

della P.A., che richiede necessariamente l'utilizzo di strumenti più elastici; dall'altro, della mancanza, nei contratti, dei caratteri tipici dei provvedimenti, quali l'autoritatività e l'imperatività.

Il riconoscimento dell'autonomia negoziale della P.A. incontra, peraltro, i **limiti derivanti dalla soggettività pubblica** della stessa: l'attività contrattuale dell'Amministrazione, pertanto, non soggiace solo, al pari di ogni altro soggetto di diritto, al vaglio della meritevolezza degli interessi ex art. 1322 c.c., ma anche al vincolo finalistico proprio dell'azione amministrativa. Il potere di autonomia privata della P.A. deve, infatti, sempre e comunque esplicitarsi nel rispetto dei principi costituzionali di legalità, imparzialità e di buon andamento (art. 97 Cost.), nonché dei principi normativi che governano l'azione amministrativa. Si tratta, pertanto, di una autonomia negoziale limitata e funzionale, in quanto i fini dell'agire sono sempre e necessariamente predeterminati dalla legge e indisponibili al soggetto amministratore (**Cons. Stato, Ad. Plen., 3 giugno 2011, n. 10**).

Tale principio è stato definitivamente accolto anche nell'ambito del settore dei contratti pubblici, ex art. 32, comma 2, del previgente D.Lgs. 19 aprile 2016, n. 50 e attuale **art. 8, D.Lgs. 36/2023**.

3. Il nuovo Codice dei contratti pubblici (D.Lgs. 31 marzo 2023, n. 36), come modificato dal correttivo di cui al D.Lgs. 31 dicembre 2024, n. 209

Con **legge delega del 21 giugno 2022, n. 78** (innestata su un pregresso **disegno di legge del luglio 2021**), pubblicata in Gazzetta Ufficiale del 24 giugno 2022, n. 146, il Parlamento ha emanato la *"Delega al Governo in materia di contratti pubblici"*.

La legge delega n. 78 ha, dunque, conferito al Governo delega ad adottare uno o più decreti legislativi relativi alla disciplina dei contratti pubblici; il tutto in tempi molto ristretti: se infatti il Parlamento ha impiegato un anno di tempo a emanare la legge delega (dal precedente disegno di legge del luglio 2021), non gli stessi tempi sono stati dati al Governo, il quale si è visto assegnare un compito senz'altro complesso da eseguire entro 6 mesi (a partire dalla data di entrata in vigore della legge, il 9 luglio 2022).

La Legge delega, detta "a maglie larghe", tenuto conto della genericità degli obiettivi prefissati, ha avuto quale finalità quella di **razionalizzare e semplificare la complessa normativa in materia di appalti pubblici, al fine di rendere più semplice la partecipazione alle gare d'appalto da parte degli operatori economici nonché di ridurre gli eventuali margini per l'instaurazione di contenziosi amministrativi che potrebbero rallentare, di fatto, l'avvio di importanti progetti infrastrutturali del Paese**.

Ulteriori misure hanno riguardato le competenze dell'ANAC, le stazioni appaltanti, la revisione dei prezzi, la riduzione dei tempi; si è disposto, inoltre, di semplificare le procedure finalizzate alla realizzazione di investimenti in tecnologie verdi, digitali e sviluppo sostenibile e di inserire specifiche clausole sociali volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato.

Nel perseguimento dei predetti fini, l'art. 1, comma 4, della legge delega n. 78 ha previsto la facoltà per il Governo di affidare al Consiglio di Stato la redazione dei progetti dei decreti legislativi attuativi della delega. È così che in data 28 giugno 2022, il Presidente del Consiglio dei Ministri ha affidato al Consiglio di Stato il compito di formulare il progetto di decreto legislativo. Con **D.P.C.M. 4 luglio 2022, n. 236** è stata istituita la **Commissione incaricata di redigere il "progetto del decreto legislativo recante la disciplina dei contratti pubblici"**, composta da magistrati amministrativi, avvocati ed esperti (economisti, ingegneri, informatici, linguisti ed esperti di *drafting* linguistico e legislativo).

I ristretti tempi dati al Governo – e alla conseguente Commissione speciale formata per la redazione del nuovo Codice – sono stati pienamente rispettati: è così che il **20 ottobre 2022** è stato consegnato il **Progetto preliminare al Codice** che, a seguito di attenta interlocuzione con il nuovo Governo, nel tanto insediatosi, si è trasformato in **Progetto definitivo** in data **7 dicembre 2022**. Successivamente, anche la **Conferenza unificata europea ha adottato pareri** in merito al nuovo progetto codicistico che è stato definitivamente adottato con **D.Lgs. 31 marzo 2023, n. 36**.

Il nuovo Codice è **entrato in vigore il 1° aprile 2023**, sebbene le **sue disposizioni** – come previsto dall'art. 229 – **hanno acquisito efficacia dal 1° luglio 2023**. È stato previsto, inoltre, un **periodo transitorio fino al 31 dicembre 2023**, con estensione della vigenza di alcune disposizioni del precedente codice, del *Decreto Semplificazioni* (D.L. 76/2020) e del *Decreto Semplificazioni-bis* (D.L. 77/2021).

Per completezza va rilevato che in data 13 aprile 2023 è stata pubblicata un'ulteriore versione del nuovo Codice Appalti (D.Lgs. 36/2023), il cui testo, invero, non differisce dal precedente se non per la presenza delle note poste alla fine del documento, che partono dai contenuti della legge delega e forniscono indicazioni ulteriori su specifici articoli. Nel nuovo testo, inoltre, non sono presenti gli allegati completi, ma solo l'elenco di questi.

Il Codice è stato da ultimo "rivisitato" ad opera del **D.Lgs. 31 dicembre 2024, n. 209**, recante: «**Disposizioni integrative e correttive al codice dei contratti pubblici, di cui al D.Lgs. 31 marzo 2023, n. 36**».

Trascorso un anno e mezzo dalla entrata in vigore e dall'acquisto di efficacia delle disposizioni del Codice (art. 229, commi 1 e 2), il Governo ha, infatti, ritenuto di avvalersi della facoltà concessa dal comma 4 dell'art. 1 della citata delega legge 21 giugno 2022, n. 78, in virtù della quale il Governo, entro due anni dalla data di entrata in vigore del D.Lgs. 36/2023, è autorizzato ad apportare al medesimo decreto le **correzioni e integrazioni che l'applicazione pratica ha reso medio tempore necessarie od opportune, nel rispetto dei medesimi principi e criteri direttivi contenuti nella delega**.

Il decreto correttivo è, dunque, *in primis*, uno **strumento di ulteriore razionalizzazione e semplificazione della disciplina recata dal vigente codice dei contratti pubblici**, che tiene conto delle principali esigenze rappresentate dagli *stakeholders* del settore, nonché delle richieste, presentate in sede europea, di modifica e integrazione di taluni istituti giuridici introdotti, al fine di

scongiurare sia l'avvio di nuove procedure di infrazione da parte della Commissione europea sia di risolvere quelle eventualmente già in essere.

A ciò si aggiunga che il correttivo ha inteso **recepire le principali affermazioni giurisprudenziali formatisi all'indomani dell'acquisto di efficacia del vigente codice** – assicurando, in tal modo, una uniforme applicazione di tali principi –, soprattutto relativamente ad alcune aree tematiche ed applicative particolarmente rilevanti, quali ad esempio, la **“revisione prezzi”, il concetto di “equivalenza” riferito alle tutele in materia di contratti collettivi nazionali di lavoro, il principio dell'equo compenso**, così come operante nell'ambito degli affidamenti dei servizi di ingegneria e architettura.

Il correttivo ha, altresì, interessato ulteriori aspetti del Codice, quali: la digitalizzazione dei contratti pubblici e BIM; la tutela della micro, piccole e medie imprese (MPMIP); la qualificazione delle stazioni appaltanti; l'uso delle attestazioni SOA nei subappalti: la nomina esterna del RUP; gli incentivi tecnici anche per dirigenti e servizi di rilevanza; la tempistica delle procedure di appalto e di concessione; gli affidamenti diretti e la deroga al principio di rotazione; le garanzie a corredo dell'offerta; gli accordi quadro; il silenzio-assenso nella verifica dei requisiti; i requisiti partecipazione per servizi di architettura e ingegneria.

In tale ottica, le nuove previsioni introdotte, intervenendo peraltro su criticità sollevate dalla stessa Autorità nazionale anticorruzione (ANAC), hanno tenuto in considerazione i primi orientamenti della giurisprudenza civile e amministrativa formatisi in materia, consentendo così il formarsi e l'avvio di virtuose e via via consolidate prassi operative.

Le modifiche e le integrazioni in esso contenute (con l'innesto di un **nuovo allegato II.2bis**) sono comunque mirate a perfezionare l'impianto normativo del Codice, **senza volerne stravolgere lo spirito e l'impostazione**, con lo scopo di migliorarne l'omogeneità, la chiarezza e l'adeguatezza in modo da perseguire efficacemente l'obiettivo dello sviluppo del settore, nell'ottica di promuovere il principio del risultato e della fiducia tra pubbliche amministrazioni e operatori economici, inserito nel Libro I quale assoluto elemento di novità rispetto alla previgente disciplina.

Il provvedimento in parola si pone dunque in **linea di continuità con il Codice, nell'impostazione di fondo, nell'architettura delle regole e delle procedure**, che sono state ulteriormente rafforzate con tasselli ritenuti necessari in ragione di quanto emerso nella prassi applicativa.

3.1 *Un cambio di paradigma: dal diritto comunitario della concorrenza al diritto amministrativo nazionale*

Negli scorsi anni **il diritto dei contratti pubblici è stato percepito, a tutti gli effetti, quale branca del diritto della concorrenza ispirata a principi unionali** che impongono un'interpretazione estensiva e un'applicazione analogica dell'obbligo di ricorrere a procedura pro-competitive e concorrenziali.

La riforma in atto cambia paradigma.

La centralità plastica del **principio di risultato di cui all'art. 1** dimostra, infatti, che **il diritto dei contratti pubblici non è più un settore del diritto**

comunitario della concorrenza (cd. "*concorrenza imposta*" agli agenti pubblici, *naturaliter* refrattari alla logica della competizione e alla pressione del mercato), ma **un capitolo fondamentale del diritto amministrativo nazionale**. La **concorrenza** non è, quindi, fine o bene, ma **mezzo per perseguire lo scopo** del soddisfacimento dell'interesse pubblico. L'obiettivo non è la gara, ma **la stipulazione di un negozio che assicuri prestazioni utili** con il miglior rapporto qualità-prezzo-tempo.

La concorrenza non serve alla concorrenza, esattamente come la gara non è funzionale alla gara.

Ma l'**art. 1** dice ancora di più: **collega il risultato al buon andamento** di cui all'art. 97 della Costituzione **e ai principi di efficienza e di economicità**.

Particolarmente significativa in questa prospettiva è la disposizione contenuta nel comma 4 dell'art. 1, dove si afferma che il risultato costituisce "**criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto**".

In **passato**, in un contesto in cui l'interesse prioritario era quello della tutela della legalità e della prevenzione della corruzione, **le amministrazioni erano indotte a non discostarsi dalla stretta osservanza della procedura maggiormente formalizzata** che le avrebbe condotte a un'aggiudicazione quanto più possibile automatica. Se invece **oggi** l'obiettivo è quello del risultato finale, **le amministrazioni saranno obbligate a individuare caso per caso il *modus procedendi* migliore** che non necessariamente coincide con lo svolgimento di una gara pubblica.

La regola alla quale l'amministrazione decide di auto vincolarsi, inoltre, **diventa il parametro di verifica** cui si devono attenere sia le autorità di controllo sia gli organi di tutela giurisdizionale.

Infine, il principio del risultato costituisce parametro per valutare la responsabilità del personale e per attribuire **incentivi e premi**.

Il principio del risultato, quindi, **si collega a quello della fiducia sancito nell'art. 2**. Infatti, soltanto valorizzando l'iniziativa e l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici è possibile garantire l'acquisizione e l'esecuzione delle prestazioni secondo il principio del risultato. Il principio della fiducia, poi, trova coerente svolgimento nella ridefinizione della portata della **colpa grave** e nella previsione di modalità di copertura assicurativa dei rischi.

3.2 *Dalla concorrenza assoluta alla concorrenza regolata*

Il principio del risultato **segna**, allora, **il passaggio dalla concorrenza assoluta alla concorrenza regolata**.

Nel rispetto dei vincoli di legge **spettano**, infatti, **alla discrezionalità amministrativa la graduazione e il dosaggio della competizione** in modo da renderla funzionale e proporzionata alle esigenze da soddisfare.

Un atto di stima, se non una dichiarazione d'amore, per la capacità amministrativa di produrre norme concrete efficaci attraverso l'uso appropriato del potere di ponderazione.

Al centro del nuovo progetto si staglia, allora, la **discrezionalità**, nelle sue molteplici angolazioni.

Proviamo a esplorarne tre.

3.3 Discrezionalità nella decisione sul ricorso al mercato

La prima è la **discrezionalità nel decidere se rivolgersi al mercato**.

Sappiamo che le norme europee sui contratti pubblici disciplinano, ma non impongono il ricorso al mercato.

L'art. 7 del codice non solo chiarisce, in questo quadro, che l'auto-produzione è una legittima alternativa alle procedure di *outsourcing* (**Corte cost. 100/2020; CGUE, sez. IX, 6 febbraio 2020, cause riunite da c-89/19 a C-91/2019**), ma, in chiave innovativa rispetto al vigente testo di legge, prevede che ***l'in house providing*** non è un'eccezione blasfema da sottoporre a regimi autorizzanti e regimi limitativi, ma **via ordinariamente percorribile ove giustificata da un discrezionale apprezzamento dei bisogni e delle opportunità** (cfr. da ultimo **Cons. Stato, sez. IV, 18 gennaio 2024, n. 576; Cons. Stato, sez. V, 5 gennaio 2024, n. 243; Cass. civ., Sez. Un., 8 gennaio 2024, n. 567**). Sull'istituto dell'*in house* si è espressa la **Corte di Giustizia, sez. IV, 12 maggio 2022 in causa C-719/20**, a parere della quale i presupposti dell'*in house* sono requisiti genetici ma anche funzionali dell'affidamento).

3.4 Discrezionalità nella scelta del contratto

L'art. 8 del nuovo codice (*Principio di autonomia contrattuale*) ribadisce che **i "public bodies" sono dotati di una diffusa autonomia negoziale** che non è **sottoposta** a generali limiti quantitativi o tipologici, ma solo, oltre che a norme speciali limitative (cd "*riduttive della capacità*") ex art. 1418, comma 1, c.c., **al limite teleologico del "vincolo di scopo" ("nec ultra vires")**. Sono, quindi, **praticabili**, in assenza di divieti specifici (come per i contratti di società ex art. 4 del T.U. 175/2016 e per i derivati finanziari ex *lege* 147/2013), **tutti i contratti** – anche liberali, gratuiti, atipici e misti – che, in concreto, siano sorretti da una causa compatibile con gli scopi istituzionali, compresi donazioni, fideiussioni, sponsorizzazioni con clausole di tesoreria, *advising*, *brokeraggio*, acquisto di cosa futura, contratti in favore di terzi e aleatori. In via innovativa rispetto alla giurisprudenza del Consiglio di Stato, **i contratti gratuiti sono peraltro considerati diversi dagli appalti** e, quindi, **esclusi dall'ambito di applicazione del codice** per essere soggetti solo ai relativi principi.

Il singolo contratto è, ex se, atto di diritto privato, ma l'attività contrattuale nel suo complesso è attività amministrativa, ossia esercizio di funzione pubblica in quanto soggetta a vincolo di scopo.

La meritoria e coraggiosa enunciazione del **principio di autonomia contrattuale**, ex art. 8, precisa, in definitiva, che la funzionalità dell'attività contrattuale non **si traduce** certo nella tipicità e nominatività dei modelli e dei contenuti, ma **nel vincolo funzionale di coerenza della scelta con i fini istituzionalmente fissati** e, quindi, nella ragionevolezza della scelta discrezionale del decisore pubblico.

3.5 *Discrezionalità nella scelta e nella gestione del modello di affidamento*

L'essenza della nuova impostazione si manifesta, poi, nella **latitudine della crescente discrezionalità che**, in pieno ossequio al divieto di *gold plating* e in un quadro di eliminazione di vincoli puntuali non imposti dalla normativa europea, **si annida nella "decisione"** (termine ex art. 17, assai evocativo, che sostituisce la vecchia "determinazione" a contrarre) in ordine al contenuto del contratto e al modello procedurale. Spicca, poi, una tendenza alla semplificazione, testimoniata, per un verso, dal potenziamento degli **affidamenti diretti del tutto deproceduralizzati per gli appalti sotto-soglia** (non a caso non considerati più vere "procedure") e dalla manifestazione del **favor verso procedure "chiavi in mano"** come l'accresciuto appalto integrato e il resuscitato "*general contractor*". Si seguono, invece, le regole ordinarie ove la procedura presenti un interesse transfrontaliero certo (artt. 48-50).

3.6 *Discrezionalità in sede di autotutela*

Permane anche la **discrezionalità amministrativa in sede di autotutela** nelle fattispecie (atecnicamente definite "risoluzioni") di cui all'art. 122, comma 1, costituenti, al pari del previgente art. 108, vere ipotesi di annullamento dell'aggiudicazione per vizi gravi della procedura (lett. *c*, *d*) o a seguito di modifiche non autorizzate, a seguito di trattativa privata, dell'oggetto originario del negozio.

3.7 *I temperamenti alla discrezionalità*

La creazione degli spazi astratti concessi alla riserva amministrativa implica **limiti e compensazioni** volti a garantire il virtuoso utilizzo della libertà d'azione.

3.7.1 *Il ruolo dei principi: criterio di orientamento e parametro di legittimità*

Primo limite è il **rispetto dei principi generali**, che fungeranno da **criterio decisivo di orientamento** della decisione amministrativa e **parametro di valutazione della sua legittimità** sul piano dell'eccesso di potere.

3.7.2 *La certezza dei tempi*

Il primo temperamento è la **certezza dei tempi dell'azione amministrativa**.

La procedura amministrativa è discrezionale nell'*an* e nel *quomodo*, ma non nel *quando*.

In questo quadro si iscrive la **previsione di un termine puntuale per la definizione della procedura di gara** (art. 17, comma 3, di rinvio all'allegato I.3), assistito dagli effetti della formazione del silenzio-inadempimento (o rifiuto) e della responsabilità per danno da ritardo.

È, poi, confermato, ex art. 18, comma 2, il **termine di sessanta giorni per la stipula del contratto**, decorrente dall'efficacia dell'aggiudicazione, la cui violazione è contrastabile con la procedura del silenzio-rifiuto (comma 5). Va ricordato che, secondo Cons. Stato, sez. V, 22 febbraio 2024, n. 1774, sebbene