amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo (Classe A)

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Rivista di Ateneo dell'Università degli Studi di Roma "Foro Italico"

Direzione scientifica
Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

Direttore Responsabile
Gaetano Caputi

Redazione
Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 1/2025

Estratto

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009

ISSN 2036-7821

Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Antonio Barone, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Francesco Cardarelli, Enrico Carloni, Maria Cristina Cavallaro, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Chiara Cudia, Gianfranco D'Alessio, Mariaconcetta D'Arienzo, Ambrogio De Siano, Ruggiero Dipace, Valentina Maria Donini, Luigi Ferrara, Pierpaolo Forte, Gianluca Gardini, Biagio Giliberti, Emanuele Isidori, Bruno Mercurio, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Attilio Parisi, Luca Raffaello Perfetti, Fabio Pigozzi, Alessandra Pioggia, Helene Puliat, Francesco Rota, Josè Manuel Ruano de la Fuente, Leonardo J. Sańchez-Mesa Martĭnez, Ramón Terol Gómez, Antonio Felice Uricchio.

Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Sveva Bocchini, Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Sonia Caldarelli, Giovanni Cocozza, Andrea Marco Colarusso, Sergio Contessa, Beatrice Coppa, Giuseppe Doria, Manuel Delgado Iribarren, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Giuseppina Lofaro, Federica Lombardi, Gaetano Natullo, Carmen Pérez González, Giovanni Pesce, Benedetta Piazza, Marcin Princ, Sara Pugliese, Bianca Nicla Romano, Antonio Saporito, Giuliano Taglianetti, Esper Tedeschi, Simona Terracciano, Stefania Terracciano, Salvatore Villani.

Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

La programmazione nel ciclo di vita degli appalti pubblici

di Giovanna Tuccillo

(Dottoranda di ricerca presso l'Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli)

Sommario

1. L'evoluzione della normativa sui contratti pubblici – 2. La disciplina della programmazione prima del nuovo codice – 3. La programmazione nel codice del 2023 – 4. Il nuovo quadro della programmazione pubblica: principi generali, vincolatività e profili di impugnabilità.

Abstract

With the new public procurement code, which replaced Legislative Decree 18 April 2016, no. 50, procurement procedures and their operational phases have undergone significant evolution. The aim of the research is to analyse their developments, with particular attention to the very first phase of the procurement procedure: programming. The study starts from the 2006 Code, examining the provisions of Legislative Decree 50/2016, up to the code introduced by Legislative Decree 31 March 2023, no. 36. The specific object of investigation is the three types of programming: the programming of public works, the purchase of goods and services and the programming of strategic infrastructures and of pre-eminent national interest, illustrating the critical issues and strengths that this phase has exhibited as a result of the various disciplines that have intervened on the matter. Attention is paid, in particular, to its binding nature and to the consistency of the current discipline with respect to the principles expressly established by the new public procurement code..

* *Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review*

ISSN 2036-7821

1. L'evoluzione della normativa sui contratti pubblici.

La disciplina sui contratti pubblici è stata per lungo tempo contemplata nella normativa sulla contabilità dello Stato[1], finalizzata a garantire una corretta gestione delle commesse pubbliche attraverso procedure ad evidenza pubblica. Tale collocazione aveva due obiettivi: da un lato assicurare le condizioni economiche più favorevoli all'amministrazione mettendo in concorrenza le imprese, dall'altro proteggere l'amministrazione dal rischio di collusione di queste ultime[2]. Tali obiettivi venivano perseguiti per mezzo di una serie di regole formali[3] e procedurali relative alla gara pubblica, volte a limitare il più possibile la discrezionalità dell'amministrazione, prevenendo così fenomeni corruttivi tra imprese e funzionari infedeli. Per questa via, la selezione dell'offerta migliore avveniva attraverso le procedure dell'asta pubblica e della licitazione privata e sulla base di un solo parametro vincolato (il prezzo offerto)[4].

L'impianto generale era, dunque, ispirato dall'intento di ridimensionare il potere di scelta dell'amministrazione a tutela, al contempo, della finanza pubblica e del contraente privato. Tale obiettivo veniva raggiunto attraverso stringenti regole formali e meccanismi automatici nella scelta del contraente, che finivano tuttavia per mettere in secondo piano l'interesse pubblico da perseguire, evidentemente non circoscrivibile ad una istanza di cautela finanziaria.

In seguito, l'irrompere del diritto europeo muta il quadro, a partire dalle direttive degli anni 70 del secolo scorso e prima metà degli anni 80[5], con le quali si pone progressivamente l'accento sull'esigenza di aprire il mercato degli appalti pubblici alla concorrenza a livello europeo a tutela delle quattro libertà fondamentali garantite dal Trattato: libera circolazione di merci, lavoratori, capitali e impresa.

È l'avvio di un percorso che trova espressioni più consapevoli nella seconda metà degli anni 80[6], allorché il principio di concorrenza diventa il fulcro di un sistema di

---

[1] R.d. 18 novembre 1923, n.24401 e regolamento approvato con r.d. 23 maggio 1924, n.824.

[2] Da qui anche l'inserimento nel Codice penale di figure di reato come la turbativa d'asta e l'astensione dagli incanti (artt353 e 354 c.p.).

[3] M. CAFAGNO, *Gare pubbliche*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto amministrativo*, Milano, 2006, 2652 ove si sottolinea che «la regolazione rigida e preventiva dei procedimenti selettivi tende ad ovviare alle difficoltà che incontrerebbe un sistema di controllo dell'operato dei funzionari basato sull'osservazione postuma dei risultati contrattuali conseguiti; l'abbattimento della discrezionalità assicurato da una procedimentalizzazione dei meccanismi di scelta si erge così a virtuale argine ai pericoli di arbitrio e corruttela».

[4] M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo,* Bologna, 2022, 420.

[5] Il riferimento è alle direttive 71/304/CEE in materia di appalti di servizi collegati a lavori pubblici, 71/305/CEE sui lavori pubblici e 72/277/CEE in materia di appalti di lavori pubblici, attuate dalla l. 8 agosto 1977, n. 584, e alle direttive 77/62/CEE e 80/767/CEE sugli appalti pubblici di forniture, attuate dalla l. 30 marzo 1981, n. 113.

[6] Il riferimento è alla direttiva 88/295 avente ad oggetto gli appalti pubblici di forniture; la direttiva 89/440 in tema di appalti di opere pubbliche; la direttiva 92/50 sugli appalti pubblici di servizi; le direttive 90/531 e 93/38 per quanto riguarda gli appalti di servizi forniture e lavori nei settori di acqua, energia, telecomunicazioni e

ISSN 2036-7821

regole che non guarda più soltanto alla tutela dell'amministrazione, ma soprattutto alla tutela degli operatori economici, nella prospettiva di una maggiore apertura ai mercati nazionali. Nella visione europea, con un approccio più flessibile e meno formalistico, un qualche margine di discrezionalità si ritiene infatti consenta all'amministrazione di coinvolgere nella contrattazione un quadro più ampio di soggetti economici con conseguente possibilità di valutare un numero maggiore di offerte e soluzioni.

Rispetto a questa ambizione, il quadro normativo presentava, tuttavia, più di una criticità, a partire dalla complessità e frammentazione delle norme, che potevano creare incertezze e rallentamenti nei processi di appalto, posto che la vigente regolamentazione specifica di settore (lavori, servizi, forniture) determinava, per ciascuno di essi, regimi parzialmente diversi. Per tale motivo, in ambito europeo, si avvertì l'esigenza di adottare regole comuni per tutti i settori, semplificando e armonizzando le procedure attraverso l'attuazione delle direttive UE 17 e 18 del 2004[7].

In ambito nazionale, dunque, l'attuazione delle stesse interveniva attraverso il Decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163[8], allargando gli spazi della regolazione interna e dando maggiore rilievo al principio di economicità socialmente inteso, che impone, nell'ambito delle procedure di aggiudicazione degli appalti, idonea valutazione rispetto alle istanze ambientali e sociali, nel quadro di una generale consapevolezza, da parte del legislatore comunitario, del ruolo dell'attività contrattuale come strumento di politica economica e sociale.

Il quadro regolatore abbandona progressivamente meccanismi automatici di scelta del contraente, per riconoscere dunque nuovi e più rilevanti margini di discrezionalità alle stazioni appaltanti.

L'ultima fase della regolazione europea riguarda il pacchetto di direttive del 2014[9], recepite nel nostro ordinamento con il Decreto legislativo 18 aprile 2016, n.50, con l'obiettivo di accrescere la produttività della spesa pubblica, facilitando la partecipazione delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici con procedure competitive che puntavano a un modello di integrazione sociale che garantisse pari opportunità a tutti gli operatori, perseguendo altresì la massimizzazione del

---

trasporti; le direttive 93/36 e 93/37, "testi unici" che raccoglievano e sistemavano le disposizioni previgenti relative agli appalti pubblici di forniture e lavori nei settori cd. ordinari.

[7] M. PROTTO, *Il nuovo diritto europeo degli appalti,* in *Urb. e app.*, 2004, 7, 755.

[8] Il decreto legislativo 12 aprile 2006, n.163, rubricato «Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE».

[9] In particolare: 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione; 2014/24/UE sugli appalti pubblici; 2014/25/UE sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali.

ISSN 2036-7821

principio di concorrenza.

L'applicazione delle norme del 2016 non è stata, tuttavia, scevra da insidie. Da qui, pur in un quadro di stabilità della normativa europea, il recente intervento di riforma, assunto peraltro a specifico impegno dal governo italiano, nel 2021, nell'ambito del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNNR) [10] con il nuovo codice dei contratti pubblici (Decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36)[11] volto ad una nuova sistematizzazione della materia, a partire dall'enunciazione di principi generali dell'attività contrattuale amministrativa.

Il ricorso ai principi generali rappresenta una novità di rilievo nella riforma del 2023. Il legislatore ha ritenuto essenziale ricorrere a tali principi per guidare in modo coerente e uniforme l'interpretazione delle disposizioni normative, fornendo un quadro di riferimento stabile che assicuri una maggiore efficienza, trasparenza e affidabilità nelle procedure di affidamento pubblico. La *ratio* generale è sicuramente quella di conferire maggiore flessibilità alle procedure di affidamento, orientando il sistema verso l'obiettivo finale: garantire un'efficace aggiudicazione e un'adeguata esecuzione dei contratti pubblici. Tale impostazione mira a bilanciare l'efficienza procedurale con l'attenzione al risultato concreto delle commesse pubbliche.

Tra i vari principi[12] enunciati, tre in particolare vengono riconosciuti dallo stesso codice come aventi valenza ermeneutica, tale da condizionare l'interpretazione di tutte le disposizioni codicistiche. Si tratta dei principi del risultato, della fiducia e di accesso al mercato. Tali principi attengono tutti alla cura dell'interesse pubblico perseguito dall'amministrazione con una maggiore attenzione al rapporto tra questa e gli operatori economici.

Proprio con riguardo all'innovativo principio del risultato[13], è opportuno chiarire

[10] Tale programma è stato attuato mediante due fasi: in particolare, a una prima fase, già realizzata tempestivamente, con i decreti-legge n. 76/2020 e il citato n. 77/2021 (c.d. "decreti semplificazioni"), ha fatto seguito una seconda fase consistita in «*una serie di modifiche del codice dei contratti pubblici da attuarsi nel secondo trimestre 2023*». Le indicazioni del PNRR sono state recepite dalla legge delega 21 giugno 2022, n. 78, recante «*Delega al Governo in materia di contratti pubblici*».

[11] Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici.

[12] Tali principi sono: 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); Principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale (art 9); Principi di tassatività delle cause di esclusione e di massima partecipazione (art 10).

[13] Il risultato amministrativo ha costituito per lungo tempo oggetto di riflessioni e dibattiti in dottrina. Tra i contributi maggiormente significativi, si segnalano gli scritti di F. G. SCOCA, voce *Attività amministrativa, in Enc. del Dir.*, (Agg) VI, 2002, 10; A. ROMANO TASSONE, *Amministrazione di risultato e provvedimento amministrativo, in Principio di legalità e amministrazione di risultati*, M. IMMORDINO e A. POLLICE (a cura di), Torino, 2004, 11 ss.; F. LEDDA, *Dal principio di legalità al principio di infallibilità dell'amministrazione*, *in Riv. Foro amm.*, 1997, 3303 ss.; M. CAMMELLI, *Amministrazione di risultato,* in *Annuario AIPDA*, 2002, 107 ss.; R. FERRARA, *Procedimento amministrativo,*

ISSN 2036-7821

innanzitutto cosa si intenda per "risultato" nell'ambito dell'amministrazione. Questo principio mira a orientare l'azione amministrativa verso il conseguimento concreto degli obiettivi pubblici prefissati, promuovendo un'amministrazione più efficace ed efficiente. L'amministrazione di risultato richiede, quindi, che le attività e le decisioni pubbliche siano finalizzate non solo al rispetto delle norme formali, ma anche al raggiungimento degli esiti sostanziali che rispondano agli interessi della collettività. Il nuovo Codice dei contratti pubblici non intende, tuttavia, il "risultato" in termini generali di efficacia dell'azione amministrativa, bensì lo inserisce specificamente nell'ambito dell'affidamento e dell'esecuzione dei contratti. In tale contesto, il principio del risultato implica che le amministrazioni debbano puntare non solo a rispettare i requisiti legali e procedurali, ma anche ad assicurare che i contratti pubblici producano effettivamente i benefici attesi in termini di qualità e tempestività. Si tratta, quindi, di un concetto di risultato che guarda all'impatto concreto e misurabile delle forniture, lavori e servizi, valutando il rispetto degli obiettivi contrattuali come un criterio centrale per il buon esito della procedura.

In dottrina, si è peraltro già posto il tema del presunto conflitto tra il risultato e il principio di legalità, ed infatti «permaneva il timore che l'enfasi del risultato ponesse in pericolo il rispetto del principio di legalità, minandolo nei suoi stessi presupposti: il risultato non era elemento pertinente alla legittimità degli atti e dei comportamenti amministrativi. Probabilmente, più delle valutazioni di ordine strettamente giuridico, era proprio l'utilizzo del lemma "risultato", ciò che generava maggiore ansia di sorta nel dibattito generale»[14].

Le perplessità si concentravano sulla necessità di trovare un equilibrio tra l'efficienza e l'efficacia dell'azione amministrativa e il rispetto rigoroso delle norme giuridiche, garantendo al contempo trasparenza, responsabilità e legittimità nell'operato delle amministrazioni pubbliche.

Tale rapporto dipende, tuttavia, dall'analisi di due fattori principali: la definizione di "risultato amministrativo" e l'ambito della legalità[15].

Il risultato amministrativo è visto come la realizzazione specifica dell'interesse pubblico che è conseguenza della norma che conferisce rilevanza giuridica a un fatto e quindi al risultato. La norma giuridica può qualificare come rilevante sia il

---

semplificazione e realizzazione del risultato: dalla "libertà dall'amministrazione" alla "libertà dell'amministrazione", *in Riv. Dir. soc.*, 2000, 101 ss.; G. CORSO, *Amministrazione di risultati*, in *Annuario AIPDA*, 2002, 127 ss.; F. CINTIOLI, *Il principio del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2023; sugli aspetti sostanziali e processuali del principio del risultato si veda anche G. TAGLIANETTI, *Contratti pubblici e principio di risultato. Profili sostanziali e processuali*, in *federalismi.it*, 2024.

[14]M. R. SPASIANO, *Dall'amministrazione di risultato al principio di risultato del Codice dei contratti pubblici: una storia da scrivere*, in *federalismi.it*, 2024, 208.

[15]S. PERONGINI, B. MEROLA, *Il principio di concorrenza nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Studi sui principi del Codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2023, p.60 ss.

ISSN 2036-7821

perseguimento sia il raggiungimento del risultato, attribuendo maggiore importanza alla realizzazione concreta del miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti, ossia dell'interesse all'aggiudicazione.

In altre parole, con l'art 1 del codice il risultato amministrativo è integrato nella legalità: la norma giuridica include il risultato nel perimetro della legalità, definendo così la rilevanza giuridica del risultato e la sua efficacia.

La novità principale rispetto alla normativa precedente è che il principio cardine dell'azione amministrativa non è più esclusivamente la legalità intesa quale fondamentale presidio della concorrenza e della lotta alla corruzione, ma include anche i principi di economicità, efficacia ed efficienza, mutuati dal modello aziendale in riferimento non ad un interesse pubblico generale, ma allo specifico interesse dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione. Questi principi, radicati nell'articolo 97 della Costituzione, garantiscono il corretto perseguimento dell'interesse pubblico e la qualità dell'azione amministrativa.

Con il codice dei contratti pubblici si assiste, dunque, ad un nuovo equilibrio tra legalità e risultato, proponendo una legalità orientata al buon andamento, intesa come legalità di risultato all'affidamento e alla esecuzione dei contratti.

È in questo senso che il principio di risultato diviene criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale[16] e per l'individuazione della regola del caso concreto[17].

Sotto questo profilo, si regista un cambio di passo, posto che «in passato, infatti, in un contesto in cui al centro della disciplina vi erano gli interessi alla tutela della legalità e alla prevenzione della corruzione, la discrezionalità, anche se formalmente proclamata, fatalmente si paralizzava»[18].

Strettamente correlato al principio di risultato[19], anche il principio di fiducia segna un nuovo termine di riferimento per il potere discrezionale che l'amministrazione sperimenta nelle gare pubbliche.

Se consideriamo la fiducia come un valore fondamentale per il funzionamento di

---

[16] Sul punto vedi M. R. SPASIANO, *Principi e discrezionalità nel nuovo codice dei contratti pubblici: primi tentativi di parametrazione del sindacato*, in *federalismi.it*, 2023; M. R. SPASIANO, *Codificazione di principi e rilevanza del risultato*, in C. CONTESSA e P. DEL VECCHIO (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, I, Napoli, 2023, 69, quando, sulla premessa della convergenza del risultato nella legalità, afferma che «l'uso della discrezionalità amministrativa completa il processo di adattamento della norma al caso di specie, laddove l'agente è chiamato a definire in dettaglio il contenuto e i confini del risultato, a predisporre la più congrua azione amministrativa rispetto alle esigenze del caso di specie, sino a definire — come rilevato — le "regola del caso" che l'amministrazione [...] sarà vincolata sia a rispettare che a far rispettare».

[17] Art 1 comma 4 D.lgs.36/2023.

[18] G. NAPOLITANO, *Il nuovo codice dei contratti pubblici: i principi generali,* in *Giornale di diritto amministrativo*, 2023, 291.

[19] R. GRECO, *Principio del risultato e tutela della legalità nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2023, 3.

ISSN 2036-7821

un'economia di mercato e di ogni forma di collaborazione, è evidente che essa deve operare su più livelli. La fiducia deve esistere tra: legislatore e amministrazione; pubblica amministrazione e funzionari; amministrazione e operatori privati e viceversa; infine, tra giudice, amministrazione e privati[20].

È importante sottolineare come l'articolo 2 del codice dei contratti pubblici si concentri ampiamente sul rapporto tra l'amministrazione e i suoi funzionari[21], menzionando solo una volta i privati. Ciò nella convinzione che la paura della firma[22] sia provocata non dal timore delle sanzioni quanto piuttosto da norme di difficile applicazione. Ma se la fiducia fosse davvero il fondamento di queste relazioni, ogni collaborazione dovrebbe basarsi su una condotta generale dell'amministrazione ispirata a tale principio. Solo intrecciando tutte queste relazioni di fiducia, l'amministrazione potrebbe ritrovare la libertà d'azione che sembra aver smarrito nel corso del tempo.

Possiamo quindi affermare che «la fiducia è il sostrato etico del rapporto che si instaura tra l'operatore economico ed i funzionari pubblici e riguarda tutti i soggetti coinvolti nell'affidamento e nell'esecuzione dei contratti. La fiducia è anche quella che l'ordinamento giuridico ripone nella pubblica amministrazione e nell'esercizio del potere discrezionale che non è incondizionata, ma è collegata al raggiungimento del risultato»[23].

Il terzo principio fondamentale è quello di accesso al mercato espressamente stabilito dall'art 3 del D.lgs. n. 36/2023: «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

[20] R. SPAGNUOLO VIGORITA, *Il principio della fiducia nell'articolo 2 del nuovo codice dei contratti pubblici,* in AA.VV, *Studi sui principi del Codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2023, 46 ss.

[21] Art. 2 D.lgs. n.36/2023: «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.

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.

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».

[22] S. BATTINI, F. DE CAROLIS, *L'amministrazione si difende,* in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 1, 293.

[23] E. FOLLIERI, *Principi generali(artt.1-12). Natura del codice dei contratti pubblici. Gli allegati,* in V. FANTI (a cura di), *Corso sui contratti pubblici riformati dal d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36*, Napoli, 2023, 25.

ISSN 2036-7821

discriminazione, di pubblicità e trasparenza». Le procedure di gara devono essere progettate per incentivare la partecipazione del maggior numero possibile di concorrenti qualificati, evitando criteri troppo restrittivi che potrebbero limitare la concorrenza e la trasparenza è un elemento chiave per garantire che tutte le informazioni relative alle gare pubbliche siano facilmente accessibili e pubblicizzate in modo adeguato. La *ratio* di tale norma è la conservazione di un mercato concorrenziale che garantisca agli operatori economici pari opportunità di partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica[24].

Dall'analisi di tali principi, si osserva che uno degli obiettivi del nuovo codice è sicuramente quello di ampliare la discrezionalità dell'amministrazione[25]. Questa volontà risulta dalla previsione stessa di tali principi, i quali, nel loro insieme, configurano un sistema in cui all'amministrazione è attribuita una maggiore libertà di valutazione per perseguire efficacemente gli obiettivi di interesse pubblico. La valorizzazione del principio di risultato[26], ad esempio, permette all'amministrazione di adattare le proprie decisioni ai fini concreti dell'affidamento, concentrandosi sull'efficacia dell'intervento e sugli impatti reali per la collettività.

L'investimento sulla discrezionalità è riscontrabile anche in relazione alla normativa che disciplina le fasi che regolano la procedura di appalto – programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione – poiché il Codice sancisce espressamente che i principi debbano orientare l'azione amministrativa in ciascuna di queste fasi.

Il principio di risultato, quindi, non è solo un obiettivo astratto, ma un criterio prioritario che guida concretamente la programmazione, favorendo una selezione di progetti rispondente ai reali bisogni pubblici, la progettazione mirata a soluzioni sostenibili, e l'affidamento ed esecuzione del contratto nel rispetto degli obiettivi di qualità e tempestività[27].

---

[24] G. NAPOLITANO, *Il nuovo codice dei contratti pubblici: i principi generali,* in *Giornale di diritto amministrativo*, 2023, 3, 294.

[25] Sul punto vedi L. CARBONE, *La genesi del nuovo Codice*, in C. CONTESSA e P. DEL VECCHIO (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, Napoli 2023, 12.

[26] A. SANDULLI, *Il principio di risultato quale criterio interpretativo e applicativo,* in *Diritto pubblico,* 2024, fasc.2, 350 ss., osserva come «i super-principi della fiducia e dell'accesso al mercato operano sì, quali criteri di interpretazione e di applicazione dell'intero Codice, ma in qualità di vassalli del principio di risultato, che è il faro del

Codice, il super-principio primo, come detto».

[27] Sul punto interessante è quanto affermato da E. GUARNIERI, *Il principio di risultato nei contratti pubblici: alcune possibili applicazioni, tra continuità e innovazioni,* in *Dir. amm.*, 2023, 841 ove si afferma che «Si è soliti immaginare le fasi di gara e di esecuzione quali ovvi luoghi di atterraggio per l'applicazione del principio di risultato (oltreché per quello di fiducia), e se ne comprende la ragione: è lì che si annidano le maggiori *impasse* ed i grandi nodi della burocrazia difensiva. Eppure, una lettura del genere sarebbe abbastanza imprecisa, non fosse altro perché oggi il codice ha adottato una espressione, qual è quella del ciclo di vita, che, sebbene riferita espressamente alla digitalizzazione, induce purtuttavia a guardare la frammentata vicenda del contratto pubblico come ad un

ISSN 2036-7821

Il principio di risultato è peraltro centrale anche nella valutazione della responsabilità del personale che svolge funzioni amministrative o tecniche nell'intero ciclo di vita dell'appalto.

Poste queste premesse, l'attenzione verrà posta sulla fase di programmazione degli appalti pubblici, la quale «rappresenta il primo e imprescindibile momento procedurale nella dinamica di indizione di un appalto. Essa risponde all'esigenza di determinazione delle necessità delle amministrazioni aggiudicatrici, nonché di valutazione delle strategie di approvvigionamento e di ottimizzazione delle risorse a disposizione delle stesse»[28]. In relazione alla stessa ne saggeremo l'evoluzione nel quadro delle recenti trasformazioni dell'evidenza pubblica, anche nella prospettiva di valutare quanto l'attuale configurazione normativa dell'istituto appaia adeguata nella dimensione della garanzia di effettività dei riferiti principi generali dell'azione contrattuale pubblica.

2. La disciplina della programmazione prima del nuovo codice.

La programmazione rappresenta il fondamento logico di ogni comportamento umano razionale e organizzato. Secondo una fondamentale definizione di Giannini, essa consiste «nella determinazione dell'ordinata spaziale o temporale di un oggetto al fine di raggiungere un obiettivo»[29]. E dunque nel diritto amministrativo la programmazione è l'insieme di atti amministrativi[30] che definiscono una serie di interventi da attuare in una specifica area o settore, entro un dato periodo di tempo e

unicum. Se così è, il risultato è un principio che percorre tutto il ciclo di vita del contratto pubblico: dalla programmazione alla sua esecuzione».

[28] S. ARMATI, *Programmazione e progettazione gare d'appalto,* in *fondistrutturali.formez.it*, 2017.

[29] In particolare, Giannini parla di pianificazione, ritenendo che non sia possibile trarre una distinzione razionale tra programmazione e pianificazione, M. S. GIANNINI, *Pianificazione,* in *Enc. Dir.,* XXXIII, 1983, 629. Sul dibattito circa la differenza o assonanza tra le due locuzioni vedi V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Attività economica privata e potere amministrativo,* Napoli, 1962, 268; M. CARABBA, *Programmazione economica,* in *Enc. Dir.,* XXXVI, 1987, 1113 che dopo aver puntualizzato che tali locuzioni hanno acquisito un significato specifico nei differenti campi scientifici e tecnici identifica un contenuto formale, che connota lo strumento pianificatorio nel linguaggio comune alle diverse discipline in cui essa è compresa, riconducibile al seguente schema: determinazione di uno o più obiettivi compatibili; indicazione dei mezzi, delle procedure e dei tempi necessari per raggiungere gli obiettivi prefissati; controllo dei risultati conseguiti; G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, 746, considera piani e programmi, termini da ritenersi equivalenti, essendo utilizzato in maniera dalla legislazione.

[30] Sulla nozione di atti di programmazione M. CARABBA, *Programmazione,* 1997, tratto *dal Digesto delle discipline pubblicistiche*, secondo cui: «I procedimenti di programmazione sono da ricondurre alla connotazione dei «procedimenti precettivi o prescrittivi» volti a definire obiettivi, modi, mezzi, tempi, dell'attività amministrativa e della gestione di bilancio. Gli atti di programmazione, che concludono la fase decisionale del procedimento sono «atti amministrativi generali». Sulla nozione di atti amministrativi generali vedi anche G. SANTANIELLO, *Gli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, Milano, 1963, 13 ss.; M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, II, 288; G. DELLA CANEA, *Atti amministrativi generali*, Padova, 2000; M. MIRABELLA, A. ALTIERI, P. M. ZERMAN, *Manuale di diritto amministrativo,* Milano, 2012, 66.

ISSN 2036-7821

con risorse specifiche. In particolare, nei contratti pubblici, essa riveste un ruolo essenziale per l'ottimizzazione della spesa pubblica e come garanzia di trasparenza dell'azione amministrativa[31].

L'ordinamento contempla una pluralità di forme di programmazione[32], al punto da poter ricavare un vero e proprio principio di programmazione, inteso anche come metodo democratico per la gestione delle attività dei pubblici poteri, che rifletta uno specifico approccio culturale e politico. Esso richiede trasparenza, partecipazione, responsabilità, coordinamento, efficienza e sostenibilità, per garantire che l'azione pubblica sia sempre orientata al bene comune e al progresso della società nel suo complesso[33]. Adottare e attuare pienamente questo principio è essenziale per rafforzare la fiducia dei cittadini nelle istituzioni democratiche.

Con riguardo alle gare d'appalto, originariamente, solo per i lavori pubblici, l'attività di programmazione era prevista come obbligatoria e preliminare alla progettazione, all'articolo 14 della legge 11 febbraio 1994, n.109 (La nuova legge quadro in materia di lavori pubblici) poi trasposto, con qualche modifica nell'art 128 D.lgs. n. 163/2006. In particolare, quest'ultima disposizione chiariva che: «l'attività di realizzazione dei lavori … di singolo importo superiore a 100.000 euro si svolge sulla base di un programma triennale e di suoi aggiornamenti annuali che le amministrazioni aggiudicatrici predispongono e approvano, nel rispetto dei documenti programmatori, già previsti dalla normativa vigente, e della normativa urbanistica, unitamente all'elenco dei lavori da realizzare nell'anno stesso». Quindi, solo per i lavori che eccedevano i 100.000 euro, l'amministrazione godeva di ampia discrezionalità non essendo vincolata al loro inserimento nel programma triennale e neanche dall'elenco dei lavori da inserire in quell'anno.

---

[31] P.L. PORTALURI, *Il principio di pianificazione*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2011, 1 ss.

[32] La scienza giuridica ha spesso manifestato un certo scetticismo nel tentativo di fornire una definizione univoca di programmazione per la varietà di normative e i diversi contesti politico-istituzionali in cui essa è utilizzata. Infatti, è opportuno sottolineare che la nozione di programmazione nasce sul terreno delle scienze economiche per poi trovare una propria sistemazione teorica e descrittiva nell'ambito di altre scienze sociali, dalla scienza politica, alla scienza dell'amministrazione. Sul concetto di programmazione vedi M. S. GIANNINI, *Dell'azione dei pubblici poteri nel campo dell'economia*, in *Riv. dir. comm.*, 1959, 313 ss.; ID., *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1985, 299 ss.; S. CASSESE, *Tipologia della programmazione economica*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato dì diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, , Padova, 1977, I, 301 ss.; C. GESSA, *Il vincolo giuridico del piano economico*, in *La regolamentazione giuridica dell'attività economica*, Milano, 1987 che considera la programmazione strumento preordinato a comporre il disegno dello Stato sociale e a governare, in vista del conseguimento degli obiettivi previsti, il rapporto tra la libertà privata, diritto garantito nel limite di altri valori tutelati, e l'intervento pubblico, volto a realizzare fini sociali non contrastabili dall'iniziativa privata né gravabili su di essa.

[33] S. AMOROSINO, *I procedimenti di programmazione degli interventi straordinari del Mezzogiorno: profili organizzatori e precettivi*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Milano, 1988, 23-24 ove si afferma che «Questa connotazione policentrica e progressiva della fattispecie programmatoria si traduce e trova corrispondenza appunto nella funzione autorganizzatrice ed autoportante della sequenza di atti che, nel periodo triennale, vengono via via a comporla ed integrarla»

ISSN 2036-7821

In ogni caso, la programmazione, sia con la riferita legge quadro che successivamente nel codice del 2006, aveva carattere vincolante, con regole rigide ed una procedura quasi del tutto automatica. Infatti, la stessa si articolava in cinque fasi, a partire dalla elaborazione del quadro dei bisogni, un documento generale per identificare le opere prioritarie per i fini istituzionali. La seconda fase prevedeva invece la redazione degli studi di fattibilità, che indicavano i costi di realizzazione e gestione dell'opera, il suo impatto ambientale e i benefici socioeconomici. Dopo l'elaborazione degli studi di fattibilità, si compilava il programma triennale dei lavori pubblici, nel quale le opere approvate in base agli studi venivano inserite nel piano secondo criteri di interesse pubblico, urgenza degli interventi e obiettivi da raggiungere[34].

La pubblicazione dello schema di programma triennale avveniva una sola volta ogni tre anni, salvo aggiornamenti annuali che richiedevano nuova pubblicazione ed infine, ogni anno si procedeva all'approvazione del programma triennale e dei suoi aggiornamenti, insieme all'elenco dei lavori da eseguire nell'anno stesso, inoltre, il programma triennale poteva essere aggiornato annualmente per tenere conto di nuove situazioni o valutazioni più approfondite[35].

Come già anticipato, l'iter procedurale richiesto per l'aggiudicazione degli appalti era spesso articolato e macchinoso, con numerosi passaggi formali che aumentavano i tempi e i costi delle gare. Da qui la necessità di una riforma sostanziale della normativa sugli appalti pubblici, intervenuta con la legge delega 2016 n.11[36] (che è conseguenza delle direttive 2014), con cui si assiste ad una evoluzione della fase di programmazione con «la riorganizzazione delle funzioni delle stazioni appaltanti, con particolare riferimento alle fasi di programmazione e controllo, nonché prevedendo l'introduzione di un apposito sistema, gestito dall'ANAC, di qualificazione delle medesime stazioni appaltanti, teso a valutarne l'effettiva capacità tecnica e organizzativa, sulla base di parametri obiettivi»[37].

Tale delega ha trovato attuazione con il D.lgs. n. 50/2016 nel quale la programmazione si inserisce all'articolo 21 che sancisce l'obbligo delle amministrazioni aggiudicatrici di programmare oltre i propri lavori anche i propri acquisti di beni e servizi. Dunque, con il D.lgs. 50/2016 si registra una

[34] Art. 128 d.lgs. 163/2006.

[35] La priorità era data ai lavori di manutenzione, al completamento di opere in corso, ai progetti esecutivi approvati e ai lavori finanziabili con capitale privato. Ogni intervento doveva essere descritto con le sue finalità, le eventuali problematiche ambientali e i costi previsti.

[36] L. 28 gennaio 2016, n. 11, recante «Deleghe al Governo per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture».

[37] L'art. 1, comma 1, lett. bb), l. n. 11 del 2016.

ISSN 2036-7821

generalizzazione dell'obbligo di programmazione che diviene presupposto imprescindibile nella procedura di affidamento di un contratto. La programmazione diviene triennale per i lavori pubblici e biennale per gli acquisti di beni e servizi. Inoltre, «i programmi sono approvati nel rispetto dei documenti programmatori e in coerenza con il bilancio e, per gli enti locali, secondo le norme che disciplinano la programmazione economico-finanziaria degli enti»[38]. Con essa l'amministrazione rende vincolanti le proprie scelte garantendo maggiore soddisfacimento degli interessi pubblici che deve perseguire[39] e lo fa con una discrezionalità di tipo tecnico nella scelta dei lavori che soddisfino i bisogni della collettività e nell'elaborazione degli studi di fattibilità con valutazioni sociali, economiche e dunque tecniche, per predisporre quelli che saranno gli strumenti attuativi vincolanti rispetto alla scelta effettuata.

L'atto di programmazione si configura quindi come atto che stabilisce l'*an* della scelta discrezionale ma anche il *quando*, potendo l'amministrazione predisporre un ordine di priorità degli interventi da realizzare, ad esempio nelle opere pubbliche. Il *quomodo* si pone invece in una fase successiva di scelta degli strumenti più vantaggiosi con cui realizzare gli interventi necessari.

Il codice del 2016 ha introdotto dunque una visione più integrata della programmazione, richiedendo un coordinamento maggiore tra i diversi livelli di governo (nazionale, regionale e locale) e con i piani urbanistici e territoriali. Tale circostanza ha portato ad una pianificazione più coerente e sinergica riducendo duplicazioni e conflitti tra diverse amministrazioni. La possibilità di aggiornamenti più frequenti del programma triennale ha permesso una maggiore reattività alle esigenze emergenti, rendendo la programmazione più dinamica e adattabile; inoltre, l'utilizzo di criteri più chiari e oggettivi per la valutazione delle priorità ha contribuito ad una maggiore efficienza nella selezione dei progetti, assicurando che le risorse fossero destinate alle opere più urgenti e rilevanti come nel caso delle opere incompiute, le quali, con la previgente disciplina caratterizzata da una gerarchia rigida delle priorità basata sulla manutenzione, il completamento e il coinvolgimento del capitale privato e dunque con il fine di prevenire l'impatto sulla finanza pubblica, non lasciavano spazio a soluzioni innovative come il ridimensionamento, la cessione o la demolizione[40].

[38] Art 21, D.lgs. 50/2016.

[39] R. DI PACE, *L'attività di programmazione come presupposto di decisioni amministrative,* in *Diritto e società*, 2017, 20.

[40] Infatti, l'art. 128 comma 3 del D.lgs. n. 163/2006 stabiliva che: «Il programma triennale deve prevedere un ordine di priorità. Nell'ambito di tale ordine sono da ritenere comunque prioritari i lavori di manutenzione, di recupero del patrimonio esistente, di completamento dei lavori già iniziati, i progetti esecutivi approvati, nonché gli interventi per i quali ricorra la possibilità di finanziamento con capitale privato maggioritario». Con il codice del 2016, all'art. 21 comma 2, vi è un richiamo espresso alle opere incompiute, inserite nella programmazione triennale dei lavori pubblici «ai fini del loro completamento ovvero per l'individuazione di soluzioni alternative

ISSN 2036-7821

Il riferimento espresso alle opere pubbliche incompiute e le soluzioni previste per la loro gestione nell'ambito della programmazione dei lavori pubblici riflettono la volontà di razionalizzare l'impiego delle risorse pubbliche, introducendo una maggiore elasticità nella pianificazione. Questo approccio consente di rispondere a nuove esigenze attraverso una valutazione mirata che contempli la trasformazione, il completamento di opere già finanziate o altre soluzioni alternative, al fine di massimizzare l'utilità dell'investimento e minimizzare gli sprechi. Infine, il rafforzamento del monitoraggio e del controllo ha migliorato la gestione dei progetti e la rendicontazione, contribuendo a una maggiore efficienza e responsabilità nell'uso delle risorse pubbliche.

La programmazione, con le norme del 2016, diviene dunque più flessibile e tale da riconoscere più ampi margini di discrezionalità, per quanto ancora limitati, alle scelte della pubblica amministrazione: «essa non è solo un momento di chiarezza fondamentale per la determinazione del quadro delle esigenze, la valutazione delle strategie di approvvigionamento, l'ottimizzazione delle risorse ed il controllo delle fasi gestionali, ma costituisce concreta attuazione dei principi di buon andamento, economicità ed efficienza dell'azione amministrativa»[41].

Nondimeno, nel codice del 2016, mancava ogni riferimento allo schema di programma e alla sua pubblicazione[42] e ciò comportava una minore partecipazione dei cittadini alle scelte di programmazione, poiché ad essere pubblicato era non già lo schema di programma, ma il programma completo e già definito dall'amministrazione stessa. La pubblicazione del solo programma completo e già definito significava che i cittadini non avevano la possibilità di partecipare attivamente o di esprimere le loro opinioni e preoccupazioni sulle scelte di programmazione prima che queste fossero formalmente adottate. Inoltre, non pubblicando lo schema di programma preliminare, l'amministrazione non rendeva accessibile ai cittadini e agli altri *stakeholder* la fase iniziale della programmazione degli acquisti e tale mancato accesso riduceva la trasparenza del processo decisionale, impedendo una comprensione chiara delle intenzioni e delle priorità dell'ente pubblico. Quindi, per garantire la partecipazione della collettività nelle scelte programmatiche, è stato introdotto l'articolo 22 del D.lgs.50/2016 ha previsto per la realizzazione di grandi opere infrastrutturali e di architettura di rilevanza

quali il riutilizzo, anche ridimensionato, la cessione a titolo di corrispettivo per la realizzazione di altra opera pubblica, la vendita o la demolizione».

[41] ANAC, *Linee guida su programmazione, progettazione ed esecuzione del contratto nei servizi e nelle forniture*, determinazione n. 5 del 6 novembre 2013, dalle quali è stato tratto gran parte del materiale poi confluito nel D.M. 16 gennaio 2018, n.14, Regolamento recante procedure e schemi-tipo per la redazione e la pubblicazione del programma triennale dei lavori pubblici, del programma biennale per l'acquisizione di forniture e servizi e dei relativi elenchi annuali e aggiornamenti annuali.

[42] A. BARONE, *Programmazione e progettazione nel codice dei contratti pubblici*, in *federalismi.it*, 2018.

ISSN 2036-7821

sociale e di forte impatto ambientale, l'istituto del dibattito pubblico[43] con la funzione di raccogliere le osservazioni dei soggetti pubblici e privati portatori di interessi nella fase di programmazione delle scelte. Questa misura ha migliorato la trasparenza e la partecipazione dei cittadini per questi tipi di progetti, permettendo un maggiore coinvolgimento delle comunità nelle decisioni che hanno un forte impatto sul territorio. Tuttavia, questa disposizione si applica solo ad una parte specifica dei progetti pubblici e quindi la maggior parte dei contratti e dei programmi di minore entità pur avendo un impatto significativo sulle comunità locali, non sono soggetti allo stesso livello di trasparenza e partecipazione. Di conseguenza, sebbene l'articolo 22 non abbia risolto completamente il problema della scarsa partecipazione pubblica nella programmazione degli acquisti pubblici, ha comunque reso la programmazione triennale più trasparente, sostenibile, integrata e flessibile[44].

3. La programmazione nel nuovo codice.

L'articolo 37 del D.lgs. n.36/2023 conserva il principio introdotto dall'articolo 21 del D.lgs. n. 50/2016, il quale stabilisce che gli atti di programmazione devono essere approvati in conformità con i documenti di pianificazione e in coerenza con il

[43] L'istituto si è sviluppato nell'ordinamento francese, a partire dalla l. n. 95-101 del 2 febbraio 1995 (c.d. *loi Barnier*) fino alla più recente introduzione del Code de l'environnement. Quanto alla letteratura italiana sul *dèbat public,* cfr. Y. MANSILLON, *L'esperienza del dèbat public in Francia*, in Democrazia e Diritto, 2006, III, p.101-114; si veda, altresì, *C. BOVA, Gli istituti del dèbat public e dell'enquete public*, in G.C. DE MARTIN, D. BOLOGNINO (a cura di), *Democrazia partecipativa e nuove prospettive della cittadinanza*, 2010, 211 ss.; A. AVERARDI, *L'incerto ingresso del dibattito pubblico in Italia,* in *Giornale di diritto amministrativo,* 2016, 505 ss.; G. PEPE, *Dibattito pubblico ed infrastrutture in una prospettiva comparata,* in *federalismi.it*, fasc. 5, 2019; M. TIMO, *Gli attori del "dibattito pubblico", in Giornale di diritto amministrativo,* 2019 fasc. 3, 301 ss.; G. MARCHETTI, *Il dibattito pubblico tra Francia e Italia, strumento di partecipazione nella realizzazione delle grandi opere,* in *Rivista trimestrale degli appalti*, 2019, fasc. 2, pp. 615 ss. Con riferimento, invece, alla letteratura francese, si veda C. BLATRIX, L. BLONDIAUX, J.M. FORNIAU, B. HÉRIARDDUBREUIL, R. LEFEBVRE, M. REVEL (a cura di), *Le dèbat public: une experience française de dèmocratie partecipative, La dècouverte*, Parigi, 2007.

[44]Sul punto vedi F. PELLIZZER, *La programmazione e la progettazione,* in, F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici,* Torino, 2019, 245 ss., il quale osserva che: «La novità registratasi a metà degli anni '90 e progressivamente affermatasi è rappresentata dall'obbligo imposto a tutte le "amministrazioni aggiudicatrici" di modulare le proprie competenze in materia di opere e lavori pubblici seguendo una predeterminata scansione temporale e di contenuti, direttamente strumentale alla effettuazione delle scelte di fondo ed alla loro attuazione coordinata e verificabile. In questa direzione, l'analitica disciplina dettata dapprima dal D.lgs. n 163/2006 e dal d.P.R. n.207/2010, ora dal D.lgs. n.50/2016 (come aggiornato dal D.lgs. n.56/2017), conferma la valenza del programma dei lavori pubblici (e pure quello biennale di forniture e servizi) come "atto amministrativo programmatico" incidente in via diretta e in termini di autovincolo sui futuri atti dell'Amministrazione e in via indiretta su eventuali situazioni giuridiche qualificate di soggetti terzi interessati alla realizzazione degli interventi programmati (tanto da dover essere assistito da pubblicità). La natura di atto condizionante la successiva attività dell'Amministrazione (dalla progettazione alla scelta delle modalità realizzative e dell'esecutore) è resa ancor più significativa sia dalle limitate (ed eccezionali) condizioni di modificabilità del programma, sia dalla centralità e rilevanza del c.d. "legame finanziario", il che in linea con la previsione generale di cui all'art 21 comma 1 del codice».

ISSN 2036-7821

bilancio[45]. Questo collegamento tra la programmazione dei contratti pubblici e la contabilità pubblica aveva in passato posto problemi applicativi soprattutto per gli enti locali, in relazione alle norme del testo unico sull'ordinamento degli enti locali (D.lgs. 18 agosto 2000, n. 267). In particolare, i problemi applicativi derivano dal fatto che gli enti locali devono garantire che gli atti di programmazione degli acquisti siano pienamente conformi ai documenti di pianificazione strategica e al bilancio e ciò richiede una stretta integrazione e coordinamento tra i diversi uffici e settori dell'amministrazione, il che poteva essere complicato da realizzare. Inoltre, le tempistiche per la programmazione dei contratti pubblici e per l'approvazione del bilancio spesso non coincidono: la programmazione triennale degli acquisti deve essere allineata al ciclo di bilancio annuale e triennale, creando difficoltà nella sincronizzazione delle scadenze e nell'adeguamento delle previsioni di spesa.

In sintesi, il collegamento tra la programmazione dei contratti pubblici e la contabilità pubblica ha rappresentato una sfida per gli enti locali a causa delle esigenze di coordinamento, sincronizzazione delle tempistiche, rispetto dei vincoli di bilancio, e necessità di trasparenza e tracciabilità. Tali fattori hanno dunque reso la gestione delle risorse pubbliche un processo complesso e articolato.

Ma la novità del nuovo codice è sicuramente rappresentata dal ridimensionamento del carattere vincolante della fase di programmazione, nell'ambito della quale è possibile individuare tre livelli: la programmazione preliminare, il programma triennale e l'elenco annuale[46].

Ed infatti, con la disciplina previgente, la programmazione triennale era considerata fortemente vincolante, specialmente per quanto riguarda l'indicazione dei lavori da avviare nella prima annualità, il che lasciava poca flessibilità alle amministrazioni per adattarsi a nuove necessità che potevano emergere. Con il nuovo codice viene introdotto il concetto di programma preliminare, ossia una sorta di bozza iniziale che identifica i progetti potenziali che l'amministrazione intende realizzare nel corso dei successivi anni e include una serie di interventi e opere che potrebbero essere considerati per l'inclusione nel programma triennale dei lavori pubblici. Esso fornisce una visione generale dei potenziali progetti e serve come base per ulteriori analisi e valutazione. In tale programma preliminare, centrale è il documento di fattibilità delle alternative progettuali per gli interventi superiori alla soglia di rilevanza

[45] A. GRAZIANO, *Programmazione*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, I, 1128, il quale evidenzia che, nonostante il legislatore non abbia previsto che i programmi pluriennali di lavori, servizi e forniture siano collegati al bilancio, ma solo che siano "coerenti" con esso; tuttavia, deve certamente ritenersi che la differenza sia solo formale, "la coerenza postulando in ogni caso l'osservanza dei principi e delle linee di fondo del bilancio stesso".

[46] R. GRECO, Presidente di sezione del Consiglio di Stato, *Programmazione e progettazione: le novità del nuovo codice*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2023, 4.

ISSN 2036-7821

europea.

Il programma triennale è uno strumento più definitivo e vincolante: si tratta di un documento ufficiale che elenca i progetti specifici che l'amministrazione intende realizzare nei successivi tre anni. Si tratta di progetti selezionati e approvati in base a criteri specifici, come l'urgenza degli interventi, la disponibilità di risorse finanziarie e le priorità dell'amministrazione.

Infine, l'elenco annuale reca nel dettaglio i progetti che saranno avviati nel primo anno ed include informazioni dettagliate su ciascun progetto (dalla descrizione dell'opera all'importo stimato, passando per la localizzazione e lo stato di avanzamento della pianificazione). Esso fornisce una visione più articolata dei lavori pubblici che verranno effettivamente realizzati nel periodo preso in considerazione, consentendo un monitoraggio più preciso e una migliore gestione delle risorse. L'elenco annuale e i relativi aggiornamenti rappresentano gli strumenti pratici per implementare gli obiettivi triennali trasformandoli in programmi realizzabili e progetti che possono essere effettivamente avviati ed ogni opera viene associata ad una fonte di finanziamento, «stanziata nello stato di previsione o nel bilancio o comunque disponibile»[47]. L'elenco annuale dei lavori diventa così un atto distinto dal programma triennale, ma solo per i lavori pubblici, a differenza dell'obbligo previsto dall'articolo 21 D.lgs. n. 50/2016 di indicare nel programma triennale i lavori da avviare nella prima annualità[48].

In sintesi: il programma preliminare fornisce una visione iniziale dei potenziali progetti; il programma triennale individua i progetti definitivi per i successivi tre anni; l'elenco annuale fornisce dettagli specifici sui progetti che verranno attuati nell'anno corrente[49]. Questi strumenti sono fondamentali per una corretta pianificazione e gestione dei lavori pubblici, garantendo trasparenza, efficienza ed efficacia nell'utilizzo delle risorse pubbliche ed è attraverso tali strumenti che l'amministrazione realizza quelli che sono i tre programmi fondamentali previsti dal codice: il programma triennale dei lavori pubblici, il programma triennale degli acquisti di beni e servizi e il programma delle infrastrutture strategiche e di primaria importanza per il Paese. Tali programmi rappresentano un sistema integrato per la gestione delle risorse pubbliche, bilanciando vincolatività e adattabilità alle esigenze emergenti.

Il programma triennale dei lavori pubblici, che comprende anche le attività di

[47] Articolo 37 d.lgs. 36/2023.

[48] L. MURGOLO, *Programmazione e progettazione(artt.37-47),* in *Corso sui contratti pubblici riformati dal d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36,* Napoli, 2023, 143 ss.

[49] Il programma triennale include anche i lavori di manutenzione ordinaria di valore superiore alla soglia di rilevanza europea, senza la necessità del DOCFAP, il documento di fattibilità delle alternative progettuali.

ISSN 2036-7821

manutenzione, si basa sugli studi di fattibilità[50] e sulla valutazione dei bisogni della comunità. Nella disciplina previgente, le opere incompiute non erano sufficientemente integrate nella programmazione, il che portava ad un accumulo di progetti non completati senza adeguata supervisione e ciò ha portato all'introduzione nel programma triennale, disciplinato dal nuovo codice, anche delle opere incompiute, dei lavori realizzabili tramite contratti di concessione o partenariato pubblico-privato, e dei lavori complessi, con un elenco annuale dei lavori pubblici che soddisfano determinati criteri. In particolare, con l'allegato I.5 sono definiti gli schemi-tipo, gli ordini di priorità degli interventi, comprensivi del completamento delle opere incompiute e dell'effettuazione dei lavori programmati e non avviati e la specificazione delle fonti di finanziamento[51].

A conferma della maggiore discrezionalità attribuita alla pubblica amministrazione nella fase di programmazione, la disciplina degli acquisti di beni e servizi viene ridefinita con alcune innovazioni significative, tra cui l'allungamento a tre anni dell'orizzonte temporale della programmazione e l'aumento della soglia minima dei contratti obbligatori nella programmazione a 140.000 euro.

---

[50] Allegato I.7 articolo 2 comma 2: «Il DOCFAP individua e analizza le possibili soluzioni progettuali che possono riguardare: l'ipotesi di non realizzazione dell'intervento, ove applicabile, le scelte modali e le alternative di tracciato per le infrastrutture lineari (oppure relative alla mobilità e al trasporto); per le opere puntuali, l'alternativa tra la realizzazione di una nuova costruzione o il recupero di un edificio esistente, ovvero il riutilizzo di aree dismesse o urbanizzate o degradate, limitando ulteriore consumo di suolo; sempre per le opere puntuali di nuova costruzione la localizzazione dell'intervento. Il DOCFAP, ove pertinente e richiesto dal committente, può analizzare anche le soluzioni tecniche, economiche e finanziarie, anche in relazione agli aspetti manutentivi dell'opera da realizzare. Il DOCFAP, ove pertinente e richiesto dal committente, prende in considerazione e analizza tutte le opzioni possibili, inclusa, ove applicabile, l'ipotesi di non realizzazione dell'intervento, al fine di consentire un effettivo confronto comparato tra le diverse alternative. Il DOCFAP, inoltre, evidenzia le principali incidenze delle alternative analizzate sul contesto territoriale, ambientale, paesaggistico, culturale e archeologico, nonché, per gli interventi sulle opere esistenti, sulle caratteristiche storiche, architettoniche e tecniche. A tal fine è prevista la possibilità di effettuare indagini preliminari».

[51] Il secondo comma dell'art. 3 dell'allegato I.5 stabilisce che:

«Gli schemi-tipo per la programmazione triennale dei lavori pubblici di cui all'articolo 37 del codice, sono costituiti dalle seguenti schede:

a) A: quadro delle risorse necessarie alla realizzazione dei lavori previsti dal programma, articolate per annualità e fonte di finanziamento;

b) B: elenco delle opere pubbliche incompiute;

c) C: elenco degli immobili disponibili che possono essere oggetto di cessione, ivi compresi quelli resi disponibili per insussistenza dell'interesse pubblico al completamento di un'opera pubblica incompiuta. Sono, altresì, indicati i beni immobili nella disponibilità della stazione appaltante o dell'ente concedente concessi in diritto di godimento, a titolo di contributo, la cui utilizzazione sia strumentale e tecnicamente connessa all'opera da affidare in concessione;

d) D: elenco dei lavori del programma con indicazione degli elementi essenziali per la loro individuazione;

e) E: lavori che compongono l'elenco annuale, con indicazione degli elementi essenziali per la loro individuazione;

f) F: elenco dei lavori presenti nel precedente elenco annuale nei casi previsti dal comma 3 dell'articolo 5, comma 3».

ISSN 2036-7821

La disciplina previgente richiedeva che tutti i contratti, inclusi quelli di piccola entità, venissero inseriti nel programma triennale, il che generava una procedimentalizzazione eccessiva per contratti di scarso impatto economico. Inoltre, gli enti locali dovevano affrontare il problema della sincronizzazione tra i tempi di approvazione del bilancio e quelli della programmazione dei contratti, con notevoli difficoltà di gestione.

Al contrario, con un orizzonte temporale più esteso, la pubblica amministrazione può pianificare gli acquisti in modo più strategico, prevedendo le esigenze future e riducendo il rischio di emergenze o acquisti d'urgenza e con l'aumento della soglia minima ha maggiore discrezionalità per gli acquisti di importo inferiore alla nuova soglia, riducendo la burocrazia e i tempi di approvazione per questi contratti e concentrando l'attenzione e le risorse su contratti di maggiore valore e impatto, migliorando la gestione dei progetti più significativi.

Non è più richiesta la trasmissione dell'elenco delle acquisizioni di valore superiore a 1 milione di euro al Tavolo tecnico[52] e non è più necessario individuare i bisogni soddisfacibili con capitali privati nei programmi degli acquisti: si tratta di una modifica che ha sia la finalità di allineare la programmazione degli acquisti di beni e servizi alla programmazione triennale dei lavori e, innanzitutto, alla programmazione triennale degli enti locali contenuta nel DUP[53] e nel bilancio di previsione, che quella di escludere gli appalti inferiori a 140.000 euro, per i quali si potrà quindi procedere senza la relativa previsione nel programma. Al comma 4 dell'articolo 37, viene poi sostituito il sito informatico del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e dell'Osservatorio dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture con il sito istituzionale e la Banca dati nazionale dei contratti pubblici nelle quali il programma triennale e i relativi aggiornamenti vengono pubblicati rispondendo dunque agli obblighi di trasparenza.

Inoltre, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti devono designare un referente per la redazione di questo programma, la cui elaborazione, approvazione, aggiornamento e modifica[54] sono disciplinate dall'articolo 7 dell'Allegato I.5. Se non

[52] Il Tavolo tecnico, composto da un rappresentante della presidenza del Consiglio dei ministri, un rappresentante del ministero dell'Economia e i rappresentanti dei soggetti aggregatori, è stato istituito con D.P.C.M. 14 novembre 2014.

[53] Documento unico di programmazione (DUP), fattispecie della contabilità armonizzata che ha sostituito la previgente Relazione previsionale e programmatica.

[54] L'articolo 7 comma 8 dell'allegato I.5:

«I programmi triennali degli acquisti di forniture e servizi sono modificabili nel corso dell'anno, previa apposita approvazione dell'organo competente, da individuarsi, per gli enti locali, secondo la tipologia della modifica, nel rispetto di quanto previsto all'articolo 37, comma 1, del codice, qualora le modifiche riguardino:

a) la cancellazione di uno o più acquisti già previsti nell'elenco annuale delle acquisizioni di forniture e servizi;

b) l'aggiunta di uno o più acquisti in conseguenza di atti amministrativi adottati a livello statale o regionale;

ISSN 2036-7821

viene redatto un programma triennale degli acquisti per mancanza di acquisizioni, ciò viene comunicato sulla sezione "Amministrazione trasparente" del profilo del committente.

L'art. 39 del D.lgs. 36/2023, infine, reintroduce la programmazione e progettazione delle infrastrutture strategiche e di primaria importanza nazionale[55]. Queste infrastrutture, qualificate dal governo, sono fondamentali per la competitività e la sicurezza del Paese. La qualificazione avviene su proposta dei ministri competenti, previa consultazione delle Regioni interessate o su proposta delle Regioni stesse gli interventi relativi a queste infrastrutture sono inclusi negli accordi di programma e possono essere approvati mediante decreto del Presidente del Consiglio dei ministri in caso di dissensi qualificati[56].

I tre programmi previsti dal nuovo codice dei contratti pubblici, il programma triennale dei lavori pubblici, il programma triennale degli acquisti e il programma delle infrastrutture strategiche, offrono dunque un sistema coerente e integrato per la gestione delle risorse pubbliche. Il loro carattere vincolante è fondamentale per garantire la responsabilità delle amministrazioni, ma è altrettanto importante che ci sia una certa flessibilità per rispondere a esigenze emergenti e i principi di fiducia e risultato devono guidare l'intero processo, assicurando che le decisioni siano trasparenti e che gli interventi rispondano ai reali bisogni della comunità. Solo così si potrà costruire un rapporto di fiducia tra le istituzioni e i cittadini, favorendo una gestione più efficace delle opere e dei servizi pubblici.

4. Il nuovo quadro della programmazione pubblica: principi generali, vincolatività e profili di impugnabilità.

Come si è già anticipato, la disciplina della programmazione dei lavori pubblici, inquadrata nel contesto del nuovo codice dei contratti pubblici entrato in vigore nel 2023, deve allinearsi ai principi fondamentali di risultato, fiducia e accesso al mercato, che sono chiave ermeneutica delle norme del nuovo codice. Questo nuovo quadro normativo ha come obiettivo primario non solo la razionalizzazione dei processi di appalto, ma anche la promozione di una cultura della trasparenza e della

c) l'aggiunta di uno o più acquisti per la sopravvenuta disponibilità di finanziamenti all'interno del bilancio non prevedibili al momento della prima approvazione del programma, ivi comprese le ulteriori risorse disponibili anche a seguito di ribassi d'asta o di economie;

d) l'anticipazione alla prima annualità dell'acquisizione di una fornitura o di un servizio ricompreso nel programma triennale degli acquisti;

e) la modifica del quadro economico degli acquisti già contemplati nell'elenco annuale, per la quale si rendano necessarie ulteriori risorse».

[55] A. CANCRINI *La programmazione e la progettazione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2023, 3, 319 ss.

[56] Art.39, comma 8, D.lgs. n. 36/2023.

ISSN 2036-7821

partecipazione attiva dei cittadini. La programmazione, infatti, è concepita per garantire che gli obiettivi siano definiti in modo chiaro e misurabile, così da consentire alle amministrazioni pubbliche di rendere conto delle proprie azioni e dell'utilizzo delle risorse, consentendo di strutturare le gare in modo che siano più accessibili ad un numero ampio e diversificato di operatori economici, includendo anche le PMI.

Pertanto, sebbene la disciplina della programmazione dei lavori pubblici sia teoricamente coerente con tali principi, la sua efficacia dipende dalla capacità delle amministrazioni pubbliche di applicarli in modo concreto e sistematico, garantendo una gestione trasparente, un coinvolgimento attivo della comunità e un monitoraggio costante dei risultati. Solo così si potrà costruire un sistema di appalti pubblici che risponda realmente alle esigenze dei cittadini e favorisca una *governance* partecipativa e responsabile.

Il programma triennale dei lavori pubblici non è dunque semplicemente un elenco di opere da realizzare, ma è un vero e proprio strumento attraverso il quale le amministrazioni possono dimostrare la propria affidabilità e competenza.

Ciò comporta garantire un corretto utilizzo delle risorse finanziarie e prevenire la cosiddetta "programmazione rovesciata"[57], dove le decisioni sull'intervento pubblico dipendono dalla disponibilità di finanziamenti, che spesso comportano scelte improvvisate che non soddisfano le esigenze della comunità. Ed infatti con la legge n. 109 del 1994 abbiamo visto come la programmazione dei lavori pubblici fosse più vincolante e rigida, con una disciplina attenta più alle risorse finanziare che ai bisogni dei cittadini: i progetti definiti dovevano essere eseguiti in modo quasi automatico, senza molta flessibilità nell'adeguare la programmazione alle esigenze emergenti.

Con l'introduzione del codice dei contratti pubblici del 2006 (D.lgs. n. 163/2006), si è cercato di introdurre maggiore flessibilità nella programmazione dei lavori pubblici, ma in realtà venivano ancora definiti i progetti, con una piccola apertura alla possibilità di apportare modifiche in corso d'opera o di adeguare la programmazione alle nuove esigenze. In seguito, il D.lgs. n. 50/2016 ha ulteriormente affinato la programmazione dei lavori pubblici, introducendo la programmazione triennale che ha reso più dinamica la gestione dei lavori pubblici, consentendo aggiornamenti annuali per tenere conto di cambiamenti nei bisogni o nelle priorità.

Ma il maggior grado di flessibilità si è raggiunto con il D.lgs. n. 36/2023: la programmazione dei lavori pubblici è stata ulteriormente rivista, con l'introduzione di una disciplina più dettagliata e specifica, con criteri più chiari per l'inserimento dei

[57] R. DIPACE, *Pianificazione, programmazione e progettazione (artt. 21-27)*, in M. CLARICH (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, 2019, 306.

ISSN 2036-7821

lavori nei programmi triennali e maggiori possibilità di modifica dei programmi stessi, per adattarsi meglio alle esigenze emergenti. In generale, si è passati da una programmazione rigida e vincolante ad una più flessibile e adattabile nel corso delle varie discipline intervenute.

Il carattere più o meno vincolante della programmazione si riflette poi sulla potenziale lesività e dunque, impugnabilità degli atti di programmazione. Se con l'art. 14 Legge n. 109/94 e l'art. 128 D.lgs. n. 163/2006 il programma triennale delle opere pubbliche era vincolante e rigido per l'amministrazione, ciò non si traduceva nella capacità di incidere direttamente nella sfera giuridica dei terzi[58]. Ed infatti sul punto, la giurisprudenza maggioritaria esclude la possibilità di autonoma impugnazione degli atti di programmazione in quanto inidonei a costituire vincoli direttamente lesivi per i privati.

Tuttavia, in passato il Consiglio di Stato[59] ha sostenuto che l'inserimento di un'opera pubblica nel programma triennale potrebbe comunque incidere sull'interesse dei privati: ad esempio un'opera contestata fino al momento della sua inclusione nel programma triennale poiché non realizzabile, ma che successivamente lo diviene in base all'ordine di priorità del programma approvato[60]. Con l'inserimento di un'opera nel programma triennale già dalla redazione del programma, viene destinata una determinata quantità di risorse finanziarie[61] e organizzative dell'ente secondo l'ordine di priorità stabilito e quindi si determina una tangibile e concreta incisione dell'interesse dei soggetti coinvolti ai quali deve essere consentita una reazione dinanzi all'autorità giurisdizionale[62].

---

[58] La legge sul procedimento amministrativo (l. n. 241/ 90) fa riferimento ad «atti di pianificazione e di programmazione» per escludere che a questa tipologia di provvedimenti così come agli atti normativi ed agli atti amministrativi generali si applichino le norme di portata generale sulla «partecipazione al procedimento amministrativo». L'art. 3 della legge n. 241 esclude l'obbligo di motivazione «per gli atti normativi e per quelli a contenuto generale». Sul problema della motivazione degli atti programmatori si veda F. CARDARELLI, *La motivazione del provvedimento*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Il codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2010, 300 ss.; S. BACCARINI, *Sindacabilità della discrezionalità del potere di pianificare e legittimità della normativa*, in *Riv. giur. ed.*, 2014, II, 100.

[59] Consiglio di Stato, Sez. V, 23 ottobre 2002 n. 5824.

[60] *Op.ult.cit.*, 4.

[61] Consiglio di Stato, Sez. V, 23 ottobre 2002 n. 5824 precisa anche che «Il programma triennale delle opere pubbliche ex art.14 della l.n.109 del 1994 non è attività meramente interna degli organi comunali di programmazione finanziaria e di razionalizzazione della spesa, ma atto fondamentale di individuazione degli obiettivi concreti da raggiungere da parte degli organi di governo dell'ente, cui corrisponde la facoltà di verifica dei cittadini, singoli o associati, sulla congruità delle scelte effettuate; e pertanto vanno riconosciuti ai cittadini ed alle associazioni rappresentative di interessi ambientali sia il diritto di accesso ai documenti ed agli altri atti istruttori sia la facoltà di presentare osservazioni e proposte circa il programma triennale redatto dai componenti organi comunali».

[62] *Op.ult.cit.*, 323 ove si afferma che «Non avendo il programma un'efficacia esclusivamente interna all'amministrazione ma effetti diretti per la stessa comunità interessata alla realizzazione dell'opera è suscettibile di impugnazione da parte dei singoli cittadini o dalle associazioni che tutelano i valori illegittimamente incisi dal

ISSN 2036-7821

Al contrario, il giudice di prima cure in talune occasioni[63] ha affermato che la delibera che approva la programmazione triennale dei lavori pubblici non può essere impugnata immediatamente, poiché non causa alcun danno diretto e immediato. Essendo un atto di pianificazione e orientamento, non è da considerarsi lesivo di per sé e di conseguenza non è immediatamente impugnabile.

Recentemente, tuttavia, il Consiglio di Stato[64], ha confermato che i ricorsi contro atti di natura generale e programmatica, che non producono effetti lesivi immediati e autonomi, non sono ammissibili, poiché eventuali conseguenze dannose si verificheranno solo con l'adozione degli atti applicativi successivi. Gli atti, anche se di carattere generale o regolamentare, possono essere impugnati se hanno un effetto immediatamente vincolante, cioè se condizionano l'attività amministrativa futura, al punto che gli atti successivi si limitano a confermare o riconoscere ciò che è stato già stabilito[65].

Alla luce della giurisprudenza maggioritaria, la programmazione triennale non sembra considerata idonea a produrre effetti lesivi delle posizioni giuridiche soggettive dei terzi, configurandosi piuttosto come atto di indirizzo e pianificazione, che di per sé non determina l'insorgenza di situazioni giuridiche soggettive lesive. Resterebbe in ogni caso la possibilità di contestare indirettamente la programmazione triennale impugnando gli atti esecutivi specifici derivanti da essa, come le delibere di approvazione dei singoli progetti o i bandi di gara. In tal caso, il ricorrente dovrebbe dimostrare come l'atto esecutivo, derivante dalla programmazione triennale, produca un effetto lesivo immediato, diretto e concreto.

Dal punto di vista della pienezza della tutela giurisdizionale, la scelta di non consentire ai soggetti interessati di contestare immediatamente l'atto di programmazione triennale, ma di attendere l'adozione degli atti esecutivi[66], presenta

---

programma medesimo. Pertanto, possono, quindi essere impugnate le determinazioni a contrarre ed i successivi bandi di gara da parte dei soggetti che si ritengono lesi dalla violazione delle priorità».

[63] In particolare, con sentenza T.A.R. Campania sez. V, Napoli, 2 novembre 2020, n. 4965.

[64] Consiglio di Stato, sez. V., 28 marzo 2022, n. 2276.

[65] In tal senso vedi anche T.A.R. Campania, sez. V, Napoli, 03 febbraio 2022, n.768

secondo cui: «Gli atti amministrativi generali sono impugnabili in via diretta solo ove contengano disposizioni in grado di ledere in via diretta ed immediata le posizioni giuridiche soggettive dei destinatari; negli altri casi, divengono impugnabili solo allorquando sorga l'interesse a ricorrere, ovvero assieme all'atto applicativo che produca, come nella specie, una lesione effettiva, e non solo ipotetica o futura. Tale immediata lesività è da accertarsi con riferimento al concreto ed attuale pregiudizio che l'atto arreca all'interesse sostanziale dedotto in giudizio e non già con riguardo alla possibile futura incidenza dell'atto sulla sfera giuridica del ricorrente»; T.A.R. Napoli, (Campania) sez. IV, 24 maggio 2010, n.8353;

[66] Sulla decorrenza del termine per impugnare si è espresso anche il Consiglio di Stato sez. VI, 08/09/2009, n.5258 secondo cui: «La lesione, dunque, non può che verificarsi a seguito dell'emanazione del provvedimento applicativo di quello generale; cosicché il termine per impugnare, contestando le prescrizioni generali in concreto applicate, decorre dalla conoscenza del provvedimento che ne fa applicazione; quest'ultimo, infatti, è quello che comporta l'attualità e la concretezza della lesione della situazione soggettiva protetta».

ISSN 2036-7821

alcune criticità. Da un lato, questo meccanismo potrebbe garantire che siano impugnati solo gli atti che producono un'effettiva lesione, riducendo il rischio di un contenzioso eccessivo sulle fasi preliminari del processo decisionale; tuttavia, dall'altro, esso può limitare la tutela dei diritti dei privati, che potrebbero subire effetti pregiudizievoli derivanti dalla programmazione stessa senza avere immediato accesso alla giustizia.

Inoltre, quando un atto esecutivo derivante dalla programmazione viene impugnato, al ricorrente si richiede di dimostrare che l'atto specifico incida direttamente nella propria sfera giuridica. Tale requisito, pur teso a mantenere un equilibrio tra il diritto dell'amministrazione alla pianificazione e la tutela degli interessi privati, potrebbe al contempo rivelarsi un ostacolo alla tutela piena e tempestiva di chi subisce un pregiudizio potenziale già dalla fase programmatica. Di fatto, il sistema di tutela condizionata non elimina il rischio che la concreta protezione giurisdizionale sia effettivamente garantita solo a fronte di una lesione già attuale, lasciando quindi senza immediato rimedio chi percepisce una minaccia diretta ma ancora non realizzata.

Questo sistema solleva dunque questioni sul principio di effettività della tutela giurisdizionale: se da un lato può ridurre i ricorsi pretestuosi contro atti di programmazione, dall'altro, rischia di rallentare o ostacolare il ricorso per chi già si trova in una posizione di possibile pregiudizio, sollevando dubbi sulla reale adeguatezza della tutela garantita.

La programmazione triennale, infatti, sebbene formalmente considerata un atto di indirizzo generale, può comunque avere effetti immediatamente lesivi nei confronti di soggetti coinvolti, soprattutto quando comporta una limitazione immediata delle possibilità operative dei terzi. Nel caso di programmazione triennale per opere pubbliche, la previsione di una determinata infrastruttura in un'area può limitare immediatamente l'utilizzo del terreno da parte dei proprietari o condizionare le scelte urbanistiche e commerciali dei privati, che subiscono restrizioni alle loro facoltà di disposizione già dalla fase di programmazione.

In questo contesto, la programmazione triennale incide direttamente sui diritti dei soggetti interessati, non solo indirettamente tramite atti esecutivi. L'effetto lesivo può consistere nella riduzione del valore dei beni[67] o nella limitazione delle possibilità di

[67] Ad esempio, recentemente, il T.A.R. Lazio, sez. I, Latina, 08/01/2024, n.12 con riferimento ad un contenzioso circa l'ammissibilità del ricorso avverso un atto di individuazione dei siti idonei alla localizzazione e realizzazione degli impianti di smaltimento dei rifiuti ha stabilito che esso «è immediatamente lesivo per i proprietari delle aree interessate, con conseguente legittimazione e interesse ad agire ai fini della sua impugnativa, anche per la perdita immediata del valore di mercato dei beni stessi e a prescindere dalla effettiva futura realizzazione dell'impianto (nella fattispecie l'atto era stato adottato ai sensi dell'art. 197, comma 1, d. lg. 3 aprile 2006 n. 152 dal Commissario ad acta nominato dalla Regione a causa dell'inerzia della Provincia)».

ISSN 2036-7821

sviluppi futuri, soprattutto se le decisioni future saranno meramente ricognitive della programmazione già approvata.

La tutela giurisdizionale può pertanto risultare tardiva e inidonea a scongiurare il pregiudizio per l'interesse del privato.

Se dunque può affermarsi con certezza che il cambiamento verso una maggiore flessibilità della disciplina in termini di discrezionalità delle scelte amministrative è stato motivato dalla necessità di rendere la gestione dei lavori pubblici più efficiente, consentendo una migliore risposta alle esigenze della comunità e una maggiore elasticità nell'allocazione delle risorse, anche alla luce dei principi del nuovo codice, la possibilità di accedere direttamente alla giustizia avverso i vizi della fase di programmazione potrebbe essere oggetto di ripensamento.

ISSN 2036-7821