

Claudio CONTESSA

***Il Decreto correttivo al Codice dei contratti
fra (parziali) innovazioni e aspetti di continuità***

SOMMARIO: 1. Aspetti generali della questione. - 2. L'approccio generale sotteso all'intervento correttivo. Riflessioni sui rapporti fra componenti tecniche e politiche nelle grandi riforme di settore. - 3. Alcuni ambiti puntuali di particolare interesse e rilevanza - 4. Conclusioni.

1. Aspetti generali della questione

Il 31 dicembre 2024 è stato emanato e pubblicato in Gazzetta ufficiale il decreto legislativo n. 209 del 2024, recante *'Disposizioni integrative e correttive al codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36'*¹.

Lo stesso giorno il 'Decreto correttivo' è entrato in vigore, in tal modo privando di fatto gli operatori del settore del necessario periodo di *vacatio legis* ai sensi dell'articolo 10 delle preleggi.

La scelta di annullare di fatto il periodo di *vacatio* non rappresenta in realtà una novità nell'esperienza giuridica nazionale, anche se alla stessa si fa solitamente ricorso nel caso della decretazione di urgenza. Ben più raramente si ricorre a tale opzione nelle ipotesi di esercizio di deleghe legislative - per così dire - 'ordinarie', per le quali il Parlamento e il Governo dispongono, a ben vedere, di strumenti di pianificazione dell'attività e di regolazione della tempistica che potrebbero consentire di evitare una così rilevante compressione delle prerogative conoscitive degli operatori destinatari delle nuove disposizioni.

Nel caso del 'Decreto correttivo' al 'Codice 36 del 2023, comunque, la

¹_____

Il presente contributo è tratto dal volume: C. CONTESSA – P. DEL VECCHIO, Codice dei contratti pubblici annotato articolo per articolo, Napoli, Editoriale Scientifica, 2025 (seconda edizione)

Il decreto in questione è stato pubblicato quale supplemento alla G.U. n. 305 del 31 dicembre 2024.

scelta di optare per tale peculiare tempistica risulta - almeno in parte - giustificata dal fatto che taluni dei suoi contenuti mirano a soddisfare specifici impegni assunti nell'ambito del PNRR nazionale e la cui scadenza - appunto - era fissata per la fine del 2024².

Dal punto di vista generale è certamente meritevole di attenzione il vero e proprio '*cambio di passo*' che ha caratterizzato la genesi del 'Decreto correttivo' rispetto a quella che aveva connotato l'iniziale approvazione del 'Decreto 36'.

Ed infatti:

- mentre la scelta operata nel corso del 2022-2023 (anche alla luce di una sorta di 'suggerimento' contenuto nell'ambito della legge delega n. 78 del 2022) era stata nel senso di demandare la stesura del primo schema di 'Codice' a una Commissione speciale istituita presso il Consiglio di Stato ai sensi dell'articolo 14, cpv. del R.D. 1054 del 1924;

- al contrario, la scelta operata dal Governo in occasione della predisposizione del 'Decreto correttivo' è stata nel diverso senso di seguire, per la predisposizione dello schema di articolato, un *iter* - per così dire - 'tradizionale' (in particolare, demandando la predisposizione del testo iniziale agli Uffici del Ministero con competenza prevalente nella materia della contrattualistica pubblica - il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti -, il quale ha anche svolto, a tal fine, una fitta attività di consultazioni preliminari con i principali interlocutori dei settori pubblico e privato).

Tale *modus procedendi* ha anche attirato un rilievo da parte del Consiglio di Stato il quale, nel rendere il proprio parere sullo schema di decreto, ha osservato in chiave critica che la *litera* della legge di delega³ sembrava invece suggerire una sorta di necessario parallelismo (e di altrettanto necessaria continuità) fra l'*iter* seguito in sede di adozione del testo iniziale del 'Codice' e quello (che avrebbe dovuto essere) seguito per l'adozione del 'Decreto correttivo'⁴.

Il decreto n. 209 del 2024 rappresenta ad oggi l'unico intervento di ri-

² Nel testo del PNRR italiano, per come approvato (con testo modificato) dalla decisione di esecuzione del Consiglio dell'UE dell'8 dicembre 2023, andavano - ad esempio - adottate entro il dicembre 2024 le seguenti misure: M1C1-73*quinqies* (disposizioni finalizzate ad assicurare una maggiore contendibilità delle concessioni); M1C1-75*bis* (misure di sostegno agli appalti pubblici nel quadro della Strategia professionalizzante degli acquirenti pubblici).

³ Ai sensi della legge 78 del 2022, articolo 1, co. 4, infatti, eventuali decreti correttivi avrebbero potuto (e dovuto) essere adottati «*con la stessa procedura e nel rispetto dei medesimi principi e criteri direttivi di cui al presente articolo*».

⁴ Secondo l'alto Organo consultivo, infatti, la scelta del Governo di seguire, per l'adozione del 'Decreto correttivo', un *iter* diverso da quello utilizzato per l'adozione del 'Decreto 36' «*non si sottrae a qualche profilo di criticità logico-giuridica. Vero è, infatti, che il*

lievo che ha interessato il 'Decreto 36' a seguito della sua entrata in vigore (1° aprile 2023).

Non è evidentemente dato sapere se in futuro vi saranno ulteriori interventi volti a modificare in modo significativo le disposizioni del nuovo Codice dei contratti pubblici. Ciò che è certo è che, se si affermerà *de futuro* l'intenzione di introdurre tali modifiche (il che è più che probabile), ciò non potrà più avvenire attraverso lo strumento - per così dire - 'ordinario' di cui al decreto correttivo (*i.e.*: attraverso un *iter* particolarmente articolato e partecipato che prevede due deliberazioni da parte del Consiglio dei ministri, nonché l'esame da parte della Conferenza unificata, del Consiglio di Stato e delle Commissioni parlamentari competenti prima dell'emanazione da parte del Capo dello Stato).

Al riguardo vi è da auspicare che eventuali, future modifiche al testo non riprendano la modalità (troppo spesso utilizzata in passato, e con esiti tutt'altro che soddisfacenti) dei decreti-legge *omnibus* adottati per fronteggiare circostanze contingenti e che, nel loro continuo susseguirsi, finiscono per alterare in modo quanto mai deteriore la complessiva qualità normativa dei testi.

Alcuni anni fa, nel descrivere le significative deroghe che il D.L. 76 del 2020 (c.d. 'Decreto semplificazioni') aveva apportato al Codice 50 del 2016, si era avuto modo di osservare che quel 'Codice', ad appena quattro anni circa dalla sua entrata in vigore, quel Codice rappresentasse già un sistema normativo "*frammentato, privo di effettivi principi ispiratori e di una chiara distinzione di ambiti fra le regole e le eccezioni*"⁵.

Una parte rilevante delle ragioni che avevano determinato un così insoddisfacente livello di qualità della regolazione risiedeva, appunto, nel carattere continuo, disorganico ed estemporaneo dei continui interventi di modifica e correzione al testo (interventi che, anziché correggere l'ordito

sintagma "stessa procedura", non esente da un obiettivo margine di ambiguità, potrebbe essere acquisito in astratto: cioè nel senso che – fermi restando gli adempimenti procedurali stabiliti, in ogni caso, in modo rigido e vincolante – in sede di elaborazione del correttivo si rinnoverebbe e riattiverebbe la (medesima e potenziale) facoltà (e, in definitiva, non l'obbligo) di avvalersi dell'apporto consultivo e redazionale del Consiglio di Stato.

Nondimeno, ragioni di coerenza logica e pratica, prima che testuale, sembrano prima facie militare negli opposti sensi di una simmetria formale effettiva, cioè in concreto: sicché la scansione formale dell'intervento correttivo ed integrativo avrebbe verisimilmente dovuto mimare, di fatto, la stessa seguita (rendendo coerente, in via definitiva, la relativa opzione) nella predisposizione del 'Codice', anche con riguardo al ruolo del Consiglio di Stato».

⁵ C. CONTESSA, *Le novità del 'Decreto semplificazioni', ovvero: nel settore dei contratti pubblici esiste ancora un 'Codice'?*, in: www.giustizia-amministrativa.it.

normativo complessivo, finivano piuttosto per comprometterne in modo irrimediabile la qualità e coerenza complessiva).

Ebbene, vi è l'auspicio che l'esperienza (tutt'altro che positiva) maturata con il 'Codice 50' induca in futuro il Parlamento e il Governo a tenere il nuovo 'Codice' indenne dai continui *'assalti alla diligenza'* operati con lo strumento (estemporaneo, tutto sommato comodo nella gestione parlamentare ma certamente deteriore) della decretazione d'urgenza.

Sotto questo aspetto, non può che essere accolto con favore il fatto che, dal marzo del 2023 (data di pubblicazione del nuovo Codice) sino al dicembre del 2024 (data di pubblicazione del Decreto correttivo), il Parlamento e il Governo si siano in sostanza astenuti - e nonostante le numerose sollecitazioni in tal senso - dall'operare interventi puntuali ed estemporanei al Decreto 36 del 2023. Questa sorta di consapevole desistenza ha consentito agli operatori di poter fruire di un periodo non breve (almeno, per l'esperienza italiana) di una sostanziale *'moratoria normativa'* e di poter sperimentare in un orizzonte temporale ragionevolmente lungo le principali novità del testo, saggiandone il punto di forza e le possibili criticità.

L'auspicio è quindi che, anche per il tratto a venire, prevalga un analogo approccio di cautela (non scisso da un condivisibile pragmatismo) e che questo cruciale settore dell'Ordinamento possa giovare di un opportuno periodo di sostanziale *tregua normativa* almeno fino alla definizione del nuovo quadro normativo unionale in materia di appalti pubblici e concessioni che, verosimilmente, dovrebbe vedere la luce fra il 2026 e il 2027⁶.

È vero che, secondo l'insegnamento di Natalino Irti, la *ratio* stessa di qualunque attività di codificazione giuridica consiste (*rectius: dovrebbe*

⁶ Rappresenta in ogni caso un dato acquisito che la Commissione europea abbia già avviato una fase di riflessione sullo stato di attuazione del 'pacchetto normativo' del 2024, sulla sua idoneità a conseguire gli obiettivi fissati e sull'esigenza di una possibile modifica (per la quale lo stesso Esecutivo UE potrebbe a breve adottare un'iniziativa normativa). Del resto, attraverso un comunicato del 13 dicembre 2024, la Commissione ha reso noto che *"sta ora avviando una valutazione di tre atti legislativi che disciplinano gli appalti pubblici nell'UE ("come acquistare"): le direttive 2014/23/UE (direttiva sulle concessioni), 2014/24/UE (direttiva sugli appalti pubblici) e 2014/25/UE (direttiva sui servizi di pubblica utilità). Ne verranno analizzate l'efficacia e l'impatto in tutta l'UE, valutando se tali atti legislativi rimangono idonei allo scopo, se conseguono gli obiettivi previsti a un costo minimo e se sono adeguati ad affrontare le sfide attuali"*. Tale dichiarazione dell'Esecutivo UE prelude evidentemente una possibile, quanto imminente, iniziativa normativa (sul punto v. l'URL: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/14427-Direttive-sugli-appalti-pubblici-valutazione_it).

consistere), in ultima analisi, nell'esigenza di «*mettere ordine nelle cose, cogliere fili sottili di raccordo, raggruppare le leggi con criteri di stabilità e unità*» e di farlo in un orizzonte temporale tendenzialmente indefinito.

Ma è anche vero che, guardando con la necessaria dose di pragmatismo e disincanto la recente dinamica di questo cruciale settore dell'economia pubblica, l'*obiettivo minimo* di una sostanziale invarianza normativa per l'arco temporale di circa un quinquennio potrebbe rappresentare di per sé un risultato nel complesso auspicabile.

2. L'approccio generale sotteso all'intervento correttivo. Riflessioni sui rapporti fra componenti tecniche e politiche nelle grandi riforme di settore.

Anche se il Decreto legislativo n. 209 del 2024 rappresenta un intervento normativo quanto mai corposo e articolato, esso non mira (al contrario di quanto accaduto in occasione di alcuni degli interventi di correzione al 'Codice 50') a metterne in discussione l'impianto normativo, la struttura e, in ultima analisi, la stessa *filosofia di fondo*.

Dei novantasette articoli di cui si compone il Decreto in esame, solo i primi settantadue recano interventi diretti al testo del 'Codice'. Ne consegue che, all'esito dell'intervento correttivo del 2024 soltanto un terzo circa dei duecentoventinove articoli di cui si compone il Codice 36 risultano incisi dalla novella (peraltro con interventi che, in molti casi, risultano di portata estremamente limitata).

Dal punto di vista quantitativo (e nella consapevolezza che l'impatto di una grande riforma di settore non si misura certamente in termini quantitativi, ma qualitativi) si osserva che oltre i tre quarti delle disposizioni dell'intervento correttivo incidono sulla disciplina di cui agli allegati al Codice (peraltro, rinviando a una fase successiva l'ipotizzata opera di delegificazione degli stessi).

Solo uno degli articoli del 'Codice' risulta integralmente sostituito (si tratta dell'articolo 193 sulle procedure di affidamento nella finanza di progetto) mentre soltanto in tre casi il Legislatore del 2024 ha introdotto articoli interamente nuovi⁷.

La stessa struttura di fondo del 'Codice' è rimasta di fatto invariata e

⁷ Si tratta, rispettivamente, dell'articolo 82-*bis* (rubricato 'Accordi di collaborazione'), dell'articolo 225-*bis* (rubricato 'Ulteriori disposizioni transitorie') e dell'articolo 226-*bis* (rubricato 'Disposizioni di semplificazione normativa').

nessuna delle partizioni che lo compongono (Libri, Parti, Titoli, Capi, Sezioni) è stata alterata, modificata e/o sostituita nel suo complesso.

Non è evidentemente possibile sminuire l'obiettivo rilevanza delle novità introdotte dal 'Decreto correttivo' del 2024 (novità che, in numerosi casi, intervengono con notevole portata su istituti centrali nell'economia complessiva del 'Codice 36').

Ciò che si ritiene però di sottolineare è che (anche al di là delle mere affermazioni di principio) l'intendimento di fondo degli estensori del Decreto 209 appare davvero quello di lasciare sostanzialmente inalterata l'impostazione generale del 'Codice' e di limitare gli interventi a un'attività (oltretutto, assai rilevante) di integrazione, di modulazione, nonché - in casi limitati - di mera correzione a fini di coerenza interna.

Non appare, quindi, ispirata da una sorta di mero (quanto formale) ossequio all'impostazione iniziale del 'Codice' l'affermazione - a più riprese ribadita nell'ambito della relazione illustrativa al 'Decreto correttivo' - secondo cui *"le modifiche e le integrazioni (...) 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"*⁸.

Una dimostrazione quanto mai eloquente del fatto che la novella del 2024 non abbia inteso rimettere in discussione l'impostazione complessiva del 'Codice' (e le stesse scelte di fondo che ne hanno caratterizzato la genesi) è fornita dalla scelta di lasciare sostanzialmente invariata l'intera Parte Prima - Titolo I (relativa ai principi generali), che rappresenta certamente uno dei principali aspetti caratterizzanti il medesimo 'Codice'⁹.

Sotto tale aspetto, le modifiche introdotte nel corso del 2024 sono

⁸ Relazione illustrativa al Decreto legislativo 209 del 2024, pag. 2.

⁹ Sul punto ci si limita qui a richiamare le lucide osservazioni svolte da M. SPASIANO nel suo contributo dal titolo *La codificazione dei principi del Codice dei contratti pubblici e, in particolare, del risultato, alla prova del correttivo*, parimenti pubblicato nella Prima Parte di questo volume. L'A. osserva (e in modo del tutto condivisibile) che, all'indomani del 'Decreto correttivo' n. 209 del 2024, *"i principi del Codice hanno mantenuto inalterata (salvo interventi del tutto marginali di coordinamento dovuti alla sopravvenienza di nuove disposizioni) la loro stessa enunciazione e la loro portata. (...) viene allora da considerare che il silenzio serbato dal Correttivo al Codice in tema di principi costituisce uno di quei casi nei quali il silenzio del legislatore è ricco di pregnanti e indiscutibili significati: quei principi del Codice e quelle interpretazioni che di*

soltanto due (la prima relativa all'articolo 8 - sulla disciplina dell'*equo compenso* -, la seconda relativa all'articolo 11 - sul tema delle *tutele lavoristiche* e dell'*individuazione del CCNL applicabile*).

In entrambi i casi, tuttavia (come si avrà occasione di evidenziare in occasione dei commenti a tali articoli, per i quali si rinvia alla seconda parte di quest'Opera) l'intervento della novella normativa si è limitato a perseguire obiettivi di coerenza interna al testo o a consentirne una più agevole traduzione pratica, senza che sia stata in alcun modo messa in dubbio l'affermazione dei principi già sanciti nell'originaria formulazione del 'Codice'.

Sotto tale aspetto, anzi, si impone una riflessione in ordine alla stessa impostazione di fondo che ha caratterizzato le scelte normative operate dalla Commissione presieduta dal compianto Presidente Franco Frattini (in specie, per ciò che riguarda la declinazione dei principi generali regolatori della materia).

Ed infatti, esaminando l'approccio tenuto dal Legislatore della novella del 2024 nei confronti dell'originaria impostazione del Codice e tenendo in considerazione la matrice stessa dell'attività di redazione dell'articolato, ne emerge una decisa particolarità (e una considerazione in parte contro-intuitiva).

Tale particolarità attiene al ben noto tema dei rapporti fra le componenti politiche e quelle tecniche nell'attività di elaborazione di testi normativi, specie se caratterizzati da notevole complessità tecnica e, allo stesso tempo, da particolare rilevanza economica e sociale come nel caso della codificazione della contrattualistica pubblica.

Neanche a dirlo, la nozione di *componente politica* non viene qui riferita a un dato contingente (quale l'adesione all'una o all'altra delle forze politiche organizzate in partiti in un determinato momento storico), bensì - per utilizzare le parole di Harold D. Lasswell - alla stessa attività di *scelta fra valori* (in cui, appunto, consiste la dimensione più tipica della nozione stessa di *politica*, almeno nella sua accezione contemporanea)¹⁰.

Si intende dire che:

- mentre l'originaria formulazione del Codice dei contratti pubblici del 2023 (elaborato da un Organo tecnico quale il Consiglio di Stato, sulla base di una legge di delega conferita nel corso dell'esperienza di un Governo tecnico) recava scelte di squisita natura *politica* (quali, in

essi sta in larga prevalenza offrendo la giurisprudenza (spesso in linea con gli studi prodotti dalla dottrina) hanno ormai superato il vaglio tanto della Consulta e conseguito la piena conferma da parte del legislatore in sede di correzione legislativa”.

¹⁰ H.D. LASSWELL, voce *Politica*, in: *Enciclopedia del Novecento*, Roma, Ist. Enc. Treccani, vol. V, p. 452, segg.

particolare, quelle relative ai principi generali, consistenti nella definizione degli stessi obiettivi di fondo del settore della contrattualistica pubblica)

- al contrario, il Decreto correttivo del 2024 (che rappresenta espressione di un Governo di ispirazione politica) ha deciso di lasciare essenzialmente invariata proprio la parte più *politica e fondante* del 'Codice' elaborato dal Consiglio di Stato (*i.e.*: la parte relativa ai principi generali).

Si tratta, evidentemente, di una riflessione che potrebbe suscitare di ulteriori per quanto riguarda l'approccio (non necessariamente dialettico) fra le due richiamate componenti.

Pur negli evidenti limiti delle presenti riflessioni, si ritiene comunque di sottolineare che l'approccio di piena collaborazione e mutuo riconoscimento (e, potrebbe dirsi, di reciproca legittimazione) fra le diverse componenti che hanno collaborato alla genesi del nuovo 'Codice dei contratti pubblici' rappresenta di certo un precedente favorevole che, si auspica, possa trovare conferma anche in futuro, in occasione di rilevanti riforme di settore.

3. Alcuni ambiti puntuali di particolare interesse e rilevanza.

Nel presente capitolo si esamineranno (evidentemente, senza alcuna pretesa di esaustività e con selezione del tutto soggettiva dei temi di interesse) alcuni ambiti di intervento che caratterizzano il D.lgs. 209/2024 per particolare interesse e rilevanza.

È indubbiamente difficile individuare una sorta di denominatore comune nell'ambito degli interventi in questione, trattandosi in alcuni casi (pochi, in verità) di modifiche finalizzate a rettificare lacune o errori di coordinamento interno al testo, in altri casi di modifiche volte a conformare il dettato codicistico alle prime indicazioni emerse in giurisprudenza, in altri casi ancora di vere e proprie revisioni degli orientamenti di politica normativa sottesi all'iniziale formulazione del 'Codice'.

È evidente che la terza tipologia di interventi correttivi (in quanto ispirata da un vero e proprio *revirement* rispetto alle scelte inizialmente operate dal Legislatore delegato) sia quella caratterizzata dal maggior livello di interesse e di rilevanza.

Il *primo* ambito di intervento che si intende qui segnalare (rinviando per ogni approfondimento al commento agli articoli del 'Codice di cui alla seconda Parte del Volume) riguarda la disciplina dell'*equo compenso*. Al

riguardo vengono in rilievo le modifiche da ultimo apportate agli articoli 8, comma 2 e 41 del 'Codice', nonché all'Allegato I.13.

È noto al riguardo che la questione dell'applicazione dell'equo compenso nei confronti dei professionisti coinvolti nel ciclo di vita dei contratti pubblici (con particolare riguardo ai contratti per servizi di ingegneria e architettura) si era posta sin dall'entrata in vigore del 'Codice 36/2023' per una ragione sistematica e per una ragione - per così dire - *'di carattere contingente'*.

Per quanto riguarda le ragioni di carattere sistematico era emersa sin dalla prima formulazione del codice una (almeno potenziale) antinomia fra:

- da un lato, la previsione di cui all'articolo 1, comma 2 (il quale riafferma la valenza generale del principio di libera concorrenza nella materia della contrattualistica pubblica): tale principio non è - almeno in via di principio - incompatibile con un'applicazione all'ambito dei servizi di carattere professionale;

- dall'altro, la previsione dell'articolo 8, comma 2 (il quale, sia pure con formulazione volutamente generica, riafferma l'applicazione del principio dell'equo compenso): anche se la richiamata disposizione non enuncia - né avrebbe potuto farlo - l'inderogabilità dei minimi tariffari (ovvero dei 'parametri' di cui ai pertinenti decreti ministeriali), è evidente che la stessa rechi in sé una insopprimibile tensione dialettica con la generalizzazione dei principi liberoconcorrenziali.

La ragione di carattere contingente che ha reso estremamente complessa l'applicazione del 'Codice' in relazione al tema dell'equo compenso consiste nel fatto che il D.lgs. 36/2023 è stato approvato poche settimane prima della legge n. 49/2023 sull'equo compenso¹¹ e nel fatto che, evidentemente, le due discipline non sono state inizialmente coordinate fra loro.

La mancata armonizzazione fra i due testi normativi (e il carattere soltanto di principio dell'articolo 8, comma 2 del 'Codice') ha inevitabilmente determinato alcuni contrasti in giurisprudenza su un tema di notevole rilevanza pratica: quello relativo alla diretta applicabilità o meno delle disposizioni della legge n. 49 anche alla materia della contrattualistica pubblica.

Ebbene, a fronte di un disposto normativo non adeguatamente chiaro, un primo orientamento giurisprudenziale ha ritenuto che *le disposizioni* (e non soltanto *i principi*) della legge n. 49 sull'equo compenso trovassero diretta e immediata applicazione al settore dei contratti pubblici, pur se

¹¹ Come è noto, il nuovo 'Codice dei contratti pubblici' è stato emanato il 31 marzo 2023, mentre la legge n. 49/2023 (recante *'Disposizioni in materia di equo compenso delle prestazioni professionali'*) è stata promulgata il successivo 21 aprile 2023.

non espressamente richiamate dal Decreto 36 (e ciò, attraverso un meccanismo di sostanziale etero-integrazione della disciplina codicistica)¹².

Al contrario, un opposto orientamento ha fatto leva sulla specialità della disciplina in materia di contratti pubblici (e sulla sostanziale incompatibilità fra i due richiamati sistemi normativi) al fine di escludere la possibilità di riconoscere la diretta applicabilità della legge n. 49/2023 ai contratti pubblici¹³.

Il disagio manifestato sul punto dai settori professionali ha indotto il Legislatore del 'Correttivo' ad affrontare il problema individuando una soluzione di carattere essenzialmente pragmatico. In particolare, l'articolo 14 del 'Decreto correttivo', nel modificare e integrare l'articolo 41 del 'Codice' (sui livelli e contenuti della progettazione), vi ha introdotto tre nuovi commi (rispettivamente, 15-bis, 15-ter e 15-quater).

Le nuove disposizioni (combinandosi con la previsione di principio di cui all'articolo 8, comma 2) non aderiscono all'opzione - per così dire - 'estrema' dell'inderogabilità al minimo dei compensi fissati dal 'Decreto parametri' del 2016, né affermano la diretta e immediata applicazione dei parametri in questione nell'ambito delle procedure per l'affidamento di servizi di ingegneria e architettura.

Al contempo, tali previsioni non sanciscono (in ragione della specialità della disciplina in materia di contratti pubblici) la radicale irrilevanza della disciplina sull'equo compenso in relazione ai contratti governati dal Decreto n. 36/2023.

La soluzione individuata dal Legislatore del 'correttivo' (basata sul puro pragmatismo, appunto) consiste nel prevedere che, per i contratti aventi ad oggetto servizi di ingegneria e architettura, le tariffe professionali siano considerate quale importo 'a prezzo fisso' per una quota prevalente (fissata nella misura del 65 per cento), mentre per il restante 35 per cento l'elemento relativo al prezzo possa essere oggetto di modulazioni al ribasso in sede di offerte.

Si tratta, come è evidente, di una soluzione sostanzialmente compromissoria che non risponde ad alcuno degli interrogativi di ordine sistematico che erano emersi nel primo anno e mezzo circa di applicazione del 'Codice' ma che appare idonea ad individuare un ragionevole equilibrio fra le diverse esigenze e che, per ciò solo, merita una sostanziale condivisione.

Il secondo ambito di intervento del 'Decreto correttivo' che appare me-

¹² Sul punto ci si limiterà qui a richiamare TAR Lazio, Sez. V-ter, 30 aprile 2024, n. 8580.

¹³ V. sul punto TAR Campania – Salerno, Sez. II, 16 luglio 2024, n. 1494.

ritevole di indubbia attenzione riguarda il cruciale tema delle *tutele lavoristiche*.

Va premesso al riguardo che uno dei principali punti di interesse (e di forza) del 'Codice 36' consiste di certo nell'aver enucleato e ascritto al rango di principio l'obbligo di individuare, già in sede di predisposizione dei bandi e degli inviti, il CCNL applicabile al personale dipendente impiegato nel singolo appalto o concessione (in tal senso l'articolo 11, co. 2)¹⁴.

Il successivo comma 3, tuttavia, si era rivelato sin da subito di problematica applicabilità laddove consentiva agli operatori economici di indicare nella propria offerta un diverso CCNL applicabile, purché lo stesso garantisse ai lavoratori *«le stesse tutele di quelle indicate dalla stazione appaltante o dall'ente concedente»*.

In tal modo - si era da più parti osservato in chiave critica - si era di fatto rimesso il cruciale tema delle tutele lavoristiche all'applicazione di un concetto giuridico di fatto indeterminato (quale quello di *'equivalenza delle tutele'*). Ciò, in quanto l'estrema varietà e differenziazione contenutistica fra i diversi CCNL di settore rende quanto mai difficile individuare parametri certi per poter esprimere un giudizio di effettiva equivalenza sotto il profilo normativo ed economico.

In definitiva, per ciò che riguarda le tutele lavoristiche, il 'Codice' del 2023 esprimeva un obiettivo del tutto condivisibile ma lo faceva attraverso un criterio applicativo di contenuto sostanzialmente indeterminato (e, di conseguenza, ben difficile da ricondurre in pratica).

Il Legislatore del 'Correttivo' tenta di porre rimedio a questa situazione attraverso una (limitata) modifica dell'articolo 11 del Decreto 36, ma soprattutto attraverso l'inserimento del un nuovo allegato I.01 (rubricato semplicemente *'Contratti collettivi'*).

L'allegato in questione fornisce in primo luogo parametri più definiti che in passato per consentire alle stazioni appaltanti di individuare il CCNL applicabile da indicare nella documentazione di gara.

Ma soprattutto, l'allegato in parola fornisce una serie piuttosto analiti-

¹⁴ Si tratta di una previsione che, in sostanza, attua quanto previsto dall'articolo 1, comma 1, lettera h) della legge delega n. 78 del 2022 il quale - appunto - fissava quale criterio direttivo generale della delega legislativa quello di *«garantire l'applicazione dei contratti collettivi nazionali e territoriali di settore, tenendo conto, in relazione all'oggetto dell'appalto e alle prestazioni da eseguire anche in maniera prevalente, di quelli stipulati dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, nonché garantire le stesse tutele economiche e normative per i lavoratori in subappalto rispetto ai dipendenti dell'appaltatore e contro il lavoro irregolare»*.

ca di parametri ai quali ancorare il giudizio di equivalenza fra diversi contratti collettivi, conferendo priorità applicativa alle componenti retributive.

Si tratta, anche in questo caso, di un intervento che non mira a rimediare le scelte di fondo operate nel corso del 2023 ma che punta - piuttosto - a renderne più certa l'applicazione, al fine di assicurare un più elevato livello di effettività dei diritti e delle tutele.

Il *terzo* ambito di intervento del 'Decreto correttivo' che merita particolare attenzione riguarda la materia della digitalizzazione delle pubbliche gare (Libro I- Parte II - *Della digitalizzazione e del ciclo di vita dei contratti*).

Come viene esplicitato dalla relazione illustrativa del Decreto legislativo n. 209 del 2024¹⁵, l'obiettivo perseguito nell'ambito del decreto correttivo è stato quello di semplificare e chiarire alcune regole volte a favorire il corretto funzionamento del sistema nazionale di *e-procurement* (un sistema che è entrato pienamente in vigore già dal 1° gennaio 2024, nonostante le numerose istanze finalizzate a una proroga nella sua piena operatività).

In conseguenza della mancata proroga, il sistema in questione è divenuto pienamente efficace, nonostante si registrino rilevanti ritardi nell'alimentazione del fascicolo virtuale dell'operatore economico, nonché nell'implementazione delle misure necessarie a garantire l'interoperabilità fra le diverse banche dati già esistenti nel settore e la BDNCP tenuta dall'ANAC¹⁶.

Un ulteriore elemento di potenziale criticità per ciò che riguarda i temi connessi alla digitalizzazione è rappresentato dall'entrata in vigore - a far data dal 1° gennaio 2025 - delle nuove regole in tema di obbligatorietà al ricorso a metodi e strumenti di gestione informativa digitale delle costruzioni (c.d. BIM): si tratta di un ulteriore, potenziale elemento di criticità soprattutto per gli Enti di minori dimensioni, comprensibilmente meno attrezzati per conformarsi - senza particolari contraccolpi organizzativi - alle nuove prescrizioni normative..

Ebbene, nella consapevolezza dei dati di contesto appena richiamati, il Legislatore della novella del 2024 è intervenuto nella materia della digitalizzazione degli appalti operando alcuni interventi puntuali agli articoli 19 ('*Principi e diritti digitali*'), 23 ('*Banca dati nazionale dei contratti pubblici*') e 24 ('*Fascicolo virtuale dell'operatore economico*').

Sotto tale aspetto, le linee di fondo dell'intervento correttivo sono state

¹⁵ Punto 3.3.

¹⁶ Ivi.

essenzialmente quattro:

- si è inteso chiarire, accelerare e semplificare l'alimentazione del fascicolo virtuale dell'operatore economico;
- si è proceduto ad integrare le regole sulla certificazione delle piattaforme che consentono alle singole SS.AA. di interconnettersi con la Banca Dati Nazionale dei Contratti pubblici tenuta da ANAC (provvedendo altresì a chiarire il riparto di compiti e funzioni in tema di caricamento dei dati sulla piattaforma);
- si è infine proceduto a rivedere le regole relative all'utilizzo dei sistemi di *Building Information Modeling* (BIM), anche attraverso la razionalizzazione dei requisiti tecnici per la redazione in modalità digitale dei documenti relativi alla programmazione, progettazione e realizzazione dell'intervento.

Il quarto ambito di intervento del 'Decreto 209' di particolare interesse per gli operatori è quello relativo alla *qualificazione delle stazioni appaltanti* (articoli 62 e 63 e Allegato II.4).

Sotto questo aspetto mette conto osservare che se (per un verso) il processo di qualificazione delineato dal 'Codice 36' registra ormai significativi progressi¹⁷, per altro verso esistono dei puntuali impulsi di matrice unionale che depongono nel senso di un'ulteriore rafforzamento del sistema (si pensi, in particolare, al PNRR italiano, il quale contempla - alla misura M1C1-73-ter - l'introduzione di specifici incentivi alla qualificazione e alla professionalizzazione delle stazioni appaltanti).

Il Legislatore della novella è inoltre intervenuto rendendo obbligatoria - a far data dal 1° gennaio 2025 - la qualificazione anche ai fini dell'esecuzione del contratto (in tal senso la modifica dell'articolo 63, comma 2). A tal fine viene introdotta una serie di requisiti per l'esecuzione di contratti di lavori, servizi e forniture superiori al proprio livello di qualificazione, dettagliati nelle nuove tabelle C-bis (*lavori*) e C-ter (*servizi e forniture*) incluse nell'Allegato II.4.

Viene anche previsto - e in modo sostanzialmente innovativo - che, a partire dal 2025, le stazioni appaltanti dovranno monitorare a cadenza semestrale il tempo medio che intercorre tra la data di presentazione delle offerte (in relazione alla data di pubblicazione del bando di gara) e la data di stipula del contratto. In caso di tempistiche superiori a centosessanta giorni, le medesime stazioni appaltanti dovranno comunicare ad ANAC

¹⁷ Secondo i dati diffusi dall'ANAC, al 1° luglio 2024 erano 4541 le stazioni appaltanti qualificate al livello nazionale, mentre ben 494 sono le centrali di committenza a propria volta qualificate (sul punto, v. www.anticorruzione.it/-/news.06.08.24.rapporto.qualificazione).

le conseguenti e necessarie misure di riorganizzazione¹⁸.

Inoltre, superando un *punctum dolens* che aveva caratterizzato l'originaria formulazione del 'Codice 36' viene espressamente consentito anche a soggetti privati operanti a scopo di lucro di erogare corsi volti alla professionalizzazione delle stazioni appaltanti, con l'obiettivo di ampliare l'offerta formativa disponibile (nuovo articolo 63, comma 10).

Il *quinto* ambito di intervento del 'Decreto 209' che si segnala per la sua rilevanza è quello relativo alla *revisione dei prezzi contrattuali* (articolo 60 e nuovo Allegato II.2-*bis*).

In particolare, la novella del 2024 è intervenuta al fine di individuare nuovi indici sintetici ai quali parametrare gli incrementi dei corrispettivi contrattuali e ha precisato quale sia il *dies a quo* dal quale calcolare la relativa variazione (in aumento o in diminuzione).

Alcuni fra i primi commentatori, pur accogliendo con favore le puntuali indicazioni recate dal nuovo allegato al Codice, hanno tuttavia paventato il rischio che le stesse presentino un contenuto talmente minuzioso da rendere di difficile gestione pratica le attività connesse alla revisione.

È importante sottolineare che, ai sensi dell'articolo 2, co. 2, del nuovo Allegato II.2-*bis*, quando l'applicazione della revisione dei prezzi non è idonea a garantire il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale e non è possibile garantire il medesimo principio mediante rinegoziazione secondo buona fede, è sempre fatta salva la possibilità per la stazione appaltante o l'appaltatore di invocare la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta del contratto (articolo 1467 cod. civ.). Nelle ipotesi di risoluzione del contratto, si applica l'articolo 122, comma 5, del codice, secondo cui l'appaltatore ha diritto soltanto al pagamento delle prestazioni relative ai lavori, servizi o forniture regolarmente eseguiti.

Il *sesto* ambito di intervento del 'Decreto 209' che si segnala per la sua rilevanza è quello relativo alla disciplina dei *consorzi* (ci si riferisce, in particolare, alle modifiche apportate all'articolo 67 sui *consorzi non necessari*)¹⁹.

Come evidenziato dalla relazione illustrativa al 'Decreto 209', nel corso delle consultazioni con i diversi portatori di interessi erano emersi sul punto - in particolare - tre ordini di criticità:

¹⁸ In tal senso l'Allegato II.4, articolo 11, nuovo comma 4-*bis*.

¹⁹ Sul punto, v. G. GRASSO, *Ambigue dinamiche di qualificazione cumulativa in assetti consortili non necessari tra correzione, interpretazione e transizione: a proposito del nuovo articolo 67 del codice dei contratti pubblici*, in: www.giustizia-amministrativa.it.

- la prima, connessa all'esigenza di fornire chiarimenti in merito al c.d. “*cumulo alla rinfusa*” (inteso quale criterio di possesso e comprova dei requisiti previsti per l'ammissione alle procedure di affidamento da parte dei consorzi stabili);

- la seconda, relativa all'applicazione dell'articolo 67 circa la attestazione dei requisiti generali e speciali da parte di consorzi e consorziate (anche in sede di presentazione delle offerte), con specifico riguardo ai consorzi di cooperative e di artigiani;

- la terza, relativa a talune incertezze emerse in sede applicativa in ordine alla permanenza del divieto per la medesima impresa di partecipare a più di un consorzio stabile.

Al fine di ovviare a tali criticità, il 'Decreto correttivo' è intervenuto a propria volta apportando tre interventi specifici:

- *in primo luogo* (e in senso conforme alla prevalente giurisprudenza - *ex multis*: Cons. Stato, sent. 8592 del 2023 -), si è previsto che i consorzi stabili possano avvalersi dei requisiti maturati dalle singole consorziate, esecutrici e non, al fine di partecipare alle procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture e di conseguire l'attestazione di qualificazione;

- *in secondo luogo* (e al fine di introdurre una ulteriore tutela a favore delle stazioni appaltanti), è stato chiarito che il possesso dei requisiti di qualificazione (attraverso quanto posseduto dall'impresa non designata per l'esecuzione), debba comunque essere in qualche modo “procedimentalizzato” e concretamente comprovato e, dunque, avvenire tramite il ricorso all'istituto dell'avvalimento di cui all'articolo 104 del 'Codice';

- infine, è stato specificato (anche in questo caso, in adesione a prevalenti orientamenti giurisprudenziali) che l'utilizzo dei requisiti in sede di gara deve essere sempre effettivo e realmente corrispondente ad una concreta disponibilità di mezzi, attrezzature e organico.

Il *settimo* ambito di intervento del 'Decreto correttivo' cui si ritiene di dedicare una specifica attenzione riguarda il complesso delle previsioni e degli istituti finalizzati a favorire la partecipazione delle micro, piccole e medie imprese (MPMI) al mercato delle commesse pubbliche.

L'accentuato *favor* che il Legislatore manifesta per le MPMI non rappresenta evidentemente una novità assoluta del 'Decreto 36' e, anzi, si pone in linea di continuità con analoghi orientamenti che avevano già caratterizzato il 'Codice 50' e, prima ancora, l'impianto di fondo dello stesso 'pacchetto appalti/concessioni' UE del 2014²⁰.

²⁰ Sul punto, v. D. CROCCO, *Le nuove direttive sui contratti pubblici. Uno sguardo di insieme*, in: C. Contessa, D. Crocco, *Appalti e concessioni – Le nuove direttive*, Roma, 2015, p. 26, segg.

Basti pensare che già il Considerando 2 della Direttiva 2014/24/UE (c.d. 'Direttiva appalti') - ponendosi oltretutto in linea di continuità con il precedente pacchetto normativo del 2004 -, enuncia in via generale l'obiettivo di "*facilita[re] in particolare la partecipazione delle piccole e medie imprese (PMI) agli appalti pubblici e permettendo ai committenti di farne un miglior uso per sostenere il conseguimento di obiettivi condivisi a valenza sociale*".

Ebbene, il Decreto correttivo del 2024 si pone a propria volta su una linea di continuità con tali obiettivi generali ma si segnala per aver individuato strumenti ulteriori (e in parte innovativi) al fine di conseguirli.

In particolare, il Decreto 209:

- ha ulteriormente rafforzato l'incentivo - già previsto dal 'Codice 36 nella sua originaria formulazione' - per la suddivisione in lotti (ad es., specificando che il lotto quantitativo non debba essere funzionalmente autonomo);

- è intervenuto in materia di subappalto (nuovo articolo 119, co. 2) prevedendo che, nei contratti di subappalto, si debba prevedere una quota riservata, pari al 20 per cento delle prestazioni, in favore delle PMI (a tale previsione si può derogare solo nei casi in cui la stazione appaltante accerti l'impossibilità di applicazione di tali soglie per ragioni legate all'oggetto o alle caratteristiche delle prestazioni o al mercato di riferimento, da motivare nella delibera a contrarre);

- infine, ha introdotto una significativa novità in materia di contratti "riservati" (articolo 61, co. 2-*bis*), prevedendo la possibilità per le S.A. di "riservare" la partecipazione agli affidamenti o l'esecuzione di taluni contratti, al di sotto delle soglie europee, alle MPMI. Si tratta - come osservato nella relazione illustrativa al Decreto - di una facoltà conforme al diritto UE, "*che ovviamente dovrà essere valutata caso per caso dalla stazione appaltante, tenuto conto dell'oggetto e delle caratteristiche delle prestazioni, nonché del mercato di riferimento*".

L'ottavo ambito di intervento del 'Decreto 209' che si segnala per la sua rilevanza è quello relativo alla *fase esecutiva dei contratti di appalto* (Libro II - Parte VI, articoli 113 - 126).

Sotto tale aspetto il Legislatore della novella non ha alterato l'impostazione di fondo delle parti del Codice dedicate alla fase di esecuzione, né ha modificato l'approccio piuttosto sintetico (ed evidentemente non esaustivo) che sin dall'origine le caratterizza. Ciononostante, il Decreto 209 ha introdotto anche in tale ambito alcune innovazioni di indubbio rilievo sistematico e applicativo.

In primo luogo si segnala che l'articolo 42 del Decreto correttivo ha modificato in più punti l'articolo 120 del 'Codice 36', con l'obiettivo (in

larga parte, riuscito) di chiarire e tipizzare con un grado di dettaglio maggiore che in passato le ipotesi che possono consentire l'adozione di varianti contrattuali.

In secondo luogo va segnalata l'introduzione di un istituto ampiamente innovativo (anche se sovente utilizzato nella pratica, pur se in assenza di un solido fondamento normativo), quale l'*accordo di collaborazione* di cui al nuovo articolo 82-bis.

Si tratta - come condivisibilmente chiarito dalla relazione illustrativa al testo - di un accordo plurilaterale che non integra il contratto di appalto o di sub-appalto, ma che *“viene utilizzato per regolare le interrelazioni tra i vari rapporti tra i soggetti che operano nell'esecuzione. In particolare, tale accordo viene stipulato dall'appaltatore con tutte le parti coinvolte in modo significativo nell'esecuzione del contratto (in primo luogo, subappaltatori e sub-contraenti, ma anche fornitori rilevanti), e con il coinvolgimento eventuale anche delle pubbliche amministrazioni che partecipano alla fase approvativa dell'opera, nel caso di appalti di lavori.*

*La ratio sottesa è quella di promuovere una responsabilizzazione di soggetti coinvolti rispetto alla corretta esecuzione dell'appalto, dal punto di vista del rispetto dei tempi di esecuzione, dei costi, nonché della verifica degli adempimenti. Inoltre, l'accordo di collaborazione può essere finalizzato anche al perseguimento di obiettivi collaterali, tra cui il coinvolgimento delle PMI nella fase dell'esecuzione, anche in relazione al criterio di prossimità, nonché la previsione di premialità e penali a carico degli operatori economici esecutori”*²¹.

Nelle prime settimane successive all'emanazione del 'Decreto correttivo' il nuovo istituto ha suscitato un notevole interesse fra gli osservatori. Tuttavia, solo l'esperienza applicativa potrà chiarire se il ricorso ad esso risulterà davvero in grado di favorire il dialogo permanente tra le parti e se, in particolare, potrà contribuire in modo efficace a conseguire gli obiettivi di riduzione del contenzioso e di promozione di comportamenti virtuosi anche nella risoluzione dei problemi sorti fra le parti nella cruciale fase dell'esecuzione.

Il *nono* ambito di intervento del 'Decreto correttivo' cui si ritiene di dedicare una specifica attenzione riguarda la disciplina in materia di collegi consultivi tecnici (CCT), di cui agli articoli da 215 a 219 e di cui all'Allegato V.²²

²¹ Relazione illustrativa, par. 3.8.

²² Sul tema, v. da ultimo F. GOISIS, *Correttivo 2024 e collegio consultivo tecnico: prime osservazioni*, in: www.giustiziainsieme.it. Sull'istituto del CCT In generale, si vedano le

Al riguardo va premesso che, pur emergendo in anni recenti una chiara volontà legislativa nel senso di riconoscere al CCT un'importanza centrale nell'ambito dei rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale, l'atteggiamento tenuto sul punto dal Legislatore si è rivelato spesso ondivago e non ispirato da una chiara linea di indirizzo (il che si è riverberato sulla funzionalità complessiva dell'istituto in quanto tale).

Basti pensare:

- che la legge delega n. 11 del 2016 (articolo 1, comma 1, lettera aaa)) aveva di fatto impedito l'introduzione nell'ordinamento di nuove forme di ADR, fissando per il Governo il vincolo della mera «razionalizzazione dei metodi di risoluzione delle controversie alternativi al rimedio giurisdizionale» (e, in ogni caso, non aveva in alcun modo previsto - almeno, in modo espresso - l'istituzione di nuove forme di ADR);

- che, ciononostante, in sede di esercizio della delega il Governo inserì nell'ambito del Codice 50 del 2016 l'articolo 207 il quale introdusse nell'Ordinamento l'innovativa figura del Collegio consultivo tecnico (CCT). Nell'originaria formulazione del 'Codice' del 2016, il CCT non era tuttavia configurato come forma di risoluzione stragiudiziale delle controversie (ADR) in senso proprio. Ed infatti, il nuovo istituto non era finalizzato a risolvere una controversia in atto (secondo lo schema tipico delle forme di *Alternative Dispute Resolution*), bensì ad impedire – per così dire: *in via anticipata e preventiva* – che una qualunque controversia insorgesse fra le parti;

- che a distanza di appena un anno, però, lo stesso Governo mutò radicalmente il proprio orientamento e, in occasione del 'Decreto correttivo' n. 56 del 2017, dispose la soppressione dell'articolo 207 (e dunque dell'istituto in esame). Questa scelta suscitò le perplessità di alcuni osservatori i quali notarono che, in tal modo, si era deciso di espungere dall'Ordinamento un istituto certamente caratterizzato da profili di interesse (il CCT, appunto) ma senza averne prima saggiato per un periodo adeguato la bontà sostanziale e le eventuali criticità;

- che a distanza di altri due anni il Governo ha nuovamente operato un *revirement* sul tema e, con il D.L. 32 del 2019 (c.d. 'Decreto sblocca-cantieri'), ha re-introdotta la figura del CCT, ma solo fino alla data di entrata in vigore del nuovo 'Regolamento unico' di cui al D.lgs. 50/2016, articolo 216, comma 27-octies. Nel testo del 2019 la costituzione del CCT non era obbligatoria ma restava rimessa alle scelte delle stazioni appaltanti, con decisione da assumere di norma prima dell'avvio di esecuzione. Nell'impianto normativo del 2019 le decisioni del CCT non avrebbero

lucide osservazioni di C. VOLPE, *Il Collegio consultivo tecnico. Un istituto ancora dagli incerti confini*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2020.

mai potuto avere efficacia vincolante per le parti e l'eventuale accordo fra le stesse sulla soluzione suggerita dal Collegio non avrebbe assunto natura transattiva;

- trascorso appena un anno dal 'Decreto sblocca-cantieri' il Governo (con il D.L. 76/2020, articolo 6) è tornato ancora una volta sul tema e, pur senza ripristinare l'articolo 207 del 'Codice 50' - che resta comunque soppresso -, ha introdotto una puntuale disciplina *ad tempus* in materia di CCT, abrogando contestualmente il D.L. 32/2019, articolo 1, commi da 11 a 14. Occorre qui anticipare che le previsioni di cui al D.L. 76 del 2020 rappresentano di certo la base principale su cui è stato conformato l'istituto del CCT nell'ambito del 'Codice 36';

- infine, il D.L. 77/2021 (c.d. '*Decreto Governance PNRR*') ha ulteriormente modificato le previsioni del D.L. 76/2020 (anche se ne ha lasciato sostanzialmente inalterata la struttura di fondo).

Come si è visto, quindi, nel breve volgere di sette anni il Legislatore ha mutato più volte (e talora in modo radicale) il proprio approccio sul tema della disciplina del Collegio Consultivo Tecnico.

Vi è quindi da auspicare che l'impostazione da ultimo impressa dal 'Decreto 36' (e solo in parte minore modificata ad opera del 'Decreto correttivo') resti ora invariata per un tempo sufficientemente lungo da sperimentare in modo adeguato il nuovo istituto (con il quale, a dire il vero, numerosissime stazioni appaltanti non hanno ancora adeguata dimestichezza).

Ora, dal punto di vista delle scelte normative, il 'Correttivo' del dicembre 2024 si è mosso su una linea di sostanziale continuità con il recente passato, in quanto:

- ha modificato (ma solo in parte) gli articoli da 215 a 219 (oltretutto, con l'eccezione dell'articolo 218, in alcun modo inciso dal medesimo 'Correttivo');

- ha integralmente sostituito l'Allegato V.2 (recante '*Modalità di costituzione del Collegio Consultivo Tecnico*'). Tuttavia, da un attento esame comparativo fra il testo del vecchio e del nuovo allegato, emerge che quest'ultimo risulti in larghissima parte riproduttivo dell'originario testo dell'allegato del 2023²³.

Dal punto di vista contenutistico, poi, i (limitati ma comunque rilevanti) interventi apportati dal 'Correttivo' vertono:

- i) sulla natura giuridica delle decisioni rimesse allo stesso Collegio,

²³ Le principali novità del nuovo testo dell'Allegato V.2 consistono nell'introduzione di un nuovo testo dell'articolo 2 (in tema di *requisiti e incompatibilità* per i componenti del Collegio) e del nuovo articolo 8 (in tema di *Segreteria tecnico amministrativa*).

definendo con maggiore livello di dettaglio i casi di pareri e determinazioni obbligatorie (cui è dedicato l'articolo 216, ampiamente riformulato), nonché di determinazioni facoltative (cui è dedicato l'articolo 217, interamente sostituito dalla novella del 2024);

ii) sulla possibile esperibilità, per le medesime questioni, del c.d. 'accordo bonario' In particolare, il rinovellato articolo 216, comma 1, ha escluso la possibilità di ricorrere all'accordo bonario a fronte delle riserve che abbiano già costituito oggetto di una determinazione vincolante del CCT ai sensi dell'articolo 808-ter del c.p.c.;

iii) sulle modalità di computo dei compensi spettanti ai componenti del Collegio (attraverso una ulteriore rimodulazione al ribasso dell'ammontare dei compensi, in particolare per i contratti di più elevato importo)²⁴;

iv) sulle garanzie di indipendenza di giudizio e di valutazione dei componenti del Collegio (anche per ciò che riguarda i componenti designati da ciascuna delle parti, ai quali viene comunque riconosciuto - e in modo più chiaro che nel passato - un ruolo di garanzia e non di rappresentanza di interessi, secondo quanto chiarito dal rinovellato articolo 215, comma 1);

v) sul carattere solo facoltativo dell'istituzione del CCT per gli appalti di servizi e di forniture di importo superiore a un milione di euro (in tal senso la riformulazione dell'articolo 215, comma 1 il quale si distingue rispetto al previgente, che prevedeva invece - per le medesime ipotesi - il carattere obbligatorio dell'istituzione del Collegio). L'intervento da ultimo apportato palesa un orientamento di politica legislativa chiaramente volto a concentrare la valenza e l'operatività dell'istituto del CCT sugli appalti di lavori, rendendone invece soltanto facoltativa l'istituzione per le altre tipologie di appalti.

Di indubbio interesse è, poi, la nuova disciplina relativa al regime temporale di operatività delle disposizioni in materia di CCT.

In particolare:

- così come il Legislatore del 2023 (con l'articolo 224, comma 1 del nuovo 'Codice' - nella sua originaria formulazione -) aveva manifestato una grande fiducia nei confronti dell'istituto, rendendone di fatto obbligatoria l'applicazione anche per i Collegi istituiti nella vigenza del 'Codice

²⁴ In particolare, il rinovellato articolo 1, comma 4 dell'Allegato V.2 al 'Codice 36' opera una riduzione dell'importo dei compensi massimi erogabili ai componenti del CCT per il caso di contratti di importo superiore a 1.000 milioni di euro, attraverso una particolare tecnica di sostanziale integrazione degli importi massimi di cui all'articolo 6, comma 7-bis del decreto-legge n. 76 del 2020 (il quale resta, sotto ogni altro profilo, invariato).

50'

- allo stesso modo, il Legislatore della novella del 2024 palesa una analoga fiducia nei confronti delle modifiche apportate dal 'Correttivo', riconoscendo alle stesse una valenza sostanzialmente retroattiva (*i.e.*: l'idoneità a trovare applicazione anche per i Collegi istituiti prima dell'entrata in vigore del D.lgs. 209 del 2024 - in tal senso il nuovo articolo 225-*bis*, comma 5 del 'Codice -')²⁵.

Il *decimo* (e ultimo) ambito di intervento del 'Decreto 209' che si ritiene di segnalare per la sua notevole rilevanza sistematica e pratica è quello relativo alla *disciplina esecutiva e attuativa* del 'Codice 36'.

Sotto tale aspetto, il Legislatore del 2023 (*rectius*: la Commissione speciale del Consiglio di Stato che aveva delineato le linee di fondo del nuovo 'Codice' e ne aveva redatto la prima bozza di articolato) era consapevole del vero e proprio fallimento che aveva caratterizzato il 'Codice 50' proprio per quanto riguarda l'approccio al tema della disciplina esecutiva e subprimaria.

In particolare, nell'intero arco della sua - peraltro breve - vigenza (circa sette anni) quel Codice aveva sempre scontato alcune incertezze di fondo nelle scelte iniziali relative alla disciplina subprimaria, nonché le conseguenze di alcune discutibili scelte normative (peraltro, perseguite senza la necessaria determinazione).

In particolare (richiamando qui in estrema sintesi i termini di un dibattito che ha accompagnato di fatto l'intera esistenza del 'Codice 50') ci si limita qui a ricordare che quel Codice:

- aveva ritenuto di poter fondare l'intera questione dell'applicazione codicistica su una nozione (quella di *soft regulation*) quanto mai incerta nei suoi contorni di fondo (e comunque, inadatta e regolare un settore -

²⁵ Sotto tale aspetto, tuttavia, desta alcune perplessità di ordine sistematico la scelta del Legislatore del 2024 di consentire alle parti una sorta di '*opting out*' rispetto all'operatività delle nuove disposizioni in materia di CCT semplicemente attraverso un'espressione di volontà in senso contrario. In tal senso, in particolare, depone il richiamato articolo 225-*bis*, comma 5, secondo cui «le disposizioni di cui agli articoli da 215 a 219 e all'allegato V.2, la cui entrata in vigore coincide con la data di entrata in vigore della presente disposizione si applicano, in assenza di una espressa volontà contraria delle parti, anche ai collegi già costituiti ed operanti alla medesima data, ad eccezione di quelli relativi ai contratti di servizi e forniture già costituiti alla data di entrata in vigore della presente disposizione». Del resto la disposizione non fissa un termine entro il quale le parti possono esprimere in concreto tale volontà contraria, in tal modo determinando il potenziale rischio di perpetuare a tempo indefinito l'incertezza in ordine al regime normativo effettivamente applicabile al singolo Collegio.

come quello della contrattualistica pubblica - quanto mai bisognoso di regole applicative certe);

- aveva puntato in modo forse eccessivo sullo strumento della regolazione dell'ANAC attraverso l'innovativa figura delle Linee guida (una figura a propria volta di incerta collocazione sistematica e di cui - non a caso - il Legislatore della delega del 2022 ha di fatto sancito il superamento);

- aveva mirato (ma senza riuscirci) al contestuale superamento dello strumento - per così dire - 'tradizionale' dei decreti ministeriali di natura regolamentare (articolo 17, comma 3 della legge n. 400 del 1988)²⁶

Quando poi, nel 2019, il Legislatore diede atto del complessivo fallimento del sistema di regolazione subprimaria delineato dalla delega del 2016 e tentò (attraverso una decisa *'virata normativa'*) il ritorno alla figura tradizionale del 'regolamento unico'²⁷, l'operazione si rivelò tardiva ed estremamente ardua, fino a non produrre - come è noto - alcun risultato concreto.

Come è noto, il Legislatore del 2023 si è mosso nella consapevolezza delle difficoltà connesse alla contestuale elaborazione di un Codice e del relativo regolamento di attuazione/integrazione, ma con la chiara volontà di non ripetere gli errori commessi nella vigenza del 'Decreto 50'.

In particolare, gli estensori del nuovo 'Codice' hanno profuso ogni sforzo al fine di consentire che lo stesso fosse corredato sin dall'inizio di tutto il necessario apparato di regole applicative (in tal modo evitando il ripetersi del fenomeno di grande scostamento temporale fra l'adozione del Codice e quella del relativo regolamento che, ad esempio, aveva caratterizzato il 'Codice de Lise' del 2006)²⁸.

²⁶ Come fu osservato dal Consiglio di Stato nel parere sullo schema di decreto (che in seguito sarebbe divenuto il 'Codice 50' - Commissione speciale, atto n. 855 del 1° aprile 2016), il testo normativo in parola non comportava affatto l'auspicato superamento del tradizionale strumento dei regolamenti ministeriali (al contrario, era prevista l'adozione di ben diciassette decreti da parte del solo Ministero delle infrastrutture e dei trasporti), in tal modo determinando una sorta di impropria - e complessa - convivenza fra lo strumento delle linee guida e quello dei regolamenti ministeriali. Sul punto sia consentito richiamare le considerazioni svolte in C. CONTESSA, *La regolazione subprimaria nel nuovo codice dei contratti*, in: *Il Libro dell'anno del diritto*, Treccani, Roma, 2017.

²⁷ Ci si riferisce all'articolo 1 del decreto-legge n. 32 del 2019 (c.d. '*Decreto sblocca-cantieri*') il quale introdusse nell'ambito del 'Codice 50' un nuovo articolo 216, comma 27-*octies*, finalizzato all'adozione di un regolamento unico (regolamento che avrebbe dovuto essere adottato entro il dicembre dello stesso 2019 ma che, come è noto, non ha mai visto la luce).

²⁸ È noto al riguardo che il regolamento di attuazione/integrazione al 'Codice' 163 del 2006 fu adottato solo a circa quattro anni di distanza, attraverso il d.P.R. n. 207 del 2010.

Come è noto, tale obiettivo è stato conseguito attraverso l'innovativo approccio agli allegati al Codice (allegati che, all'atto della loro emanazione, ne condividono la natura di disposizioni di natura primaria ma dei quali - attraverso una '*clausola di flessibilizzazione*' - è prevista la sostituzione attraverso altrettanti decreti ministeriali di natura regolamentare).

È noto, del resto, che nei primi due anni circa di vigenza del nuovo 'Codice', il Governo non si è di fatto mai avvalso della possibilità di operare la sostanziale delegificazione della disciplina attuativa, pure espressamente prevista dallo stesso 'Codice 36'.

Alla vigilia del Decreto correttivo del 2024, quindi, era ancora pressoché intatto l'intero, originario apparato di disposizioni attuative (consistente in 38 allegati di contenuto attuativo, di natura primaria e suscettibili di sostanziale delegificazione, in concreto mai operata).

Ebbene le scelte operate sul punto dal Legislatore del 'Correttivo' si sono mosse essenzialmente in cinque direzioni:

i) in primo luogo si è scelto di lasciare sostanzialmente invariata l'impostazione di fondo impressa nel corso del 2023 sul tema delle disposizioni attuative al 'Codice' (perpetuando l'opzione per un sistema fondato su diversi allegati rispetto a quella per il regolamento unico);

ii) in secondo luogo si è deciso di accorpare in un unico articolo (il nuovo articolo 226-*bis*) l'intero novero delle disposizioni che prevedono la delegificazione in senso sostanziale degli allegati, in tal modo superando la frammentazione che caratterizzava l'originaria formulazione del Codice;

iii) in terzo luogo si è deciso di differenziare le modalità di delegificazione degli allegati (in particolare, il nuovo articolo 226-*bis* individua solo due casi in cui la delegificazione potrà essere operata con un regolamento statale governativo ai sensi dell'articolo 17, comma 1 della legge n. 400 del 1988, mentre in tutti gli altri casi la stessa potrà essere operata con un regolamento ministeriale ai sensi dell'articolo 17, comma 3 della stessa legge n. 400);

iv) in quarto luogo si è deciso di mantenere la possibilità dell'emanazione - in futuro - di un regolamento attuativo unico (in tal senso l'alinea del nuovo articolo 226-*bis*), in tal modo superando le perplessità manifestate sul punto del Consiglio di Stato nel parere del 2 dicembre 2024²⁹. Ad

²⁹ Si legge al riguardo nella relazione illustrativa al Decreto 209 che «*non si comprende, invero, la preoccupazione del Consiglio di Stato in merito al rischio che, in tal caso, "la relativa procedura diverrebbe divergente dalla previsione dell'attuale fonte primaria ed entrerebbe in un'area di inammissibile atipicità" posto che l'eventuale accorpamento avverrebbe – si ribadisce – nel rispetto della procedura già prevista dal codice, che richiama l'articolo 17 della legge n. 400 del 1988 (commi 2 e 3) e con il coinvolgimento*

avviso di chi scrive, tuttavia, il dibattito in questione sembra assumere una valenza più sistematica che pratica, atteso che ben difficilmente si potrà superare l'attuale sistema di frammentazione degli allegati (né risultano allo stato iniziative finalizzate a tale obiettivo - *i.e.*: alla predisposizione di un regolamento unico -);

v) in quinto luogo, non solo si è ritenuto di confermare l'articolato sistema degli allegati delineato dal legislatore delegato nel 2023, ma si è altresì deciso di operare ancora una volta attraverso la sostanziale legificazione del relativo contenuto (basti pensare che, degli originari trentotto allegati al 'Codice', la stragrande maggioranza sono stati modificati - e quindi, consolidati nella loro impostazione primaria ad opera del 'Decreto correttivo' - mentre lo stesso Decreto n. 209 ha introdotto alcuni allegati totalmente nuovi, anch'essi con l'iniziale valenza di fonte primaria)³⁰. In tal modo operando, il Legislatore della novella del 2024 ha operato una sorta di *ri-legificazione della disciplina attuativa, sia pure in vista della sua (possibile e futura) de-legificazione*. Ma è evidente che il *modus procedendi* seguito dal Legislatore delegato nel dicembre del 2024 produca l'effetto di allontanare nel tempo (e non certo di avvicinare) il momento in cui si procederà all'effettiva (e, a questo punto, soltanto possibile) de-legificazione degli allegati.

Al di là di qualunque giudizio di valore sulla qualità della tecnica legislativa adottata sul punto nel corso del 2023 (e, di fatto, confermata e rafforzata nel dicembre del 2024), appare piuttosto evidente che la stessa sia fondata su pure - e in gran parte condivisibili - valutazioni di *Realpolitik*.

Fermo restando, infatti che la - pur sussistente - possibilità di elaborare un regolamento unico appare allo stato più che remota (e che, quindi, il sistema dei diversi allegati sembra destinato ad operare per numerosi anni a venire), non può che registrarsi una scelta di politica legislativa secondo cui l'apparato di regole applicative del 'Codice' viene fondato (e resterà a lungo fondato) su un articolato novero di allegati che condividono con il 'Codice' la valenza di disposizioni di carattere primario.

Anche la possibilità di procedere in futuro alla delegificazione di singoli allegati risulta allo stato piuttosto remota (e, in ogni caso, la stessa viene resa meno urgente e, di fatto, *'spostata in avanti nel tempo'* per effetto della corposa attività di revisione operata dallo stesso 'Decreto correttivo').

dei soggetti coinvolti, siano essi proponenti o concertanti o coinvolti a vario titolo nella fase procedimentale».

³⁰ Si pensi, solo a mo' di esempio, al nuovo allegato I.01, attuativo della previsione dell'articolo 11 del 'Codice' sul tema dell'individuazione del CCNL applicabile alle lavorazioni relative a ciascun contratto di appalto.

Ne emerge, per quanto riguarda la definizione dell'apparato di regole applicative ed esecutive del nuovo 'Codice', un complessivo disegno normativo il quale (pur non escludendo *de futuro* la possibilità del ritorno alla figura del regolamento unico, ovvero la possibilità della delegificazione di singoli allegati), finisce per 'blindare' (*qui ed ora* e in modo molto pragmatico) un sistema di allegati di valenza sostanzialmente primaria.

Ad avviso di chi scrive, il sistema in tal modo delineato (e consapevolmente mantenuto inalterato dal Legislatore del 'Decreto correttivo'), pur palesando alcuni aspetti di perplessità dal punto di vista sistematico, presenta nondimeno evidenti punti di forza. In particolare, esso ha dimostrato nell'ultimo biennio circa l'evidente *valore della concretezza* e (nonostante appaia suscettibile di alcune limitate modifiche) si ritiene che lo stesso accompagnerà a lungo l'operatività del nuovo 'Codice' (forse addirittura, per la sua intera vita operativa).

4. Conclusioni

All'indomani del Decreto legislativo n. 209 del 2024 sembrano ormai sussistere le condizioni affinché il sistema normativo italiano sulla contrattualistica pubblica possa contare su un periodo ragionevolmente lungo di sostanziale '*moratoria normativa*', lasciando finalmente che questo cruciale settore del diritto e dell'economia pubblica venga consegnato - quale imprescindibile strumento di lavoro - ai suoi destinatari finali (le amministrazioni pubbliche, le imprese e i professionisti del settore). Sembrano inoltre sussistere le condizioni affinché possa essere in futuro evitata la tentazione di continui interventi del Legislatore il quale, pur se mosso spesso da condivisibili intenzioni, finisce spesso per incrementare (piuttosto che per risolvere) l'immanente stato di incertezza che da alcuni lustri caratterizza il settore.

Guardando la questione con la necessaria dose di realismo (e, per così dire, di disincanto) non è ragionevolmente pensabile che il 'Codice 36' possa proiettarsi nel futuro per un tempo sostanzialmente indefinito (come avviene, ad esempio in settori dell'Ordinamento quali la disciplina della navigazione o dei beni culturali e del paesaggio, in cui a fronte di un *corpus* normativo ormai sostanzialmente consolidato vengono di tempo in tempo apportati soltanto interventi di carattere puntuale).

Ed infatti, la materia della contrattualistica pubblica risulta troppo frastagliata e coinvolge aspetti troppo ampi e differenziati per ritenere che la stessa possa consolidarsi - e, per così dire, *cristallizzarsi* - in un determinato momento storico.

Inoltre, numerosi dei suoi aspetti risultano profondamente influenzati da variabili in continua evoluzione (come quelle tecnologiche nell'ambito dell'*e-procurement*) ovvero da dinamiche non preventivabili *a priori* (come quelle di carattere sociale, ambientale o relative alle pari opportunità).

E ancora, poiché il settore normativo in esame risulta in larga parte influenzato da scelte di carattere esogeno (in particolare, da quelle rinvenienti dall'Ordinamento unionale), è evidente che il Legislatore nazionale non disponga di tutte le leve decisionali che sarebbero necessarie al fine di assicurare allo stesso una stabilità idonea a proiettarsi nel lungo periodo.

Quindi, per restare nell'ambito di quanto realisticamente possibile, si ritiene che un risultato auspicabile potrebbe essere quello di garantire al nuovo 'Codice' un periodo di sostanziale stabilità che duri per almeno un lustro circa (o almeno, fino al momento in cui gli impulsi provenienti dall'Ordinamento UE - *i.e.*: il prossimo '*pacchetto normativo*' - non imporranno alcuni rilevati cambiamenti di rotta).

Si tratta di un *obiettivo minimo* concreto, possibile e ragionevole, che presenterebbe nondimeno il grande vantaggio di consentire agli operatori del settore di poter contare su un quadro di regole stabile per un periodo inusualmente lungo, almeno per gli *standard* nazionali.

Ad avviso di chi scrive, sussistono al momento alcuni elementi i quali sembrano deporre nel senso di rendere finalmente possibile questo obiettivo (ambizioso, seppur minimo): basti pensare alla sostanziale condivisione da parte del Governo in carica dell'impostazione di fondo del testo e dei suoi stessi principi ispiratori, all'assenza - allo stato - di contestazioni da parte della Commissione europea relative ad istituti di cruciale importanza, nonché al sostanziale consolidamento dell'impianto codicistico anche per quanto riguarda il tema (pratico - e quindi di centrale importanza -) delle regole di carattere applicativo e subprimario.

Solo se si potrà contare su un adeguato - e auspicabile - periodo di stabilità normativa il nuovo 'Codice' potrà essere valutato in modo concreto e ponderato nella sua effettiva capacità innovativa e nella sua idoneità a rappresentare un punto di riferimento stabile in un settore di vitale importanza per lo sviluppo economico del Paese.