

COMUNE di MILANO

6 ottobre 2023

IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

D. Lgs. 36/2023

Relazione di Paolo Evangelista

**Procuratore Regionale della Corte dei conti della
Lombardia**

sul tema:

« Il Codice dei contratti e la responsabilità erariale »

SCHEMA INTERVENTO

- I. La disciplina normativa della responsabilità amministrativa-contabile prevista nel nuovo codice dei contratti pubblici
- II. La *ratio legis* e le finalità che il legislatore ha inteso cogliere
- III. Esame di alcuni principi elaborati dalla giurisprudenza e recepiti nel nuovo codice dei contratti pubblici
- IV. Esame di alcune criticità emergenti da una interpretazione letterale del testo normativo

La nuova disciplina normativa della responsabilità amministrativa-contabile nel settore dei contratti pubblici: quando entra in vigore ?

Art. 21. Responsabilità erariale

D.L. 16/07/2020, n. 76

Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale

«1. All' articolo 1, comma 1, della legge 14 gennaio 1994, n. 20 , dopo il primo periodo è inserito il seguente: "La prova del dolo richiede la dimostrazione della volontà dell'evento dannoso.".

2. **Limitatamente ai fatti commessi dalla data di entrata in vigore del presente decreto e fino al 30 giugno 2024**, la responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica per l'azione di responsabilità di cui all' articolo 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20 , è limitata ai casi in cui la produzione del danno conseguente alla condotta del soggetto agente è da lui dolosamente voluta. **La limitazione di responsabilità prevista dal primo periodo non si applica per i danni cagionati da omissione o inerzia del soggetto agente.** (1)

(1) Comma così modificato dalla legge di conversione 11 settembre 2020, n. 120 , dall' art. 51, comma 1, lett. h), D.L. 31 maggio 2021, n. 77 , convertito, con modificazioni, dalla L. 29 luglio 2021, n. 108 , e, successivamente, **dall'art. 1, comma 12-quinquies, lett. a), D.L. 22 aprile 2023, n. 44 , convertito, con modificazioni, dalla L. 21 giugno 2023, n. 74 .**

La disciplina normativa della responsabilità amministrativa-contabile nel settore dei contratti pubblici

Le innovazioni normative dettate dal nuovo codice dei contratti; il riferimento ai primi due principi generali a cui lo stesso testo normativo attribuisce espressamente **una portata ermeneutica generalizzata** (1) e che attengono anche alla disciplina dell'illecito erariale: **il principio del risultato ed il principio della fiducia** (art. 1 e 2 c.c.p.)

(1) L'art. 4 del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36 così dispone: “**Le disposizioni del codice si interpretano e si applicano in base ai principi di cui agli articoli 1, 2 e 3**”.

La disciplina normativa della responsabilità amministrativa-contabile nel settore dei contratti pubblici : il principio del risultato

Articolo 1. Principio del risultato

In vigore dal 1 aprile 2023

«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.

...

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) ...

.

La disciplina normativa della responsabilità amministrativa-contabile nel settore dei contratti pubblici: il principio della fiducia

Il 'principio del risultato' è poi messo in connessione con il successivo 'principio della fiducia, di cui all'art. 2 che così dispone:

«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**».

Il legislatore delegato cerca inoltre di **definire il perimetro della colpa grave come elemento dell'illecito erariale** laddove viene precisato, al terzo comma dello stesso art. 2, che:

«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.*»

La *ratio legis* della disciplina normativa della responsabilità amministrativa-contabile nel settore dei contratti pubblici: la definizione del perimetro della colpa grave

Il legislatore, come sottolineato dalle **Sez. riunite della Corte dei conti**, cerca di realizzare un ‘virtuoso’ compromesso fra “*l’esigenza evidenziata nella relazione al codice di ridurre le incertezze interpretative in materia e la necessità di una impostazione coerente con l’istituto della responsabilità erariale, rispetto al quale permane certamente la assoluta necessità di valutare il grado della colpa sulla base del caso concreto*”.

In definitiva il legislatore delegato si è posto l’obiettivo di rendere meno labile il confine tra colpa lieve e colpa grave, prevedendo una più puntuale perimetrazione della colpa grave.

Dobbiamo chiederci a questo punto se vi è riuscito e se il dettato normativo è coerente con la *ratio legis*.

La disciplina normativa della responsabilità amministrativa-contabile nel settore dei contratti pubblici

In definitiva il legislatore ha cercato di ‘declinare’ i presupposti della colpa grave richiamando principi desumibili dalla giurisprudenza consolidata della Corte dei conti e quindi **NESSUN CAMBIAMENTO E QUINDI NESSUNA INNOVAZIONE E’ INTERVENUTA SUI CRITERI DI VALUTAZIONE DELLA COLPA GRAVE DA PARTE DEL GIUDICE CONTABILE.**

Come precisato anche dal **Consiglio di Stato** nella relazione illustrativa al codice (relaz. 31 marzo 2023, n. 36) la disposizione in esame non fa altro che “*codificare il diritto vivente formatosi nell’ambito delle sezioni giurisdizionali della Corte dei conti*”.

Possiamo affermare che in parte l’obiettivo è stato raggiunto se richiamiamo alcuni passaggi motivazionali di sentenze della Corte dei conti.

La *ratio legis* della disciplina normativa della responsabilità amministrativa-contabile nel settore dei contratti pubblici: la definizione del perimetro della colpa grave

Nelle decisioni della Corte dei conti viene costantemente affermato che per riscontrare una colpa grave occorre verificare, “secondo un giudizio prognostico condotto *ex ante* ed in concreto, la misura dello scostamento tra la condotta effettivamente tenuta e quella richiesta dalla norma cautelare cui ci si doveva attenere (profilo oggettivo del grado della colpa), **avuto altresì riguardo alle circostanze del caso concreto oltre che al parametro dell’agente modello**”.

In altra sentenza (C.conti sez. III di appello n. 249/2021) viene affermato che “... *la natura essenzialmente normativa del giudizio in ordine alla sussistenza della colpa grave impone al giudice una doppia valutazione. In primo luogo, occorre individuare il fondamento normativo della regola a contenuto cautelare che esprime, in termini di prevedibilità, prevenibilità ed evitabilità, la misura della condotta – diligente, perita e prudente - sulla quale il legislatore ha riposto l’affidamento per prevenire ed evitare il rischio di conseguenze patrimoniali negative per l’Erario. Conseguentemente, se ne verificherà la conoscenza, o la conoscibilità (prevedibilità) da parte dell’agente e le condizioni di operatività (prevenibilità, evitabilità) nelle quali sono state poste in essere le condotte. **Definito in tal modo il parametro oggettivo di riferimento del titolo soggettivo della colpa grave, occorrerà accertare, in concreto, il grado di esigibilità della condotta normativamente prevista in ragione delle condizioni concrete della gestione**”*

La definizione del perimetro della colpa grave: la grave violazione di auto-vincoli amministrativi

Con riferimento alla *violazione degli autovincoli amministrativi* possiamo riscontrare dei riferimenti sia nella giurisprudenza del giudice amministrativo che del giudice contabile.

In particolare *ex multis* possiamo richiamare la decisione n. 7595 del 2019 della sez. III del **Consiglio di Stato** secondo cui «*L'autovincolo, com'è noto, costituisce un limite al successivo esercizio della discrezionalità, che la l'amministrazione pone a se medesima in forza di una determinazione frutto dello stesso potere che si appresta ad esercitare, e che si traduce nell'individuazione anticipata di criteri e modalità, in guisa da evitare che la complessità e rilevanza degli interessi possa, in fase decisionale, complice l'ampia e impregiudicata discrezionalità, favorire in executivis l'utilizzo di criteri decisionali non imparziali. La garanzia dell'autovincolo, nelle procedure concorsuali, è fondamentale finalizzata alla par conditio: conoscere in via anticipata i criteri valutativi e decisionali della commissione valutatrice, in un contesto in cui le regole di partecipazione sono chiare e predefinite, mette in condizione i concorrenti di competere lealmente su quei criteri, con relativa prevedibilità degli esiti.*»

•

La definizione del perimetro della colpa grave: la grave violazione di auto-vincoli amministrativi

In C.conti sez. III centrale d'appello n. 288/2021 viene così affermato:

«...l'operato della commissione giudicatrice integra appieno una condotta gravemente negligente ...data l'inescusabile violazione delle prescrizioni della legge speciale (bando di concorso) e delle regole minime di prudenza esigibili nei confronti dei predetti in base alle specifiche competenze e in relazione al caso concreto.

*In specie, gli odierni appellanti sono rimasti inosservanti **ai vincoli che l'Amministrazione nell'adottare il bando di concorso si è autoimposta** ...così agendo in palese conflitto con gli ordinari canoni di buona e imparziale amministrazione.»*

La definizione del perimetro della colpa grave: le criticità interpretative del nuovo codice dei contratti pubblici

Non poche criticità si possono riscontrare nella prima parte del testo del comma 3 dell'art. 2 laddove viene precisato che «*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...***» .

Innanzitutto viene utilizzata la congiunzione «**nonché**» tra i due periodi che non è una congiunzione dichiarativa o esplicativa, ma sta a significare “*ed inoltre*” [rileggere] e quindi è possibile configurare un'autonoma fattispecie di colpa grave per “*la violazione (tout court) di norme di diritto e degli auto-vincoli amministrativi*”.

Il problema inoltre è stabilire cosa volesse intendere il legislatore per «**norme di diritto**»: trattasi solo di fonti primarie e quindi la colpa grave potrebbe configurarsi solo nei casi di violazione di legge e non, secondo alcuni, nelle ipotesi di violazione delle linee guida ANAC ovvero nelle sole ipotesi di attività vincolata della P.A. ?

Ed ancora per norme di diritto il legislatore intendeva richiamare l'istituto penalistico della colpa specifica di cui all'art. 43, comma 1, c.p. *per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline*” ?

La definizione del perimetro della colpa grave:
le criticità interpretative del nuovo codice dei contratti pubblici
(segue)

Da una interpretazione letterale del testo normativo si può evincere che la violazione di norme di diritto o di autovincoli amministrativi, oltre a configurare l'adozione di atti illegittimi, comporta *sic et simpliciter* **automaticamente** la previsione di una condotta gravemente colposa ?

In definitiva possiamo affermare che assistiamo ad una vera e propria eterogenesi dei fini perché l'interpretazione della norma non è per nulla agevole e determina proprio quella incertezza nel delimitare il confine della colpa grave che il legislatore delegato voleva decisamente evitare.

La definizione del perimetro della colpa grave:
le criticità interpretative del nuovo codice dei contratti pubblici
(segue)

Minori criticità sono riscontrabili nell'ultima parte del comma 3 dell'art. 2 del nuovo codice dei contratti pubblici laddove viene ribadito che *“Non costituisce colpa grave la violazione o l'omissione determinata dal riferimento a indirizzi giurisprudenziali prevalenti o a pareri delle autorità competenti”* .

Anche in questi casi viene codificato un orientamento pacifico della giurisprudenza della Corte dei conti nel senso che se, ad esempio, il danno erariale è conseguente alla soccombenza della stazione appaltante in un giudizio amministrativo, a seguito dell'esclusione di un'impresa concorrente per un'offerta ritenuta erroneamente anomala, la gravità della colpa deve essere valutata, come abbiamo evidenziato in precedenza, previo un giudizio prognostico ed *ex ante* verificando se in materia vi fosse presente o meno un indirizzo giurisprudenziale prevalente del giudice amministrativo.

ESEMPIO NUOVO OSPEDALE DI TRENTO

La definizione del perimetro della colpa grave:
le criticità interpretative del nuovo codice dei contratti pubblici
(segue)

Con riferimento infine all'esenzione di responsabilità amministrativa nelle ipotesi di violazioni od omissioni determinate dal riferimento "*a pareri delle autorità competenti*" osservo che la disciplina del nuovo codice è in sostanziale continuità con le disposizioni normative contenute nel Codice di giustizia contabile, negli artt. 69, comma 2, e 95, comma 4.

Le norme sopra richiamate stabiliscono infatti che il Pubblico ministero deve disporre l'archiviazione per assenza di colpa grave ed il giudice contabile deve escludere l'elemento soggettivo della responsabilità quando l'azione amministrativa si è conformata al parere reso dalla Corte dei conti in via consultiva, in sede di controllo e in favore degli enti locali, nel rispetto dei presupposti generali per il rilascio dei medesimi.

La definizione del perimetro della colpa grave:
l'esclusione di responsabilità amministrativa-contabile se si osservano le determinazioni del collegio tecnico consultivo.

Evidenzio altresì che nel nuovo codice dei contratti pubblici vi è una disposizione specifica dedicata ai pareri resi dal Collegio consultivo tecnico; mi riferisco all'art. 215 comma 3 che così dispone: *“L'inosservanza dei pareri o delle determinazioni del collegio consultivo tecnico è valutata ai fini della responsabilità del soggetto agente per danno erariale e costituisce, salvo prova contraria, grave inadempimento degli obblighi contrattuali. **L'osservanza delle determinazioni del collegio consultivo tecnico è causa di esclusione della responsabilità per danno erariale, salva l'ipotesi di condotta dolosa.**”*.

CONCLUSIONI

Non ci si può nascondere che anche precisando il concetto di colpa grave e, segnatamente, precisando (o *recte* cercando di precisare) le ipotesi in cui la colpa non ricorre, l'incertezza degli operatori non può venir definitivamente meno.

Soprattutto perché, concretamente, agire in un quadro normativo in continuo mutamento, composto da disposizioni a volte contraddittorie e quasi sempre non piane porta ad un costante rischio nell'esercizio dei propri compiti.

E' bene al riguardo ricordare che una tutela preventiva si attua in primo luogo col dare alla pubblica amministrazione un buon ordinamento ed un buon ordinamento è tale dal punto di vista **dell'organizzazione degli enti e degli uffici amministrativi** e dal punto di vista della **disciplina della loro attività**.

In sintesi *“La prima garanzia di una buona amministrazione è una buona legislazione”*, come già sottolineava negli anni Cinquanta del secolo scorso Enrico Guicciardi.

Grazie per l'attenzione.