamento per effetto di comportamenti ed atti che si assumono contrari ai doveri di buona fede e correttezza, al di fuori della contestazione della legittimità del procedimento amministrativo e sul modo in cui il potere è stato o non è stato esercitato, anche se in relazione ad una fase procedimentale. Abbiamo così ricordato che le Sezioni Unite avevano inteso confermare quanto già affermato con le tre ordinanze n. 6594, 6595 e 6596 del 23.3.2011 e sino alle più recenti, all'epoca, n. 8236/2020 e n.12428/2021. L'orientamento delle Sezioni Unite della Suprema Corte è stato di recente ribadito in Cass. 2175/2023 : « *In tema di riparto di giurisdizione, la pretesa risarcitoria del privato fondata sulla lesione dell'affidamento nella legittimità di un provvedimento ampliativo di una pubblica amministrazione, poi annullato in autotutela, non ha ad oggetto il modo in cui l'amministrazione ha esercitato il proprio potere con il provvedimento annullato, o con quello di annullamento del primo, costituendo l'illegittimità del provvedimento il mero presupposto della lite, ma l'osservanza o meno delle regole di correttezza nei rapporti con i privati, regole distinte ed autonome rispetto a quelle della legittimità amministrativa ed a cui deve essere informato il procedimento amministrativo ex art. 1, comma 2-bis, della l. n. 241 del 1990, introdotto dalla l. n. 120 del 2020, con la conseguenza che in dette ipotesi, correlandosi la lesione dell'affidamento ad una posizione di diritto soggettivo, la giurisdizione compete al giudice ordinario*» (conf. Cass. Sez.Un. n. 25234/2023).

In ogni modo, non è affatto detto che la codificazione di un principio generale dell'azione amministrativa, volto a proteggere l'affidamento degli operatori economici che vengono a contatto con la P.A. e a imporre espressamente il parametro della buona fede, abbia necessariamente conseguenze sul riparto di giurisdizione, così come da taluni, anche autorevolmente, ipotizzato.

In tema di esecuzione, si deve rammentare che la legge delega n. 78/2022 individuava specifici obiettivi, anche a detta fase specificamente inerenti, nell'art.1: a) perseguimento di obiettivi di stretta aderenza alle direttive europee, mediante l'introduzione o il mantenimento di livelli di regolazione corrispondenti a quelli «*minimi*» richiesti dalle direttive stesse, ferma rimanendo

l'inderogabilità delle misure a tutela del lavoro, della sicurezza, del contrasto al lavoro irregolare, della legalità e della trasparenza, riduzione del «*gold plating*», con nuova impostazione del sistema fondato sulla «*fiducia*» nelle stazioni appaltanti (principio generale); g) previsione dell'obbligo per le stazioni appaltanti di inserire nei bandi di gara, negli avvisi e inviti, in relazione alle diverse tipologie di contratti pubblici, un regime obbligatorio di revisione dei prezzi al verificarsi di particolari condizioni di natura oggettiva e non prevedibili al momento della formulazione dell'offerta, compresa la variazione del costo derivante dal rinnovo dei contratti collettivi nazionali di lavoro sottoscritti dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, applicabili in relazione all'oggetto dell'appalto e delle prestazioni da eseguire anche in maniera prevalente, stabilendo che gli eventuali oneri derivanti dal suddetto meccanismo di revisione dei prezzi siano a valere sulle risorse disponibili del quadro economico degli interventi e su eventuali altre risorse disponibili per la stazione appaltante da utilizzare nel rispetto delle procedure contabili di spesa; u) ridefinizione della disciplina delle varianti in corso d'opera, nei limiti previsti dall'ordinamento europeo, in relazione alla possibilità di modifica dei contratti durante la fase dell'esecuzione; z-cc) revisione del sistema delle garanzie fideiussorie per la partecipazione e l'esecuzione dei contratti pubblici, prevedendo una disciplina omogenea per i settori ordinari e per i settori speciali e prevedendo, in relazione alle garanzie dell'esecuzione dei contratti, la possibilità di sostituire le stesse mediante l'effettuazione di una ritenuta di garanzia proporzionata all'importo del contratto in occasione del pagamento di ciascuno stato di avanzamento dei lavori).

Questi sono alcuni punti fondamentali del nuovo Codice nella materia dell'esecuzione elaborati all'esito dei lavori della Commissione:

- a) legittimazione generalizzata del subappalto (art.119 del d.lgs. n. 36/2023), salvo eccezioni specifiche (specifiche caratteristiche dell'appalto e dell'esigenza; natura e complessità delle prestazioni o delle lavorazioni da effettuare; esigenza di rafforzare il controllo delle attività di cantiere e più in generale dei luoghi di lavoro o di garantire una più intensa tutela

- delle condizioni di lavoro e della salute e sicurezza dei lavoratori o prevenire il rischio di infiltrazioni criminali), con il conseguente superamento della procedura di infrazione in corso a carico dell'Italia n. 2018/2273, in seguito ai rilievi, ancora da ultimo, all'epoca, formulati dalla Corte di Giustizia e dalla Commissione UE (atto di costituzione in mora dell'aprile 2022, in relazione, in particolare, al divieto generalizzato del c.d. *subappalto a cascata*, presente nel Codice del 2016, al comma 19 dell'art.105, a prescindere dalla possibilità di verificare le capacità di eventuali subappaltatori e senza menzione del carattere essenziale degli incarichi, essendosi rilevato che, alla luce della direttiva 2014/23/UE, «*gli Stati membri non possono imporre ai subappaltatori un divieto generale e universale di fare a loro volta ricorso ad altri subappaltato*») - al riguardo, già vi erano stati interventi modificati con d.lgs. n.56/2017 e il d.l. n. 77/2021, conv. in l.108/2021, con soppressione dei limiti quantitativi e dell'obbligo di indicazione di una terna di nominativi di sub-appaltatori in fase di aggiudicazione e di offerta; nel corso delle riunioni, noi consiglieri di cassazione abbiamo comunque evidenziato la ferma necessità di non elidere il rinvio alla disciplina delle tutele economiche e normative dei lavoratori e alla responsabilità solidale dell'affidatario con il subappaltatore in merito agli obblighi di sicurezza previsti dalla normativa vigente;
- b) facoltà per l'appaltatore di lavori di richiedere, prima della conclusione del contratto, la sostituzione della cauzione o della garanzia fideiussoria con ritenute di garanzia sugli stati di avanzamento lavori (ferma restando la garanzia fideiussoria costituita su anticipazione e saldo), salva possibilità della stazione appaltante di opporsi a tale sostituzione della garanzia per motivate ragioni (art.117 del d.lgs. 36/23);
 - c) previsione della stipulazione di polizze c.d. native digitali, emesse e sottoscritte digitalmente e gestite da apposite piattaforme (art.106 del d.lgs. n. 36);
 - d) è stata considerata attentamente ma poi esclusa la possibile introduzione di una garanzia «*globale di esecuzione*», sul modello del c.d. *performance*

bond di matrice statunitense, con la previsione quindi di una vera e propria «*garanzia di subentro*»;

- e) è stata varata una definizione, nell'obiettivo sempre di meglio chiarire i concetti e i termini utilizzati, di varianti «*sostanziali*», come tali vietate dalle direttive, con l'adozione di una nozione unitaria di modifica «*snaturante*», trasponendo il concetto di «*non alterazione*» della «*natura generale del contratto*» di cui alla direttiva 2014/24 UE (trasposta letteralmente nel testo dell'art.106 del Codice 2016) nella dizione «*nonostante le modifiche, la struttura del contratto o dell'accordo quadro e l'operazione economica sottesa possano ritenersi inalterate*» (art.120), il tutto coerentemente con il raggiungimento dell'obiettivo di risultato che il nuovo Codice si pone;
- f) si è previsto che le varianti, proposte dalle stazioni appaltanti ovvero dall'appaltatore, che trovino copertura nelle somme a disposizione del quadro economico, non comportino aumenti di spesa e che mantengano la piena funzionalità dell'opera (e quindi a maggior ragione la natura del contratto) siano sempre ammesse, se adeguatamente motivate da miglioramenti in termini di qualità dell'opera realizzata e/o di tempi di ultimazione dell'opera (art.120); si è stralciato il riferimento agli errori di progettazione, non oggetto di attuazione della direttiva comunitaria; si è sostituita la previsione della generale possibilità per la stazione appaltante di imporre l'esecuzione di «*un aumento o una diminuzione delle prestazioni fino a concorrenza del quinto dell'importo del contratto*», con una disposizione che lo consenta solo se stabilito nei documenti di gara iniziali (art.120);
- g) si è mantenuta la disposizione sull'opzione di proroga, sempre se prevista nel bando e nei documenti di gara iniziali, che può prevedere la variabilità dei prezzi (art.120);
- h) le disposizioni sulle sospensioni sono state coordinate con quelle relative alle attività del Collegio consultivo tecnico, introdotto con la normativa emergenziale (d.l. 2020 e 2021) e mantenuto;

- i) è stato previsto e disciplinato (art.115) a livello generale nel Codice (mentre l'attuale d.lgs. 50/2016 ed il Regolamento di cui al D.M. 49/2018 avevano scelto di rinviarne la disciplina al capitolato d'appalto predisposto dalla stazione appaltante) l'istituto delle riserve a pena di decadenza per le pretese economiche dell'appaltatore a contenuto economico, diverse da quelle inerenti le sospensioni (art.121), con rinvio all'allegato al Codice per le prescrizioni di dettaglio; è stato infatti rilevato che una norma generale sulle riserve, che possono riguardare, oltre la questione delle sospensioni dell'esecuzione, domande dell'appaltatore circa l'esattezza delle registrazioni contabili o questioni tecniche (divergenze con direttore lavori), sarebbe stata opportuna, stante la conseguenza derivante dalla loro mancata apposizione, tempestiva e specifica, in termini di decadenza e quindi di inoppugnabilità delle partite contabili via via registrate nel corso dell'esecuzione;
- j) al fine di bilanciare contrapposte esigenze della stazione appaltante, di contenere i costi dell'opera pubblica ma anche di completarne la realizzazione è stato previsto che possa essere la stessa stazione appaltante a disporre che, in caso di subentro con scorrimento della graduatoria, le condizioni economiche del contratto siano quelle proposte dal subentrante;
- k) è stato previsto che la sopravvenienza della liquidazione giudiziale dopo il provvedimento di aggiudicazione non comporti automaticamente la decadenza dall'aggiudicazione, ma il contratto possa essere stipulato col curatore autorizzato all'esercizio dell'impresa, previa autorizzazione del giudice delegato (art.124);
- l) la previsione dei premi di accelerazione è stata lasciata nella discrezionalità della stazione appaltante, eventualmente anche per il caso di proroga legittima del termine contrattuale originario (art.126); si era, in sede di riunioni, richiamato l'orientamento giurisprudenziale del giudice di legittimità secondo cui il premio di accelerazione costituisce un compenso autonomo ed ulteriore, diverso dal corrispettivo dei lavori, spettante all'appaltatore nell'eventualità, oggettivamente verificabile,

dell'ultimazione dei lavori anticipata rispetto alla data fissata in contratto, sicché detto premio è collegato solo ad una ultimazione anticipata rispetto al termine «*inizialmente fissato dal contratto*», con esclusione, quindi, del premio in tutti i casi in cui il termine finale sia posticipato, tanto se ciò avvenga a seguito di proroga anche concordata, quanto nell'ipotesi di sospensioni e varianti (Cass. 3260/2022, Cass. 13434/2005; Cass. 4477/2003; Cass 17331/2002);

Si è molto discusso, inoltre, circa il problema del richiamo all'istituto dell'annullamento d'ufficio in autotutela in tema di risoluzione del contratto. Anche in questo caso venivano ventilate possibili ricadute in tema di riparto di giurisdizione fra giudice ordinario e giudice amministrativo, tema questo che non era oggetto di delega da parte della legge n.78 del 2022 ed è comunque ben delimitato dalla Costituzione e dalla giurisprudenza costituzionale. Il problema nasce dal fatto che la norma sulla risoluzione, plasmata sulla base dell'istituto analogo della Direttiva 24/2014 ospita al suo interno fattispecie: (a) strutturalmente e ontologicamente disomogenee in parte corrispondenti alla risoluzione civilistica per inadempimento, che non hanno nulla che vedere con l'annullamento d'ufficio, (b) riconducibili ad ipotesi di autotutela, per cui l'istituto sarebbe applicabile, e (c) altre ipotesi eterodosse di sopravvenuta modifica del quadro esigenziale pubblico, che implica una rinegoziazione incompatibile con l'esecuzione dell'appalto affidato e che pretende una nuova procedura di affidamento.

Al riguardo, l'articolato approvato dal gruppo di lavoro non ha introdotto un richiamo all'art.21 *novies* della legge n.241 del 1990, in punto di annullamento d'ufficio per ragioni di pubblico interesse. Si è sottolineato che tale previsione potrebbe essere piena ed effettiva, fermo l'esonero dai termini, solo per alcune delle ipotesi previste e non certamente per tutto il polivalente ed eterogeneo novero di ipotesi di "*risoluzione*" in senso lato abbracciate dall'articolo.

Roma, 23 ottobre 2023

Giulia Iofrida