

Il dedalo normativo nelle procedure PNRR/PNC: quale disciplina applicabile per le gare di appalto?

1. Le procedure ad evidenza pubblica PNRR/PNC e la dibattuta questione della disciplina “codicistica” applicabile

Con l’entrata in vigore del D.lgs. 36/2023, quale normativa disciplina le procedure ad evidenza pubblica finanziate dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) e dal Piano Nazionale Complementare (PNC)?

Giuristi ed operatori del settore, impegnati ad individuare la disciplina “codicistica” (il D.lgs. 36/2023 o il D.lgs. 50/2016) applicabile a dette procedure si imbattono nella previsione transitoria dell’art. 225, comma. 8, del D.lgs. 36/2023, che seguita a ritenere applicabile la normativa speciale concernente le procedure PNRR/PNC ivi indicata (il D.L. 77/2021, convertito, con modificazioni, dalla L. 108/2021, il D.L. 13/2023 ecc.).

Sorgono dunque dubbi interpretativi, giacché detta normativa speciale che disciplina le procedure PNRR/PNC (il D.L. 77/2021, su tutti) opera alcuni richiami e/o rinvii al D.lgs. 50/2016, oggi però abrogato dallo stesso D.lgs. 36/2023.

Il quadro normativo appare ancora più confuso, se sol si consideri che, all’interno del D.lgs. 36/2023, vi sono ulteriori specifiche disposizioni che, ad una prima lettura, lasciano propendere per la sopravvenuta inefficacia di ogni richiamo e/o rinvio al D.lgs. 50/2016 contenuto nella normativa speciale in favore della conseguente applicabilità del D.lgs. 36/2023.

Si tratta, in particolare, dell’art. 226 del D.lgs. 36/2023 laddove, al primo comma, stabilisce che il D.lgs. 50/2016 “è abrogato dal 1° luglio 2023”, per precisare poi, al secondo comma, che, a far data dal 1° luglio 2023, le disposizioni del D.lgs. 50/2016 “continuano ad applicarsi esclusivamente ai procedimenti in corso...”.

Vi è poi, soprattutto, il quinto comma dell’art. 226 del D.lgs. n. 36/2023, ove si afferma perentoriamente che “Ogni richiamo” al D.lgs. 50/2016 contenuto in “disposizioni legislative, regolamentari o amministrative”, “si intende riferito alle corrispondenti disposizioni” del D.lgs. 36/2023 o, in mancanza, ai principi desumibili da quest’ultimo.

Ebbene, il Legislatore ha dato vita ad un vero e proprio groviglio normativo composto dalla normativa speciale PNRR/PNC, dal D.lgs. 50/2016 e dal D.lgs. 36/2023: mentre la dottrina non risulta aver preso ancora una posizione netta sul tema, i non pochi dubbi interpretativi hanno originato incertezza tra gli operatori del settore in merito a quale sia la normativa “codicistica” applicabile alle procedure PNRR/PNC e la giurisprudenza appare comunque ondivaga, manifestando diversi orientamenti.

2. Il rapporto tra normativa speciale PNRR/PNC, D.lgs. 50/2016 e D.lgs. 36/2023: la lettura offerta dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e dalla giurisprudenza amministrativa

Un primo tentativo di dipanare i dubbi in merito a quale sia sostanzialmente il rapporto

Il dedalo normativo nelle procedure PNRR/PNC: quale disciplina applicabile per le gare di appalto?

vigente tra la normativa speciale PNRR/PNC, il D.lgs. 50/2016 (derogato e richiamato dalla stessa normativa speciale) e il D.lgs. 36/2023 è stato abbozzato dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti (M.I.T.).

Ed infatti, con la Circolare del 12 luglio 2023, il M.I.T. ha avuto modo di affermare che, data la specialità delle disposizioni di cui al D.L. 77/2021, queste devono considerarsi fatte salve e, quindi, legittimamente applicabili, anche successivamente al 1° luglio 2023: ciò tanto vale con riferimento alle disposizioni derogatorie previste dal D.L. 77/2021, quanto ai rinvii al D.lgs. 50/2016 operati dallo stesso D.L. 77/2021.

Tuttavia, proprio lo stesso M.I.T., con il successivo parere del Servizio Supporto Giuridico n. 2203/2023, discostandosi da quanto esplicitato nella citata Circolare del 12 luglio 2023, ha successivamente precisato che alle procedure PNRR/PNC si applica il vigente D.lgs. 36/2023 *"tranne nei casi in cui non sia espressamente richiamato dal D.L. 77/2021 il d.lgs. 50/2016"*. Il descritto revirement interpretativo trova spiegazione nella novella legislativa medio tempore attuata dall'art. 24-ter del D.L. 69/2023, che ha introdotto nell'art. 48, comma 3, del D.L. 77/2021 uno specifico richiamo all'art. 226, comma 5, del D.lgs. 36/2023 proprio all'interno della normativa speciale PNRR/PNC.

La soluzione interpretativa proposta dal M.I.T. nel parere n. 2203/2023 è stata poi sostanzialmente accolta, con l'aggiunta di alcune rilevanti precisazioni, anche dalle prime pronunce del Giudice amministrativo che si sono occupate del delicato intreccio normativo in commento.

In particolare, la sentenza del TAR Umbria, Sez. I, 23 dicembre 2023, n. 758, ha affermato che la "problematica" dei rinvii e/o delle deroghe espresse al D.lgs. 50/2016 si risolve in base ad una lettura del combinato disposto degli artt. 225, comma 8, e 226, commi 1, 2 e 5 del D.lgs. 36/2023, dalla quale si evince che il D.lgs. 36/2023 deve trovare applicazione ogniquale volta la normativa speciale PNRR/PNC richiami o rinvii alle disposizioni del D.lgs. 50/2016.

Nello stesso senso si è espressa la Sezione Seconda-bis del TAR Lazio, sede di Roma, la quale, con sentenza del 3 gennaio 2024, n. 134, ha statuito che l'art. 225, comma 8, D.lgs. n. 36/2023 *"si limita a stabilire la perdurante vigenza delle sole norme speciali in materia di appalti PNRR (tra cui gli artt. 47 e ss. d. l. n. 77/21) ma non anche degli istituti del d. lgs. n. 50/16 in esso sporadicamente richiamati"*, e ha evidenziato che una contraria opzione ermeneutica colliderebbe con l'art. 226, comma 2, del D.lgs. 36/2023, il quale sancisce l'abrogazione del D.lgs. n. 50/2016 a decorrere dal 1° luglio 2023 senza alcuna eccezione e, soprattutto, con il comma 5 della medesima disposizione, che precisa come *"Ogni richiamo"* al D.lgs. 50/2016 *"si intende riferito alle corrispondenti disposizioni"* del D.lgs. 36/2023 o, in mancanza, ai principi desumibili da quest'ultimo.

La descritta soluzione ermeneutica offerta dal primo filone giurisprudenziale, che si riteneva oramai in via di consolidamento (cfr. ex multis TAR Toscana, Sez. II, 23 aprile 2024, n. 493),

Il dedalo normativo nelle procedure PNRR/PNC: quale disciplina applicabile per le gare di appalto?

è stata tuttavia oggetto di recente revisione critica da parte di un altro orientamento giurisprudenziale.

Invero, in senso opposto alle suddette pronunce, la più recente sentenza del TAR Lazio, sede di Roma, Sez. III, 15 luglio 2024, n. 14366, ha sostenuto che, in base ad una lettura congiunta degli artt. 225, comma 8, e 226, commi 1 e 2 del D.lgs. 36/2023, il corpus normativo previsto per le procedure PNRR/PNC trova applicazione, anche dopo il 1° luglio 2023, in modo completo e integrale e che, quindi, le predette procedure continuano ad essere soggette all'applicazione del D.L. 77/2021 nonché ai richiami e/o rinvii che quest'ultima fonte opera rispetto al D.lgs. 50/2016 e risultano invece impermeabili all'applicazione delle disposizioni del D.lgs. 36/2023.

Nello stesso senso, ancor più recentemente, il Consiglio di Stato, con la sentenza della Quinta Sezione del 9 settembre 2024, n. 7496, affrontando per la prima volta la dibattuta questione nell'ambito del giudizio di appello avverso la citata pronuncia del TAR Lazio, Roma, Sez. II-bis, 3 gennaio 2024, 134, ha aderito all'opzione interpretativa già avvalorata dalla Circolare del 12 luglio 2023 e dalla sentenza del TAR Lazio, Roma, Sez. III, 15 luglio 2024, n. 14366, che predica la *"perdurante vigenza delle disposizioni speciali in materia di appalti PNRR che contengono rinvii fissi a precise disposizioni del d.lgs. n. 50/2016"*.

In particolare, ad avviso del Supremo Consesso della Giustizia Amministrativa, il D.L. 77/2021, rinviando a specifiche previsioni del D.lgs. 50/2016 piuttosto che alla fonte legislativa in sé (ossia l'intero corpus normativo del D.lgs. 50/2016), non opererebbe un rinvio dinamico, bensì statico, con la conseguente perdurante vigenza delle sole singole disposizioni del D.lgs. 50/2016 oggetto di espresso richiamo e/o rinvio.

Questo più recente indirizzo pretorio è dunque propenso a riaffermare la tesi giuridica espressa nella Circolare del M.I.T. del 12 luglio 2023 concernente l'ultravigenza delle singole disposizioni del D.lgs. 50/2016, in quanto richiamate dal D.L. 77/2021 (e da tutta l'ulteriore normativa speciale richiamata dall'art 225, comma 8, del D.lgs. 36/2023), con esclusione, dunque, dell'applicazione del D.lgs. 36/2023.

3. I limiti e le lacune della tesi dell'ultravigenza delle disposizioni del D.lgs. 50/2016 oggetto di richiamo espresso dalla normativa speciale PNRR/PNC.

La tesi dell'ultravigenza delle singole disposizioni del D.lgs. 50/2016 oggetto di espresso richiamo e/o rinvio ad opera della normativa speciale PNRR/PNC, sostenuta dal M.I.T. nella citata Circolare del 12 luglio 2023 e dalla più recente giurisprudenza, ad avviso di chi scrive incontra diverse obiezioni.

In primo luogo, detta opzione ermeneutica sembra del tutto ignorare l'art. 226, comma 5, del D.lgs. 36/2023, a tenore del quale "Ogni richiamo" al D.lgs. 50/2016 *"si intende riferito alle corrispondenti disposizioni"* del D.lgs. 36/2023 o, in mancanza, ai principi desumibili da quest'ultimo.

Il dedalo normativo nelle procedure PNRR/PNC: quale disciplina applicabile per le gare di appalto?

È infatti agevole osservare che, né il M.I.T., nella Circolare del 12 luglio 2023, né, il TAR Lazio, nella sentenza del 15 luglio 2024, n. 14366 (ove la disposizione non è neppure richiamata), né, tantomeno, il Consiglio di Stato, nella sentenza 9 settembre 2024, n. 7496 (che pure annovera la suddetta disposizione tra le norme rilevanti), appaiono tener conto della reale portata e della ratio dell'art. 226, comma 5, del D.lgs. 36/2023.

Tuttavia, è proprio in questa disposizione che il Legislatore, considerata l'oggettiva impossibilità di eliminare ogni riferimento al vecchio codice rinvenibile all'interno dell'ordinamento, ha inteso regolare la "sorte giuridica" di quei rinvii e/o richiami al D.lgs. 50/2016 contenuti in altre fonti del diritto, cristallizzando il principio secondo il quale ogni richiamo e/o rinvio al D.lgs. 50/2016 si intende riferito alle corrispondenti disposizioni del D.lgs. 36/2023 o, in mancanza, ai principi desumibili da quest'ultimo.

Già per questa fondamentale ragione la tesi proposta dal Consiglio di Stato, essenzialmente incentrata sul "rinvio statico" alle specifiche disposizioni del D.lgs. 50/2016 richiamate dal D.L. 77/2021 appare priva di una base solida, atteso che il "trattamento giuridico" da offrire ai rinvii al D.lgs. 50/2016 contenuti nella normativa speciale è già compiutamente regolato da una specifica disposizione legislativa.

In secondo luogo, la tesi dell'ultravigenza delle singole disposizioni del D.lgs. 50/2016 appare contraddetta pure dalla stessa normativa speciale PNRR/PNC e, in particolare, dal già citato art. 48, comma 3, del D.L. 77/2021, il quale a sua volta ribadisce perentoriamente che "Trova applicazione" l'art. 226, comma 5, del D.lgs. 36/2023:

Ebbene, il principio affermato dal citato art. 48, comma 3, del D.L. 77/2021, con riferimento alle procedure negoziate senza bando, va ragionevolmente esteso ad ogni tipologia di procedura PNRR/PNC e ciò in quanto il primo comma dello stesso art. 48 del D.L. 77/2021 estende l'applicabilità di tale articolo a tutte le procedure appartenenti a tale specifica categoria.

La circostanza che sia quindi la stessa normativa speciale PNRR/PNC a specificare che deve trovare applicazione l'art. 226, comma 5, del D.lgs. 36/2023 appare dirimente, perché mina le stesse fondamenta dell'argomento incentrato sull'ultravigenza delle singole disposizioni del D.lgs. 50/2016; difatti, dal combinato disposto dell'art. 226, comma 5, del D.lgs. 36/2023 e dell'art. 48, comma 3, del D.L. 77/2021, sembra di potersi affermare tout court l'applicazione delle disposizioni del D.lgs. 36/2023 in luogo delle corrispondenti previgenti disposizioni del D.lgs. 50/2016.

Ancora, in terzo luogo, vi è altresì da dire che il Consiglio di Stato, nella sentenza 9 settembre 2024, n. 7496, affermando, a sostegno della tesi dell'ultravigenza delle singole disposizioni del D.lgs. 50/2016, la sussistenza di un "rinvio statico", non ha neppure considerato che la maggior parte delle disposizioni del D.L. 77/2021 presenta natura derogatoria rispetto al D.lgs. 50/2016, mentre solo una ridottissima parte delle stesse disposizioni contiene dei veri e propri rinvii e/o richiami a specifiche previsioni del D.lgs.

Il dedalo normativo nelle procedure PNRR/PNC: quale disciplina applicabile per le gare di appalto?

50/2016: se ne ricava, dunque, sul piano sistematico, una voluntas legis affatto incline a stabilire un trait d'union tra le previsioni dedicate al PNRR nel D.L. 77/2021 e il D.lgs. 50/2016, quanto, piuttosto, tendente ad affermare una sostanziale autonomia ed autoreferenzialità delle due fonti normative.

Sempre sul piano sistematico, si evidenziano almeno due ulteriori ragioni che sembrano deporre in senso avverso alla tesi dell'ultravigenza delle singole disposizioni del D.lgs. 50/2016.

La prima ragione attiene alla ratio sottesa all'approvazione del D.lgs. 36/2023, che appare orientato a nuovi principi (primo fra tutti, il principio di risultato) e a puntuali direttive di rango comunitario in tema di appalti pubblici, finalizzate alla semplificazione e alla logica acceleratoria proprie, guarda caso, della normativa speciale PNRR/PNC.

Orbene, ritenere ancora efficaci disposizioni contenute nel D.lgs. 50/2016, corpus oggetto di abrogazione, appare in netto contrasto con la stessa ratio perseguita dal Legislatore nell'approvazione del D.lgs. 36/2023, per di più se si considera pure che le suddette procedure PNRR/PNC, oltre ad essere strategicamente le più rilevanti per la ripresa economica del nostro Paese, sono finanziate con fondi europei erogati in base a normative eurounitarie, e necessitano dunque di essere sottoposte ad una disciplina quanto più conforme a quella europea.

La seconda ragione ruota invece attorno ad un principio cardine del nostro ordinamento ma di valenza anche europea, ossia il principio di certezza dei rapporti giuridici.

Invero, le Stazioni appaltanti, sulla scorta di quanto sancito dal combinato disposto degli artt. 225, comma 8, e 226, commi 1, 2 e 5, del D.lgs. 36/2023, siccome interpretato dal primo filone giurisprudenziale sopra descritto (il quale, solo fino a qualche mese fa, appariva pure in via di consolidamento), hanno bandito le proprie procedure PNRR/PNC in applicazione delle disposizioni del D.lgs. 36/2023, di talché sostenere ora l'ultravigenza di alcune disposizioni del D.lgs. 50/2016 comporta il forte rischio, per le medesime Stazioni Appaltanti, di essere coinvolte in contenziosi volti ad ottenere l'annullamento degli atti di gara e delle aggiudicazioni, potenzialmente forieri pure di richieste di risarcimenti di danni. In altri termini, la tesi dell'ultravigenza di alcune singole disposizioni del D.lgs. 50/2016 rischia di produrre effetti dirompenti sui rapporti giuridici che si sono venuti a creare nell'ultimo anno nell'ambito delle procedure PNRR/PNC, con buona pace del principio di certezza dei rapporti giuridici.

4. Conclusioni e considerazioni finali

Alla luce delle superiori considerazioni, l'opzione ermeneutica che appare più coerente con il dato legislativo (combinato disposto degli artt. 225, comma 8, e 226, commi 1, 2 e 5 del D.lgs. 36/2023 e 48, comma 3, D.L. 77/2021), con la complessiva ratio sottesa all'approvazione del D.lgs. 36/2023 e rispettosa del principio di certezza dei rapporti

Il dedalo normativo nelle procedure PNRR/PNC: quale disciplina applicabile per le gare di appalto?

giuridici, sembra essere quella offerta da quell'orientamento giurisprudenziale che propende per l'applicazione del D.lgs. 36/2023, anche laddove la normativa speciale dettata per le procedure PNRR/PNC rinvia a specifiche singole disposizioni del D.lgs. 50/2016.

L'opposta tesi che intende affermare la perdurante vigenza di specifiche disposizioni del D.lgs. 50/2016 sostenuta dalla più recente giurisprudenza e dalla Circolare del M.I.T. del 12 luglio 2023, infatti, non sembra tenere conto, oltre che del chiaro dettato legislativo dell'art. 226, comma 5, del D.lgs. 36/2023, né della complessiva ratio ispiratrice del nuovo codice né, tantomeno, dei suoi possibili effetti dirompenti per l'intero sistema delle procedure PNRR/PNC.

L'auspicio, dunque, è quello che il Supremo Consesso della Giustizia Amministrativa sottoponga la questione interpretativa ad una più attenta valutazione, prendendo le mosse da una puntuale ricognizione del quadro normativo di riferimento, nella prospettiva di un revirement: l'occasione non mancherà, atteso che i Giudici di Palazzo Spada saranno presto chiamati a pronunciarsi sui ricorsi in appello interposti avverso due pronunce (TAR Toscana, Sez. II, 23 aprile 2014, n. 493 e TAR Campania, Salerno, Sez. I, 15 maggio 2024, n. 1055) riconducibili al primo filone giurisprudenziale, opposto a quello abbracciato dalla sentenza del Consiglio di Stato, Sez. V, 9 settembre 2024, n. 7496.

E l'occasione potrebbe essere pure propizia – perché no – per il deferimento della questione all'Adunanza Plenaria, ai sensi dell'art. 99 del codice del processo amministrativo.

Ad ogni modo, al di là di ogni considerazione in merito a quale sia l'opzione ermeneutica preferibile, l'indubbia difficoltà interpretativa del groviglio normativo dovrebbe suggerire al Legislatore una novella chiarificatrice o, quantomeno, la formulazione di una interpretazione autentica, che a sua volta potrebbe ricomporre il menzionato contrasto giurisprudenziale.

Ed infatti, all'atto pratico, in mezzo all'intreccio normativo, al dibattito interpretativo, ai contrasti giurisprudenziali e alle indicazioni governative, stanno le Stazioni appaltanti e gli operatori economici, ossia gli unici soggetti che necessitano concretamente di un rapido, chiaro e, soprattutto, definitivo chiarimento sulla disciplina "codicistica" applicabile alle procedure PNRR/PNC.

Paolo Faccin