

Il Codice dei contratti pubblici: un anno di applicazione

di Luigi Carbone

“Tutte le riforme iniziano ‘dopo’ la loro pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale e si realizzano soltanto se le norme sono effettivamente attuate in concreto.”: la premessa della relazione al Codice dei contratti pubblici (1) lo avvertiva a chiare lettere.

Un anno di applicazione (2) del D.Lgs. 31 marzo 2023, n. 36 costituisce un tempo ragionevole per comprendere se, e come, la riforma stia funzionando. E quella dei contratti pubblici vuol essere una riforma vera, non solo per l’amministrazione ma per l’intero sistema economico; una riforma richiesta dall’Europa anche se non imposta da nuove direttive europee (3). Cinque indicatori aiutano a individuare una risposta.

Il primo indicatore è l’assenza, sinora, di un ampio intervento correttivo

Al codice precedente, pubblicato il 19 aprile 2016, aveva fatto seguito tre mesi dopo l’avviso di rettifica del 15 luglio 2016: una nutrita *errata corrige* che recava non solo la correzione di errori materiali ma anche la soppressione di interi commi. Dodici mesi dopo, è stato approvato un ampio decreto correttivo, il D.Lgs. 19 aprile 2017, n. 56 con 129 (non modifiché, ma) articoli di modifica sui 220 originari.

La stessa considerazione può farsi riguardo alla sostanziale tenuta, sinora, delle norme attuative.

Il decreto legislativo n. 50 del 2016 rinviava a una pluralità di futuri atti esecutivi e, spesso, integrativi della disciplina: dai regolamenti alle linee guida dell’ANAC. In attesa del completamento di quel quadro era rimasto ancora in vigore il d.P.R. n. 207 del 2010, attuativo del codice del 2006 e definitivamente soppresso solo con questa riforma. Col decreto n. 36 del 2023, invece, si è optato per un codice “autoesecutivo”, che reca negli allegati la normativa

di attuazione: completa e tutta delegificabile, secondo le indicazioni fornite dallo stesso codice caso per caso. Anche gli allegati, sinora, non sono stati novellati, nemmeno per ridurne il livello di fonte normativa.

Insomma, il sistema sembra aver metabolizzato meglio che in altri casi la nuova disciplina. Merito, forse, anche di una maggiore conoscenza dell’impianto della riforma, che non è stata pubblicata *out of the blue*: lo schema redatto dal Consiglio di Stato, noto sin dall’autunno del 2022, è stato ampiamente discusso a livello politico, economico e scientifico nel corso del successivo *iter* (da dicembre 2022 a marzo 2023) ed è stato modificato limitatamente fino alla pubblicazione, senza stravolgimenti dell’impianto, preparando gradualmente il sistema.

Ciò non vuol dire, naturalmente, che non sia necessario apportare alcune correzioni (se ne parlerà alla fine).

Il testo, però, ha funzionato per oltre un anno, nel quale non si è avvertita l’esigenza di ampio ripensamento, ma semmai di un “tagliando” fisiologico, anzi doveroso. Non si è verificata l’urgenza di una correzione delle fondamenta, non si è aperta una rincorsa alle modifiche di dettaglio e si può in qualche modo auspicare che le proposte di correzione saranno costruite, nelle settimane a venire, tenendo conto delle problematiche effettivamente emerse nella pratica e non da quell’ansia di “soluzione dei problemi cambiando (solo) le leggi” che sempre più spesso sembra pervadere il legislatore contemporaneo (4). La tenuta di un testo legislativo non basta, da sola, a dimostrare il buon funzionamento di una riforma, ma certo offre un valore aggiunto, quello della certezza del diritto.

(1) Relazione agli articoli e agli allegati dello Schema definitivo del codice dei contratti pubblici, consegnato dal Consiglio di Stato al Governo il 7 dicembre 2022, su https://www.giustizia-amministrativa.it/documents/20142/17550825/3_CODICE+CONTRATTI+RELAZIONE.pdf/d3223534-d548-1fdc-4be4-e9632c641eb8?t=1670936691000, p. 10.

(2) L’art. 229 del codice ha previsto la sua entrata in vigore il 1° aprile 2023 ma, per consentire alle amministrazioni di prepararsi al cambiamento, ha disposto l’acquisto di efficacia delle sue disposizioni alle procedure avviate dal 1° luglio 2023.

(3) Alla riforma del codice dei contratti, nei suoi vari passaggi, erano condizionate alcune rate del PNRR, ma le Dir. UE nn. 23, 24 e 25 del 2014 erano già state recepite dal codice precedente, il D.Lgs. n. 50 del 2016.

(4) La tendenza a correttivi frettolosi e poco istruiti è risalente: si veda già, in relazione al cd. Codice de Lise del 2006, M. Clarich, *Codice dei contratti pubblici: ancora correttivi e modifiche*, in *Corr. giur.*, 2006, 11, 1485 ss.

Lo è per gli operatori economici privati: possono organizzarsi confidando sulle nuove regole, pianificare attività e investimenti economici, ridurre i costi di adattamento che ogni modifica normativa (e ogni nuovo atto attuativo) comporta.

Lo è per le istituzioni pubbliche: lascia alle amministrazioni il tempo di formarsi, di acquisire dimestichezza con il nuovo sistema, di costruire prassi applicative solide; consente ai giudici di lavorare su un testo stabile nella loro attività interpretativa e chiarificatrice, considerando che in un anno si definiscono anche i primi indirizzi del Consiglio di Stato (in Italia il processo sugli appalti ha un rito accelerato).

Il secondo indicatore è quello dell'impatto economico

In attesa di analisi più dettagliate e nonostante qualche titolo allarmistico, la sensazione è che il settore dei contratti pubblici non abbia subito il temuto “*shock* normativo” che vi era stato con il precedente codice, anzi.

Nell'anno anteriore all'entrata in vigore del codice (giugno 2022-giugno 2023), sono state perfezionate 291.151 gare sopra i 40.000 euro, per un valore di 324,23 miliardi. Un numero eccezionale, che l'ANAC ha definito una “*bolla straordinaria gonfiata* ... dal boom dei bandi PNRR e dalla corsa a svuotare i cassetti che le stazioni appaltanti hanno intrapreso in vista dell'arrivo delle nuove regole” (5).

L'anno successivo, il primo di vigenza del codice - pur con le molteplici difficoltà legate all'avvio della digitalizzazione al 1° gennaio - registra una flessione limitata, con 263.492 gare (9,8% in meno), per un valore di 220,533 miliardi (32% in meno): più gare comunque di quelle dell'anno precedente al boom, il 2021-2022, con un valore complessivo quasi uguale (243.872 gare, per 227,27 miliardi).

Peraltro, va ricordato che le regole delle gare PNRR, comprese quelle della “*bolla straordinaria gonfiata*”, sono anch'esse il frutto di una disciplina nuova: quella dei D.L. n. 76 del 2020 e D.L. n. 77 del 2021, in gran parte recepita e messa a regime dal nuovo codice (su questo c'era una precisa richiesta della Commissione UE).

Il problema semmai stavolta, più che nelle norme, sembra risiedere nella congiuntura economica e nella capacità realizzativa. Secondo il Cresme (6), le opere pubbliche hanno visto aggiudicati 50 miliardi di

lavori nel 2021, 59 nel 2022 e 91 nel 2023: numeri eccezionali rispetto ai 15 miliardi di lavori all'anno aggiudicati mediamente dal 2012 al 2019. La partita è certamente realizzativa, dato che la metà delle aggiudicazioni del 2023 e un terzo di quelle del 2022 ha a che fare con il PNRR e si dovrebbero chiudere entro il 2026 (o 2027 se ci sarà la proroga). Il Cresme si focalizza poi sul contenzioso, che considera “uno dei temi dei prossimi due tre anni”: l'incertezza è sulle dimensioni che potrà raggiungere, sia sul piano degli incentivi sia nelle opere pubbliche. Non a caso, è sul contenzioso che ci si soffermerà tra poco, come terzo indicatore dell'analisi.

In conclusione su questo punto, si può affermare che, nonostante la “*bolla straordinaria*”, i “*cassetti svuotati*” e le fisiologiche difficoltà di prima applicazione (oltre a quelle aggiuntive della digitalizzazione), le amministrazioni sembrano aver continuato a bandire gare e a stipulare contratti con una certa continuità, a conferma del fatto che le nuove norme sembrano essere state comprese, metabolizzate e messe in atto in tempi ragionevolmente accettabili.

Un impatto soddisfacente, rispetto alla finalità “non giuridica” per la quale il codice costituiva un impegno PNRR. I contratti pubblici si realizzano con le risorse che ci sono e secondo le necessità che si presentano: le nuove norme sugli appalti non hanno la capacità di moltiplicare i fondi, ma devono far sì che essi siano spesi in modo trasparente, efficace e senza ritardi.

Il terzo indicatore emerge dal contenzioso e dalla giurisprudenza

La giurisprudenza ha un ruolo importante, per il funzionamento di una riforma.

Se la normativa è strutturalmente debole, di cattiva qualità, la giurisprudenza può evidenziare le incertezze normative e anche aggravarle, innescando nell'amministrazione un senso di incertezza e di paura. Se la normativa è solida, se ha un'impalcatura coerente, una *ratio* comprensibile e disposizioni chiare, la giurisprudenza può rafforzare le certezze, sciogliere i dubbi applicativi con l'interpretazione e, quindi, spingere verso una più convinta attuazione non solo delle norme ma anche dello spirito della riforma (un effetto analogo è stato riconosciuto alle decisioni e ai pareri del Consiglio di Stato dei primi anni '90 sulla L. n. 241/1990).

La giurisprudenza sul primo anno di applicazione del codice fornisce una serie di indicazioni.

(5) Allo stato, si fa riferimento ai più recenti dati ANAC, anticipati dal *Sole 24 Ore* del 6 luglio 2024.

(6) https://www.cresme.it/wp-content/uploads/2024/06/XXXVI_promo.pdf.

La prima è la tendenziale riduzione del contenzioso tradizionale che aveva afflitto il precedente codice. Alcuni esempi appaiono significativi: i motivi di esclusione, il cui impianto complessivo è stato riveduto e ricostruito in un quadro più articolato costituito dagli artt. 94-98, D.Lgs. n. 36/2023, la disciplina organica degli appalti sotto la soglia di rilevanza europea, il *dies a quo* per l'impugnazione degli esiti della procedura (il noto tema della dilazione temporale), la portata dei vincoli di partecipazione e aggiudicazione in caso di suddivisione in lotti, la struttura e il funzionamento dei raggruppamenti di imprese, il nodo della ribassabilità dei costi della manodopera, gli spazi del soccorso istruttorio, gli ambiti dell'avvalimento, i limiti al subappalto, il ruolo dell'appalto integrato.

Tutti temi su cui in passato sono affiorate criticità giurisprudenziali e su cui ora sembrano giungere segnali percepibili di un apporto chiarificatore.

Certo, non è affatto escluso che emergeranno alcuni punti dolenti e il correttivo dovrebbe concentrarsi prevalentemente su quelli (penso ad esempio al nuovo art. 67 e alle problematiche della sua stesura definitiva, o all'equo compenso, già oggetto di pronunce meritevoli di approfondimento), ma al momento sembra che le precedenti criticità strutturali non si siano riproposte con la nuova disciplina. Altre indicazioni vengono dalle pronunce sui principi del codice, che sono stati probabilmente l'argomento più affrontato dalla dottrina del primo anno, soprattutto i primi due: quello del risultato e quello della fiducia (7). I giudici amministrativi sembrano apprezzare molto (forse persino troppo) questi principi, li richiamano sovente, li "maneggiano" nelle loro decisioni.

Il principio del risultato viene investito di valenza retroattiva, viene considerato un valore "immanente al sistema della cd. amministrazione di risultato" (8), un "supporto interpretativo idoneo a risolvere controversie inerenti il d.lgs. 50/2016" (9).

La sua portata espansiva vale non solo nel tempo, ma anche nelle materie, quale "criterio orientativo" per le "procedure a evidenza pubblica non rette dal codice dei contratti", "cui ricorrere per risolvere i casi di contrasto tra il 'dato formale' del pedissequo rispetto del bando e il 'dato sostanziale' della idoneità delle partecipazioni dell'operatore economico" (10).

Spesso, i principi del risultato e della fiducia sono collegati (11), risultano "avvinti inestricabilmente", poiché si ritiene che il principio della fiducia ampli i poteri valutativi e la discrezionalità della P.A. in chiave di funzionalizzazione verso il miglior risultato possibile (12).

Interessante anche come il Consiglio di Stato saluti l'introduzione del principio del risultato come un ulteriore elemento di bilanciamento nell'applicazione dei principi dei Trattati europei (soprattutto proporzionalità, concorrenza e, appunto, risultato), ribadendo che "risultato non significa disapplicare i principi dei trattati, ma semplicemente bilanciarli diversamente in fattispecie di minore impatto concorrenziale", dato che "l'attuazione massima di tutti i principi dei trattati coinvolti è solitamente impedita dal fatto che essi sono spesso incompatibili tra loro" (13).

I giudici amministrativi, insomma, sembrano recepire positivamente il cambio di paradigma e prestare una maggiore attenzione al risultato rispetto al processo, agli aspetti sostanziali rispetto a quelli formali. Ma ciò avviene, fortunatamente, senza scardinare il sistema, escludendo interpretazioni che portino il risultato *tout court* a prevalere su ogni altro aspetto, anzi ribadendo sempre che il risultato trova quale limite esterno il rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza. Ad esempio, se la stazione appaltante si è autovincolata con l'indicazione di specifici requisiti tecnici dell'offerta, il principio del risultato non è invocabile per giustificare la scelta di un'offerta economica che, pur se conveniente, non vi corrisponde (14). Analogamente, pur se i principi di risultato, fiducia e accesso al mercato "indubbiamente portano a circoscrivere le esclusioni dalla procedura", essi non consentono di superare il divieto di modificazione del contenuto dell'offerta, di cui il costo della manodopera costituisce parte integrante (15).

Una menzione particolare merita una coppia di decisioni della III sezione del Consiglio di Stato, che sembra invocare il principio del risultato per spingersi verso un sindacato più penetrante delle scelte di merito dell'amministrazione (e infatti, in tali due casi, il "risultato" viene in rilievo non per confermare i provvedimenti impugnati, ma per annullarli). Ma questo avviene entro limiti che appaiono ancora

(7) Si veda, per tutti, G. Napolitano, *Il nuovo codice dei contratti pubblici: i principi generali*, in questa *Rivista*, 2023, 3, 287 ss.

(8) Cons. Stato, Sez. III, 15 novembre 2023, n. 9812; Cons. Stato, Sez. III, 26 marzo 2024, n. 2866.

(9) Cons. Stato, Sez. V, 9 giugno 2023, n. 5665; Cons. Stato, Sez. V, 27 febbraio 2024, n. 1924.

(10) Cons. Stato, Sez. VI, 4 giugno 2024, n. 4996.

(11) T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. III, 12 dicembre 2023, n. 3738.

(12) Cons. Stato, Sez. V, 27 febbraio 2024, n. 1924.

(13) Cons. Stato, Sez. IV, 20 aprile 2023, n. 4014.

(14) T.A.R. Emilia Romagna, Parma, 29 aprile 2024, n. 98.

(15) T.A.R. Veneto, Sez. I, 9 febbraio 2024, n. 230.

coerenti con le coordinate sinora tracciate. Nella prima decisione (16), il giudice annulla l'aggiudicazione perché fa suo il risultato auspicato dall'amministrazione in sede di bando e poi dalla stessa contraddetto in sede di scelta del contraente. Nel secondo caso (17), il giudice osserva che l'obbligo di inserimento delle specifiche tecniche e delle clausole contenute nei Criteri Ambientali Minimi (CAM) - imposto dall'art. 57, comma 2, del codice - non può essere soddisfatto da un mero rinvio del bando ai decreti sui CAM (come invece aveva ritenuto il T. A.R., invocando il principio del risultato (18)): difatti, questo richiamo generico richiede una successiva integrazione "tale da incrementare il tasso di complicazione e di incertezza del contenuto degli obblighi negoziali", con effetti opposti a quelli voluti dal principio del risultato.

Un'ulteriore serie di indicazioni viene dalle sentenze che hanno affrontato alcuni specifici istituti del nuovo codice con un approccio sistemico di ampio respiro, fornendo chiarimenti e indicazioni sulla nuova disciplina. In questi casi la giurisprudenza ha fornito l'interpretazione che le appariva più chiara, efficace, in linea col disegno complessivo del codice.

Si segnalano solo alcune decisioni, senza alcuna pretesa di completezza, che hanno affrontato in questi primi mesi: la questione del *dies a quo* dell'impugnazione, prima controversa e ora auspicabilmente risolta con la nuova disciplina dell'accesso digitale agli atti (art. 36) (19); il ricorrente tema del divieto di ribasso dei costi della manodopera e dell'interpretazione dell'art. 41, comma 14 (20); la disciplina della rotazione degli inviti negli affidamenti sottosoglia (art. 49) (21) e la conferma che la procedimentalizzazione dell'affidamento diretto non lo trasforma in una procedura di gara (art. 50) (22); la soluzione di un'antinomia nell'esclusione automatica offerte anormale nel sottosoglia (art. 54) (23); la suddivisione in lotti (art. 58) (24); la giurisdizione esclusiva del g.a. in materia di revisione prezzi (art. 60) (25); il grave illecito professionale (art. 98) (26); il soccorso istruttorio (art. 101) (27); l'avvalimento (art. 104) (28).

Va infine menzionata la recentissima sentenza della Corte costituzionale (29) che ha ritenuto infondata la questione di costituzionalità della temporanea esclusione della responsabilità erariale per colpa grave evidenziando, però, la necessità che il regime ordinario non potrà limitarla al solo dolo (e auspicando comunque una riforma complessiva).

La sentenza, nel segnalare "il passaggio da un'amministrazione che ... doveva dare semplicemente esecuzione alla legge ... a quella che è stata definita 'amministrazione di risultato'" e nell'affermare che tale passaggio induce a cercare modelli di "equilibrio tra i pericoli di *overdeterrence* e *underdeterrence*", menziona ampiamente anche il codice dei contratti: sia come "particolarmente emblematico" della "scelta a favore di un'amministrazione di risultato", sia segnalando la novità della sua disciplina che "ha ridotto la quota del rischio a carico del dipendente pubblico", "coerentemente con la valorizzazione del principio del risultato e di quello della fiducia, e a riprova della stretta correlazione che esiste tra modello di amministrazione pubblica e regime della responsabilità amministrativa".

In conclusione, nel complesso la giurisprudenza sembra essersi posta in sintonia con la riforma, valorizzando gli aspetti di semplificazione e innovazione e scegliendo nei casi più dubbi, per dirla con Ascarelli, l'approccio interpretativo di Porzia rispetto a quello conflittuale di Antigone (30).

Il quarto indicatore riguarda l'implementazione amministrativa

Forse è quello con più chiaroscuri.

La relazione allo schema del Consiglio di Stato aveva avvertito che c'erano tre condizioni essenziali "non legislative", indispensabili per il buon funzionamento della riforma: formazione; riqualificazione; digitalizzazione.

La formazione ha vissuto una intensa e proficua attività, negli scorsi mesi, forse anche grazie agli istituti privati più che a una organica strategia pubblica (il che potrebbe indurre a ripensare alla limitazione, operata dall'art. 63, comma 10, alle sole

(16) Cons. Stato, Sez. III, 26 marzo 2024, n. 2866.

(17) Cons. Stato, Sez. III, 27 maggio 2024, n. 4701.

(18) T.A.R. Campania, Napoli, 15 gennaio 2024, n. 377.

(19) T.A.R. Puglia, Bari, Sez. II, 1° dicembre 2023, n. 1388; T.A.R. Lazio, Sez. IV, 3 luglio 2024, n. 13225.

(20) Cons. Stato, Sez. V, 9 giugno 2023, n. 5665; T.A.R. Toscana, 29 gennaio 2024, n. 120; T.A.R. Veneto, 21 giugno 2024, n. 1560.

(21) Cons. Stato, Sez. V, 12 febbraio 2024, n. 1385.

(22) Cons. Stato, Sez. V, 15 gennaio 2024, n. 503.

(23) T.A.R. Piemonte, Sez. I, 15 maggio 2024, n. 514.

(24) Cons. Stato, Sez. V, 1° settembre 2023, n. 8127; T.A.R. Veneto, Sez. III, 7 marzo 2024, n. 419.

(25) Cons. Stato, Sez. V, 2 febbraio 2024, n. 1069.

(26) Cons. Stato, Sez. V, 23 febbraio 2024, n. 1804; T.A.R. Sardegna, 11 marzo 2024, n. 204.

(27) Cons. Stato, Sez. V, 21 agosto 2023, n. 7870 e Cons. Stato, Sez. V, 12 febbraio 2024, n. 1372.

(28) T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 26 ottobre 2023, n. 782.

(29) Corte cost. 16 luglio 2024, n. 132.

(30) T. Ascarelli, *Antigone e Porzia*, in *Problemi giuridici*, Milano, 1959, I, 3 ss.

istituzioni “senza finalità di lucro” ai fini dell’accreditamento per la formazione).

La qualificazione delle stazioni appaltanti sta procedendo con difficoltà minori di quelle emerse nella scelta dei criteri, anche se non è a pieno regime e manca ancora, ad esempio, quella sull’esecuzione.

La digitalizzazione ha vissuto il coraggio della duplice scelta di digitalizzare tutto il ciclo di vita del contratto per tutti i tipi di procedure e di non rinviare oltre il 1° gennaio 2024 la sua effettiva entrata in vigore. Sono note le problematiche, anche gravi, che si sono verificate all’inizio dell’anno 2024 per la difficoltà di acquisire il CIG attraverso le piattaforme certificate. Ulteriori, rilevanti disfunzioni sembrano verificarsi nei settori speciali, con progetti di grande valore economico: il codice vi dedica una disciplina *ad hoc*, quella del Libro III (che attua in modo autonomo la Dir. UE n. 25 del 2014), eppure la progettazione del sistema di digitalizzazione non pare averne tenuto conto.

La strada, però, è questa e non ha alternative. C’è solo da auspicare che si possa percorrere rapidamente, con una interoperabilità sempre più fluida delle banche dati e con una completa messa in opera del fascicolo virtuale dell’operatore economico; nelle more, le stazioni appaltanti acquisiranno sempre di più familiarità con le procedure digitali.

Un quarto aspetto, invece, risulta particolarmente carente: quello del monitoraggio dell’attuazione, che spettava alla cabina di regia di cui all’art. 221. Tale struttura avrebbe dovuto essere la sede istituzionale per il coordinamento nell’attuazione del codice, per l’analisi delle proposte di modifica legislativa e regolamentare, per l’indirizzo delle stazioni appaltanti, per la condivisione delle informazioni e per la diffusione della conoscenza delle *best* ma anche delle *worst practices*.

Soprattutto, la Cabina di regia avrebbe dovuto istituire (art. 221, comma 3) uno “sportello unico di supporto tecnico (*help desk*)”, per effettuare un’attività di monitoraggio dell’applicazione del codice, sostenendone l’attuazione e individuandone eventuali criticità. Non risulta neppure che sia stata presentata la relazione prevista entro il settimo e il tredicesimo mese a decorrere dalla data in cui il codice acquista efficacia, che avrebbe dovuto suggerire interventi correttivi sul piano normativo e

amministrativo e raccomandare le migliori pratiche organizzative e attuative.

Peccato, perché l’attenzione all’attuazione è importante quanto (e forse più) della preparazione del correttivo. Il Consiglio di Stato (31) ha più volte ammonito sulla necessità di un monitoraggio delle riforme amministrative, capace di registrarne *ex post* gli effetti concreti e di raccogliere le reazioni di cittadini e operatori economici. La verifica di impatto *ex post* è forse lo strumento attualmente più studiato nelle sedi internazionali ed è quello tradizionalmente più carente (nel nostro sistema, ma non solo), pur essendo uno dei più efficaci per un successo effettivo delle riforme.

Il quinto indicatore concerne il ruolo e l’attività dell’ANAC

L’Autorità ha accompagnato il processo di evoluzione legislativa, fornendo il proprio apporto al Consiglio di Stato per la stesura del nuovo codice e collaborando con tutti gli organi istituzionali preposti alla realizzazione del complesso disegno riformatore.

Ha adottato i principali provvedimenti attuativi previsti dal D.Lgs. n. 36/2023; particolarmente apprezzabile il Bando tipo n. 1-2023 (32), soprattutto per il supporto all’individuazione del CCNL di riferimento da indicare nei bandi gara e alle valutazioni da effettuare nel caso in cui i concorrenti applichino un contratto diverso, ma con le medesime tutele. La ricostruzione degli istituti, nel par. 7 del Bando tipo n. 1, può risolvere, per le stazioni appaltanti avvedute, molte incertezze su un’architettura molto delicata, voluta sin dalla delega, che potrebbe costituire un importante passo avanti a tutela dei lavoratori, se attuata nei modi *ivi* indicati.

Più impegnativa è la sfida della digitalizzazione, in cui pure l’ANAC ha dimostrato impegno nel contribuire sia a livello giuridico, attraverso la regolamentazione dell’ecosistema digitale, per i profili di competenza, sia sul piano tecnico, con la realizzazione delle infrastrutture e l’implementazione di banche dati e piattaforme, alcune delle quali, già esistenti e potenziate. Ma, come si è detto, tanto resta da fare, pur se il percorso deve essere considerato irreversibile.

(31) A partire dal parere del Consiglio di Stato, Sezione Consultiva per gli Atti Normativi, n. 515 del 24 febbraio 2016, sul c.d. “decreto trasparenza”. Sul punto, con ampi riferimenti bibliografici e giurisprudenziali, cfr. G. Napolitano, *Consiglio di Stato e qualità della regolazione tra pandemia e PNRR*, in questa *Rivista*, 2022, 2, 153 ss.

(32) Bando tipo n. 1 - 2023, approvato con la Delibera n. 309 del 27 giugno 2023, avente ad oggetto “Procedura aperta per l’affidamento di contratti pubblici di servizi e forniture nei settori ordinari di importo superiore alle soglie europee con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo”.

Va anche implementato, come riconosce la stessa Autorità, lo sforzo nell'attività di supporto e formazione per rivedere i processi interni delle stazioni appaltanti, per adeguarli alle nuove modalità di gestione digitale della totalità delle attività del ciclo di vita dei contratti pubblici.

Resta infine da capire, in via più generale, se l'ANAC riuscirà a compiere fino in fondo, anche sotto il profilo culturale, l'evoluzione che il codice (troppo timidamente, ad avviso di alcuni) le ha richiesto: essere percepita dalle stazioni appaltanti come un'istituzione di supporto e di guida prima ancora che di controllo, passare dal ruolo di regolatore (talvolta esercitato introducendo vincoli e adempimenti ulteriori) a quello di *player* propositivo e di sostegno alle amministrazioni, in ossequio ai principi del risultato e della fiducia e alla nuova natura di un codice che è, soprattutto, un codice della committenza.

Non si può concludere senza aver affrontato anche il tema del correttivo

Il codice era certamente perfettibile già un anno fa: non va dimenticato che lo schema di base è stato scritto in soli tre mesi e mezzo dalla Commissione speciale del Consiglio di Stato (33).

Il codice è certamente da mettere a punto un anno dopo, perché va adattato alle esigenze applicative che insorgono lungo il percorso di navigazione e alle segnalazioni della giurisprudenza.

Un correttivo è dunque necessario, come si è detto all'inizio.

Ma è stato un bene, come pure si è detto, che il testo originario abbia potuto reggere per oltre un anno.

Per due ragioni.

La prima ragione è di tipo giuridico sistematico. Se si lascia alla giurisprudenza il tempo di consolidare indirizzi interpretativi che vanno nel senso della chiarezza e della certezza, si evita di dover provvedere, allo stesso scopo, con le novelle legislative. Con il duplice vantaggio di evitare un nuovo costo di adattamento e, soprattutto, la valenza *ex nunc* delle nuove norme (a meno di non voler ricorrere a norme interpretative). Insomma, è sempre preferibile intervenire

su disposizioni che richiedono una modifica del contenuto, e non una mera chiarificazione del testo, per la quale ci sono altri strumenti, più agili e soprattutto più efficaci.

La seconda ragione è di tipo pratico e funzionale. Attendere un tempo ragionevole (specie se il testo originario tiene e non ha squilibri strutturali) è utile per verificare, come si è detto, le problematiche del percorso di navigazione, per individuare i meccanismi che non funzionano e per capire bene dove intervenire, selezionando le sole modifiche veramente necessarie. Per questa verifica, in realtà, esiste uno strumento apposito: la VIR - Verifica di impatto della regolamentazione, più volte sollecitata dal Consiglio di Stato in sede di parere su decreti correttivi (34). Anche senza ricorrere formalmente a una VIR, si possono comunque seguire le stesse tecniche: ascoltare gli *stakeholder* è molto utile (il Ministero ha aperto un tavolo apposito, nel giugno scorso), ma la consultazione delle parti interessata va poi tarata, incrociandola con i dati economici e giurisprudenziali, e soprattutto con il monitoraggio sul campo.

Quanto ai punti di intervento, ferma restando la necessità di continuare a lavorare sulla digitalizzazione, si sono già menzionati prima i temi dei consorzi, dell'equo compenso, della qualificazione per l'esecuzione. La pratica ha fatto emergere necessità di chiarimenti, o di integrazione a livello regolamentare, anche su altri temi come l'attuazione della revisione prezzi, l'esecuzione e il *project financing* (in cui alla fine prevalse la conservazione della prelazione, che oggi appare meno sostenibile). Interventi non banali, ma neppure stravolgenti.

Un metodo utile può essere quello di agire anche sugli allegati. Il Governo ha finora preferito non delegificarli, per conservare l'effetto complessivo di tenuta della disciplina. Una scelta interessante, che potrebbe oggi consentire al correttivo di intervenire anche sui testi connessi, senza dover sempre novellare quello del codice.

Non sembra, invece, in discussione l'impianto generale e, soprattutto, la scelta (inizialmente non sempre condivisa) di legiferare per principi. Quelli del risultato e della fiducia - ma anche, ad esempio, della

(33) È stato rilevato come il tempo concesso al Consiglio di Stato per scrivere il nuovo codice sia stato appena un quarto di quello impiegato per scrivere la delega. La L. 21 giugno del 2022, n. 78 - approvata dopo un anno di lavori parlamentari - aveva previsto la possibilità di affidare la redazione dello schema al Consiglio di Stato all'art. 1, comma 4. La richiesta del Presidente del Consiglio dei Ministri, del 30 giugno 2022, fissava la consegna già al successivo 20 ottobre, per l'urgenza delle scadenze del PNRR. La Commissione speciale istituita dal presidente del

Consiglio di Stato Frattini il 4 luglio ha consegnato lo schema esattamente dopo tre mesi e 16 giorni.

(34) Per tutti, cfr. Cons. Stato, Comm. Spec., parere n. 638 reso dall'adunanza dell'8 marzo 2017 sul decreto correttivo del T.U. in materia di società a partecipazione pubblica, punto 2; Cons. Stato, Comm. Spec., parere n. 782, reso dall'adunanza del 22 marzo 2017 sul decreto correttivo del codice dei contratti pubblici n. 50 del 2016.

buona fede, dell'auto-organizzazione o della conservazione dell'equilibrio contrattuale - sembrano costituire un punto fermo che può ispirare anche i futuri interventi correttivi. Ciò conferma che legiferare per principi e non (solo) per norme puntuali evita discipline alluvionali, riduce lo "smarrimento" degli operatori, pubblici e privati, favorisce una "interiorizzazione" graduale delle innovazioni introdotte e una cultura della manutenzione delle norme.

Dal quadro tracciato emergono indicazioni di merito e di metodo

Nel merito, un anno dopo, emerge un codice perfetto, non privo di rischi e di resistenze applicative, come tutto ciò che innova; un codice che però sembra essere stato in grado di funzionare senza richiedere modifiche urgenti, senza provocare *shock* normativi, consentendo alle amministrazioni di lavorare e alla giurisprudenza di svolgere il suo ruolo, pur con alcune debolezze in fase attuativa proprie del nostro sistema. Un codice che ha provato a semplificare, trasformando alcuni adempimenti onerosi in maggiore trasparenza e digitalizzazione, ma che ha anche rafforzato alcuni presidi di tutela dei lavoratori. Un codice che, comunque, ha innescato un cambio di paradigma dal quale sembra difficile tornare subito indietro, ma che anzi viene richiamato per altri settori.

Nel metodo, un anno dopo, sembra avere avuto effetti positivi la scelta di affidarsi inizialmente - per la complessa materia dei contratti pubblici - al Consiglio di Stato, per una confezione del testo più "tecnica"; che considerasse i profili non giuridici (grazie alla presenza di economisti e ingegneri nella Commissione speciale); che fosse attenta però anche (e non è una contraddizione) alle patologie segnalate dal contenzioso; che considerasse le istanze delle parti sociali (che sono state consultate e hanno inviato i

loro contributi); che curasse, per quanto possibile nel tempo dato, la chiarezza sistematica e linguistica (la presenza di un accademico della Crusca in Commissione è stata un'ulteriore innovazione).

Questo metodo ha consentito alla politica di lavorare su una base più solida, che proponeva scelte più neutre, meditate, meno sensibili a esigenze mediatiche, predisposta - *last but not least* - in tempi assolutamente rapidi. A dimostrazione che a volte, per interventi rilevanti, possono funzionare anche strumenti normativi diversi da quello ormai ordinario del decreto legge, e che si può anche pensare di iniziare a superare una lunga fase di "legislazione di necessità". Il ricorso al ruolo consultivo del Consiglio di Stato per redigere un primo schema di normative complesse, che richiedono autonomia, tecnicità e rapidità, sembra dunque aver dato buona prova di sé e potrebbe essere riconsiderato anche per il futuro.

"In altri termini, si potrebbe profilare un'evoluzione del modello da tempo presente all'art. 14, n. 2), del R. D. 26 giugno 1924, n. 1054, che già consente al Consiglio di svolgere, per conto del Governo, funzioni di prima redazione di schemi di atti normativi, e che potrebbe oggi essere utilizzato - come già accaduto in passato - per una redazione di progetti di riforma, di riordino o di semplificazione, nonché della loro attuazione".

Lo affermava, in tempi non sospetti, il già citato parere n. 515 del 2016, sul c.d. Decreto Trasparenza, che inaugurò la storica stagione di pareri del Consiglio di Stato sulla c.d. Legge Madia (35).

È significativo che il presidente di quell'adunanza fosse colui che sei anni dopo, come presidente del Consiglio di Stato, più ha contribuito a costruire il percorso che ha portato allo schema del nuovo codice, condividendo e sostenendo ogni passaggio della Commissione speciale, anche i più innovativi: il presidente Franco Frattini.

(35) Sul punto, cfr. L. Torchia, *Funzione consultiva e funzione normativa: il Consiglio di Stato e le riforme*, in questa *Rivista*, 2016, 3, 285; ci si consenta inoltre, per una dettagliata descrizione di

quella esperienza, il rinvio a L. Carbone, *I pareri del Consiglio di Stato*, in *La riforma della pubblica amministrazione*, a cura di B. Mattarella - E. D'Alterio, Milano, 2017.