

LA DISCIPLINA DEI CONTRATTI PUBBLICI DAL VECCHIO AL NUOVO CODICE*

Alessandro Pajno

1. Il volto cangiante della disciplina dei contratti pubblici e l'aumento dell'incertezza.
2. Il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e gli interventi normativi successivi: il d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56.
3. Il d.l. 18 aprile 2019, n. 32: una riscrittura del codice del 2016. Il d.l. 18 luglio 2020, n. 76: una nuova iniezione di norme. La disciplina sulla *governance* del PNRR e le «fonti fuori dal codice».
4. Alla ricerca delle ragioni di instabilità. La disciplina dei contratti pubblici tra timori per una gestione non trasparente e apertura al mercato.
5. Le ragioni interne alla disciplina di settore: l'antinomia tra rigidità ed efficienza.
6. Le ragioni di contesto: l'emergenza e il rapporto fra ordinarietà e straordinarietà. L'opinione pubblica e il *modus operandi* delle forze politiche. L'uso «simbolico» degli strumenti normativi.
7. La disciplina dei contratti pubblici come «territorio di confine» ed il ruolo delle dicotomie tradizionali dell'ordinamento: pubblico-privato, interesse pubblico-interesse privato, giurisdizione ordinaria-giurisdizione amministrativa. L'aumento dell'incertezza.
8. La disciplina dei contratti pubblici come punto di equilibrio precario tra valori diversi. Le critiche al codice del 2016: l'affermazione dell'importanza dell'interesse *realizzativo* e la configurazione «strumentale» di concorrenza, trasparenza e integrità.
9. Verso un nuovo equilibrio tra le finalità perseguite con la disciplina del 2016. Il ruolo della concorrenza e l'importanza del principio di libera circolazione. Una «dequotazione» della concorrenza?
10. La legge 21 giugno 2022, n. 78: una delega a maglie larghe. il d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36: una (temporanea) stabilizzazione della disciplina dei contratti pubblici attorno a un diverso equilibrio.
11. La «positivizzazione» dei principi del nuovo codice: la comunicazione di un cambio di paradigma. Il principio di risultato e il rischio di una compressione del merito amministrativo con ampliamento del sindacato di legittimità. Il rapporto tra risultato, concorrenza e trasparenza. Gli altri principi.
12. La digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti tra prospettive nuove e difficoltà realizzative.
13. Altri profili di rilievo della nuova disciplina. Le difficoltà proprie del settore dei contratti pubblici come epifenomeno dei problemi del sistema amministrativo generale. Il nuovo codice: una partita aperta.

*L'articolo fa parte del Commentario al Codice dei Contratti pubblici a cura di Marcello Clarich in corso di pubblicazione da Giappichelli, 2025

1. IL VOLTO CANGIANTE DELLA DISCIPLINA DEI CONTRATTI PUBBLICI E L'AUMENTO DELL'INCERTEZZA

«*Lo studioso che tenti di ritrarre una costituzione esistente, una costituzione che sia operativa e vigente, deve affrontare una grave difficoltà: il fatto che il soggetto del ritratto cambia continuamente*».

Così scriveva, nel 1867, Walter Bagehot, a proposito di una Costituzione non scritta, come quella inglese¹.

Per quanto paradossale possa sembrare, una situazione per certi versi simile a quella descritta da Bagehot, si verifica, in Italia, *si parva licet componere magnis*, con riferimento alla disciplina dei contratti pubblici, anche se tale esito appare determinato non dall'assenza di disposizioni scritte, come nel caso della Costituzione inglese, ma proprio a cagione dell'eccesso, anzi del sovraccarico di norme, primarie e secondarie, che nel nostro Paese accompagnano la disciplina dei contratti pubblici, succedendosi disordinatamente nel tempo e ingenerando incertezza e confusione.

Se, infatti, l'assenza di disposizioni scritte sembra rendere, a volte, non facilmente percepibile la Costituzione inglese, il continuo succedersi, nel tempo, di norme primarie e secondarie, di regolazioni e disapplicazioni, di regolamenti, di linee guida vincolanti e non vincolanti, di disposizioni legislative asseritamente a regime, successivamente disapplicate o modificate temporaneamente da norme a carattere emergenziale, e più di recente di disposizioni di legge ed «allegati» asseritamente autoapplicativi e tuttavia destinati in parte a cambiare natura divenendo norme regolamentari (art. 224, comma 14, d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36), rende oltremodo incerta e spesso contraddittoria la disciplina dei contratti pubblici, provocando innumerevoli difficoltà ed anche un certo smarrimento nei diversi soggetti – stazioni appaltanti, imprese, tecnici, autorità di vario genere – chiamati ad operare nel settore.

La mancanza di chiarezza è infatti provocata sia dall'assenza di una regolamentazione scritta, sia da un eccesso dello *stock* normativo. È sufficiente, per rendersi conto di ciò, porre mente a quanto è avvenuto con il codice dei contratti pubblici che ha preceduto quello attualmente vigente (d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36), e cioè con il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, emanato in attuazione della legge 28 gennaio 2016, n. 11, recante delega al governo per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, degli appalti pubblici e sulle procedure di appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali.

2. IL D.LGS. 18 APRILE 2016, N. 50 E GLI INTERVENTI NORMATIVI SUCCESSIVI: IL D.LGS. 19 APRILE 2017, N. 56

Con il d.lgs. n. 50/2016 il legislatore non si è limitato a recepire le direttive sopra indicate, volte a innovare nel mercato dei contratti pubblici in vista dell'obiettivo

¹W. BAGEHOT, *The English Constitution*, London, 1867; trad. it., *La Costituzione inglese*, Bologna, 1995, p. 265.

della maggiore efficienza della spesa pubblica (da conseguire attraverso l'implementazione della concorrenza, la flessibilità e la semplificazione dei provvedimenti di aggiudicazione), nonché a perseguire finalità di rilevanza sociale (aumento dell'occupazione, promozione delle piccole e medie imprese, contrasto al cambiamento climatico, promozione dell'inclusione sociale)²; al contrario, il legislatore ha ritenuto di introdurre nel nuovo codice regolamentazioni prima non esistenti, quali quelle relative alla qualificazione delle stazioni appaltanti, al *rating* di imprese, all'ANAC e al suo ruolo quale soggetto regolatore del mercato dei contratti pubblici e di operare un riassetto complessivo dell'intera disciplina di settore, posto in essere con un unico atto, nonostante la legge autorizzasse di procedere al recepimento delle direttive ed al riassetto con separati decreti legislativi. Si è così provveduto alla rapida realizzazione di un nuovo impianto legislativo per la contrattazione pubblica, che certamente avrebbe richiesto un lungo e attento processo di sperimentazione e di valutazione.

Sono, invece, velocemente sopravvenute nuove disposizioni legislative. Il primo intervento è stato effettuato a distanza di poco meno di un anno, con il d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56. Si tratta di un decreto legislativo correttivo, previsto dalla stessa legge di delega; tuttavia, l'ampiezza della manovra (il decreto si compone di 131 norme, che prevedono alla correzione di più di 120 articoli del codice) fa legittimamente dubitare del fatto che si tratti di una mera correzione, suggerendo invece che sarebbe stata operata una significativa «riscrittura» della disciplina del 2016.

È stato, d'altra parte, correttamente ricordato in dottrina che il decreto correttivo investe numerosi e importanti istituti (tra i quali lo stesso ambito della disciplina codicistica, la progettazione, la figura del RUP, il soccorso istruttorio) e che appare difficile «trovare un minimo comune denominatore a tali interventi correttivi»³.

Viene, altresì, ricordato che il Consiglio di Stato, con il parere 30 marzo 2017, n. 782, riguardante lo schema di decreto correttivo, aveva classificato gli interventi correttivi in quattro diverse categorie: eliminazione di refusi da errori materiali, coordinamento «esterno» con altre leggi vigenti, riconversione di errori di recepimento delle direttive europee e di attuazione della legge delega, rimedio a difficoltà insorte nella prima applicazione di nuovi istituti»⁴.

L'ampiezza della classificazione operata dal Consiglio di Stato e soprattutto l'indicazione della presenza di disposizioni di coordinamento del codice con altre norme di legge evidenzia, così, che si è ben oltre la logica del decreto correttivo.

² M. CLARICH-G. FIDONE, *La contrattualistica pubblica nel ginepraio delle fonti*, in A. MALTONI (a cura di), *I contratti pubblici. La difficile stabilizzazione delle regole e la dinamica degli interessi*, Napoli, 2020, p. 31 ss.

³ M. CLARICH-G. FIDONE, *ibidem*, p. 35

⁴ M. CLARICH-G. FIDONE, *ibidem*, p. 35, nota 20.

3. IL D.L. 18 APRILE 2019, N. 32: UNA RISCrittURA DEL CODICE DEL 2016. IL D.L. 18 LUGLIO 2020, N. 76: UNA NUOVA INIEZIONE DI NORME. LA DISCIPLINA SULLA GOVERNANCE DEL PNRR E LE «FONTI FUORI DAL CODICE»

All'intervento normativo del 2017 ne è seguito un altro, a distanza circa due anni, il d.l. 18 aprile 2019, n. 32. Le lunghissime premesse del provvedimento d'urgenza, poi convertito dalla legge 14 giugno 2019, n. 240, lasciano chiaramente intendere che si è dinanzi a una nuova riscrittura del codice del 2016. Le ragioni giustificatrici dell'intervento sono identificate, tra l'altro, nella straordinaria necessità e urgenza di favorire la crescita economica mediante l'adozione di misure di semplificazione del quadro normativo e amministrativo concernenti i pubblici affidamenti, di operare interventi di maggiore semplificazione e accelerazione, di semplificare la procedura di approvazione dei progetti, di far fronte a problemi di coordinamento tra la disciplina dei contratti pubblici e quella del fallimento, del concordato preventivo e della liquidazione coatta amministrativa.

L'intervento posto in essere con il d.l. n. 32/2019 riguarda la materia dei contratti pubblici ed il relativo codice, ma costituisce in realtà un epifenomeno dei più generali problemi che da tempo affliggono il sistema amministrativo italiano: l'esonazione legislativa⁵, anche nel tentativo di limitare la discrezionalità della pubblica amministrazione, ritenuta sinonimo di abuso o addirittura di arbitrio, la scelta di amministrare «per legge» o «per sentenza»⁶, la fuga dei funzionari amministrativi dall'assunzione di responsabilità, con la conseguente incertezza della decisione pubblica.

Proprio in considerazione della natura «sistemica» dei problemi dell'amministrazione, resi ancor più gravi dalla necessità di fronteggiare le conseguenze della pandemia, era stato suggerito di anticipare, in una situazione di emergenza, alcuni interventi di più facile realizzazione, coerenti con un quadro di più generale riconsiderazione delle strutture amministrative⁷, ed anche una scelta non per la semplice produzione di nuove norme, destinate ad aggiungersi alle molti già esistenti, ma a favore di un inizio di cambiamento attraverso una migliore organizzazione e sperimentazione amministrativa⁸.

La risposta a tali suggerimenti è stata il d.l. n. 32/2020 e cioè, innanzitutto, una nuova iniezione di un significativo numero di disposizioni primarie. Si tratta, come è stato osservato, di un testo composto da 65 articoli, contenenti 216 norme, che mette

⁵ S. CASSESE, *Che cosa resta dell'amministrazione pubblica?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, I, p. 5 ss.; A. PAJNO, *Democrazia e governo della pandemia*, in A. PAJNO-L. VIOLANTE (a cura di), *Biopolitica, pandemia e democrazia. Rule of law nella società digitale*, I, Bologna, 2021, p. 57 ss.; ID., *Progettare il futuro*, in *Nuova Antologia*, aprile-giugno 2020, Vol. 524, Fasc. 2294, p. 31 ss. Sulla complessità delle leggi e sui rimedi di iperregolazione si veda B.G. MATTARELLA, *La trappola delle leggi. Molte, oscure, complicate*, Bologna, 2011, p. 28 ss.; F. DAL CANTO, *I controlli sulla qualità della legge, ovvero della montagna che partorì un topolino*, in L. GORI-F. PACINI-E. ROSSI, *Il Parlamento «interlocutore»*, Pisa, 2018; D. RAVENNA, *Stratificazione, volatilità, manutenzione delle norme, ibidem*, p. 147 ss.

⁶ A. PAJNO, *Progettare il futuro*, cit., p. 32 ss.

⁷ A. PAJNO, *Emergenza e ripartenza. La questione amministrativa dopo la pandemia*, in *Astrid Rassegna*, 25 giugno 2020.

⁸ A. PAJNO, *ibidem*.

insieme disposizioni diverse, anche riguardanti esigenze specifiche di alcuni ministeri, secondo una linea di sostegno e di distribuzione di provvidenze piuttosto che secondo una strategia mirata di rilancio dell'economia. È stato posto in essere un ulteriore apparato normativo che genera norme, se è vero che, per rendere operative le misure previste sono indicati come necessari circa novanta provvedimenti attuativi.

Ad esso ha fatto seguito il d.l. n. 34/2020, che ha, in qualche modo, continuato, sia pure in conseguenza delle esigenze connesse con l'emergenza provocata dalla pandemia, la riscrittura del codice del 2016, in parte sospendendo l'applicazione di alcune misure di questo, in parte introducendo alcune disposizioni derogatorie destinate a durare, proprio in ragione dell'emergenza, per un periodo limitato di tempo (il biennio 2019-2020), in parte, infine, introducendo nella disciplina codicistica mutamenti non temporanei, ma permanenti.

È stata poi la volta del d.l. 15 luglio 2020, n. 76, recante *Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale*, che contiene una serie di norme (artt. 1-9) riguardanti i contratti pubblici⁹ volte ad introdurre sia misure temporanee e provvisorie, sia mutamenti a regime. Nel complesso, sia le prime che i secondi riguardano la disciplina di aggiudicazione e conclusione del contratto e le eventuali fasi processuali successive all'aggiudicazione. Si interviene, in tal modo, su quei tratti delle vicende della contrattazione pubblica obiettivamente meno problematici, dal momento che, secondo uno studio di Banca d'Italia¹⁰, i momenti di maggiore difficoltà del ciclo di vita delle opere pubbliche riguardano la fase della progettazione e dell'esecuzione e non quella dell'aggiudicazione e dell'eventuale conclusione del contratto.

Nello studio di Banca d'Italia si fa presente che per l'intero ciclo di realizzazione delle opere pubbliche occorrono, mediamente, 4,9 anni ed in particolare 2,1 anni per la progettazione, 0,6 per l'affidamento, 1,6 anni per la realizzazione e 0,4 anni per la messa in funzionalità. Sulla progettazione potrà, probabilmente, operare anche la semplificazione della procedura di VIA, pure prevista dal decreto, mentre può costituire un segno di attenzione alla fase di esecuzione la previsione, in via sperimentale, di un collegio consultivo tecnico di 3 o 5 membri. Resta, tuttavia, vero che la maggiore attenzione sembra riservata alla fase dell'aggiudicazione e a quella del contenzioso¹¹.

Come è stato osservato¹², la più significativa deroga al codice riguarda la totale disapplicazione delle norme di esso, con applicazione diretta delle direttive europee, per gli appalti sopra soglia nei settori dell'art. 2, comma 4, del decreto¹³. Quest'ultimo ospita peraltro, numerose e significative disposizioni che non riguardano immediatamente i contratti pubblici, ma che hanno tuttavia un significativo riferimento al mondo nel quale trova applicazione la relativa disciplina e che, nel tentativo di eliminare o

⁹ A. PAJNO, *Il sistema amministrativo e il decreto semplificazione, Qualche osservazione sulla disciplina dei contratti pubblici e sulle responsabilità*, in Astrid Rassegna, 28 settembre 2020.

¹⁰ BANCA D'ITALIA, *Questioni di economia e finanza n. 520. – Capitale e investimenti pubblici in Italia: effetti macroeconomici, misurazione e debolezze regolamentari*, ottobre 2019.

¹¹ A. PAJNO, *ibidem*.

¹² M. CLARICH-G. FIDONE, *ibidem*, p. 36 ss.

¹³ M. CLARICH-G. FIDONE, *ibidem*, p. 36 ss.

quantomeno ridurre la c.d. «paura della firma» da parte dei pubblici funzionari, introducono la limitazione temporanea della responsabilità erariale ai casi di dolo e la modifica dell'art. 323 c.p.c.¹⁴.

Significativa appare anche l'estensione del modello commissariale, già previsto dal c.d. decreto Sblocca Cantieri, a interventi di notevole complessità e ad altri identificabili con appositi provvedimenti amministrativi¹⁵.

Si tratta di misure che solo in apparenza e a un livello di prima approssimazione possono essere considerati utili a «migliorare» il sistema delle opere pubbliche e in particolare della loro realizzazione. Una disciplina così ampia è infatti destinata a perdere ogni riferimento significativo a quella eccezionalità che, sola, può giustificare l'intervento commissariale derogatorio alla disciplina generale e di conseguenza a porre evidenti dubbi di costituzionalità, anche sotto il profilo della ragionevolezza. Tale disciplina, infatti, rischia di risolversi in una ampia deroga *per abbandono* della vigente normativa in tema di contratti pubblici e di nascondere una sostanziale rinuncia ad ogni intervento strutturale, di miglioramento dell'amministrazione ordinaria nel settore di riferimento¹⁶.

Alla normativa d'urgenza sopra ricordata si è poi, nel tempo, aggiunta quella volta a definire la *governance* del Piano nazionale di ripresa e resilienza ed a dettare la disciplina necessaria per la sua attuazione che, pur avendo un carattere più generale, ha toccato anche il settore dei contratti pubblici.

Non può, infine, essere dimenticato che su tale settore incidono anche discipline diverse, contenute in quelle che sono state esattamente e icasticamente indicate come «fonti fuori dal codice»¹⁷ e che riguardano le misure volte a contrastare la corruzione, le norme antimafia, le disposizioni del codice penale che identificano specifiche figure di reato e le stesse disposizioni del codice del processo amministrativo riguardanti il rito speciale per gli appalti. Non a caso, d'altra parte, la legge n. 11/2016 conteneva all'art. 1, criteri di delega legislativa volti ad affidare compiti assai significativi all'ANAC; molte delle misure emergenziali successivamente introdotte con la decretazione d'urgenza contenevano anche misure di accelerazione del contenzioso.

Nel complesso, tali «fonti fuori dal codice» fanno corpo con la disciplina in esso contenuta, talvolta modificandola, spesso complicandola, in ogni caso condizionandola, così evidenziando che quella riguardante i contratti pubblici incrocia interessi pubblici e privati assai diversi, il cui bilanciamento appare spesso difficile se non addirittura problematico.

¹⁴ M. CLARICH-G. FIDONE, *ibidem*, p. 37; A. PAJNO, *ibidem*.

¹⁵ M. CLARICH-G. FIDONE, *ibidem*, p. 37.

¹⁶ A. PAJNO, *ibidem*.

¹⁷ M. CLARICH-G. FIDONE, *op. cit.*, p. 38.

4. ALLA RICERCA DELLE RAGIONI DI INSTABILITÀ. LA DISCIPLINA DEI CONTRATTI PUBBLICI TRA TIMORI PER UNA GESTIONE NON TRASPARENTE E APERTURA AL MERCATO

Le vicende sopra esposte, riguardanti un periodo tutto sommato limitato nel tempo, evidenziano, in modo quasi paradigmatico, la difficoltà di mantenere fissa ed immutata, per un tempo ragionevole, la disciplina positiva riguardante i contratti pubblici e, con essa, i valori e le scelte che la hanno ispirata; da qui, per converso, lo stato di perenne incertezza che sembra regnare nel settore.

Una situazione del genere, che vede l'introduzione, nel volgere di pochi anni, di modificazioni assai significative di una disciplina generale con evidenti aspirazioni alla stabilità, costringe lo studioso a interrogarsi sulle ragioni profonde di tale fenomeno, che va al di là della semplice tendenza alla esondazione legislativa.

A tale situazione non è estranea una caratteristica propria della disciplina di settore: questa, se da una parte registra la presenza di due approcci strutturalmente diversi – il primo volto a porre regole per prevenire il rischio di una gestione non trasparente e corretta delle procedure di gara da parte delle stazioni appaltanti, e quindi destinato a privilegiare il rigore formale della procedure ed il secondo attento alle esigenze di un mercato aperto alla partecipazione di un maggiore numero di imprese in grado di competere su un piano di parità – dall'altra sembra caratterizzarsi per il tentativo di amalgamare e fondere i due approcci sopra indicati¹⁸ attraverso l'identificazione di un non facile punto di equilibrio fra le esigenze da tali approcci sottese¹⁹.

In realtà, il primo di essi corrisponde alla originaria tradizione italiana, che collocava la disciplina dei contratti pubblici nell'ambito della contabilità di Stato, al fine di garantire una gestione corretta ed efficiente del denaro pubblico grazie ad una serie nutrita di regole procedurali, volte a limitare la discrezionalità delle stazioni appaltanti²⁰; il secondo invece, si affaccia con gli anni Settanta e Ottanta, a seguito del recepimento di alcune direttive comunitarie e mira ad aprire il mercato dei lavori pubblici alla concorrenza a livello europeo, in attuazione del principio di libera circolazione delle merci e dei servizi. Proprio per tale ragione, esso privilegia un modo di operare più flessibile, volto anche a valorizzare la discrezionalità della pubblica amministrazione²¹.

¹⁸ M. CLARICH, *Introduzione*, in M. CLARICH (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, 2019, p. XXXVII ss.

¹⁹ M. CLARICH, *ibidem*, p. XXXIX.

²⁰ M. CLARICH, *ibidem*, p. XXXVIII ss.

²¹ M. CLARICH, *ibidem*, p. XXXIX ss. Sull'occasione offerta dalla necessità di recepire le nuove direttive comunitarie si veda, tra l'altro, A. PAJNO, *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia, e contrasto alla corruzione*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2015, p. 1128 ss. Per una considerazione complessiva del rapporto fra tradizione italiana e innovazione discendete dalla disciplina eurounitaria, anche con riferimento alle diverse vicende della legislazione italiana di settore, si veda, G. FIDONE, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in M. CLARICH (a cura di), *Commentario*, cit., p. 3 ss.

Il rapporto tra i due diversi approcci porta così a una sorta di contrapposizione tra la rigidità di un sistema di regole predefinite e la scelta per una regolazione «aperta», che valorizzi un uso sapiente della discrezionalità amministrativa. In questa prospettiva, il punto di equilibrio viene talvolta identificato nella necessità di un supplemento di motivazione e nella richiesta alle stazioni appaltanti, di una specificazione progressiva dei criteri e subcriteri di attribuzione dei punteggi destinati a condurre all'aggiudicazione²².

5. LE RAGIONI INTERNE ALLA DISCIPLINA DI SETTORE: L'ANTINOMIA TRA RIGIDITÀ ED EFFICIENZA

Occorre, tuttavia, considerare che la differenza (almeno iniziale) fra l'approccio tradizionale proprio dell'ordinamento nazionale e quello europeo non appare sufficiente per spiegare una così persistente difficoltà nel regolare con una disciplina stabile e, per questa ragione, chiaramente identificabile, la materia dei contratti pubblici. Tale difficoltà, che prende la forma di un processo pressoché continuo di modificazione della disciplina di settore, appare infatti legata ad una serie di fattori, che tendono a riprodursi ed a manifestarsi nel tempo e che, considerati nel loro complesso, sembrano riconducibili ad alcune, per dir così, tradizionali *antinomie* che sembrano caratterizzare non solo la normativa di settore, ma lo stesso ordinamento.

Si è visto sopra come la disciplina riguardante i contratti pubblici appaia in tensione continua fra le opposte esigenze legate, per un verso, alla presenza di una regolazione rigida, volta a garantire la correttezza della spesa pubblica e alla necessità di evitare fenomeni di corruzione, e, per l'altro, all'esigenza di assicurare non solo la correttezza ma anche la qualità della spesa.

Si genera, così, una sorta di contrapposizione tra esigenze diverse, attorno alla quale sembra muoversi la disciplina dei contratti pubblici: da una parte, rigidità e primato del formalismo, dall'altra efficienza e discrezionalità dell'amministrazione. Tale contrasto, che ha trovato una significativa emersione in occasione del recepimento delle direttive del 2004 (2004/17/CE e 2004/18/CE), con il d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163²³, sembra, tutto sommato, governare in qualche modo anche la disciplina previgente, come è reso palese dal succedersi nel tempo delle c.d. leggi Merloni, che hanno visto alternarsi normative ispirate, anche a seguito di Tangentopoli, a esigenze di particolare rigore (legge 11 febbraio 1994, n. 109), interventi correttivi (d.l. 3 aprile 1995, n. 101: c.d. Merloni *bis*), introduttivi anche della finanza di progetto (legge 18 novembre 1998, n. 415: c.d. Merloni *ter*), nonché ulteriori misure concernenti le opere non strategiche (legge 1 agosto 2002, n. 190: c.d. Merloni *quater*). In questo contesto va ricordata l'approvazione della legge 12 dicembre 2001, n. 443 (delega al Governo in materia di infrastrutture e interessi strategici ed interventi per il rilancio delle attività produttive: c.d. legge obiettivo) cui è stata data attuazione con il d.lgs. 20 agosto 2002, n. 190. È stato, così, predisposto un percorso contrassegnato da norme più flessibili e an-

²² M. CLARICH, *Introduzione*, cit., p. XXXIX ss.

²³ G. FIDONE, *ibidem*, p. 15 ss.

che da deroghe alla legge quadro per le grandi opere infrastrutturali ritenute di interesse strategico per lo sviluppo del Paese²⁴, mentre si è preferito mantenere una disciplina più rigida per le opere non di interesse strategico.

6. LE RAGIONI DI CONTESTO: L'EMERGENZA E IL RAPPORTO FRA ORDINARIETÀ E STRAORDINARIETÀ. L'OPINIONE PUBBLICA E IL *MODUS OPERANDI* DELLE FORZE POLITICHE. L'USO «SIMBOLICO» DEGLI STRUMENTI NORMATIVI

Ma la presenza di elementi che condizionano la legislazione nei contratti pubblici non si ferma alla rappresentazione delle diverse esigenze e dei diversi valori che dalla relativa disciplina sono incorporati. Su di questa, infatti, svolge un ruolo non di secondo piano il tema dell'emergenza, legata al sopravvenire di elementi straordinari o all'accumularsi e all'accentuarsi di problemi e difficoltà, capaci di condurre a situazioni di stallo e, di conseguenza, all'opportunità di ulteriori strumenti straordinari.

C'è una emergenza dovuta all'intervento di fatti non previsti o non prevedibili, ed un'altra causata dall'utilizzazione, sul piano degli strumenti ordinamentali, di misure non adeguate e di prassi amministrative incapaci di offrire soluzioni ai problemi²⁵. Sull'emergenza, e sul regime giuridico che la accompagna, si è molto scritto²⁶, e della relativa stagione si è posta in luce la natura, per dir così, singolare, dal momento che essa, pur sospendendo il tempo della vita ordinaria, per far fronte a quanto di imprevisto si è verificato, sopraggiunge carica dei problemi del passato rimasti privi di soluzione e per questa ragione si proietta anche sul futuro, chiedendosi se le misure utilizzate per far fronte ad una situazione straordinaria possano rivelarsi utili per affrontare le questioni che il tempo ordinario non è stato in condizione di risolvere²⁷; in tal modo, i due tipi di emergenza sopra descritti tendono a sovrapporsi, se non addirittura a fondersi.

Anche tale fenomeno ha fortemente condizionato la più recente normativa sui contratti pubblici, conducendo, come si è visto, al susseguirsi di discipline temporanee e derogatorie e all'adozione di strumenti straordinari che tendono, successivamente, a porsi come strumenti permanenti: è il caso, ad esempio, del commissario straordinario per la realizzazione dell'opera pubblica, che, nato come soluzione eccezionale, rischia di divenire una soluzione a regime. Viene, così, introdotta una ulteriore contrapposizione, quella fra *straordinarietà* e *ordinarietà*, che da occasionale si trasforma in strutturale.

L'alternarsi di interventi caratterizzati da strumenti normativi rigidi e di interventi ispirati ad una maggiore flessibilità trova, poi, un vero e proprio effetto moltiplicatore nell'estrema sensibilità nei confronti degli avvenimenti di cronaca da parte dell'opi-

²⁴ G. FIDONE, *ibidem*, p. 14.

²⁵ Sui diversi profili dell'emergenza, sia consentito rinviare ad A. PAJNO, *Democrazia e governo della pandemia*, cit., p. 35 ss.

²⁶ Si veda, tra l'altro, A. FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, Bologna, 2008; V. PIERGIGLI, *Diritto costituzionale dell'emergenza*, Torino, 2023.

²⁷ A. PAJNO, *Democrazia e governo della pandemia*, cit., p. 36 ss.

nione pubblica e dei responsabili politici: questi favoriscono la successione sul piano ordinamentale, di disposizioni più rigide, in risposta a fenomeni di corruzione e di malcostume, e di disposizioni più flessibili, in risposta alle situazioni di stallo che un regime più rigido e formale ha contribuito a generare.

In un contesto del genere, le forze politiche, piuttosto che cercare un punto di convergenza fra i due diversi approcci, tendono, per dir così, ad interpretare un ruolo, affermandosi l'una come rappresentante dei valori legati al rigore e al contrasto alla corruzione e l'altra come portavoce delle esigenze dell'economia e del sistema delle imprese. Si è di fronte così, in un certo modo, ad un uso *simbolico* del diritto e degli strumenti normativi, mentre è anche in relazione a tal modo di operare che si spiega un così rapido alternarsi di interventi legislativi ispirati a esigenze differenti e volti a ribaltare o quanto meno correggere la direzione di quelli precedenti.

7. LA DISCIPLINA DEI CONTRATTI PUBBLICI COME «TERRITORIO DI CONFINE» ED IL RUOLO DELLE DICOTOMIE TRADIZIONALI DELL'ORDINAMENTO: PUBBLICO-PRIVATO, INTERESSE PUBBLICO-INTERESSE PRIVATO, GIURISDIZIONE ORDINARIA-GIURISDIZIONE AMMINISTRATIVA. L'AUMENTO DELL'INCERTEZZA

Esistono, pertanto, una serie di ragioni culturali, sociali e istituzionali che contribuiscono al continuo mutare ed alla conseguente incertezza sulla disciplina dei contratti pubblici. Tuttavia, accanto ad esse, esistono probabilmente una serie di cause proprie del modo di essere dell'ordinamento nazionale, di cui spesso le predette ragioni sociali e culturali costituiscono veri e propri epifenomeni.

La disciplina dei contratti pubblici e la riflessione che la accompagna attraversano, infatti, un terreno composito, in cui si incontrano, si mischiano e talvolta si scontrano approcci diversi, volti a privilegiare ora le ragioni del potere e dell'interesse pubblico, ora una prospettiva tendenzialmente paritaria tra amministrazioni e imprese. In realtà, proprio la materia dei contratti pubblici potrebbe costituire oggetto di grande interesse e di apertura per cogliere le trasformazioni dell'ordinamento, del diritto amministrativo come del diritto privato e per prospettare soluzioni nuove a problemi antichi. Tutti i «territori di confine» sono, infatti, di grande interesse, proprio perché sembrano porsi alla confluenza di esperienze diverse (si pensi a quanto avviene fra amministrazione giustiziale e giurisdizione ovvero a proposito dell'arbitrato, collocato fra autonomia privata e tutela giurisdizionale) e per questa ragione, capaci in astratto, di fornire risposte innovative. Purtroppo, invece, dietro le scelte via via operate con la disciplina dei contratti pubblici, si manifestano e continuano a perdurare le grandi dicotomie e, con esse, i giudizi e i pregiudizi che sembrano caratterizzare in modo strutturale la riflessione giuridica nel nostro Paese.

La prima – e più importante di esse – è la dicotomia pubblico-privato, che si proietta, condizionandola, sulla disciplina dei contratti pubblici.

Quello del privato viene visto come il mondo della libertà senza limiti, del mercato, degli interessi privati che si incrociano e si autoregolano secondo soluzioni che non si prospettano, nemmeno indirettamente, come un vantaggio per la comunità; il mondo

del pubblico è considerato, invece, antagonisticamente, come lo spazio della regolazione in favore di interessi superindividuali, e quindi come un mondo che fondamentalmente vigila, controlla, sanziona, ostacola la partecipazione privata attraverso l'indicazione di requisiti sempre più formalistici ovvero rimuove faticosamente ostacoli all'esercizio delle libertà attraverso macchinose misure organizzative.

In realtà, proprio la materia dei contratti pubblici sembra costituire il luogo privilegiato in cui si incontrano esercizio di potestà pubbliche e categorie generali del diritto comune che, proprio perché tali, non possono non investire l'esercizio del potere, come ricorda Fabio Merusi a proposito del principio di buona fede²⁸. Il diritto amministrativo conosce, d'altra parte, ormai da tempo, anche per l'influenza determinante del diritto dell'Unione europea, moduli di diritto pubblico e moduli di diritto comune, mentre i principi non costituiscono dominio riservato né delle partizioni del diritto né delle diverse giurisdizioni. Qualche anno fa Bernardo Sordi ha ricordato che quella fra pubblico e privato è una distinzione meramente stipulativa²⁹, che la «grande dicotomia» da tempo non è più tale, che proprio le zone di confine, in cui Stato e mercato, pubblico e privato si compenetrano e in cui si realizza la contemporanea protezione degli interessi pubblici e privati restano il marchio indelebile della contemporaneità³⁰.

Lo scenario del nostro mondo registra, infatti, una crescita importante dei poteri pubblici e di quelli privati, a fronte dei quali l'unità del diritto «*costituisce ancora un richiamo possente contro le sovradeterminazioni, le immagini semplificate o riduttive della sovranità e della parallela signoria individuale, contro gli eccessi dello statalismo e dell'individualismo*»³¹.

Strettamente correlata con la precedente è poi la dicotomia tra interesse pubblico, inteso come interesse generale fatto proprio e riconosciuto dall'ordinamento, ed interesse privato. I due poli della relazione vengono visti come tradizionalmente antagonisti e non come capaci di fondersi e cooperare, così paradossalmente negando le ragioni stesse della competizione mediante gare, che vede, appunto, la soddisfazione dell'interesse alla realizzazione dell'opera pubblica attraverso la selezione di un interesse privato, quello del soggetto capace di aggiudicarsi i lavori.

Si aggiunge a questa un'altra dicotomia tradizionale del nostro ordinamento, quella fra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa, che contrassegna anch'essa la disciplina dei contratti pubblici. E così, nonostante il generale incremento della giurisdizione esclusiva, la vicenda di vita dei contratti pubblici, contrariamente a quanto avviene in altri paesi dell'Europa continentale, è rigidamente suddivisa in una fase – quella dell'aggiudicazione – sottoposta alla giurisdizione del giudice amministrativo – ed un'altra – quella dell'esecuzione del contratto – affidata alla giurisdizione del giudice ordinario. In un contesto del genere, questioni come quelle afferenti alla responsabilità precontrattuale e quelle riguardanti la responsabilità da affidamento incolpevole su attività amministrativa legittima oggetto di successivo annullamento giurisdizionale

²⁸ F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, Milano, 2001.

²⁹ B. SORDI, *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, Bologna, 2020, p. 226 ss.

³⁰ B. SORDI, *ibidem*, p. 238 ss.

³¹ B. SORDI, *ibidem*, p. 238.

«galleggiano», per così dire, fra la giurisdizione ordinaria e quella amministrativa, a seconda dei diversi, mutevoli, orientamenti della giurisprudenza del Consiglio di Stato e della Corte regolatrice. Le dicotomie «strutturali» dell'ordinamento contribuiscono, così, a rendere più incerta e mutevole sia la disciplina dei contratti pubblici che la sua interpretazione: con un correlativo aumento dell'incertezza che si riflette negativamente sull'economia del Paese e sulle imprese.

8. LA DISCIPLINA DEI CONTRATTI PUBBLICI COME PUNTO DI EQUILIBRIO PRECARIO TRA VALORI DIVERSI. LE CRITICHE AL CODICE DEL 2016: L'AFFERMAZIONE DELL'IMPORTANZA DELL'INTERESSE *REALIZZATIVO* E LA CONFIGURAZIONE «STRUMENTALE» DI CONCORRENZA, TRASPARENZA E INTEGRITÀ

Esistono, quindi, alla stregua dell'analisi in precedenza svolta, elementi in certo modo strutturali che contribuiscono, nel tempo, a rendere instabile ed incerta la disciplina dei contratti pubblici. Ad essi si aggiungono elementi in qualche modo occasionali (come il ricorso all'emergenza), che, tuttavia, spesso danno luogo ad interventi ampi destinati a protrarsi nel tempo ed a divenire, almeno tendenzialmente stabili, nonché le dicotomie tradizionali della cultura e dell'ordinamento giuridico nazionale che rendono obiettivamente più difficile il raggiungimento di una sufficiente stabilità.

Con tutto questo, appare palese che la determinazione di una certa disciplina con norme primarie dei contratti pubblici in un certo momento storico, costituisce il punto di equilibrio (precario) raggiunto in quella particolare situazione storica e culturale, e che, tuttavia, il punto di convergenza così raggiunto è destinato ad essere, più o meno rapidamente, posto in crisi sia dalle eventuali criticità che si manifestano con l'applicazione della nuova disciplina, sia dal mutamento dei valori e delle scelte che, dall'opinione pubblica e dal dibattito giuridico e istituzionale sono evidenziate.

Una situazione del genere si è, appunto, verificata dopo l'entrata in vigore del codice di cui al d.lgs. n. 50/2016, del quale, accanto ai pregi legati al recepimento contemporaneo delle tre direttive comunitarie del 2014, sono stati ben presto evidenziati alcuni profili problematici.

E così, se, da una parte, è stato osservato che una delle caratteristiche del nuovo codice sta nel tentativo di mettere insieme, in una considerazione complessiva, due approcci non convergenti (il primo, legato all'esperienza italiana, caratterizzato da una visione contabilistica, e dall'imposizione di un fitto reticolo di regole, ed il secondo, proprio dall'esperienza europea, incentrato sull'esigenza di aprire il mercato dei contratti pubblici alla concorrenza)³², dall'altra parte è stata sottolineata la complessità del sistema di *governance* dei contratti pubblici delineata dal nuovo codice, che affida all'ANAC non solo funzioni normative, ma veri e propri compiti di regolazione del mercato degli appalti, così in qualche modo tradendo le aspettative iniziali legate alla introduzione della *soft law*, che erano quelle di predisporre un sistema flessibile, volto a

³²M. CLARICH, *Introduzione*, cit., p. XXXVIII; M. CAFAGNO, *Lo Stato banditore*, Milano, 2001, p. 119 ss.

orientare le scelte delle stazioni appaltanti, e non quella di sostituire un regolamento con un nuovo regolatore³³.

In questa prospettiva, è stato segnalato che, pur avendo il legislatore italiano preso atto del fatto che inefficienza e corruzione sono mali diversi, occorrerebbe tuttavia un ulteriore passo avanti rispetto all'equilibrio raggiunto con le misure anticorruzione e con il ruolo centrale riconosciuto all'ANAC, fondato sul capovolgimento del tradizionale rapporto fra efficienza e corruzione e sulla prevenzione di quest'ultima senza una valutazione del costo in termini di efficienza³⁴. Le misure volte a contrastare l'inefficienza porterebbero, infatti, come conseguenza, l'effetto indiretto di diminuire il rischio di corruzione, e ciò perché il miglioramento della qualità ed il conseguimento della *performance* potrebbero ridurre lo spazio per la realizzazione di fatti corruttivi³⁵. La riforma posta in essere con il d.lgs. n. 50/2016 avrebbe segnato un cambio di rotta, ma sarebbe tuttavia ancora da completare³⁶, ed anche da correggere; gli strumenti di flessibilità introdotti sarebbero, infatti, rimasti privi di concreta attuazione, mentre l'efficienza degli acquisiti dovrebbe essere considerato l'obiettivo primario della regolazione e delle funzioni amministrative connesse con i contratti pubblici, secondo una prospettiva alla stregua della quale concorrenza, trasparenza e integrità dovrebbero essere in qualche modo considerate strumentali³⁷.

A quelle sopra ricordate altre critiche, talvolta anche più radicali, si sono affiancate. È stato osservato che il codice utilizza una tecnica normativa non convincente, che esso costruisce una sorta di ordinamento sezionale in cui si realizza una singolare integrazione di regole codicistiche con atti di natura amministrativa – le linee guida ANAC – suscettibili nel tempo di essere modificate, così rendendo discrezionale e non controllabile qualunque motivazione e cooperando alla realizzazione di un sistema incerto fra scelte a favore della legalità e scelte a favore dell'elasticità; un sistema, questo, caratterizzato da una forte impronta pubblicistica, dotato di una regolazione governativa flessibile e autoritaria nel contempo, ed in ultima analisi, di una sorta di neo-contabilismo³⁸.

Non tutte le osservazioni sopra ricordate appaiono condivisibili, soprattutto quelle che finiscono con il confondere la discrezionalità delle scelte con la loro non controllabilità; tuttavia, non può non essere ricordato che, nella prospettiva sopra indicata, sono state formulate significative osservazioni circa la necessità di identificare, in modo specifico, il pubblico interesse dell'amministrazione che contratta³⁹.

È stato, in particolare, osservato che i principi enunciati dalle direttive comunitarie sui contratti pubblici appaiono potenzialmente in contrasto fra di loro e che, nel-

³³ G. FIDONE, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, cit., p. 61.

³⁴ G. FIDONE, *ibidem*, p. 63.

³⁵ G. FIDONE, *ibidem*, p. 64.

³⁶ G. FIDONE, *ibidem*, p. 68.

³⁷ G. FIDONE, *ibidem*, p. 69.

³⁸ L.R. PERFETTI, *Introduzione*, in L.R. PERFETTI, *Codice dei contratti pubblici commentato. Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50*, p. XIII.

³⁹ L.R. PERFETTI, *Per una teoria dell'interesse pubblico nelle gare per l'assegnazione dei contratti pubblici*, in A. MALTONI (a cura di), *I contratti pubblici: la difficile stabilizzazione delle regole e la dinamica degli interessi*, Napoli, 2020, n. 147 ss.

l'assenza di una graduazione, occorrerebbe far ricorso a criteri di bilanciamento che, come la proporzionalità o la ragionevolezza, darebbero luogo a valutazioni opinabili e a scelte delle stazioni appaltanti scarsamente controllabili⁴⁰. Occorrerebbe, allora, per risolvere la questione, porsi il problema di stabilire a che cosa servano le gare pubbliche, o, in altri termini, di determinare l'interesse pubblico perseguito dall'amministrazione attraverso le gare⁴¹. A tal fine, i profili delle procedure di gara in via generale rilevanti per l'interesse pubblico sarebbero quello dell'integrità, quello dell'efficienza economica, quello della trasparenza e dell'imparzialità e quello della concorrenza nel mercato degli appalti. Ve ne sarebbe, tuttavia, un quinto, generalmente trascurato e che tuttavia sarebbe, in realtà, il più rilevante, quello dell'*interesse realizzativo*, volto a conseguire il risultato materiale finale della gara. L'interesse realizzativo si porrebbe, così, come criterio gerarchico idoneo a risolvere i casi di contrasto fra i diversi profili dell'interesse pubblico, utile per assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale. Esso costituirebbe il profilo strutturale più radicale dell'interesse pubblico, poiché sarebbe l'interesse a cui è preordinato il contratto ed a cui è preordinata la procedura⁴².

Non può, pertanto, sorprendere, in un contesto del genere, il fatto che, dopo l'emergenza legata al Covid 19, siano state avanzate specifiche indicazioni per una riforma della disciplina dei contratti pubblici nel rispetto (ed in ulteriore attuazione) della normativa europea⁴³. Non è possibile, in questa sede, ricordarle tutte; quel che conta è, invece, sottolineare che esse non miravano alla emanazione di un nuovo codice, ma ad una profonda riforma della disciplina esistente, anche complementare ma comunque coordinata con il sistema degli appalti. Le proposte riguardavano, così, molte delle indicazioni, anche generali, emerse nel dibattito successivo al codice del 2016, e tra esse: la redistribuzione del peso delle diverse fasi di vita del contratto, con una maggiore attenzione a progettazione e esecuzione, l'eliminazione dell'incertezza delle fonti (tra cui le linee guida ANAC ed il nuovo regolamento in corso di preparazione), il perseguimento dell'efficienza, l'esercizio della discrezionalità da parte dell'amministrazione e l'attuazione degli istituti flessibili, la concentrazione e la qualificazione delle stazioni appaltanti, l'affermazione della natura strumentale di concorrenza, trasparenza e integrità rispetto all'efficienza degli acquisti, il ripristino della fiducia e la misurazione dei risultati.

9. VERSO UN NUOVO EQUILIBRIO TRA LE FINALITÀ PERSEGUITE CON LA DISCIPLINA DEL 2016. IL RUOLO DELLA CONCORRENZA E L'IMPORTANZA DEL PRINCIPIO DI LIBERA CIRCOLAZIONE. UNA «DEQUOTAZIONE» DELLA CONCORRENZA?

La situazione sopra descritta evidenzia, così, come, attraverso le riflessioni successive al codice del 2016 e anche a causa del sopravvenire di ragioni di emergenza, si sia progressivamente affermata la necessità di un nuovo equilibrio tra i diversi va-

⁴⁰ L.R. PERFETTI, *ibidem*, pp. 148-149.

⁴¹ L.R. PERFETTI, *ibidem*, p. 150.

⁴² L.R. PERFETTI, *ibidem*, p. 164.

⁴³ A. BOTTO-G. FIDONE, *Quindici proposte per le riforme degli appalti pubblici*, in *Il foglio*, 22 giugno 2020.

lori che avevano ispirato la disciplina di settore; della ricerca di cambiamento, talvolta affannosa, talvolta ideologica, costituiscono testimonianza le diverse modificazioni normative che si sono succedute nel tempo e che sono state in precedenza ricordate. Non a caso, d'altra parte, anche di recente è stato notato che, nel settore dei contratti pubblici, la costruzione di un sistema stabile appare sostanzialmente una chimera⁴⁴.

In questo processo di mutamento dell'equilibrio fra le diverse esigenze (e i diversi valori) posti a base della codificazione colpisce, soprattutto, il diverso ruolo progressivamente attribuito alla concorrenza. Questa, infatti, da elemento di profonda innovazione del sistema, dovuta al recepimento delle direttive comunitarie del 2014, capace di assicurare un più significativo accesso al mercato delle imprese interessate, e di conseguenza capace di realizzare immediatamente l'interesse dei cittadini al conseguimento di beni di qualità ad un prezzo conveniente, diviene progressivamente un elemento rilevante, ma in qualche modo di carattere strumentale. Già, infatti, con riferimento al codice del 2016 è stato sottolineato che se l'obiettivo primario della regolazione e dell'attività amministrativa dei contratti pubblici dovrebbe essere considerato quello dell'efficienza degli acquisti, valori come la concorrenza, la trasparenza e la stessa integrità dovrebbero considerarsi ad essa strumentali, essendo necessario che «*le procedure di affidamento dei contratti pubblici non siano imbrigliate da una concorrenza fine a se stessa (compulsory competitive tendering)*»⁴⁵.

Ancora, di recente, d'altra parte, è stato osservato che negli ultimi anni si è assistito a uno stravolgimento delle finalità delle esigenze regolative della contrattazione pubblica, e che la tutela della concorrenza è apparsa ispirata a una visione formalistica che, anziché promuovere una competizione sul mercato, ha finito per sanzionare anche inadempimenti burocratici inidonei ad alterare le *chance* competitive dei concorrenti, coinvolgendo per di più la stessa giurisprudenza, che avrebbe assecondato un contenzioso volto a «squalificare» i rivali⁴⁶.

Le osservazioni che precedono attribuiscono, probabilmente, alla concorrenza un valore ed un significato «finale» che, in realtà, non sembra giustificato proprio alla luce delle stesse direttive del 2014, poi recepite con il codice del 2016. È stato, infatti, esattamente osservato che tali direttive sembrano porre in primo piano obiettivi diversi dalla concorrenza e che la base giuridica di esse sarebbe fondata non sui principi in materia di concorrenza, ma sui principi di libera circolazione delle merci, di libertà di stabilimento e di libera circolazione dei servizi richiamati nelle premesse e nei considerando delle nuove direttive. Da essi la direttiva 2014/24/UE farebbe, appunto, derivare i principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di mutuo riconoscimento, di proporzionalità e di trasparenza attorno ai quali, come sottolineato dal considerando n. 1, si svilupperebbe l'intera disciplina⁴⁷.

⁴⁴ M. MACCHIA, *Il ruolo dei principi nel codice dei contratti*, in M. MACCHIA (a cura di), *Costruire e acquistare. Lezione sul nuovo codice dei contratti pubblici*, Torino, 2024, p. 1.

⁴⁵ G. FIDONE, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, cit., p. 64.

⁴⁶ D. SIMEOLI, *Negli appalti pubblici committenza chiamata al risultato*, in *Il Sole 24 Ore*, 21 marzo 2023.

⁴⁷ M. CLARICH, *Contratti pubblici e concorrenza*, in *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, in *Atti del LXI Convegno di Studi di scienza dell'amministrazione*, Milano, 2016, p. 264 ss.

È quindi il principio di libera circolazione quello che sta a base dell'impianto complessivo delle direttive europee, e non, in senso proprio, il principio di concorrenza; nonostante ciò, il dibattito che ha preceduto la nuova disciplina si è incentrato proprio sui possibili effetti indesiderati di una affermazione in qualche modo acritica del principio di concorrenza. Si è fatto, così, strada, quell'approccio «ideologico» di cui si è detto in precedenza, che spesso ha contrassegnato la legislazione di settore, e che ha condotto ad una sorta di «dequotazione» di tale principio, al fine di neutralizzare i suoi possibili effetti indesiderati; tutto ciò, nonostante la necessità di assicurare l'apertura della concorrenza e al confronto competitivo con gli operatori sia espressamente indicato dalla legge n. 78/2022 come principale finalità dei decreti delegati da adottarsi in tema di riforma della disciplina dei contratti pubblici.

Si è pervenuti, così, al d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, in forza del quale quello di concorrenza è indicato come uno dei principi da rispettare (insieme a quelli di legalità e trasparenza) nel perseguire il risultato dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione (art. 1, comma 1, d.lgs. n. 36/2023), ed è stata affermata la natura strumentale della concorrenza rispetto al conseguimento del miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti (art. 1, comma 2, d.lgs. n. 36/2023). Forse è proprio la scelta di introdurre, nel testo del decreto delegato, uno specifico titolo nella parte prima, dedicato ai Principi, ed in esso, di dare uno specifico rilievo al risultato, ad indurre in modo forte l'idea di una sostanziale dequotazione del principio di concorrenza.

10. LA LEGGE 21 GIUGNO 2022, N. 78: UNA DELEGA A MAGLIE LARGHE. IL D.LGS. 31 MARZO 2023, N. 36: UNA (TEMPORANEA) STABILIZZAZIONE DELLA DISCIPLINA DEI CONTRATTI PUBBLICI ATTORNO A UN DIVERSO EQUILIBRIO

La legge 21 giugno 2022, n. 78 ha, come è noto, delegato il Governo ad adottare uno o più decreti legislativi recanti la disciplina dei contratti pubblici. Con essa sono stati indicati i principi e i criteri direttivi cui attenersi che, almeno in parte, hanno tenuto in considerazione diverse indicazioni emerse nel dibattito successivo all'entrata in vigore del codice del 2016. Fra di essi sembra opportuno segnalare quelli riguardanti il divieto di *gold plating* (art. 1, comma 2, lett. *a*), la revisione della competenza dell'Autorità Nazionale Anticorruzione (art. 1, comma 2, lett. *b*), la ridefinizione e il rafforzamento della disciplina della qualificazione delle stazioni appaltanti (art. 1, comma 2, lett. *c*), la previsione di forme diverse di semplificazione (art. 1, comma 2, lett. *e*), *f*), *n*), *o*), *q*), *u*), *r*), *s*), *aa*), *dd*), *ii*)), la riduzione e la certezza dei tempi relativi alle procedure di gara, alla stipula dei contratti e all'esecuzione degli appalti, la razionalizzazione e semplificazione delle normative sulle cause di esclusione (art. 1, comma 2, lett. *n*), della normativa primaria in materia di programmazione, localizzazione delle opere pubbliche e del dibattito pubblico (art. 1, comma 2, lett. *c*), la ridefinizione della disciplina delle varianti in corso d'opera, in relazione alla possibilità di modifica dei contratti durante la fase di esecuzione (art. 1, comma 2, lett. *u*), l'incentivo al ricorso a procedure flessibili (art. 1, comma 2, lett. *z*), la razionalizzazione ed estensione del partenariato pubblico-privato, (art. 1, comma 2, lett. *aa*), nonché delle modalità di affidamento dei contratti da parte dei concessionari (art. 1, comma 2, lett. *gg*), l'estensione e

razionalizzazione dei metodi di risoluzione delle controversie alternativi alla tutela giurisdizionale (art. 1, comma 2, lett. *ll*).

Sono, così, state recepite alcune delle osservazioni formulate in relazione alla disciplina del 2016, ma soprattutto è stata sottolineata l'importanza decisiva della digitalizzazione, la necessità di incentivare ed incrementare il ruolo della discrezionalità dell'amministrazione ed il ricorso a procedure di scelta del contraente che presuppongano un uso più esteso di tale discrezionalità, nonché la necessità di estendere la disciplina del codice a tutto il ciclo di vita del contratto.

Si tratta, come è stato osservato, di una delega «a maglie large»⁴⁸, e forse anche di una vera e propria delega in bianco⁴⁹, in quanto contenente criteri di delega semplici e poco innovativi rispetto alla disciplina vigente, dal momento che una analisi attenta sembra evidenziare che «*molti criteri di delega sono più apparenti che reali, volti a indicare gli oggetti della disciplina futura*», più che le modalità di sviluppo di essa⁵⁰.

In una situazione del genere, nella quale, un nuovo codice non era una vera e propria necessità, non essendovi alcuna direttiva da recepire⁵¹, il d.lgs. n. 36/2023, ha sia confermato buona parte della disciplina preesistente, sia provveduto a dare un approccio più sistematico alla materia, ponendo un argine all'introduzione «*di norme extra vaganti contenute nelle fonti più disparate e sistematizzando una pluralità di disposizioni di dettaglio*»⁵². Con il codice sono state messe a regime, su indicazione del Governo, molte delle innovazioni introdotte in tema di emergenza e per un tempo limitato dai decreti legge nn. 76/2020 e 77/2021⁵³. Nella redazione del nuovo codice hanno, poi, operato, due sostanziali principi guida «integrativi» anche degli impegni del PNRR, specialmente in materia di digitalizzazione, di riqualificazione delle stazioni appaltanti, di formazione, di modalità e tempi di entrata in vigore⁵⁴.

È stato, tuttavia, correttamente osservato che il collegamento con il PNRR è stato, in qualche modo, messo in discussione dalla scelta, posta in essere con l'art. 225, comma 8, di far ricorso, per i contratti riguardanti investimenti pubblici finanziati con le risorse del PNRR, alla normativa speciale piuttosto che a quella del nuovo codice.

Con il d.lgs. n. 36/2023 si è poi – così almeno si afferma, nella Relazione che lo accompagna – operata una scelta per una disciplina, che non necessita di norme attuative, mentre si è rinunciato alle forme di *soft law* affidate dal codice precedente all'ANAC; a tal fine si è fatto ricorso a un gran numero di «allegati» al codice ed a un innovativo meccanismo di delegificazione che opera sui medesimi, legislativi in prima applicazione, generalmente regolamentari a regime⁵⁵. In realtà questo costituisce uno degli ele-

⁴⁸L. CARBONE, *La scommessa del «Codice dei contratti pubblici» e il suo futuro*, in G. PELLEGRINO (a cura di), *Il nuovo codice degli appalti*, Santarcangelo di Romagna, 2023, p. 14.

⁴⁹B.G. MATTARELLA, *La delega (in bianco) per la riforma dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2022, p. 589.

⁵⁰S. FANTINI-H. SIMONETTI, *Introduzione*, in S. FANTINI-H. SIMONETTI (a cura di), *Il nuovo corso dei contratti pubblici*, Lavis (TN), 2023, p. XI.

⁵¹S. FANTINI-H. SIMONETTI, *ibidem*, p. XI.

⁵²M. MACCHIA, *ibidem*, p. 2.

⁵³L. CARBONE, *ibidem*, p. 20.

⁵⁴L. CARBONE, *ibidem*, p. 20.

⁵⁵S. FANTINI-H. SIMONETTI, *ibidem*, p. XIV.

menti problematici del nuovo codice, e ciò sia per l'assenza di una apposita disposizione legislativa nella legge delega, volta a rendere possibile tale speciale forma di delegificazione, sia per la singolarità di questo mutamento di *status* delle fonti legislative (quasi una singolare applicazione del *gender fluid* nel sistema delle fonti); con il naturale aumento dell'incertezza da tale fenomeno provocato (si pensi a fonti che, nate legislative, diventino successivamente regolamentari e per ciò stesso impugnabili dinanzi al giudice amministrativo), sicché, alla fine, il nuovo codice verrà ad assumere la forma di «testo a contenuto misto»⁵⁶, o di testo a contenuto legislativo variabile nel tempo.

Con tutto questo, l'opera di riordino e di temporanea stabilizzazione operata con il decreto delegato può dirsi, grazie all'impegno dell'apposita Commissione istituita presso il Consiglio di Stato, in qualche modo riuscita; sembra, altresì, condivisibile l'affermazione secondo cui l'obiettivo con esso perseguito sia stato quello di una semplificazione ragionevole nei limiti di quanto realisticamente possibile⁵⁷.

Si tratta, già di un buon risultato, a cui, tuttavia, non può che essere dato un valore temporaneo, dal momento che sono già intervenuti nuovi atti di normazione primaria volti a modificare il codice (si veda l'art. 15-*quater*, d.l. 29 settembre 2023, n. 132, che ha introdotto cambiamenti in relazione alla disciplina del conflitto di interessi e della procedura competitiva con negoziazione) o a sovrapporre nuove disposizioni a quelle esistenti (si veda l'art. 18, d.l. 10 agosto 2023, n. 104, che ha autorizzato, al fine di garantire il rispetto degli impegni del PNRR per l'attuazione del Terzo Valico dei Giovi, il soggetto attuatore a rinegoziare con il contraente generale alcune modifiche contrattuali).

Nell'ottica sopra indicata, che evidenzia ancora una volta le difficoltà di pervenire ad una disciplina stabile e la tendenza del legislatore a moltiplicare gli interventi normativi, deve essere segnalata l'emanazione del d.lgs. 31 dicembre 2021, n. 209, recante disposizioni integrative e correttive al codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36.

Si tratta di un testo composto di ben 97 norme, che interviene a tutto campo pressoché sull'intero corpo del codice, ora procedendo alla correzione di errori materiali, ora prevedendo, allo scopo di prevenire ed evitare possibili contenziosi, formulazioni normative più chiare rispetto a quelle contenute nel codice del 2023, ora disponendo l'abrogazione di disposizioni in questo contenute, ora introducendone di nuove.

Va, in proposito, ricordato che l'art. 1, comma 4, della legge n. 78/2022 abilita il Governo ad apporre, entro due anni dalla data di entrata in vigore del decreto legislativo riguardante il codice, "*le correzioni o integrazioni che l'applicazione pratica rende necessarie ed opportune con la stessa procedura e nel rispetto dei medesimi principi e criteri direttivi di cui al presente articolo*". Proprio in relazione a tale disposizione contenuta nella legge delega sono state formulate, da parte della Commissione speciale del Consiglio di Stato, con il parere reso nell'Adunanza del 27 novembre 2024, alcune osservazioni critiche sull'operazione che ha portato alla nuova disciplina, e ciò sia con riferimento al procedimento seguito (lo schema di decreto correttivo non è stato affidato, come è avvenuto per lo schema del codice, alla elaborazione del Consiglio di Stato), sia in relazione all'assenza, nell'analisi di impatto della regolazione (AIR) delle in-

⁵⁶ S. FANTINI-H. SIMONETTI, *ibidem*, p. XIV.

⁵⁷ S. FANTINI-H. SIMONETTI, *ibidem*, p. XII; L. CARBONE, *ibidem*, p. 21.

dicazioni relative alle analisi ed alla raccolta dei dati che, alla luce della prima applicazione della nuova normativa, avrebbero giustificato la necessità o l'opportunità degli interventi correttivi o integrativi proposti.

Tali osservazioni assumono un valore significativo sol che si consideri che con il nuovo decreto legislativo non si è provveduto soltanto a correggere eventuali disallineamenti o a procedere a integrazioni coerenti con il testo del codice vigente, ma anche a introdurre mutamenti significativi in alcuni ambiti disciplinari, come è avvenuto, ad esempio, nel Collegio Consultivo Tecnico, e addirittura a riscrivere integralmente una disciplina di settore, come si è verificato per la finanza di progetto e per le relative procedure di affidamento (art. 57, d.lgs. n. 209/2024, che sostituisce integralmente l'art. 193 del d.lgs. n. 36/2023).

A ciò si aggiunga che un numero cospicuo di previsioni del decreto correttivo (artt. 72-95) riguardano gli allegati al codice; in particolare, se da una parte viene prevista una norma di "semplificazione normativa" volta alla razionalizzazione della disciplina degli allegati e a dettare le relative disposizioni di coordinamento (art. 72, d.lgs. n. 209/2024 che introduce il nuovo art. 266-*bis* del codice, norma questa che prevede l'abrogazione o sostituzione di molti allegati o con regolamenti *ex art.* 17, comma 1 (art. 266-*bis*, comma 1) o con regolamenti *ex art.* 17, comma 3 della legge n. 400/1988 (art. 266-*bis* comma 2) o con semplici decreti ministeriali (art. 266-*bis*, comma 3), dall'altra vengono inseriti nel codice nuovi allegati, prima non previsti e viene disposta una modificazione di molti di essi, con la conseguente introduzione non soltanto di indicazioni tecnico-operative, ma di vere e proprie discipline di settore.

I rischi di tale operazione, tra i quali quella di porre in essere una delegificazione indiretta ed implicita, nel caso in cui la disciplina regolamentare sostitutiva venga estesa al di là dei contenuti strettamente attuativi degli articoli del codice, sono stati evidenziati dal Consiglio di Stato con il parere del 27 novembre. Si tratta, in ogni caso, di una scelta destinata a fare del codice, come si è già osservato in precedenza, un testo a contenuto misto posto che i nuovi regolamenti sostitutivi sono destinati a divenire anch'essi nuovi allegati allo stesso codice (art. 226-*bis*, comma 4, introdotto dall'art. 72 del d.lgs. n. 209/2024).

La realizzazione di tale opera di (temporaneo) riassetto si accompagna, peraltro, alla scelta di sottolineare e valorizzare al massimo grado il cambio di paradigma posto in essere con la nuova disciplina giuridica, con la realizzazione di un codice non più «guardiano», ma «volano» dello sviluppo economico⁵⁸ grazie al diverso rapporto configurato tra trasparenza, concorrenza, e concreta realizzazione dei contratti pubblici e delle relative opere, grazie anche all'esplicito riconoscimento dell'importanza della discrezionalità amministrativa. Di tale cambio di paradigma costituisce manifestazione fondamentale, anche se non esclusiva, l'enunciazione, nel Titolo I del Libro I, dei principi generali del codice. Su di essi, e su pochi altri aspetti occorrerà brevemente intrattenersi.

⁵⁸L. CARBONE, *ibidem*, p. 13.

11. LA «POSITIVIZZAZIONE» DEI PRINCIPI DEL NUOVO CODICE: LA COMUNICAZIONE DI UN CAMBIO DI PARADIGMA. IL PRINCIPIO DI RISULTATO E IL RISCHIO DI UNA COMPRESIONE DEL MERITO AMMINISTRATIVO CON AMPLIAMENTO DEL SINDACATO DI LEGITTIMITÀ. IL RAPPORTO TRA RISULTATO, CONCORRENZA E TRASPARENZA. GLI ALTRI PRINCIPI

Il dibattito sui principi è antico, sia con riferimento alla loro natura che al loro fondamento ed alla loro utilizzabilità e non è questo il luogo per un ulteriore approfondimento. Un utile richiamo a tale dibattito, proprio in relazione ai principi enunciati dal nuovo codice dei contratti pubblici, è stato di recente effettuato da Giuseppe Morbidelli⁵⁹ che ha, tra l'altro ricordato l'assenza d'unitarietà della relativa categoria⁶⁰ e la tradizionale distinzione tra *principi valori* e *principi regole* operata da Dworkin⁶¹, utile anche per meglio comprendere sia gli stessi principi enunciati nel nuovo codice degli appalti che le indicazioni a proposito di essi fornite nella relazione che lo accompagna.

Qui è il caso di ricordare che, anche se l'indicazione in testi legislativi di principi regolatori della materia è stata, non senza motivo, criticata, dovendo i principi essere in qualche modo tratti dalla disciplina positiva e non precedere quest'ultima, la scelta di «positivizzare» i principi non è estranea all'esperienza del diritto amministrativo, come dimostra la stessa legge n. 241/1990 e, più di recente, il codice del processo amministrativo, che, all'inizio del Libro I, enuncia appunto una serie di principi generali volti a evidenziare la scelta per la parità delle armi nel processo e a indicare l'ambiente europeo nel quale lo stesso codice è destinato ad operare. Ciò che, peraltro, colpisce è il fatto che mentre il codice dei contratti pubblici del 2016, pur avendo un titolo concernente i principi generali e le disposizioni comuni, non conteneva in realtà autentici principi ma semplicemente delle disposizioni volte a precisare l'ambito di applicazione soggettiva e oggettiva delle relative norme e ad indicare la sfera di competenza statale e regionale, il nuovo codice dedica invece ben 12 articoli ai principi, anche se non tutti, come è stato notato, della stessa pregnanza assiologica e della stessa capacità innovativa⁶². A ciò si aggiunge il fatto che un numero così rilevante di principi è stato inserito in un codice di settore, sicché si pone il quesito relativo al rapporto con i principi generali della materia. Lo stesso codice sembra porsi tale problema richiamando, con una norma di «rinvio esterno», per quanto non espressamente previsto, per le procedure di affidamento, le disposizioni di cui alla legge n. 241/1990 e per la disciplina e per la fase di esecuzione del contratto, quelle del codice civile.

Sembra, così, che i principi enunciati dal codice abbiano un carattere eminentemente speciale e che, per quanto non espressamente previsto da essi, trovino applicazione i principi generali della legge sul procedimento e del codice civile. Si tratta, peraltro, di una soluzione meramente formale, dal momento che, da una parte, molti dei

⁵⁹ G. MORBIDELLI, *Introduzione ad un dibattito sui principi nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in G. MORBIDELLI (a cura di), *I principi nel nuovo codice dei contratti pubblici*, Firenze, 2023, p. 7 ss.

⁶⁰ G. MORBIDELLI, *ibidem*, p. 8.

⁶¹ R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, Bologna, 1982, p. 93.

⁶² M. RENNA, *I principi*, in S. FANTINI-H. SIMONETTI, *Il nuovo corso*, cit., p. 2.

principi richiamati dal d.lgs. n. 36/2023 sono mere applicazioni (e, si potrebbe dire, mere espressioni verbali di principi ricavabile *aliunde* (si pensi ai principi della fiducia, di buona fede, di tutela dell'affidamento, di solidarietà e di sussidiarietà orizzontale) e dall'altra, che lo stesso art. 12 pare piuttosto evocare l'idea che le questioni poste dal codice dei contratti e dai relativi principi siano, in realtà, epifenomeni di problemi più generali riguardanti il sistema amministrativo nel suo complesso, piuttosto che profili particolari riconducibili ad un ambito, per quanto importante, comunque limitato.

Il correttivo di cui al d.lgs. n. 209/2024 ha interessato anche la Parte I, Titolo I, del codice. Non sono state peraltro, fortunatamente, dettate discipline innovative sui principi generali, che avrebbero potuto compromettere l'equilibrio complessivo della parte introduttiva del d.lgs. n. 36/2023; si è provveduto, invece, a inserire ulteriori precisazioni riguardanti normative di dettaglio (artt. 1 e 2 del correttivo, che hanno introdotto modificazioni rispettivamente agli artt. 8 e 11 del codice).

Sotto questo profilo, è stato correttamente posto in luce che la massiccia positivizzazione di principi sembra veicolare l'idea del settore dei contratti pubblici come un mondo a sé stante, dotato di profili di estrema specialità rispetto agli ordinari rapporti posti in essere con l'attività amministrativa; idea, questa, che merita, invece, di essere messa in discussione⁶³, posto che, come è stato osservato, il diritto dei contratti pubblici non dovrebbe ormai essere considerato un settore del diritto comunitario della concorrenza, ma «*un capitolo fondamentale del diritto amministrativo nazionale*»⁶⁴.

In ogni caso, l'enunciazione diffusa dei principi operata dal nuovo codice sembra, comunque ispirata anche dalla volontà di rendere chiaro ed evidente il cambio di passo, il mutamento di paradigma «*politico, ideologico, assiologico, perfino filosofico*»⁶⁵, operato con il nuovo codice e con l'affermazione della primazia del principio di risultato (art. 1, commi 1 e 2).

Si tratta allora di una disciplina che risponde anche a una esigenza eminentemente comunicativa, espressione di una normazione «*iconica*», volta a rendere palese (ed a convincere) che i «*nuovi principi*» sono, in qualche modo, dotati di caratteri diversi, se non addirittura opposti a quelli tradizionali, concernenti «*formulazioni finora occasionalmente conosciute dalla giurisprudenza*», e che per questo sono «*circostanziati e non generici, ossia accompagnati da norme di dettaglio*»⁶⁶.

La speciale funzione comunicativa e «*persuasiva*» dei principi del nuovo codice è stata correttamente sottolineata quando si è affermato che «*lo scopo dell'enunciazione di essi va oltre quella che può essere intesa come la loro naturale funzione*», ossia la previsione di norme di carattere generale e trasversale che, a vario titolo, possano combinarsi con i pur numerosi articoli che compongono il d.lgs. n. 36/2023⁶⁷; esito questo che pare confermato significativamente dalla speciale attenzione ad essi dedicata dalla Relazione allegata al testo definitivo del codice, frutto non della scelta per una certa

⁶³ M. RENNA, *ibidem*, p. 6.

⁶⁴ F. CARINGELLA, *Semplificazione, trasparenza, responsabilità e concorrenza: le grandi ambizioni del nuovo codice*, in G. PELLEGRINO (a cura di), *Il nuovo codice degli appalti*, cit., p. 45.

⁶⁵ F. CARINGELLA, *ibidem*, p. 45.

⁶⁶ M. MACCHIA, *Il ruolo dei principi*, cit., p. 4.

⁶⁷ F. CINTIOLI, *Il principio del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in G. MORBIDELLI (a cura di), *I principi nel nuovo codice dei contratti pubblici*, cit., p. 21.

topografia normativa, ma per la finalità, a tali principi assegnata, di esprimere, con potenti valenze nomogenetiche, i fondamentali valori giuridici della stessa disciplina di settore⁶⁸. I principi svolgono, così, un ruolo di orientamento dell'attività di amministrazioni e imprese, offrendo ad esse una sorta di «mappa» di agevole consultazione idonea ad orientarsi nei casi dubbi⁶⁹; essi, peraltro, presentano una dimensione comunicativa da non sottovalutare, poiché si rivolgono ai giudici⁷⁰ e sono chiamati a svolgere una importante funzione nomopoietica nei confronti della successiva normazione primaria e secondaria.

Si tratta di affermazioni che, se da una parte illustrano la scommessa effettuata con il nuovo codice e con i suoi principi, dall'altra non possono non indurre qualche preoccupazione, sia con riferimento all'affermata funzione nomogenetica, sia in relazione al fatto che, come è stato osservato, l'abuso di principi può portare all'attivismo e al creazionismo giudiziario e ad un allargamento indebito della discrezionalità dei giudici⁷¹.

L'introduzione dei principi nel nuovo codice dei contratti pubblici e, soprattutto, la loro gerarchizzazione con l'attribuzione della primazia al principio di risultato sono stati accolti con favore dalla dottrina. È stato osservato che tale gerarchizzazione e l'affermazione del principio realizzativo consentono di fornire una definizione finalmente razionale e controllabile del pubblico interesse⁷², che attraverso l'affermazione del principio di risultato si afferma finalmente il primato logico della funzione di committenza pubblica, smarrito nell'ordinamento italiano quando si è recepito con il massimo di ambizione riformatrice il corpo normativo europeo, con l'obiettivo di tutelare la concorrenza e la libertà di circolazione, in qualche modo operando una sorta di rivoluzionario sovvertimento della naturale gerarchia degli interessi pubblici, postergando quelli relativi al buon andamento alla finalità, ritenuta primaria, della concorrenza e del mercato⁷³, che risultato e fiducia introducono una cesura sostanziale rispetto agli schemi del diritto amministrativo e dei contratti pubblici in particolare⁷⁴, che con il principio di fiducia si chiude l'approccio al diritto dei contratti pubblici come strumento di prevenzione speciale della corruzione⁷⁵, che il principio di risultato costituisce una delle novità più significative, mentre superabili appaiono le obiezioni formulate nei confronti di esso, sia con riferimento al corretto equilibrio fra autorità e libertà sia in relazione alla stessa utilità del principio, proprio perché l'incertezza e la complessità della legisla-

⁶⁸ G. CARLOTTI, *I principi nel codice dei contratti pubblici: la digitalizzazione*, in G. MORBIDELLI (a cura di), *I principi nel nuovo codice dei contratti pubblici*, cit., p. 34.

⁶⁹ G. CARLOTTI, *ibidem*, pp. 54-55.

⁷⁰ G. CARLOTTI, *ibidem*, p. 55.

⁷¹ G. MORBIDELLI, *ibidem*, pp. 18-19; si veda, su un piano più generale, A. TRAVI, *Il principio di legalità nella giurisprudenza amministrativa*, in *Dir. pubbl.*, 1995, p. 46, nonché, di recente, M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto*, Milano, 2023.

⁷² L.R. PERFETTI, *Sul nuovo codice dei contratti pubblici. In principio*, in *Urbanistica e appalti*, 2023, p. 11.

⁷³ G. NAPOLITANO, *Committenza pubblica e principi*, in G. PELLEGRINO (a cura di), *Il nuovo codice degli appalti*, cit., p. 53.

⁷⁴ R. CARANTA, *I principi del nuovo codice dei contratti pubblici, artt. 1-12*, in *Giur. it.*, agosto-settembre 2023, vol. 1953.

⁷⁵ R. CARANTA, *ibidem*, vol. 1960.

zione renderebbero utile enunciare il risultato come criterio prioritario della scelta dell'interprete⁷⁶.

Accanto a queste non sono mancate notazioni che, pur mettendo in luce gli aspetti utili e significativi di una certa «*positivizzazione di principi*», hanno tuttavia ritenuto di richiamare l'attenzione sui principi «assenti», fra cui quello del divieto di *gold plating*, quello della sostenibilità ambientale e dell'inclusione sociale⁷⁷, sulla reale natura di alcuni dei principi richiamati, più assimilabili a regole in quanto dotati di immediata forza precettiva, e sul collegamento di tali principi a questioni già da tempo discusse nell'ordinamento, così in qualche modo attenuando la caratterizzazione di estrema novità ad essi attribuita.

L'introduzione dei principi nel d.lgs. n. 36/2023 va, certamente, considerata una acquisizione positiva, utile per il settore dei contratti pubblici. Tuttavia, essi vanno richiamati e sottolineati, non enfatizzati, perché una inopportuna enfattizzazione potrebbe rendere più problematica e talvolta arbitraria la relativa applicazione. Va sottolineato il carattere di novità del principio di risultato, peraltro già richiamato dal Consiglio di Stato in ordine alle riforme amministrative poste in essere in attuazione della c.d. legge Madia; tuttavia non va dimenticato che esso costituisce una applicazione del principio di buon andamento e trascurato il dibattito dottrinale che nel tempo si è svolto attorno ad esso⁷⁸. Un approccio equilibrato potrà, così, evitare alcuni dei rischi connessi con alcune sue possibili applicazioni, in particolare il rischio di un certo schiacciamento del merito amministrativo con un conseguente ampliamento del sindacato di legittimità⁷⁹ e dei pericoli che può correre la stessa interpretazione giurisprudenziale, talvolta portata a sottovalutare il principio di risultato in ragione della preferenza da dare alle garanzie offerte dalle disposizioni di legge, talaltra indotta a fare un uso troppo drastico del medesimo principio, con il rischio di appiattare lo stesso sindacato giurisdizionale sulle scelte dell'amministrazione⁸⁰.

Assai interessanti, peraltro, appaiono le prime pronunce del Consiglio di Stato volte a fare applicazione del principio del risultato e a meglio specificarne la portata e le conseguenze. Ciò che colpisce è che con tali pronunce il giudice amministrativo di ultima istanza sembra aver non solo esattamente rilevato la continuità tra principio di risultato e buon andamento, ma anche effettuato una sorta di "riletture psicanalitica" della propria giurisprudenza e delle complessive regole della contrattualistica pubblica alla luce delle nuove disposizioni del principio di risultato enunciato dall'art. 1 del d.lgs. n. 36/2023.

Le fattispecie prese in esame dal giudice amministrativo con le prime sentenze sono, infatti, tutte anteriori al d.lgs. n. 36/2023 e sottoposte, quindi, alla disciplina previgente; ciò nonostante, il principio di risultato viene considerato "*immanente nel sistema*", e quindi idoneo a porsi come il criterio di risoluzione del "*contrasto tra il dato formale del pedissequo rispetto del disciplinare di gara e il dato sostanziale dell'idoneità*"

⁷⁶ F. CINTIOLI, *Il principio di risultato*, cit., pp. 38-40.

⁷⁷ M. RENNA, *ibidem*, p. 7 ss.; R. CARANTA, con riferimento, in particolare, al principio di sostenibilità, *ibidem*, vol. 1960.

⁷⁸ Si veda, in particolare, F. CINTIOLI, *ibidem*, p. 22 ss.

⁷⁹ Sembra muoversi in questo senso Cons. Stato, III, 26 marzo 2024, n. 2866.

⁸⁰ In questo senso F. CINTIOLI, *ibidem*, p. 45.

dei prodotti offerti” anche per controversie anteriori alla data di entrata in vigore del nuovo codice (Cons. Stato, Sez. III, 15 novembre 2023, n. 9812).

Viene, così, affermata, anche con riferimento a casi precedenti alla nuova disciplina, una prevalenza della sostanza sulla forma; ed infatti, *“quando si disputa, come avviene nel caso in esame, della corretta valutazione della qualità del prodotto offerto, l’idea che il giudizio debba accertare la spettanza della commessa all’impresa che, se tutte le regole precedenti fossero state puntualmente applicate, sarebbe risultata aggiudicataria (e che dunque tale debba essere considerato il risultato «giusto» da perseguire) trascura la strumentalità delle forme e la considerazione che il risultato formalisticamente «corretto» non sempre e necessariamente ... si identifica con il risultato sostanzialmente giusto, che è soprattutto quello che correttamente riconosce e premia il prodotto oggettivamente migliore”* (Cons. Stato, Sez. III, n. 9812/2023, cit.).

Nella stessa ottica, volta a leggere il passato con gli occhi del presente, alla luce di disposizioni sopravvenute, si collocano ulteriori pronunce; viene infatti espressamente ribadito che *“anche se il principio di risultato è stato reso solo di recente esplicito dal nuovo codice dei contratti pubblici del 2023, tale principio era già immanente al sistema della c.d. amministrazione di risultato”*, sicché *“il risultato può essere adottato dal giudice quale criterio orientativo anche per il caso in cui debba essere risolto il dubbio sulla sorte di procedure ad evidenza pubblica non rette dal d.lgs. n. 36/2023”* (Cons. Stato, Sez. III, 4 giugno 2024, n. 4996, che richiama Cons. Stato, Sez. V, n. 1924/2024). Tale principio, infatti, riassume l’esigenza di privilegiare l’effettivo e tempestivo conseguimento degli obiettivi dell’azione pubblica, prendendo in considerazione i fattori sostanziali dell’attività amministrativa (Cons. Stato, Sez. VI, n. 4996/2024, cit.).

L’idoneità a disciplinare il passato viene dalla giurisprudenza estesa anche al principio della fiducia, mentre viene data anche una interpretazione dell’operato del legislatore con il d.lgs. n. 36/2023.

Viene infatti ribadito che risultato e fiducia, sebbene non applicabili *ratione temporis* alla vicenda sottoposta all’esame del giudice *“costituiscono criteri immanenti del sistema, svolgendo una funzione regolatoria”*, sicché devono guidare l’interprete nella lettura e nell’applicazione della disciplina di gara (Cons. Stato, Sez. V, 1° ottobre 2024, n. 1875).

Quanto all’operazione posta in essere con il nuovo codice, si precisa che essa si è risolta nel *“proclamare direttamente l’esistenza di regole aventi un valore particolare, in altre parole, principi già esistenti nel settore, cui è stato conferito un potente valore assiologico”*, sicché questi possono essere adottati dal giudice quale criterio orientativo anche con riferimento a procedure non regolamentate dal d.lgs. n. 36/2023.

Va, peraltro, rilevato che la perentorietà e l’uniformità di tali affermazioni giurisprudenziali non possono non sollevare qualche interrogativo. Ci si chiede, innanzitutto, perché, se i principi di risultato e di fiducia sono davvero *“immanenti”* nel sistema e dotati, in quanto tali, di una capacità regolatoria, per quale ragione il legislatore del 2023 sia stato indotto a enunciare esplicitamente tali principi, così compiendo una operazione probabilmente non necessaria, in relazione alla affermata immanenza dei medesimi.

Ci si chiede, per altro verso, perché mai, se i principi sopra ricordati sono già presenti nel sistema, la loro capacità regolatoria sia emersa perentoriamente soltanto dopo l’affermazione esplicita dei medesimi nel d.lgs. n. 36/2023. L’affermazione secondo cui, ai principi sopra richiamati sarebbe stato *“conferito”* con il nuovo codice un *“po-*

tente valore assiologico” (Cons. Stato, Sez. V, n. 7875/2024) sembra evidenziare che il nuovo intervento normativo avrebbe apportato qualcosa di nuovo, potenziando la capacità regolatoria di tali principi, sicché ci si potrebbe domandare come essi possano essere utilizzati come criteri di risoluzione delle controversie sorte nel vigore di una disciplina che tale sovrappiù di capacità regolatoria non sembrava evidenziare.

Non può, infine, non essere segnalato che i primi interventi giurisprudenziali sembrerebbero confermare quel rischio di “*schacciamento*” del merito amministrativo e del conseguente ampliamento del sindacato di legittimità, essendo stato affermato che “*il valore del risultato concorre a integrare il paradigma normativo del provvedimento e dunque ad ampliare il perimetro del sindacato giurisdizionale piuttosto che diminuirlo, facendo transitare nell’area della legittimità, e quindi della giustiziabilità, opinioni e scelte che sinora si pensava attenessero al merito e fossero come tali insindacabili*” (Cons. Stato, Sez. IV, n. 3985/2024). Si tratta di una strada che appare certamente affascinante e che, tuttavia va percorsa con particolare prudenza, anche al fine di evitare possibili rischi di “*straripamento*” della giurisdizione amministrativa nella sfera del potere amministrativo, censurabile dinanzi alla Corte regolatrice.

Va infine tenuto presente che non può esservi risultato senza rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza (art. 1, comma 1). Val quanto dire che la concorrenza non è un limite al risultato, ma una componente indispensabile del legittimo prodotto finale dell’azione amministrativa. Un assunto del genere appare confermato dal principio di accesso al mercato⁸¹, la cui enunciazione va considerata anche conseguenza e coerente applicazione del principio di parità di trattamento. Quanto alla fiducia, va rilevato che il riferimento ad essa costituisce una sorta di costante nelle scienze giuridiche: essa costituisce un istituto della democrazia parlamentare (appunto, la «fiducia»); ad essa si ispirano il principio di affidamento e quello di buona fede, che non possono essere quindi considerati separatamente dalla fiducia; il relativo principio è spesso richiamato dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, mentre, nel rapporto tra le istituzioni esso prende il volto della leale cooperazione⁸².

Quanto al principio di conservazione dell’equilibrio contrattuale, esso colpisce, per il fatto che, come sottolinea la relazione che accompagna il codice, esso faccia riferimento ai principi *Unidroit*, al codice europeo dei contratti ed in generale al mondo dei contratti regolato dal diritto civile piuttosto che alla disciplina, anche di altri paesi dell’Unione propria dei contratti pubblici; scelta, questa, significativa della volontà di introdurre forme di rinegoziazione riconducibili alle modalità di diritto comune con la possibilità di garantire la modifica del contratto e la sua conservazione ed esecuzione⁸³.

Il principio, tuttavia, non può essere considerato per i contratti pubblici, una novità assoluta, avendo il codice precedente previsto sia pur limitate modifiche del contratto durante il periodo di efficacia (art. 106) e disposizioni volte a favorire l’equilibrio

⁸¹ Sul principio di accesso al mercato si veda M. RENNA, *ibidem*, p. 18.

⁸² A. PAJNO, *Progettare il futuro*, cit., p. 27 ss.; Sul principio della fiducia nel d.lgs. n. 36/2023, si veda M. RENNA, *ibidem*, p. 19 ss.; G. NAPOLITANO, *Il principio della fiducia*, in G. MORBIDELLI, *I principi del nuovo codice dei contratti pubblici*, cit., p. 47 ss.; M. MACCHIA, *ibidem*, p. 10 ss.

⁸³ B. MARCHETTI, *Il principio di conservazione dell’equilibrio contrattuale nel nuovo codice dei contratti pubblici. Prime osservazioni*, in G. MORBIDELLI, *I principi nel nuovo codice dei contratti pubblici*, cit., p. 79-80.

economico finanziario nelle concessioni (art. 155). È stato, tuttavia, sottolineato che l'ampliamento della logica consensuale e paritaria correlata con il rafforzamento dei meccanismi di salvaguardia della conservazione del contratto ha condotto ad un aumento dell'incertezza in ordine alla tutela giurisdizionale, e ciò per le difficoltà e per i mutamenti giurisprudenziali legati ai criteri di riparto⁸⁴.

Deve, infine, essere ricordato che il rapporto tra risultato, concorrenza e trasparenza non può essere letto, come avviene, del resto, per tutti i principi costituzionali o eurounitari, in termini di piena prevalenza del primo sugli altri due. Ciò sia perché, secondo lo stesso testo normativo, concorrenza e trasparenza sono condizioni del miglior risultato possibile e della sua conformità alle regole (art. 2, comma 2), sia perché, in ogni caso, la valutazione comparativa dei diversi profili in campo non può che essere effettuata attraverso le lenti della ragionevolezza, esigenza questa che, come è stato affermato, non può essere considerata cedevole nei confronti del principio di risultato. La natura prioritaria di quest'ultimo è posta con legge ordinaria, sicché non potrebbe assegnarsi ad esso una forza gerarchica superiore a quella di altri principi di discendenza costituzionale⁸⁵; la giurisprudenza della Corte costituzionale, d'altra parte, avrebbe da tempo chiarito che non sarebbero configurabili nell'ordinamento «principi tiranni»⁸⁶, sicché il relativo rapporto andrebbe determinato in termini di concreto ragionevole bilanciamento, in relazione a tutti gli interessi coinvolti⁸⁷.

12. LA DIGITALIZZAZIONE DEL CICLO DI VITA DEI CONTRATTI TRA PROSPETTIVE NUOVE E DIFFICOLTÀ REALIZZATIVE

La «predilezione» del legislatore delegato per i principi non si ferma a quelli enumerati nel Titolo I; al contrario, essa si protende altrove e conduce all'individuazione, nella Parte II del Titolo II, dedicata alla digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti, di una serie di principi, rinvenibili, soprattutto, negli artt. 19, 20 e 30 del codice, concernenti rispettivamente i principi e i diritti digitali, i principi in materia di trasparenza e l'uso di procedure automatizzate nel ciclo di vita dei contratti.

Alcune utili modifiche al testo del d.lgs. n. 36/2023 sono state introdotte con il decreto correttivo del 2024 (artt. 7, 8, 9, 10, 11, che intervengono rispettivamente sugli artt. 19, 23, 24, 26 e 35 del testo del 2023). Si tratta, peraltro, di disposizioni che non modificano il tessuto complessivo del Titolo II, Parte II del codice. Tra di esse si segnalano quelle riguardanti la modifica dell'art. 24 del codice, volta a chiarire il rapporto tra le disposizioni in materia di accesso per interoperatività e quelle sul funzionamento delle banche dati che alimentano la Banca dei contratti pubblici, e la novella dell'art. 26, volta a meglio specificare le regole sulla certificazione delle piattaforme, pubbliche e private, che consentono alle stazioni appaltanti di collegarsi alla banca dati nazionale di ANAC.

⁸⁴ B. MARCHETTI, *ibidem*, p. 96 ss.

⁸⁵ G. MORBIDELLI, *ibidem*, p. 17 ss.

⁸⁶ Corte cost., sentenza n. 264/2012.

⁸⁷ G. MORBIDELLI, *ibidem*, p. 17.

Non è ovviamente possibile, in questa sede, procedere ad un analitico esame di tale disciplina; qui è soltanto il caso di rilevare che essa, pur non costituendo una novità nell'ambito della contrattualistica pubblica, riveste, tuttavia, una importanza fondamentale nel disegno del nuovo sistema, in quanto da una parte tende a dare compimento a previsioni normative già presenti nella previgente disciplina del d.lgs. n. 50/2016 ed agli impegni assunti con il PNRR, dall'altra contribuisce in modo decisivo a delineare un quadro innovativo dell'*e-procurement* e, correlativamente, una diversa organizzazione dell'amministrazione pubblica.

In questo quadro, un ruolo di primo piano assumono sia i principi che sono stati definiti di *azione*, e cioè, quelli di digitalizzazione integrale dei contratti pubblici, di unicità dell'invio e di interoperabilità⁸⁸, sia quelli che sono indicati come di *garanzia* (trasparenza, protezione dei dati personali, sicurezza informatica⁸⁹).

La disciplina codicistica non si limita, peraltro, alla codificazione dei principi, ma indica significativamente gli strumenti necessari alla relativa, concreta, realizzazione, identificandoli, oltre che in nuove forme di trasparenza, nella Banca nazionale dei contratti pubblici, nel fascicolo virtuale dell'operatore elettronico, nell'anagrafe degli operatori, nelle piattaforme di approvvigionamento digitale, nelle decisioni automatizzate (a proposito delle quali l'art. 30 riproduce il noto indirizzo giurisprudenziale del Consiglio di Stato sulla c.d. amministrazione algoritmica) e le relative procedure, con una speciale attenzione ai diritti di accesso.

Viene così, predisposto, sul piano della strumentazione normativa, un sistema che dovrebbe rendere possibile la realizzazione di una maggiore efficienza nella gestione dei procedimenti attraverso una rapida circolazione dei dati rilevanti, la riduzione dei relativi tempi, il contrasto efficace in via preventiva dei fenomeni di *maladministration*, la piena trasparenza delle procedure, grazie anche alle accresciute possibilità di accesso, la tracciabilità delle operazioni di pagamento, il controllo dell'allocazione della spesa pubblica, la semplificazione e riduzione degli oneri a carico degli operatori economici, la riduzione delle varianti in fase di esecuzione, la possibilità di analizzare, con strumenti di intelligenza artificiale, i dati sulle procedure di affidamento, al fine di acquisire utili informazioni per le strategie di acquisto delle stazioni appaltanti e per la formulazione di adeguate politiche pubbliche⁹⁰.

Proprio l'ampiezza delle prospettive connesse con la piena realizzazione della digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti pubblici evidenzia la difficoltà della partita che si è aperta, dal momento che le previsioni normative devono essere, in tempi ragionevoli, trasformate in realtà operative. In questo senso sembrano sussistere segnali in qualche modo positivi, ma forse ancora troppo timidi.

⁸⁸ G. FONDERICO, *La digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti*, in S. FANTINI-H. SIMONETTI, *Il nuovo corso dei contratti pubblici*, cit., p. 33 ss.

⁸⁹ G. FONDERICO, *ibidem*, p. 38 ss.

⁹⁰ In questo senso G. CARLOTTI, *ibidem*, p. 68 ss.

13. ALTRI PROFILI DI RILIEVO DELLA NUOVA DISCIPLINA. LE DIFFICOLTÀ PROPRIE DEL SETTORE DEI CONTRATTI PUBBLICI COME EPIFENOMENO DEI PROBLEMI DEL SISTEMA AMMINISTRATIVO GENERALE. IL NUOVO CODICE: UNA PARTITA APERTA

Molte altre cose potrebbero esser dette sulla nuova disciplina del d.lgs. n. 36/2023, dal momento che esso contiene significative novità sull'aggregazione, centralizzazione e qualificazione della committenza e sulla necessità di riduzione delle stazioni appaltanti⁹¹, sulla programmazione e sulla progettazione⁹², sulla disciplina dei requisiti di partecipazione degli operatori economici e dei criteri di aggiudicazione delle offerte⁹³, grazie al consolidamento normativo di assetti giurisprudenziali e di novità finalizzate al recupero del potere discrezionale delle stazioni appaltanti, sul partenariato pubblico privato e sulle concessioni⁹⁴.

Nel complesso, la disciplina posta in essere con il d.lgs. n. 36/2023 appare dotata di maggiore organicità rispetto a quella previgente, anche se, probabilmente, si sarebbe potuto fare di più in tema di esecuzione del contratto⁹⁵ (vero buco nero della concreta esperienza dei lavori pubblici) e in relazione agli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie⁹⁶, le cui previsioni appaiono, probabilmente, troppo timide ed offrono il rischio di qualche sovrapposizione (specie con riferimento all'arbitrato e alle deliberazioni del Collegio Consultivo Tecnico, il cui importante ruolo, forse, avrebbe potuto più chiaramente essere precisato).

Non a caso, con il d.lgs. n. 209/2024 sono state introdotte disposizioni che modificano in modo significativo la disciplina e il ruolo del Collegio Consultivo Tecnico.

Si segnalano, in particolare, le modifiche che sottolineano l'indipendenza di giudizio e di valutazione dell'organo, così evidenziando la natura sostanzialmente giustiziale del medesimo (art. 62, comma 1), la sostanziale riscrittura degli artt. 216 e 217 (operata con gli artt. 63 e 64 del correttivo), di cui vengono modificate anche le rubriche, ri-

⁹¹ Si veda G. FONDERICO, *I soggetti: le stazioni appaltanti e gli operatori economici*, in S. FANTINI-H. SIMONETTI, *Il nuovo corso dei contratti pubblici*, cit., p. 77 ss.; M. NUNZIATA, *Aggregazione, centralizzazione e qualificazione della committenza*, in M. MACCHIA (a cura di), *Costruire e acquistare*, cit., p. 63 ss.

⁹² Si veda R. DIPACE, *Programmazione e progettazione*, in S. FANTINI-H. SIMONETTI, *Il nuovo corso dei contratti pubblici*, cit., p. 101 ss.

⁹³ G. FIDONE-M.E. FAIA, *La programmazione e la progettazione*, in M. MACCHIA (a cura di), *Costruire e acquistare*, cit., p. 125 ss.; F.G. ALBISINNI, *I requisiti dei partecipanti e la selezione delle offerte*, in M. MACCHIA (a cura di), *Costruire e acquistare*, cit., p. 245 ss.

⁹⁴ F. RISSO, *Il nuovo PPP: uno strumento per rilanciare l'economia*, in G. PELLEGRINO (a cura di), *Il nuovo codice degli appalti*, cit., p. 106 ss.; S. FANTINI-H. SIMONETTI, *Le concessioni e il partenariato pubblico-privato*, in S. FANTINI-H. SIMONETTI, *Il nuovo corso dei contratti pubblici*, cit., p. 279 ss.; F.G. ALBISINNI-G. FIGLIOLIA, *Il partenariato e la concessione*, in M. MACCHIA (a cura di), *Costruire e acquistare*, cit., p. 305 ss.

⁹⁵ Si veda A. BENEDETTI, *L'esecuzione dei contratti*, in S. FANTINI-H. SIMONETTI, *Il nuovo corso dei contratti pubblici*, cit., p. 311 ss.

⁹⁶ Si veda M. NUNZIATA, *I rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale*, in G. PELLEGRINO, *Il nuovo codice degli appalti*, cit., p. 88 ss.; S. VACCARI, *La risoluzione delle controversie in materia di contratti pubblici: tutela giurisdizionale e rimedi alternativi (ADR)*, in S. FANTINI-H. SIMONETTI, *Il nuovo corso dei contratti pubblici*, cit., p. 367 ss.; A. MAGLIONI, *Il contenzioso, la tutela giurisdizionale e i rimedi alternativi*, in M. MACCHIA (a cura di), *Costruire e acquistare*, cit., p. 358 ss.

guardando l'art. 216 i pareri e le determinazioni obbligatorie e l'art. 217 le determinazioni facoltative.

Di rilievo appare, in questo contesto, la novella dell'art. 216, comma 1, che dispone l'obbligatoria acquisizione del parere o della determinazione del Collegio in tutti i casi di iscrizione di riserve, di proposte di variante e in relazione ad ogni altra disputa tecnica o controversia che insorga durante l'esecuzione di un contratto di importo pari o superiore alla soglia di rilevanza europea. La norma introduce l'obbligatorietà dell'intervento del CCT a seguito dell'iscrizione di qualsiasi riserva per i contratti sopraccitati, sicché viene sostanzialmente modificato il trattamento non giurisdizionale delle riserve. La disposizione evidenzia altresì che le determinazioni (obbligatorie) del Collegio conseguono solo a una concorde richiesta delle parti e che esse non hanno necessariamente valore di lodo contrattuale, occorrendo all'uopo una specifica indicazione delle parti medesime.

La scelta per una determinazione obbligatoria avente natura di lodo contrattuale rivela altresì anche con riferimento al normale procedimento di esame delle riserve, dal momento che tale scelta preclude la possibilità dell'accordo bonario (art. 63, comma 1, d.lgs. n. 209/2024, che modifica l'art. 216, comma 1, d.lgs. n. 36/2023).

Rilevanti appaiono, altresì, le modificazioni riguardanti le determinazioni facoltative (art. 64 che modifica l'art. 217 del codice); esse, infatti, assumono valore di lodo contrattuale in virtù della stessa disposizione normativa, potendosi addivenire ad un esito diverso soltanto se le parti, successivamente alla nomina del Presidente e non oltre l'insediamento del Collegio, *“non abbiano diversamente disposto”*. Viene correttamente esclusa la natura di lodo contrattuale per le pronunce che riguardino la risoluzione, la sospensione coattiva, o le modalità di prosecuzione dei lavori.

Le disposizioni sopra richiamate sottolineano la speciale rilevanza del Collegio Consultivo Tecnico e, tendenzialmente, la progressiva sostituzione di questo, quanto meno con riferimento ai contratti di lavori di importo pari o superiore alle soglie di rilevanza europea, agli altri modi di risoluzione non giurisdizionale delle controversie (accordo bonario ed arbitrato).

Sempre a proposito del Collegio Consultivo Tecnico deve essere segnalata la singolare disposizione transitoria contenuta nell'art. 225-*bis* del codice, introdotto con l'art. 70 del correttivo: tutte le disposizioni riguardanti il CCT (artt. 215-219), ivi comprese quelle riguardanti il trattamento economico (allegato V.2), la cui entrata in vigore coincide con la data di entrata in vigore delle norme transitorie (e quindi al 31 dicembre 2024, data di entrata in vigore del correttivo), trovano applicazione anche nei confronti dei Collegi già costituiti ed operanti alla medesima data, salva una espressa volontà contraria delle parti. Viene così disposta l'applicabilità *ex lege* delle nuove disposizioni sul CCT agli organismi già costituiti, che può tuttavia essere esclusa da una espressa e manifesta volontà delle parti, che rimangono quindi arbitri dell'applicazione delle nuove regole o del perdurare di quelle già contenute nel testo originario del d.lgs. n. 36/2023. La singolarità della scelta è resa ancor più evidente dal fatto che non è previsto alcun termine per le parti per la manifestazione di una volontà che escluda l'applicazione della nuova disciplina, con la conseguente possibilità che ad un lungo periodo di immediata applicazione della norma faccia seguito una successiva fase, in cui, a seguito della espressa volontà delle parti, si ritorni alla regolamentazione prevista dal testo originario del codice.

Le norme transitoria, chiamate ad escludere difficoltà interpretative ed applicative, sembrano contribuire all'aumento dell'incertezza.

È stata, altresì, rivista la *governance* complessiva del sistema degli appalti e potenziato il ruolo della Cabina di regia⁹⁷; tuttavia, la sensazione è che il sistema delineato sia, nel suo insieme, troppo macchinoso e che il potenziamento della Cabina di regia non sia in condizione di assicurare un salto di qualità nel monitoraggio e nella implementazione della riforma. A tal fine è, infatti, necessaria ancor prima di una strumentazione normativa, una autentica cultura delle riforme, fondata sull'analisi delle criticità e delle esperienze virtuose. Il sistema sembra, invece, rimanere ancorato ad una considerazione che privilegia l'approccio normativo-descrittivo su quello pratico e concreto.

Con tutto questo, l'impianto posto in essere costituisce un passo avanti nel difficile settore dei contratti pubblici. Occorre, però, riconoscere che, proprio perché le difficoltà del sistema degli appalti pubblici costituiscono un epifenomeno dei problemi del sistema amministrativo, l'attuazione della nuova disciplina esige un cambiamento profondo del sistema amministrativo generale, della sua organizzazione, della determinazione delle relative responsabilità ed una cultura nuova dello stesso sistema delle imprese, più consapevole del proprio ruolo per la crescita del Paese nel segno delle pari opportunità e di una giustizia sostanziale. La partita del cambiamento è aperta, ma l'esito di essa è obiettivamente incerto.

⁹⁷ A. GIURICKOVIC DATO, *La governance dei contratti pubblici*, in M. MACCHIA (a cura di), *Costruire e acquistare*, cit., p. 35 ss.