

# NEWSLETTER

## n. 02/2023

---



**Osservatorio  
Regionale**  
CONTRATTI PUBBLICI

Sezione Raccordo al sistema regionale  
Dirigente: **Giuseppe D. SAVINO**



*In questo numero:*

LA GRANDE NOVITA' DEL NUOVO CODICE  
DEGLI APPALTI di cui al Decreto legislativo 31  
marzo 2023, n. 36: I PRINCIPI GENERALI

Bari, 14/07/2023

Autore: **Valeria CITARELLA**  
Responsabile P.O. Affari Legali

---

## LA GRANDE NOVITA' DEL NUOVO CODICE DEGLI APPALTI di cui al Decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36: I PRINCIPI GENERALI

Il Titolo I della Parte I del nuovo Codice degli appalti, di cui al D.Lgs. n. n. 36/2023, è interamente dedicato ai "Principi generali": un articolato composto da dodici disposizioni dedicate esclusivamente ai principi, cui le stazioni appaltanti e gli enti concedenti sono chiamati a uniformarsi nell'intero ciclo di vita dell'appalto, con un rilievo particolare e determinante assegnato ai primi tre dei dodici principi enunciati - quello del risultato, della fiducia e dell'accesso al mercato - cui l'art. 4 attribuisce espressamente valore di criterio interpretativo e applicativo di tutte le disposizioni del codice. Appaiono, pertanto, di tutta evidenza l'importanza e l'impatto della richiamata innovazione sull'intero assetto della normativa di nuova introduzione.

E' ai richiamati principi del risultato, della fiducia e dell'accesso al mercato, sanciti dalle disposizioni di apertura del Codice, che è dedicata la presente newsletter.

Come si legge nella Relazione illustrativa allo schema di legge<sup>1</sup>, cui si farà ampiamente riferimento nel prosieguo della trattazione al fine di fornire una lettura quanto più possibile oggettiva e, allo stesso tempo, sintetica della richiamata normativa, il D.Lgs. n. 50/2016, del quale assistiamo in questi mesi a una progressiva "uscita di scena"<sup>2</sup>, non

---

<sup>1</sup> [https://www.bosettiegatti.eu/info/norme/statali/2023\\_0036\\_Codice\\_Contratti\\_Relazione.pdf](https://www.bosettiegatti.eu/info/norme/statali/2023_0036_Codice_Contratti_Relazione.pdf)

<sup>2</sup> Il riferimento è al regime transitorio che è stato costruito per l'entrata in vigore del nuovo Codice, per il quale si richiamano, oltre le pertinenti disposizioni di cui al D.Lgs. n. 36/2023, anche la newsletter n. 1, pubblicata sul tema, del 14/06/2023.

---

contiene una parte iniziale dedicata ai principi generali. Il Titolo I, intitolato "Principi generali", si limita infatti a delineare l'ambito di applicazione del codice (art.1), le competenze legislative tra Stato e regioni (art. 2) e a introdurre un corposo elenco di definizioni (art. 3). Il ruolo dei principi nel D.Lgs. n. 50/2016 risulta ridimensionato da parte delle norme puntuali, che erodono ambiti di discrezionalità alle amministrazioni pubbliche, indotte a considerare tali principi come valori astratti a cui deve rispondere la loro azione, in via solo tendenziale.

Il nuovo Codice, attraverso la codificazione dei principi, mira a favorire una più ampia libertà di iniziativa e di auto-responsabilità delle stazioni appaltanti, valorizzandone autonomia e discrezionalità (amministrativa e tecnica) in un settore in cui spesso la presenza di una disciplina rigida e dettagliata ha creato incertezze, ritardi, inefficienze. Ciò in quanto la legge non può inseguire la disciplina specifica di ogni aspetto della realtà ma deve fornire gli strumenti e le regole generali e astratte per regolarla.

Gli obiettivi della codificazione per principi, come individuati dalla richiamata Relazione illustrativa, sono i seguenti:

1. ribadire che la concorrenza è uno strumento, il cui fine è realizzare al meglio l'obiettivo di un appalto aggiudicato ed eseguito in funzione del preminente interesse della committenza (e della collettività) (art. 1, comma 2);
2. accentuare e incoraggiare lo spazio valutativo e i poteri di iniziativa delle stazioni appaltanti, per contrastare, in un quadro di rinnovata fiducia verso l'azione

---

dell'amministrazione, il fenomeno della cd. "burocrazia difensiva", che può generare ritardi o inefficienze nell'affidamento e nell'esecuzione dei contratti (art. 2, comma 2).

Per le ragioni sinteticamente individuate, l'introduzione dei principi del risultato, della fiducia e dell'accesso al mercato, espressamente richiamati come criteri di interpretazione delle altre norme del codice, ha un impatto fondamentale sulla "lettura" e sugli obiettivi del Legislatore.

#### **Art. 1, PRINCIPIO DEL RISULTATO**

*1. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti perseguono il risultato dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza.*

*2. La concorrenza tra gli operatori economici è funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti. La trasparenza è funzionale alla massima semplicità e celerità nella corretta applicazione delle regole del presente decreto, di seguito denominato «codice» e ne assicura la piena verificabilità.*

*3. Il principio del risultato costituisce attuazione, nel settore dei contratti pubblici, del principio del buon andamento e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità. Esso è perseguito nell'interesse della comunità e per il raggiungimento degli obiettivi dell'Unione europea.*

*4. Il principio del risultato costituisce criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto, nonché per:*

*a) valutare la responsabilità del personale che svolge funzioni amministrative o tecniche nelle fasi di*

---

*programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti;*

*b) attribuire gli incentivi secondo le modalità previste dalla contrattazione collettiva.*

*1. Il presente codice disciplina i contratti di appalto e di concessione delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori aventi ad oggetto l'acquisizione di servizi, forniture, lavori e opere, nonché i concorsi pubblici di progettazione.*

La disposizione codifica il principio del risultato, così enunciando l'interesse pubblico primario del codice, la **finalità principale** che stazioni appaltanti ed enti concedenti devono sempre assumere nell'esercizio delle loro attività: **l'affidamento del contratto e la sua esecuzione con la massima tempestività e il miglior rapporto possibile tra qualità e prezzo**, sempre nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza, espressamente richiamati.

Alla concorrenza e alla trasparenza è attribuito un valore funzionale; esse sono tutelate non come fine, come obiettivo, ma come mezzo in vista del raggiungimento del risultato (co. 1).

La concorrenza, in particolare, è funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti. Con particolare riferimento al nesso tra "risultato" e "concorrenza", si precisa che non si persegue "un risultato purché sia", ma un risultato "virtuoso", che accresca la qualità, diminuisca i costi, aumenti la produttività (co. 2).

La trasparenza a sua volta è funzionale alla massima semplicità e celerità nella corretta applicazione delle regole del codice e ne assicura la piena verificabilità. Il riferimento

---

espresso alla “verificabilità” evoca il concetto di *accountability*, inteso come responsabilità per i risultati conseguiti. In quest’ottica, la logica del risultato, attraverso la definizione degli obiettivi e il controllo trasparente sull’attività amministrativa, costituisce un mezzo per assicurare l’*accountability* (co. 2).

Il risultato si inquadra, pertanto, nel contesto della legalità e della concorrenza ma tramite la sua codificazione si vuole ribadire che legalità e concorrenza da sole non bastano, perché l’obiettivo rimane la realizzazione delle opere pubbliche e la soddisfazione dell’interesse della collettività. Questa “propensione” verso il risultato è caratteristica di ogni azione amministrativa, perché ogni potere amministrativo presuppone un interesse pubblico da realizzare. Recependo gli approdi di numerosi studi sulla c.d. amministrazione del risultato, la disposizione chiarisce inoltre che il principio del risultato costituisce attuazione, nel settore dei contratti pubblici, del principio del buon andamento e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità ed è perseguito nell’interesse della comunità e per il raggiungimento degli obiettivi dell’U.E. (co. 3).

Viene chiarito, infine, che **il principio del risultato costituisce criterio prioritario per l’esercizio del potere discrezionale e per l’individuazione della regola del caso concreto**. Si tratta, quindi, di un **principio-guida** nella ricerca della soluzione del caso concreto, al fine di sciogliere la complessità, spesso inevitabile, che deriva dall’intreccio di principi, norme di diritto dell’Unione europea, norme di legge ordinaria, atti di

---

regolazione e indirizzi della giurisprudenza (co. 4).

In coerenza con il principio della fiducia declinato nell'art. 2, il raggiungimento del risultato è valorizzato come elemento da valutare, in sede di responsabilità (amministrativa e disciplinare), a favore del personale impiegato nei delicati compiti che vengono in rilievo nella "vita" del contratto pubblico, dalla programmazione fino alla sua completa esecuzione (co. 4, lett. a).

Lo scopo è quello di contrastare, anche attraverso tale previsione, ogni forma di burocrazia difensiva: in quest'ottica si "premia" il funzionario che raggiunge il risultato attenuando il peso di eventuali errori potenzialmente forieri di responsabilità.

Nella stessa ottica, è precisato che il risultato rappresenta anche criterio per l'attribuzione e la ripartizione degli incentivi economici, rimandando alla naturale sede della contrattazione collettiva per la concreta individuazione delle modalità operative (co. 4, lett. b)<sup>3</sup>.

## **ART. 2, PRINCIPIO DELLA FIDUCIA**

*1. L'attribuzione e l'esercizio del potere nel settore dei contratti pubblici si fonda sul principio della reciproca fiducia nell'azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione, dei suoi funzionari e degli operatori economici.*

---

<sup>3</sup> Il riferimento alla contrattazione collettiva quale sede per la regolamentazione consente di ricondurre il riferimento normativo ai premi connessi alla performance, a scapito degli incentivi per funzioni tecniche previsti nella materia *de qua*.

---

2. Il principio della fiducia favorisce e valorizza l'iniziativa e l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici, con particolare riferimento alle valutazioni e alle scelte per l'acquisizione e l'esecuzione delle prestazioni secondo il principio del risultato.

3. Nell'ambito delle attività svolte nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti, ai fini della responsabilità amministrativa costituisce colpa grave la violazione di norme di diritto e degli auto-vincoli amministrativi, nonché la palese violazione di regole di prudenza, perizia e diligenza e l'omissione delle cautele, verifiche ed informazioni preventive normalmente richieste nell'attività amministrativa, in quanto esigibili nei confronti dell'agente pubblico in base alle specifiche competenze e in relazione al caso concreto. Non costituisce colpa grave la violazione o l'omissione determinata dal riferimento a indirizzi giurisprudenziali prevalenti o a pareri delle autorità competenti.

4. Per promuovere la fiducia nell'azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti adottano azioni per la copertura assicurativa dei rischi per il personale, nonché per riqualificare le stazioni appaltanti e per rafforzare e dare valore alle capacità professionali dei dipendenti, compresi i piani di formazione di cui all'articolo 15, comma 7.

La disposizione sancisce il principio della fiducia, intesa quale affidamento nell'azione legittima, trasparente e corretta delle pubbliche amministrazioni, dei suoi funzionari e degli operatori economici (co. 1).

Si tratta di una svolta rispetto alla logica fondata sulla sfiducia (se non sul "sospetto") per l'azione dei pubblici funzionari, che ha generato una forma di "burocrazia difensiva", spesso descritta evocando l'efficace immagine del dipendente che ha "paura

---

di firmare”<sup>4</sup>, a causa della quale i funzionari, frenati dal timore delle possibili conseguenze del loro agire, preferiscono astenersi dal farlo, con inevitabile pregiudizio per l’efficienza e, più in generale, per il buon andamento dell’azione amministrativa, scaricando sul Legislatore o sul giudice la soluzione di problemi che spetterebbe invece alla P.A. affrontare e risolvere.

Ogni stazione appaltante ha la responsabilità delle gare, che devono essere svolte non solo rispettando la legalità formale, ma anche tenendo sempre presente che ogni gara è funzionale a realizzare un’opera pubblica o ad acquisire servizi e forniture nel modo più rispondente agli interessi della collettività. Il raggiungimento di questo risultato implica il superamento di ogni forma di inerzia e l’esercizio effettivo della discrezionalità di cui la P.A. dispone.

Nell’ottica del richiamato obiettivo di superare la c.d. “paura della firma”, la valorizzazione dei poteri discrezionali del funzionario pubblico (del quale si favorisce, valorizzandola, *“l’iniziativa e l’autonomia decisionale”, “con particolare riferimento alle valutazioni e alle scelte per l’acquisizione e l’esecuzione delle prestazioni secondo il principio del risultato”* è, inoltre, in linea con la nuova formulazione dell’art. 323 c.p. (ad opera del D.L. n. 76/ 2020, c.d. Decreto Semplificazioni, conv. in L. n. 120/2020) che, ai fini dell’integrazione del reato di abuso d’ufficio, richiede che l’atto sia adottato *“in*

---

<sup>4</sup> La Relazione illustrativa richiama sul punto la sentenza n. 8/2022 della Corte Costituzionale nella quale si evidenzia che “paura della firma” e “burocrazia difensiva” rappresentano fonte di inefficienza e di immobilismo e, quindi, in ultima analisi, un ostacolo al rilancio economico.

---

*violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuano margini di discrezionalità".* La norma introdotta con il nuovo testo dell'art. 323 c.p. segna il definitivo superamento di quell'orientamento giurisprudenziale che, attraverso la valorizzazione dei principi generali di buon andamento e imparzialità, aveva in passato ricondotto nel campo di applicazione dell'abuso d'ufficio anche l'eccesso di potere, con conseguente sindacato da parte del giudice penale delle scelte discrezionali del pubblico ufficiale<sup>5</sup> (co. 2).

La disposizione, codificando il diritto vivente formatosi nell'ambito delle sezioni giurisdizionali della Corte dei Conti, reca una perimetrazione del concetto di colpa grave rilevante ai fini della responsabilità amministrativa dei soggetti sottoposti alla giurisdizione del giudice contabile.

Sulla scorta della nuova disposizione, la **colpa grave** riviene esclusivamente:

- dalla **violazione delle norme di diritto**;
- dalla **violazione degli auto-vincoli**;
- dalla **palese violazione di regole di prudenza, perizia e diligenza**.

Tuttavia, precisa la norma, **non costituisce colpa grave la violazione o l'omissione che sia stata determinata dal riferimento a indirizzi giurisprudenziali prevalenti o a**

---

<sup>5</sup> Si segnala che Il Consiglio dei Ministri 15 giugno 2023, n. 39 ha approvato un disegno di legge (c.d. disegno di legge Nordio) che reca modifiche al Codice penale, al Codice di procedura penale e all'Ordinamento giudiziario che prevede, tra l'altro, l'abrogazione del reato di abuso d'ufficio. Nel momento in cui si scrive, il testo risulta in attesa della firma del Capo dello Stato al quale spetta di autorizzare la trasmissione del disegno di legge alle Camere per l'approvazione.

---

**pareri delle autorità competenti (co. 3).**

Infine, al fine di promuovere la fiducia nell'azione legittima, trasparente e corretta dell'Amministrazione, si prevede che le stazioni appaltanti e gli enti concedenti adottino azioni per la copertura assicurativa dei rischi per il personale, nonché per qualificare le stazioni appaltanti e per rafforzare e dare valore alle capacità professionali dei dipendenti (co. 4).

### **Art. 3, PRINCIPIO DELL'ACCESSO AL MERCATO**

*1. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti favoriscono, secondo le modalità indicate dal codice, l'accesso al mercato degli operatori economici nel rispetto dei principi di concorrenza, di imparzialità, di non discriminazione, di pubblicità e trasparenza, di proporzionalità.*

La disposizione codifica il principio dell'accesso al mercato, che stazioni appaltanti ed enti concedenti devono garantire agli operatori economici, secondo le modalità indicate dal Codice e attraverso il rispetto dei principi generali dell'azione amministrativa, che deve essere improntata alla concorrenza, all'imparzialità e alla non discriminazione, alla pubblicità e alla trasparenza, nonché alla proporzionalità. L'esigenza è quella di garantire la conservazione e l'implementazione di un mercato concorrenziale, idoneo ad assicurare agli operatori economici pari opportunità di partecipazione.

Imparzialità e non discriminazione rivengono il loro diretto fondamento nell'art. 97 della

---

Costituzione e nei principi europei in materia di tutela della concorrenza e libera circolazione e rappresentano principi che, calati nella fase di affidamento dei contratti pubblici, impongono alle stazioni appaltanti e agli enti concedenti di assicurare la parità di trattamento fra gli operatori economici. In particolare, *“il principio di non discriminazione in base alla nazionalità vieta alle amministrazioni aggiudicatrici di prevedere condizioni di gara che comportino aperte discriminazioni nei confronti di potenziali offerenti aventi la propria sede in altri Stati membri dell’Unione Europea, in modo non rispondente ad alcun obiettivo [...]. Comporta, ad esempio, il divieto di effettuare una selezione di concorrenti, privilegiando coloro che esercitano prevalentemente la loro attività nello stesso ambito territoriale in cui devono essere svolte le prestazioni”*<sup>6</sup>.

Si segnala che il principio di non discriminazione declinato in base alla nazionalità dialoga con il c.d. principio di prossimità per l’efficiente gestione delle prestazioni, quale criterio premiale da inserire nelle procedure di scelta del contraente al fine di promuovere l’affidamento ad operatori economici con sede operativa nell’ambito territoriale di riferimento (art. 108, co. 7, D.Lgs. n. 36/2023).

Pubblicità e trasparenza impongono alle stazioni appaltanti e agli enti concedenti di rendere quanto più visibile e controllabile dall'esterno il proprio operato con lo scopo tanto di permettere una valutazione sulla legalità dell'azione amministrativa quanto di

---

<sup>6</sup> L. PONZONE, *“La nuova disciplina dei contratti pubblici”*, Neldiritto Editore, pag. 32.

---

incentivare la partecipazione degli operatori economici alle procedure di evidenza pubblica.

La proporzionalità richiede infine alle stazioni appaltanti e agli enti concedenti di adottare, nell'esercizio del loro potere discrezionale, la soluzione più congrua, che comporti il minor sacrificio possibile di tutti gli interessi, pubblici e privati, coinvolti e obbliga le stazioni appaltanti a predisporre la documentazione di gara in modo tale da permettere la maggiore partecipazione possibile tra gli operatori economici, soprattutto di piccole e media dimensione.

#### **Art. 4 CRITERIO INTERPRETATIVO E APPLICATIVO**

*1. Le disposizioni del codice si interpretano e si applicano in base ai principi di cui agli articoli 1, 2 e 3.*

Come accennato, ai sensi dell'art. 4, le disposizioni del codice si interpretano e si applicano in base ai principi della fiducia, del risultato e dell'accesso al mercato. La relazione illustrativa evidenzia che la norma in esame sottolinea la "natura fondante" dei primi tre principi, che devono essere utilizzati per sciogliere le questioni interpretative che le singole disposizioni del Codice possono sollevare: **nel dubbio, la soluzione ermeneutica da privilegiare è quella funzionale a realizzare il risultato amministrativo, coerente con la fiducia sull'amministrazione, sui suoi funzionari e sugli operatori economici e che permetta, infine, di favorire il più ampio accesso al mercato degli operatori economici.**

---

Si segnala al momento che gli artt. da 5 a 11 sanciscono gli ulteriori principi di buona fede e di tutela dell'affidamento; di solidarietà e di sussidiarietà orizzontale; di auto-organizzazione amministrativa; di autonomia contrattuale; di conservazione dell'equilibrio contrattuale; di tassatività delle cause di esclusione e di massima partecipazione e di applicazione dei contratti collettivi. L'art. 12 contiene un'ulteriore disposizione generale che prevede un duplice rinvio esterno, in assenza di una specifica disposizione sul punto all'interno del Codice: alla L. n. 241/1990 e al codice civile per la stipula e l'esecuzione del contratto.

---

## **Newsletter n. 02/2023**

---

La presente *newsletter*, ad uso interno, si inserisce in un percorso finalizzato alla formazione e aggiornamento dei R.U.P. della Regione Puglia operanti nell'ambito dei contratti pubblici.

Il contenuto della *newsletter* è tutelato dalla Legge 22 aprile 1941. n.633, per cui non è pubblicabile, neanche parzialmente, da terzi se l'autore non lo consente esplicitamente previa richiesta formale.

In ogni caso il riassunto, la citazione o la riproduzione del contenuto della presente *newsletter* debbono essere sempre accompagnati dalla menzione del numero della *newsletter*, del titolo dell'opera, del nome dell'autore e della struttura regionale in cui è incardinato.

Le precedenti *newsletter* sono liberamente accessibili nella pagina web dell'Osservatorio regionale:  
<https://www.regione.puglia.it/web/osservatorio-regionale-dei-contratti-pubblici/pubblicazioni>



**REGIONE PUGLIA**

Sezione Raccordo al sistema regionale

Via G. Gentile n. 52, Bari