



## Diritto e Processo Amministrativo

# Prime considerazioni sullo Schema del nuovo Codice dei contratti pubblici

di Maria Alessandra Sandulli

21 dicembre 2022

---

Sommario:

---

## Prime considerazioni sullo Schema del nuovo Codice dei contratti pubblici

di **Maria Alessandra SANDULLI**

Sommario: 1. L'iter dello Schema - 2. Premessa e principi generali - 3. Altre importanti novità - 4. Segue: la razionalizzazione del rapporto tra efficacia dell'aggiudicazione, accesso agli atti e alle offerte degli altri concorrenti, e termini di impugnazione.

### **1. L'iter dello Schema**

Lo scorso 16 dicembre il Governo ha approvato “in via preliminare” lo *schema* del nuovo Codice dei contratti pubblici presentato dal Consiglio di Stato.

Come noto, il Governo con legge n. 78 del 21 giugno 2022 era stato delegato ad adottare “*uno o più decreti legislativi recanti la disciplina dei contratti pubblici, anche al fine di adeguarla al diritto*

*europeo e ai principi espressi dalla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori, interne e sovranazionali, e di razionalizzare, riordinare e semplificare la disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, nonché al fine di evitare l'avvio di procedure di infrazione da parte della Commissione europea e di giungere alla risoluzione delle procedure avviate”.* Il comma 4 dell’art. 1 legge n. 78/2022 prevedeva peraltro che, ove il Governo intendesse demandare al Consiglio di Stato la formulazione del progetto di Codice ai sensi dell’art. 14 del t.u. n. 1954 del 1924, quest’ultimo dovesse avvalersi ai fini della stesura dell’articolato normativo *“di magistrati di tribunali amministrativi regionali, di esperti esterni e rappresentanti del libero foro e dell'avvocatura generale dello Stato”*; e che sul testo governativo non dovesse essere più acquisito il parere del Consiglio di Stato.

Avendo il 30 giugno 2022 il Presidente del Consiglio dei Ministri comunicato al Presidente del Consiglio di Stato di volersi avvalere della suddetta facoltà, ricordando altresì che l’approvazione della riforma costituisce un importante obiettivo del PNRR, il 4 luglio scorso il Presidente Frattini ha quindi istituito una Commissione speciale, da lui presieduta e con il supporto di un *board* composto dal Presidente aggiungo (Luigi Maruotti) e da due vice (Luigi Carbone e Rosanna De Nictolis), Presidenti titolari di sezione del Consiglio di Stato di cui uno con compiti di coordinatore (Luigi Carbone, Presidente della Sezione del Consiglio di Stato per gli atti normativi). La Commissione, composta inoltre da otto Presidenti di sezione del Consiglio di Stato, trentadue Consiglieri di Stato, dieci Consiglieri di TAR, due Avvocati dello Stato, due Consiglieri della Corte di Cassazione e un Consigliere della Corte dei conti, otto Professori universitari di prima fascia in materie giuridiche e avvocati (tra i quali ho avuto l’onore di essere inserita), quattro avvocati e sei *“esperti tecnici”* (economisti, ingegneri, esperti di *drafting*, un informatico e un Accademico della Crusca), era divisa in sei gruppi di lavoro, ciascuno guidato da uno o due Presidenti di sezione del Consiglio di Stato (Gabriele Carlotti e Roberto Giovagnoli - gruppo I; Gabriele Carlotti e Fabio Taormina - gruppo II; Carlo Saltelli e Hadrian Simonetti - gruppo III; Carlo Saltelli e Claudio Contessa - gruppo IV; Giancarlo Montedoro - gruppo V; Michele Corradino - gruppo VI), con il coordinamento generale del Presidente Luigi Carbone, supportato dal cons. Gianluca Rovelli.

I gruppi hanno elaborato – lavorando in parallelo – gli schemi di articolato dei singoli Libri del codice (il lavoro dei gruppi II e III è poi confluito prevalentemente nell’unico Libro II).

Nonostante il periodo estivo, la Commissione ha lavorato molto alacremente. In considerazione dei tempi molto ristretti, i vari gruppi e i rispettivi coordinatori si sono riuniti con assidua frequenza e i singoli componenti hanno lavorato individualmente su specifici adempimenti,

sfruttando anche i giorni festivi.

Come evidenziato nella Relazione illustrativa, i membri della Commissione hanno lavorato senza alcun compenso e senza riduzioni del carico di lavoro e i lavori si sono articolati in riunioni plenarie di gruppo, in sottogruppi che riferivano periodicamente sull'attività svolta in occasione delle plenarie di gruppo, nonché in riunioni tra i coordinatori di gruppo, sovrintese dal coordinatore generale, per un totale di oltre 170 riunioni. Le riunioni si sono svolte quasi tutte *online* e si è deciso su ogni questione sulla base delle posizioni prevalentemente espresse dai componenti della Commissione, con il filtro, per ciascun gruppo, dei rispettivi coordinatori.

I testi dei sottogruppi e dei gruppi, elaborati già nella prima metà di agosto, sono stati trasmessi dai relativi coordinatori agli altri gruppi. Si è avviata così la lunga e complessa opera di rilettura, coordinamento ed elaborazione dello Schema.

Come riportato si legge nella Relazione, il 20 ottobre, nel pieno rispetto del termine che il Governo aveva assegnato, è stato così consegnato uno *“Schema preliminare di codice dei contratti”*. Dopo l'insediamento del nuovo Governo, sulla base di una nuova interlocuzione avvenuta con nota del 14 novembre del Presidente del Consiglio dei Ministri, la Commissione ha continuato a lavorare, in composizione più ristretta, con l'apporto soprattutto dei coordinatori, per affinare gli ultimi miglioramenti tecnici, curare il *drafting*, sciogliere alcune questioni giuridiche di particolare impatto, redigere un'accurata Relazione illustrativa per ogni singolo articolo (che intende fornire anche le linee guida per l'applicazione delle nuove norme) e predisporre gli allegati che garantiranno l'autoesecutività del nuovo Codice.

Lo *“Schema definitivo di codice”* sottoposto al Governo ha un numero di articoli analogo a quelli del Codice del 2016, ma ne riduce di molto i commi, riduce di quasi un terzo le parole e i caratteri utilizzati e, con i suoi allegati, abbatte in modo rilevante il numero di norme e linee guida di attuazione.

La Relazione precisa inoltre che *“Gli allegati sono 35, molti consistono di poche pagine. Si tratta di un numero comunque contenuto, specie se si considera che solo le tre direttive da attuare hanno, in totale, 47 annessi e che nel nuovo codice gli allegati sostituiranno ogni altra fonte attuativa: oltre ai 25 allegati al codice attuale, essi assorbiranno 17 linee guida ANAC e 15 regolamenti ancora vigenti, alcuni dei quali di dimensioni molto ampie (tra cui il d.P.R. n. 207 del 2010, risalente addirittura all'attuazione del codice del 2006, nonché quello sui contratti del Ministero della difesa, ridotto da oltre 100 articoli a poco più di 10). Ciò è stato possibile anche rinviando, in vari casi, direttamente agli allegati delle direttive, assicurando sia uno sfoltimento della legislazione interna*

*sia il suo adeguamento immediato e automatico alle future modifiche delle norme europee. In non pochi casi si è scelto di conservare – verificandone preventivamente il positivo impatto – le norme del codice vigente che, in sede applicativa, hanno dato buona prova di sé. Un testo a fronte le indica con chiarezza, per facilitarne la lettura e la riconoscibilità da parte di chi dovrà rispettarle. Ma anche le novità sono molteplici, tutte analiticamente illustrate nella relazione di accompagnamento, un “materiale della legge” (Gesetzmaterial) che si propone come un vero e proprio manuale operativo per l’uso del nuovo codice, assorbendo anche la funzione di indirizzo attuativo sinora rivestita dalle “linee guida non vincolanti”.*

Il testo approvato in via preliminare dal CdM, non ancora diramato, verrà trasmesso alla Conferenza unificata e alle Commissioni parlamentari per i rispettivi pareri e tornerà al Governo per l’approvazione definitiva, che dovrebbe avvenire entro il 31 marzo 2023 (anche se gli organi di stampa segnalano già un possibile slittamento).

Lo Schema prevede peraltro una fase transitoria di tre mesi, disciplinata dagli artt. 225 e ss. anche per ciò che attiene all’abrogazione e alla perdurante efficacia del d.lgs. n. 50/2016 e delle altre disposizioni indicate dai suddetti articoli. L’ultimo articolo dello Schema (art. 229) stabilisce infatti che “*il Codice entra in vigore con i relativi allegati il 1° aprile 2023*”, ma che “*le disposizioni del Codice con i relativi allegati, eventualmente già sostituiti e modificati, acquistano efficacia il 1° luglio 2023*”.

Si confida che entro il 31 marzo 2023 l’individuazione delle disposizioni codistiche (e di attuazione) cui dovranno fare riferimento gli operatori del settore non presenterà profili di incertezza.

## **2. Premessa e principi generali**

Lo Schema di Codice presenta profili fortemente innovativi, tanto sul piano dell’impostazione che su quello dei contenuti. Merita anzitutto sin da subito evidenziare il chiaro riferimento del suo ambito applicativo, per quanto non diversamente stabilito, tanto agli appalti che alle concessioni (art. 13). Si è inoltre scelto di redigere un Codice che non rinvii a ulteriori provvedimenti attuativi e sia immediatamente “autoesecutivo”, consentendo da subito una piena conoscenza dell’intera disciplina da attuare. Ciò è stato possibile grazie a un innovativo meccanismo di delegificazione che opera sugli allegati al Codice (legislativi in prima applicazione, regolamentari a regime). La fonte regolamentare, pur evidentemente più agile di quella legislativa, ha il pregi di valere solo per il futuro e non creare la confusione derivante dalle linee guida ANAC.

Per una migliore comprensione e interpretazione dell'intero testo è fondamentale il confronto con l'ampia e dettagliata Relazione che costituisce una vera e propria guida alla lettura dell'articolato.

Ciò vale anche e in primo luogo per i *“Principi generali”*, cui il testo dedica ben undici articoli (l'art. 12 opera un rinvio esterno, per quanto attiene alle procedure di affidamento, alla legge generale sull'azione amministrativa e, per quanto attiene alla stipula del contratto e alla fase di esecuzione, al Codice civile).

I principi enunciati nei primi tre articoli assumono una valenza particolare, in quanto l'art. 4 li individua espressamente come *“criterio interpretativo e applicativo”* delle disposizioni codicistiche.

Come evidenziato anche dai comunicati stampa, i primi due articoli introducono i principi del *“risultato”* (art. 1) e della *“fiducia”* (art. 2).

Il primo prevede che le *“stazioni appaltanti e gli enti concedenti persegono il risultato dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo [...]”*. Per evitare distorte chiavi di lettura della disposizione (che veda il valore preminente nella rapidità i lavori) merita però richiamare l'attenzione sull'espresso richiamo, oltre che alla *“qualità”*, al rispetto dei principi di *“legalità, trasparenza e concorrenza”*, che opportunamente chiude il primo comma (anche se la concorrenza è dichiarata poi funzionale a conseguire il miglior risultato possibile), e alla finalizzazione del principio del risultato all'interesse della comunità e al raggiungimento degli obiettivi dell'UE. Tali -necessari- temperamenti al criterio della rapidità sono invero parte integrante del principio del risultato e devono essere tenuti ben presenti anche nella lettura del quarto comma, che stabilisce che detto principio 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”*.

In uno Stato di diritto la certezza e la prevedibilità delle regole è invero un principio e un canone ermeneutico irrinunciabile, che non può essere sacrificato in nome della rapidità ad ogni costo dell'affidamento e dell'esecuzione di prestazioni che, deviando dal rispetto delle regole, non assicurino la qualità soggettiva del contraente e contenutistica dell'offerta.

L'art. 2 afferma il principio della reciproca fiducia *“nell'azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione, dei suoi funzionari e degli operatori economici”*, ma, come risulta dai comunicati stampa e dai primi commenti, sembra essenzialmente mirare alla tutela dei funzionari pubblici, delimitandone la colpa grave, al fine di contrastare la c.d. *“paura della firma”*. Si ricorda tuttavia che (ad oggi fino al 2023) l'art. 21 del d.l. 76/2020 come prorogato dal PNRR ha limitato la responsabilità erariale dei funzionari pubblici ai casi di dolo, limitando la responsabilità per colpa grave ai casi di condotte omissive e si segnala che l'art. 17 dello Schema di Codice dispone semplicemente che il superamento dei termini della procedura di affidamento *“costituisce silenzio inadempimento e rileva anche al fine della verifica del rispetto del dovere di buona fede, anche in pendenza di contenzioso”*, e analoga disposizione è contenuta nel comma 7 dell'art. 18 nel caso di mancata o tardiva stipula del contratto. Scompare quindi il riferimento contenuto nell'art. 32 nel d.lgs. n. 50/2016 alla responsabilità erariale e disciplinare. Gli unici riferimenti nello Schema alla responsabilità del soggetto agente per danno erariale sono infatti contenuti nell'art. 215 a proposito dell'inosservanza dei pareri e delle determinazioni del Collegio consultivo tecnico. Nessuna disposizione dell'articolato fa invece riferimento alla responsabilità disciplinare.

Anche con riferimento al principio della fiducia lo Schema prevede in ogni caso, a ben vedere, dei temperamenti, laddove precisa che 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”*. Mentre *“non costituisce colpa grave la violazione o l'omissione determinata dal riferimento a indirizzi giurisprudenziali prevalenti o a pareri delle autorità competenti”*.

Il tema delicato sarà il contenuto che si vorrà dare all'aggettivo palese. Si lascia quindi, in buona sostanza alla giurisprudenza, il temperamento tra la celerità che porterebbe a ridurre le *“cautele, verifiche ed informazioni preventive”* e la violazione delle regole di *“prudenza, perizia e diligenza”* che richiederebbero una attività istruttoria più complessa.

La consapevolezza dell'oggettiva difficoltà di trovare il giusto equilibrio tra rapidità da un lato e correttezza e qualità dall'altro emerge dal comma 4 dell'art. 2, laddove dispone che *“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”.*

L'art. 3 - *Principio dell'accesso al mercato* – anch'esso significativamente richiamato tra i criteri applicativo e direttivo delle disposizioni codicistiche, conferma quanto detto sull'ineludibilità, in ogni caso, dei -tradizionali- *“principi di concorrenza, imparzialità, e non discriminazione di pubblicità e trasparenza di proporzionalità”*.

Gli altri articoli si occupano rispettivamente dei *“Principi di buona fede e di tutela dell'affidamento”* (art. 5); *“Principi di solidarietà e di sussidiarietà orizzontale. Rapporti con gli enti del Terzo settore”* (art. 6); *“Principio di auto-organizzazione amministrativa* (art. 7); *“Principio di autonomia contrattuale. Divieto di prestazioni d'opera intellettuale a titolo gratuito”* (art. 8, che, però, al comma 3, prevede la possibilità che le Amministrazioni ricevano *“per donazione”* beni e prestazioni rispondenti al pubblico interesse); *“Principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale”* (art. 9); *“Principi di tassatività delle cause di esclusione e di massima partecipazione”* (art. 10); *“Principio di applicazione dei contratti collettivi nazionali di settore. Inadempienze contributive e ritardo nei pagamenti”* (art. 11, che fa in realtà riferimento anche ai contratti collettivi territoriali)).

Nel rinviare ad altra sede più ampie riflessioni su tali principi, merita evidenziare che l'art. 5, sotto il titolo *“Principi di buona fede e di tutela dell'affidamento”*, nel richiamare la valenza di tali principi nell'ambito dell'intera procedura di gara, anche prima dell'aggiudicazione, al comma 3 afferma che *“In caso di aggiudicazione annullata su ricorso di terzi o in autotutela, l'affidamento non si considera incolpevole [recte, non vi è legittimo affidamento: ndr] se l'illegittimità è agevolmente rilevabile in base alla diligenza professionale richiesta ai concorrenti”*. La disposizione sembra dare spazio a una presunzione di concorso di colpa dell'aggiudicatario illegittimo: presunzione che pone, a ben vedere problemi di coerenza con l'enunciazione al comma 1 dell'art. 2 del principio di fiducia *“reciproca”*. Il comma 4, pur ponendo l'accento sulla possibilità di un'azione di rivalsa della *“stazione appaltante o dell'ente concedente condannati al risarcimento del danno a favore del terzo pretermesso”*, limita peraltro opportunamente la concorrente responsabilità dell'aggiudicatario illegittimo all'ipotesi in cui esso abbia conseguito l'aggiudicazione con un comportamento *“illecito”*. Negli stessi termini, l'art. 209, comma 4 dello Schema, sostituendo l'art. 124 c.p.a., stabilisce al suo nuovo comma 1, 3° periodo, che *“Il giudice conosce anche delle azioni risarcitorie e di quelle di rivalsa proposte dalla stazione appaltante nei confronti dell'operatore economico che, con un comportamento illecito, ha concorso a determinare un esito della gara illegittimo”*. Come rilevato in altre occasioni, non posso non esprimere serie

preoccupazioni per le riferite disposizioni che, se lette nel contesto di un sistema di tutela giurisdizionale che indebitamente privilegia la tutela risarcitoria rispetto a quella soprassessoria e caducatoria (in evidente spregio anche alla qualità della prestazione), corre il rischio di ridurre il contenzioso sui contratti *de quibus* a una controversia tra privati. Il che oltretutto farebbe dubitare della *ratio* della sua attribuzione alla giurisdizione esclusiva al giudice amministrativo.

Con riferimento al principio di auto-organizzazione amministrativa, va segnalato che l'art. 7 rinvia la disciplina dell'affidamento *in house* dei servizi di interesse economico generale a livello locale all'apposito decreto legislativo di riordino della disciplina dei servizi pubblici locali, a sua volta approvato dal Consiglio dei Ministri il 16 dicembre scorso, il quale rafforza l'obbligo motivazionale dell'affidamento, espressamente estendendolo anche al trasporto pubblico locale, con la sola strana eccezione delle funivie.

Merita particolare attenzione anche l'art. 10 (“*Principi di tassatività delle cause di esclusione e di massima partecipazione*”), che afferma utilmente in modo chiaro il “divieto di affidamento” dei contratti pubblici “*agli operatori economici nei confronti dei quali sia stata accertata la sussistenza di cause di esclusione espressamente definite dal codice*” e che “*Le cause di esclusione di cui agli articoli 94 e 95 sono tassative e integrano di diritto i bandi e le lettere di invito; le clausole che prevedono cause ulteriori di esclusione sono nulle e si considerano non apposte*” e delimita i requisiti speciali (“*Fermi i necessari requisiti di abilitazione all'esercizio dell'attività professionale, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono introdurre requisiti speciali, di carattere economico-finanziario e tecnico- professionale, attinenti e proporzionati all'oggetto del contratto, tenendo presente l'interesse pubblico al più ampio numero di potenziali concorrenti e favorendo, purché sia compatibile con le prestazioni da acquisire e con l'esigenza di realizzare economie di scala funzionali alla riduzione della spesa pubblica, l'accesso al mercato e la possibilità di crescita delle micro, piccole e medie imprese*”).

### **3. Altre importanti novità.**

Importanti novità riguardano poi la forte spinta verso la digitalizzazione, la programmazione di infrastrutture prioritarie, l'appalto integrato, una maggiore flessibilità per i settori speciali, il riordino delle competenze dell'ANAC (oltre all'eliminazione delle linee guida, il rafforzamento delle funzioni sanzionatorie e la titolarità in via esclusiva della Banca dati nazionale dei contratti pubblici, con l'anagrafe unica delle stazioni appaltanti, compreso l'elenco dei soggetti aggregatori, nonché l'anagrafe degli operatori economici), la revisione delle soglie al di sotto delle quali gli appalti potranno essere affidati senza gara, il partenariato pubblico-privato (cui è dedicato l'intero IV libro), l'introduzione del c.d. “subappalto a cascata”, la revisione prezzi (per

la quale sono state trasposte nel Codice le norme emergenziali che fissano l'alea al 5% e la quota di copertura dei prezzi), le qualificazioni delle stazioni appaltanti (anche se il Governo ha alzato la soglia fino alla quale i piccoli comuni potranno affidare direttamente i lavori); la trasparenza delle procedure di affidamento e l'accesso ai relativi atti per i concorrenti non definitivamente esclusi; la decorrenza dei termini di impugnazione e l'inserimento nel Codice della disciplina del Collegio consultivo tecnico.

#### **4. Segue: la razionalizzazione del rapporto tra efficacia dell'aggiudicazione, accesso agli atti e alle offerte degli altri concorrenti, e termini di impugnazione.**

Nell'ottica di un'effettiva accelerazione della stipula del contratto e di una più effettiva tutela dei concorrenti non definitivamente esclusi, lo Schema è intervenuto anche sulle fasi delle procedure di affidamento, sulla trasparenza degli atti di gara, sulle comunicazioni e sulla decorrenza dei termini di impugnazione. A questi fini merita leggere in combinato disposto gli artt. 17, 18, 36, 90 e 209.

In particolare, l'art. 17, reintroduce la distinzione tra “*proposta di aggiudicazione*” e “*aggiudicazione*”, disponendo, al comma 5, che “*L'organo preposto alla valutazione delle offerte predispone la proposta di aggiudicazione alla migliore offerta non anomala. L'organo competente a disporre l'aggiudicazione esamina la proposta, e, se la ritiene legittima e conforme all'interesse pubblico, dopo aver verificato il possesso dei requisiti in capo all'offerente, dispone l'aggiudicazione, che è immediatamente efficace*” e, al comma 7, che “*Una volta disposta l'aggiudicazione, il contratto è stipulato secondo quanto previsto dall'articolo 18*”.

La decorrenza del termine dilatorio (c.d. *standstill* procedimentale) per la stipula del contratto e dei termini di impugnazione sono pertanto posticipati all'esito della verifica dei requisiti e alla conseguente comunicazione della -effettiva- aggiudicazione.

L'art. 18 dispone, infatti, opportunamente al comma 3 che “*Il contratto non può essere stipulato prima di 35 giorni dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione. (...)*”

L'art. 36 dispone poi al comma 9 che “*Il termine di impugnazione dell'aggiudicazione e dell'ammissione e valutazione delle offerte diverse da quella aggiudicataria decorre comunque dalla comunicazione di cui all'articolo 90*”. La disposizione, ripresa dall'art. 209 -che sostituisce l'art. 120 c.p.a.- si combina con i commi 1 e 2 dello stesso art. 36 i quali dispongono che “*1. L'offerta dell'operatore economico risultato aggiudicatario, i verbali di gara e gli atti, i dati e le informazioni presupposti all'aggiudicazione sono resi disponibili, attraverso la piattaforma digitale*

*di cui all'articolo 25 utilizzata dalla stazione appaltante o dall'ente concedente, a tutti i candidati e offerenti non definitivamente esclusi contestualmente alla comunicazione digitale dell'aggiudicazione ai sensi dell'articolo 90. 2. Agli operatori economici collocatisi nei primi cinque posti in graduatoria sono resi reciprocamente disponibili, attraverso la stessa piattaforma, gli atti di cui al comma 1, nonché le offerte dagli stessi presentate.”.*

In questo modo si reintroduce e si rafforza il sistema di accesso automatico e immediato (senza onere di richiesta) a tutti i verbali, dati, atti e informazioni della procedura, ivi comprese le offerte dei primi cinque candidati nelle parti che la stazione appaltante o l'ente concedente non ha ritenuto di dover oscurare (anche se occorrerebbe per chiarezza aggiungere “*contestualmente alla comunicazione dell'aggiudicazione*”). Il sistema mira così ad evitare i ricorsi “al buio” (con inutile consumo della risorsa giustizia) e a dare, sin da subito, massima informazione ai concorrenti interessati a verificare la correttezza della gara ed eventualmente a contestarne l'esito. A questi fini l'art. 36 introduce un rito specialissimo per contestare, rispettivamente, da parte dell'offerente, l'eventuale totale/parziale diniego di oscuramento e, da parte degli altri concorrenti, l'eventuale eccesso di oscuramento.

Più correttamente, pertanto, la decorrenza del termine di impugnazione - tanto per l'aggiudicazione, quanto, a maggior ragione, per l'ammissione e la valutazione delle offerte diverse dall'aggiudicataria (di cui l'art. 90 non prevede alcuna comunicazione, a meno che si inserisca nell'obbligo di comunicazione dell'aggiudicazione anche quello della graduatoria) - dovrebbe essere ancorata, per i vizi deducibili da atti ostesi successivamente alla comunicazione del provvedimento impugnato, al momento in cui tali atti vengono effettivamente resi disponibili.

La norma deve essere sotto questo profilo meglio coordinata con il nuovo art. 120 c.p.a. che, nel testo riscritto dall'art. 209 dello Schema, dispone che il termine di impugnazione degli atti delle procedure di affidamento e di concessione disciplinati dal Codice “*decorre, per il ricorso principale e per i motivi aggiunti, dalla ricezione della comunicazione di cui all'articolo 90 del codice dei contratti pubblici oppure dal momento in cui gli atti sono messi a disposizione ai sensi dell'articolo 36, commi 1 e 2, del codice dei contratti pubblici*”.

Dal momento che la certezza del termine di impugnazione costituisce una garanzia di effettività della tutela assolutamente irrinunciabile, anche quest'ultima disposizione dovrebbe però essere opportunamente integrata al fine di rendere chiaro che (i) la dilazione non può essere un'opzione, ma vale solo per i vizi non ancora conoscibili; (ii) si tratta di una dilazione e non di una anticipazione: quest'ultimo chiarimento è essenziale per non dare spazio a strumentali

eccezioni delle amministrazioni resistenti o dei controinteressati sulla necessità di anticipare l'impugnazione di verbali e atti endoprocedimentali casualmente conosciuti prima della comunicazione di quello effettivamente lesivo o, all'opposto, a un atteggiamento di estrema prudenza dei ricorrenti (c.d. "contenzioso cautelativo") con inutile spreco della risorsa giustizia.

Il nuovo secondo periodo del comma 2 dell'art. 120 potrebbe a questi fini essere allora più opportunamente così riformulato: *"Il termine decorre, per il ricorso principale e per i motivi aggiunti, dalla ricezione della comunicazione dell'atto impugnato ai sensi dell'articolo 90 del codice dei contratti pubblici oppure, se si impugnano atti diversi e non direttamente comunicati oppure si denunciano vizi conoscibili dagli atti messi a disposizione ai sensi dell'articolo 36, commi 1 e 2, del codice dei contratti pubblici, dai successivi momenti in cui tali atti sono stati effettivamente messi a disposizione"*. Analogamente, il comma 9 dell'art. 36 potrebbe essere opportunamente integrato con la precisazione *"o dai successivi momenti in cui la stazione appaltante o l'ente concedente abbia messo a disposizione gli atti impugnati e quelli da cui sono evincibili i vizi dedotti"*.

La distinzione tra proposta e aggiudicazione e la posticipazione a quest'ultima della decorrenza del termine di impugnazione e dello *standstill* procedimentale ha comunque l'importante scopo di evitare inutili contenziosi anteriormente all'esito della verifica dei requisiti e, al contempo, "bruciare" la dilazione della stipula del contratto in un periodo che spesso è inferiore a quello necessario a tale verifica.

In un'ottica di migliore equilibrio tra i diversi interessi (di accelerazione e di tutela giurisdizionale) sarebbe peraltro a mio avviso più opportuno, come rappresentato anche nell'ambito della Commissione, anticipare la fase di eventuale contestazione degli oscuramenti delle offerte (contro il diniego o contro l'eccesso di oscuramento) al momento della proposta, in modo da utilizzare il tempo della verifica dei requisiti per definire il pur rapidissimo rito disegnato dallo stesso art. 36 per tale contenzioso.

A tali fini occorrerebbe aggiungere alle comunicazioni di cui all'art 90 quella della proposta di aggiudicazione e della sottostante graduatoria e prevedere la messa a disposizione degli atti di cui all'art 36, commi 1 e 2 contestualmente a tale comunicazione, facendo decorrere da tale momento i termini per contestare le decisioni sull'oscuramento delle offerte, sì che, al momento dell'aggiudicazione, i concorrenti abbiano la massima disponibilità del quadro fattuale di riferimento.

Ferma restando la necessità di ogni opportuna attività istruttoria e di verifica per raggiungere un risultato di qualità (soggettiva e oggettiva) dell'affidamento, è evidente invero che l'anticipazione

del contenzioso sull'accesso -ma anche l'introduzione di un termine per la verifica dei requisiti e, a monte, per il rilascio delle informazioni all'uopo necessarie da parte delle autorità e degli organismi competenti- avrebbe l'ulteriore importante effetto di ridurre il ricorso agli affidamenti d'urgenza, che è di fatto un altro strumento per aggirare l'istituto dello *standstill* e (quel poco che resta del)la tutela cautelare.

Sul piano dell'effettività della tutela, merita peraltro, con soddisfazione, segnalare, per un verso, l'opportuna previsione, nel nuovo testo dell'art. 120 c.p.a., che per la proposizione di motivi aggiuntivi per impugnare gli atti della medesima procedura non è dovuto il pagamento di ulteriori contributi unificati, e, per l'altro verso, la "non trasposizione" nello Schema del decreto delegato, delle criticabili e criticate disposizioni del rito speciale PNRR inserite in sede di conversione del d.l. n. 68 del 2022 (sub art. 12-bis).

---