

Il principio del risultato come “stella polare” dell’azione amministrativa.

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. Il nuovo codice dei contratti pubblici e la rilevanza dei principi. 3. Le origini del principio del risultato. 4. Dalla visione pro-concorrenziale alla visione neo-contabilistica. 5. Il principio del risultato. 6. La funzione ordinante e nomofilattica e la collaborazione con la fiducia. 7. Il principio del risultato nelle prime applicazioni. 8. Considerazioni conclusive.

DI GIUSEPPE TROVATO

ABSTRACT: Il lavoro propone una disamina del nuovo principio propulsore del codice degli appalti: il principio del risultato. Questo principio viene analizzato alla luce delle disposizioni normative del nuovo codice dei contratti pubblici, con un focus particolare sulla rilevanza dei principi che lo guidano. Successivamente, si analizzerà il nuovo codice dei contratti pubblici, evidenziando la rilevanza dei principi fondamentali come la legalità, la concorrenza e la trasparenza. Si esploreranno le origini del principio del risultato, per comprendere meglio le sue radici storiche e teoriche.

Il cuore del lavoro sarà dedicato al principio del risultato, esaminato sia in sé sia in relazione ai principi di legalità, concorrenza e trasparenza. Verrà inoltre approfondita la funzione ordinante e nomofilattica di questo principio, insieme alla collaborazione basata sulla fiducia. Infine, si considereranno le prime applicazioni pratiche del principio del risultato, per valutarne l’efficacia e l’impatto. Il lavoro si concluderà con delle considerazioni finali che sintetizzeranno le principali osservazioni emerse dall’analisi.

ABSTRACT: *This paper proposes an examination of the new guiding principle of the procurement code: the result principle. This principle is analysed in the light of the regulatory provisions of the new public contracts code, with a particular focus on the relevance of the principles that guide it. Next, the new public contracts code will be analysed, highlighting the relevance of fundamental principles such as legality, competition and transparency. The origins of the result principle will be explored to better understand its historical and theoretical roots.*

The core of the work will be devoted to the result principle, examined both in itself and in relation to the principles of legality, competition and transparency. The ordering and nomofilactic function of this principle will also be explored, along with trust-based cooperation. Finally, initial practical applications of the result principle will be considered in order to assess its effectiveness and impact. The paper will conclude with final considerations summarising the main observations that emerged from the analysis.

1. Premessa.

Il presente lavoro propone una disamina del nuovo principio propulsore introdotto dal codice degli appalti pubblici: il principio del risultato. Analizzare il principio del risultato è necessario per diverse ragioni. Innanzitutto, per comprendere appieno le trasformazioni in atto nel diritto dei contratti pubblici e per assicurare che tutti gli at-

tori coinvolti possano operare in modo coerente ed efficace all'interno del nuovo quadro normativo. In secondo luogo, l'ingresso di tale principio nel nostro ordinamento sembra poter determinare un significativo cambiamento nell'azione amministrativa aprendo nuovi scenari per le future pronunce del giudice amministrativo. Esso, infatti, incarna un cambiamento di prospettiva considerevole nella gestione degli appalti pubblici, orientando l'azione amministrativa verso il conseguimento di risultati concreti, misurabili e verificabili, che vanno oltre il rispetto formale delle procedure. Comprendere la pienezza di questo principio è cruciale per garantire che le amministrazioni pubbliche e tutti gli operatori possano adottare un approccio più efficiente e orientato ai risultati, migliorando la qualità dei servizi offerti ai cittadini "con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza".

Com'è noto, il nuovo codice degli appalti nasce dalla necessità di chiarire e decifrare una normativa complessa e frammentata che ha generato nel tempo grande confusione tra gli operatori del settore. Ci si chiede se l'introduzione del principio del risultato potrà contribuire a creare un sistema di appalti pubblici più organico, chiaro, unitario, trasparente e in linea con gli *standard* europei.

L'analisi si concentrerà, dapprima, sulle disposizioni normative del nuovo codice dei contratti pubblici, con un *focus* particolare sulla rilevanza dei principi che lo guidano. La trattazione inizierà con una premessa che contestualizzerà l'importanza del tema.

Successivamente, si analizzerà il nuovo codice dei contratti pubblici, evidenziando la rilevanza dei principi fondamentali come la legalità, la concorrenza e la trasparenza. Si esploreranno le origini del principio del risultato, per comprendere meglio le sue radici storiche e teoriche.

Il cuore del lavoro sarà dedicato al principio del risultato, esaminato sia in sé sia in relazione ai principi di legalità, concorrenza e trasparenza. Verrà inoltre approfondita la funzione ordinante e nomofilattica di questo principio, insieme alla collaborazione basata sulla fiducia.

Infine, si considereranno le prime applicazioni pratiche del principio del risultato, per valutarne l'efficacia e l'impatto. Il lavoro si concluderà con delle considerazioni finali che sintetizzeranno le principali osservazioni emerse dall'analisi.

2. Il nuovo codice dei contratti pubblici e la rilevanza dei principi.

Parlare dei principi nel contesto giuridico è un'attività che richiede una comprensione profonda e un inquadramento accurato per evitare deviazioni verso altri campi della dogmatica legale. Nei discorsi giuridici, l'argomento dei principi emerge con frequenza e insistenza, evidenziando il loro ruolo cruciale nell'ordinamento. Per comprendere appieno il concetto di "principio" possiamo attingere dalla definizione fornita dall'Enciclopedia Treccani. Originato dal latino "*Principium*", il quale significa "primo da qui", il termine abbraccia una vasta gamma di significati, tra cui "l'atto e il fatto di cominciare" e "l'inizio". Tuttavia, nel contesto giuridico, si riferisce alle norme esplicite o implicite dell'ordinamento, che riflettono i suoi criteri e valori fondamentali⁽¹⁾.

Questi principi generali dell'ordinamento giuridico vengono utilizzati dagli interpreti e dagli operatori del diritto come punto di riferimento nella risoluzione delle con-

1 F. SAIITA, *I principi generali del nuovo Codice dei contratti pubblici (Relazione al Seminario di studi su: «Il diritto dei contratti pubblici alla luce del nuovo Codice» - Cosenza, 16 maggio 2023)*, disponibile su www.giustiziansieme.it, 2023, 1 ss..

troversie e nella formulazione delle decisioni⁽²⁾. L'integrazione dei principi nei codici e nelle codificazioni legali risale a periodi storici significativi, come le codificazioni ottocentesche europee. In quei tempi di trasformazione sociale e politica, i giuristi si sono trovati di fronte alla necessità di creare sistemi giuridici coerenti e organizzati. L'introduzione dei principi nei codici ha rappresentato un passo importante verso la modernizzazione e l'unificazione del diritto.

I principi sono spesso distinti in due categorie principali: principi generali e principi specifici. I principi generali sono concetti ampi e astratti che riflettono i valori fondamentali della giustizia e dell'equità. Essi forniscono una guida generale per l'interpretazione e l'applicazione delle leggi in diversi contesti giuridici. D'altra parte, i principi specifici sono più dettagliati e mirati, applicandosi a situazioni particolari o settori specifici del diritto.

Oltre ai principi statuari incorporati nei codici, vi sono anche i principi giurisprudenziali, che derivano dalle decisioni dei tribunali e dalla prassi legale. Questi principi, sebbene non codificati formalmente, possono avere un impatto significativo sull'interpretazione e l'applicazione delle leggi, contribuendo alla formazione del cosiddetto "diritto vivente".

Nel contesto contemporaneo, l'evoluzione tecnologica e la globalizzazione hanno reso necessaria una revisione e un adattamento costante dei principi giuridici. I principi giuridici sono sempre più utilizzati come strumento per armonizzare le leggi nazionali e internazionali, facilitando la cooperazione transnazionale e la risoluzione delle controversie internazionali.

In sintesi, i principi nei codici e nelle codificazioni legali svolgono un ruolo cruciale nella creazione di un sistema giuridico coerente ed equo. Essi rappresentano il fondamento su cui si basa il diritto, fornendo una guida per l'interpretazione e l'applicazione delle leggi in diverse circostanze e contesti. La continua evoluzione dei principi giuridici riflette la natura dinamica del diritto e la sua capacità di adattarsi ai cambiamenti sociali e tecnologici.

Nel linguaggio giuridico comune, si fa spesso riferimento a termini quali "principi generali del diritto", "principi dell'ordinamento giuridico", "principi fondamentali", "principi direttivi", "principi informativi" o "principi regolatori". Questi termini, sebbene con sottili differenze, sono utilizzati per descrivere concetti essenziali che orientano l'interpretazione e l'applicazione del diritto.

I principi del diritto svolgono ruoli fondamentali, come delineato dal filosofo Norberto Bobbio. In primo luogo, essi hanno una funzione interpretativa, facilitando la comprensione e l'attribuzione di significato alle disposizioni legislative. In secondo luogo, assolvono una funzione integrativa, colmando le lacune normative quando le controversie non possono essere risolte tramite analogia, come previsto dall'articolo 12 delle preleggi del codice civile. Inoltre, i principi esercitano una funzione direttiva, imponendo significati che sovrastano le altre norme, e una funzione limitativa, escludendo interpretazioni di norme subordinate non conformi ai principi stessi.

Montedoro ha osservato che tutte queste funzioni sono intrinseche all'atto interpretativo, conferendogli un carattere creativo. Questo si collega alla visione tradizionale, secondo cui l'individuazione dei principi generali costituisce l'essenza della co-

2 R. CAVALLO PERIN, *I principi come disciplina giuridica del pubblico servizio tra ordinamento interno ed ordinamento europeo*, Diritto Amministrativo, 2000, 41 ss.: "[i] principi dell'ordinamento giuridico si affermano in ogni caso, al vertice del sistema e all'occorrenza in ogni gradino della gerarchia delle fonti, per la risoluzione di conflitti non compiutamente risolti dalle norme scritte, in ragione dell'unità e per l'esistenza di un ordinamento. Unità che non è un a priori, ma ogni qualvolta ricercata, ridefinita, ritrovata su nuove basi, su nuovi contenuti, su nuove tensioni, su nuovi interessi (valori); unità sempre ristabilita (*ex post*); unità che vale dunque sintesi degli interessi (complessità) e "continuità" nel processo di innovazione del diritto obiettivo, unità che tuttavia non è uniformità".

struzione del diritto vivente, compito della dottrina e della giurisprudenza. Mentre la creazione delle norme è prerogativa del legislatore, l'individuazione dei principi è affidata agli interpreti del diritto. Attraverso lo *ius non scriptum*, ossia il diritto non codificato, si completa l'ordinamento giuridico e si garantisce una tutela esaustiva degli interessi che altrimenti non troverebbero adeguata collocazione nel testo normativo scritto.

Non sorprende che l'attività nomofilattica delle magistrature superiori, ossia il loro ruolo nel garantire l'interpretazione uniforme del diritto, si realizzi attraverso l'enunciazione dei "principi di diritto". Questo è sancito da specifiche disposizioni del codice di procedura civile e di altri regolamenti, come l'articolo 374, comma 4, c.p.c., l'articolo 99, comma 4, c.p.a., e l'articolo 117 c.g.c., rispettivamente per le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato e le Sezioni Riunite della Corte dei Conti.

Secondo un'altra prospettiva, proposta da Betti, il legislatore è incaricato di identificare almeno i principi programmatici, ossia quelle regole d'azione vincolanti che orientano l'attività legislativa.

I principi giurisprudenziali possono essere distinti in diverse categorie: quelli stabiliti dalla Corte Costituzionale, con funzione ordinante; quelli emanati dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, con funzione armonizzante; e quelli delle magistrature superiori, con funzione nomofilattica, come indicato da Alpa.

I principi stabiliti dalla Corte Costituzionale, in quanto espressione della Carta fondamentale, sono imperativi per legislatori e giudici, che devono conformarsi ad essi. Analogamente, i principi della Corte di Giustizia dell'Unione Europea garantiscono l'interpretazione uniforme del diritto europeo in tutti i paesi membri, essendo considerati fonti del diritto unionale.

Particolarmente rilevante è l'azione nomofilattica delle magistrature superiori, che assicura la conformità delle decisioni giudiziarie ai principi generali dell'ordinamento, esercitando una significativa influenza sull'operato degli altri giudici, pur non creando precedenti vincolanti.

Nel campo del diritto amministrativo, i giudici amministrativi vantano una lunga tradizione nell'individuazione dei principi, motivata da ragioni sostanziali e processuali. Sotto il profilo sostanziale, la discrezionalità amministrativa è disciplinata non solo da norme specifiche, ma anche da principi generali quali l'imparzialità e la buona amministrazione, sanciti dall'articolo 97 della Costituzione. Dal punto di vista processuale, il sindacato sull'eccesso di potere legittima i giudici a identificare figure sintomatiche basate su principi generali.

Questo ha portato allo sviluppo di una giurisprudenza volta a controllare l'uso della discrezionalità amministrativa, configurando la violazione di un principio come un eccesso di potere. Le figure sintomatiche di questo vizio, non essendo tassative, costituiscono un catalogo aperto che il giudice può aggiornare in base all'evoluzione dell'ordinamento giuridico e della società, come osservato da Cardi-Cognetti.

La codificazione dei nuovi principi⁽³⁾, nel nuovo codice degli appalti (Decreto Legislativo 31 marzo 2023, n. 36), rappresenta sicuramente la scelta più "innovativa, forte e

3 Nella Relazione agli articoli e agli allegati al Codice dei contratti pubblici si sottolinea che "I principi generali di un settore esprimono (...) valori e criteri di valutazione immanenti all'ordine giuridico che hanno una memoria del tutto che le singole e specifiche disposizioni non possono avere, pur essendo ad esso riconducibili. I principi sono inoltre caratterizzati da una prevalenza di contenuto deontologico in confronto con le singole norme, anche ricostruite nel loro sistema, con la conseguenza che essi, quali criteri di valutazione che costituiscono il fondamento giuridico della disciplina considerata, hanno anche una funzione genetica (nomogenetica) rispetto alle singole norme".

consapevole⁽⁴⁾ fatta dalla commissione speciale del Consiglio di Stato, presieduta dal presidente Franco Frattini e coordinata dal presidente Luigi Carbone.

L'introduzione, all'interno del codice, di una parte generale dedicata a 12 principi fondamentali di carattere generale è finalizzata, a ben ritenerne dai redattori⁽⁵⁾, a costruire un sistema normativo armonico, organico ed unitario, che possa avviare alla frammentarietà delle norme di settore e migliorarne radicalmente la loro comprensione dandone una nuova chiave di lettura interpretativa⁽⁶⁾. Questi principi rappresentano per le stazioni appaltanti, gli operatori economici, i cittadini e i giudici "la stella polare"⁽⁷⁾ per la loro attività con un triplice obiettivo: semplificare a livello amministrativo incentivando la discrezionalità della pubblica amministrazione⁽⁸⁾, semplificare a livello normativo e favorire l'integrazione europea.

Inserire una parte dedicata ai principi ha sollevato, secondo i primi commentatori del nuovo codice, considerazioni e questioni di carattere generale, che riguardano la distinzione tra regole e principi, il compito affidato al legislatore e quello proprio dell'interprete, nonché, la funzione "mediatica" dei principi. Tra i commentatori più attenti⁽⁹⁾, c'è chi si è impegnato in una rivisitazione e analisi del passato, ricordando come, al momento della stesura del Codice civile, l'idea di codificare i principi generali dell'ordinamento giuridico fascista, proposta dai giuristi più compromessi con il regime, si caricò di chiari intenti politici e demagogici. Nel convegno di Pisa del 1940⁽¹⁰⁾, coloro che difendevano un approccio più tecnico e apparentemente neutrale alla materia riuscirono a prevalere, garantendo così la sopravvivenza del nuovo codice anche dopo la caduta del regime fascista.

Durante il convegno, mentre la maggior parte dei giuristi civilisti sosteneva ancora la tesi tradizionale secondo cui i principi generali erano solo impliciti e non espressamente formulati dal legislatore, altri, come Crisafulli, sottolineavano che potevano esistere principi generali formulati esplicitamente dal legislatore, aventi la stessa natura dei primi. Da quel momento in poi, il vero problema principale divenne quello di stabilire se la qualificazione legislativa dei principi fosse sempre vincolante per l'interprete o se il carattere di principio generale, pur indicato dal legislatore, dovesse essere confermato attraverso un giudizio apposito⁽¹¹⁾.

È importante notare che nessuno dei quattro codici del Novecento, inclusi l'ultimo del 1988, ovvero il codice di procedura penale, contiene una sezione dedicata esclusivamente ai principi. A differenza della Costituzione del 1948, i cui primi dodici articoli costituiscono un preambolo denominato «Principi Fondamentali», che comprende non solo principi relativi alla sovranità popolare, alla dignità umana, all'uguaglianza,

4 L. CARBONE, *La scommessa del "Codice dei contratti pubblici" e il suo futuro, Relazione introduttiva al Convegno dell'Istituto Jemolo, Il nuovo codice degli appalti - La scommessa di un cambio di paradigma: dal codice guardiano al codice volano?*, disponibile su www.giustizia-amministrativa.it, 2023, 12.

5 Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della Legge 21 giugno 2022, n. 78, recante Delega al Governo in materia di contratti pubblici, disponibile su www.giustizia-amministrativa.it.

6 B. N. ROMANO, *L'inattesa evoluzione della buona fede: la "fiducia" nel nuovo Codice dei contratti pubblici. Prime riflessioni*, su *Nuove Autonomie*, n. 2/2023, 767 ss..

7 L. CARBONE, *La scommessa del "Codice dei contratti pubblici" e il suo futuro*, cit., 12.

8 M.R. SPASIANO, *Codificazione di principi e rilevanza del risultato*, in C. CONTESSA e P. DEL VECCHIO (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, ES, Napoli, 2023, 49 ss..

9 H. SIMONETTI, *Principio del risultato e gerarchia degli interessi nel nuovo codice dei contratti pubblici (Relazione al corso di formazione per magistrati amministrativi di prima nomina, Roma 11 settembre 2023)*, su *Judicium*, 2023, 1 ss..

10 Il convegno Pisano ripreso da G. MONTEDORO *La funzione nomofilattica e ordinante e i principi ispiratori del nuovo codice dei contratti pubblici*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2023, 8 ss..

11 Sull'argomento: S. BARTOLE, *Principi del diritto* (dir. cost.), in *Enc. dir.*, XXXV, 494 ss.; N. BOBBIO, *Principi generali del diritto*, in *Noviss. Dig. It.*, XIII, 1966, 887 ss.; V. CRISAFULLI, *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1941, 41 ss.; A. FALZEA, *I principi generali del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, 455 ss.; F. MODUGNO, *Principi generali dell'ordinamento giuridico*, in *Enc. giur.* Treccani, XXIV, 1991; P. RESCIGNO, *Sui principi generali del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, 379 ss..

al lavoro, all'unità e all'indivisibilità della Repubblica, alla religione e alla cultura, ma anche disposizioni relative ai colori della bandiera italiana.

Nel diritto amministrativo i principi hanno sempre avuto un ruolo predominante. Non può che prendersi in considerazione la legge sul procedimento amministrativo e i principi generali contenuti in essa legati all'attività amministrativa racchiusi nell'articolo 1; come anche il codice del processo amministrativo i cui primi tre articoli presentano i principi generali su effettività, giusto processo, ragionevole durata e sinteticità.

È bene mettere in evidenza che non era presente nella previgente disciplina del 2016 un riferimento così importante ai principi regolatori della materia. Non mancavano sicuramente articoli espressamente dedicati alla codificazione di principi della materia (gli articoli 4, 5, 29 e 30), ma di certo non con la medesima portata ed ambizione. Anzi, il codice si limitava esclusivamente a definire, nella prima parte, il suo ambito di applicazione e ad introdurre un corposo elenco di definizioni. Con ogni probabilità, l'assenza di una parte generale dedicata ai principi, nel codice del 2016, determinava un *deficit* sia di completezza dell'ordinamento giuridico e di conseguenza anche di garanzia a tutela degli interessi legittimi.

Alcuni potrebbero sostenere che si tratti di disposizioni meramente formali, aventi un limitato effetto sulla disciplina della materia e sull'operatività concreta delle nuove norme⁽¹²⁾; invero, hanno l'ambizione di essere "indicazioni concrete per gli esecutori, per gli operatori, per gli interpreti"⁽¹³⁾, dal forte impatto sull'intera disciplina degli appalti pubblici. Gli obiettivi che il codice si appresta a raggiungere attraverso la codificazione di questi nuovi principi immediatamente precettivi, che vanno ad accompagnare i principi generali dell'azione amministrativa, si possono sintetizzare nel favorire sia una più ampia discrezionalità che soprattutto l'autonomia delle stazioni appaltanti.

L'obiettivo è fornire una risposta ad un ritardo "cronicizzato" della pubblica amministrazione, nel ribadire che la concorrenza rappresenta non il fine bensì il mezzo per raggiungere al meglio l'obiettivo, e nel contrastare la c.d. "burocrazia difensiva"⁽¹⁴⁾. Come ha affermato il presidente del Consiglio di Stato Luigi Maruotti, nel suo discorso di insediamento, il nuovo codice "ha inteso dare il segnale di un cambiamento profondo, per valorizzare lo spirito di iniziativa e la discrezionalità degli amministratori pubblici"⁽¹⁵⁾.

12 È sicuramente di importanza fondamentale sottolineare come la Corte dei conti, nella relazione inviata al Senato, ha evidenziato che il lavoro ponderoso del Consiglio di Stato presenta ancora delle note di difficoltà nella sua accessibilità e nella sua comprensione; e inoltre, i principi che intendiamo analizzare, come criticato dalla stessa Corte dei conti, presentano pur sempre la medesima forza normativa delle altre disposizioni e pertanto risultano derogabili da qualsiasi altra normativa speciale. Questo aspetto, non di poca rilevanza, viene bilanciato dall'opinione che comunque tali principi andranno a compenetrare tutto il nuovo codice degli appalti in quanto non è possibile disconoscere "la particolare validità della tecnica normativa utilizzata" Corte dei Conti, *Contributo scritto su Atto Governo n. 19. Codice dei contratti pubblici, Comunicazione nella Seduta n. 18 del 31 gennaio 2023*, Senato della Repubblica.

13 L. CARBONE, *La scommessa del "Codice dei contratti pubblici" e il suo futuro*, cit., 12 ss.

14 R. VISCOMI, *Burocrazia difensiva, danno erariale e costi del non fare*, su Amministrazione e Contabilità dello stato e degli enti pubblici, XLIV, 2023, 19 ss, specifica che "Il termine nasce dalla cosiddetta medicina difensiva che iniziò a svilupparsi negli anni '70 negli USA. La "medicina difensiva" è identificabile in una serie di decisioni, attive od omissive, consapevoli e inconsapevoli, che non obbediscono al criterio essenziale del bene del paziente, bensì all'intento di evitare accuse per non aver effettuato tutte le indagini e tutte le cure conosciute o, al contrario, per aver effettuato trattamenti ad alto rischio di insuccesso o di complicanze... Traslata nel coacervo delle pubbliche amministrazioni, l'espressione burocrazia difensiva qualifica un modo di essere che gli amministratori ed i dipendenti pubblici adottano nell'assunzione delle proprie decisioni amministrative, siano esse espresse in forma di comportamento o provvedimento, attivo od omissivo".

15 F. CARINGELLA, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: riforma o rivoluzione? Relazione al convegno sul "nuovo codice dei contratti pubblici"*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2023, 1.

3. Le origini del principio del risultato.

Una risalente concezione economica del principio del risultato⁽¹⁶⁾ era già desumibile dalla Legge 7 agosto 1990, n. 241, che introdusse i principi di efficienza, efficacia ed economicità nell'azione amministrativa⁽¹⁷⁾. Questi principi miravano a garantire che l'attività della pubblica amministrazione fosse orientata non solo al rispetto delle procedure, ma anche al raggiungimento di obiettivi concreti e misurabili secondo i tre principi. A completare il quadro vi è proprio la Costituzione con l'art. 97 che sancisce il principio del buon andamento e dell'imparzialità dell'amministrazione pubblica, fornendo una dimensione normativa entro cui il principio del risultato può essere visto come una declinazione naturale.

Negli anni '90, si sviluppò, proprio dalle mosse di questi dettami normativi, la teoria della c.d. amministrazione del risultato⁽¹⁸⁾, di matrice economica, che suscitò un ampio dibattito dottrinale⁽¹⁹⁾. Questa teoria proponeva che il risultato potesse essere un parametro per verificare la responsabilità dei funzionari pubblici e la legittimità degli atti amministrativi⁽²⁰⁾. Uno degli esiti concreti di questo dibattito fu, appunto, l'introduzione nell'art. 21 *octies*, comma 2, della Legge n. 241 del 1990, di una forma di sanatoria per i vizi meramente formali e procedimentali, qualora la scelta non discrezionale dell'amministrazione fosse stata conforme al risultato e intrinsecamente giusta. Tale teoria ha avuto diverse declinazioni, specialmente in relazione all'art. 97 della Costituzione⁽²¹⁾. Una prima visione, definita "aziendalistica", considerava la pretesa del cittadino come "soddisfazione economica e materiale" o "economicità del valore della pretesa del cittadino" e come "soddisfazione delle pretese giuridicamente

16 L. IANNOTTA, *La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo: dall'interesse legittimo al buon diritto*, in Dir. proc. amm., II, 1998, 299 ss.; L. IANNOTTA, *Previsioni e realizzazione del risultato nella pubblica amministrazione: dagli interessi ai beni*, in Dir. amm., I, 1999, 57 ss.; L. IANNOTTA, *Principio di legalità e amministrazione di risultato*, in Amministrazione e legalità. Fonti normative e ordinamento, Milano, 2000, 38 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Sulla formula "amministrazione per risultati"*, in Scritti in onore di Elio Casetta, Napoli, 2001, 813 ss.; L. IANNOTTA, *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative (l'arte di amministrare)*, in Dir. proc. amm., I, 2005, 1 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Analisi economica del diritto e "amministrazione di risultato"*, in Dir. amm., I, 2007, 63, ss.; M. CAMMELLI, *Amministrazione di risultato*, in Annuario AIPDA, Milano, 2002, 107 ss.; S. CASSESE, *Presentazione del volume di D. OSBORNE e T. GAEBLER, Dirigere e governare. Una proposta per reinventare la pubblica amministrazione*, Milano 1995; R. LA BARBERA, *La previsione degli effetti. Rilevanza giuridica del progetto di provvedimento*, Torino, 2001; M.R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003.

17 E. DALPRATO, *Nel nuovo codice dei contratti pubblici i principi ci sono, adesso bisogna applicarli*, disponibile su <https://www.ingegno-web.it/articoli/nel-nuovo-codice-dei-contratti-pubblici-i-principi-ci-sono-adesso-bisogna-applicarli/>.

18 M. CAMMELLI, *Amministrazione di risultato*, in Astrid, www.astrid.it, 22 marzo 2002, Annuario AIPDA, Milano, 2002, 107 ss.; M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati. Atti del Convegno Palermo 28-28 febbraio 2003*, Torino, Giappichelli, 2004; M.R. SPASIANO, *Nuove riflessioni in tema di amministrazione di risultato*, in AA.VV., *Studi per Franco Gaetano Scoca*, V, ES, Napoli, 2020, 4845 ss.; M. IMMORDINO, *L'amministrazione di risultato*, Relazione al Convegno di studi in onore del Prof. S. Cognetti, Università di Macerata 24 marzo 2023; L. TORCHIA, *L'efficienza della pubblica amministrazione fra ipertrofia legislativa e atrofia dei risultati*, Varenna 20-22 settembre 2018, in www.osservatorioar.it, 2019; F. CINTIOLI, *Il principio del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2023.

19 A. POLICE, *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, cit.; M.R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Nuovi problemi di amministrazione pubbl., Torino, 2003.

20 F. CINTIOLI, *Il principio del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, cit., 2023, 2.

21 Sul punto F. GIUFFRÉ, I. A. NICOTRA, F. PATERNITI, *Diritto pubblico e costituzionale*, 2022, 278 affermano che "La previsione costituzionale che sancisce il principio del buon andamento della P.A. è stata definita come una disposizione immediatamente precettiva (Corte cost., sent. n. 14/1962), capace cioè di spiegare i suoi effetti anche in assenza di un intervento legislativo di attuazione. Tale principio si sostanzia nell'obbligo che i funzionari della P.A., e in genere tutti i suoi dipendenti, svolgano le proprie funzioni secondo le modalità più idonee a garantire l'efficacia, l'efficienza, la speditezza e l'economicità dell'azione amministrativa. Ciò al fine di ottenere il miglior risultato possibile con il minor sacrificio degli interessi dei cittadini. Nel nostro ordinamento il precetto costituzionale del buon andamento viene a concretizzarsi, in particolare, nei principi di economicità, efficacia ed efficienza sanciti dalla legge generale sul procedimento amministrativo (art. 1, legge n. 241/1990)."

fondate”⁽²²⁾. Questo approccio puntava a rendere l’azione amministrativa simile a quella di un’azienda privata, focalizzata sull’efficienza economica e sulla soddisfazione del cittadino-cliente.

Un’altra visione, legata all’esercizio del potere amministrativo⁽²³⁾, suggeriva che l’obiettivo del principio del risultato fosse “il conseguimento di un determinato assetto degli interessi in gioco come generico bene della vita”. Sebbene questa interpretazione fosse più ampia, non riusciva a risolvere completamente le incertezze legate alla nozione stessa di risultato, mancando una definizione chiara di cosa costituisse un “bene della vita” in contesto amministrativo.

Le concezioni precedenti del principio del risultato sono state criticate per vari motivi. Una delle principali critiche riguarda l’insufficiente attenzione agli interessi dei privati, spesso considerati semplicemente come fini da perseguire⁽²⁴⁾ piuttosto che come parte integrante del processo decisionale. Un altro errore è stato trascurare la vasta porzione di discrezionalità della pubblica amministrazione, in cui non è facile ricostruire l’assetto degli interessi in gioco e avere una visione d’insieme del risultato amministrativo.

La compatibilità del principio del risultato con l’ordinamento europeo costituisce un nodo cruciale nell’interpretazione e nell’applicazione delle leggi e delle direttive dell’Unione europea all’interno dei singoli Stati membri. Questo principio viene posto alla prova in una varietà di contesti, dalla gestione degli appalti pubblici alla regolamentazione delle attività economiche e commerciali, influenzando direttamente la dinamica del mercato interno europeo.

Nonostante un aspetto fondamentale della legislazione europea sia proprio la promozione della libera concorrenza tra le imprese degli Stati membri, con la creazione di un ambiente economico equo e aperto, è in questo contesto che la Corte di Giustizia dell’Unione europea (CGUE) ha rivestito un ruolo di fondamentale importanza nel definire i confini e le modalità di attuazione del principio del risultato.

La CGUE ha spesso enfatizzato l’importanza del risultato sostanziale rispetto a un approccio formale alla legalità e alla concorrenza. Questo significa che, sebbene sia importante rispettare le procedure legali e garantire la parità di trattamento tra i concorrenti, il risultato effettivo ottenuto dall’amministrazione pubblica nel perseguire i suoi obiettivi deve essere al centro dell’analisi.

Un aspetto cruciale riguarda il rapporto tra le attività “*in-house*”⁽²⁵⁾ delle ammini-

22 S. PERONGINI, *Il principio del risultato e il principio della concorrenza nello schema definitivo di codice dei contratti pubblici. Relazione svolta nel convegno: Il contenzioso in materia di contratti pubblici ed appalti nel quadro di un’analisi socio-giuridica*, disponibile su <https://lamministrativista.it/articoli/focus/il-principio-del-risultato-e-il-principio-di-concorrenza-nello-schema-definitivo-di>, 2023, 4.

23 F. CINTIOLI, *Il principio del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, cit., 2, rileva che “la dottrina aveva nel corso di molti decenni in più occasioni posto l’accento sull’importanza del risultato. Possiamo ricordare gli scritti di Massimo Severo Giannini, il quale utilizzava ancora il concetto di risultato in funzione descrittiva; una inclinazione, quella verso una concezione dinamica della funzione amministrativa, che avrebbe poi trovato definitiva conferma nell’evoluzione del pensiero dottrinale – penso ad esempio ai contributi di Franco Gaetano Scoca – e nella stagione di riforme che hanno ampliato l’ambito di attenzione della scienza del diritto amministrativo. Ancor più importante, tuttavia, per le scelte fatte dal legislatore è stato quel corposo dibattito che si è svolto nella seconda metà degli anni ‘90 dello scorso secolo e che è proseguito nei primi anni del nuovo millennio. La dottrina, dovendo allora registrare nella scarsa efficienza dell’azione amministrativa uno dei più visibili problemi all’attenzione degli operatori, era tornata a riflettere sull’importanza del risultato, forte dell’ormai piena consapevolezza del carattere precettivo del principio costituzionale di buon andamento.”

24 S. PERONGINI, *Il principio del risultato e il principio della concorrenza nello schema definitivo di codice dei contratti pubblici*, cit., 2023, 4.

25 Per un’analisi della disciplina dell’*in house providing* nell’ordinamento italiano si sottolineano, tra i numerosi contributi: V.A. CILLIS, *La via italiana all’affidamento in house: dai requisiti Teckal al nuovo codice dei contratti pubblici*, in www.italiappalti.it, 2017; C. IAIONE, *Le società in-house. Contributo allo studio dei principi di auto-organizzazione e auto-produzione degli enti locali*, Napoli, 2012; G. GUZZO, *Società miste e affidamenti in house. Nella più recente evoluzione legislativa e giurisprudenziale*, Milano, 2009; I. RIZZO, *Servizi pubblici locali e affidamento in house*, Roma, 2009.

strazioni pubbliche e l'accesso al mercato per i fornitori privati⁽²⁶⁾. La CGUE ha riconosciuto la legittimità delle attività *in-house*, purché rispettino il principio della concorrenza e garantiscano un risultato effettivo ed efficiente⁽²⁷⁾. Tuttavia, se l'accesso al mercato offre un modo più efficiente per ottenere il risultato desiderato, l'amministrazione è tenuta a garantire una competizione leale e aperta, nel rispetto delle normative europee in materia di concorrenza.

Un esempio lampante di questa dinamica è emerso nel settore delle telecomunicazioni, con il caso *Tim*⁽²⁸⁾. In questa controversia, la CGUE ha sottolineato l'importanza del principio di proporzionalità nell'applicazione delle direttive europee. Gli Stati membri devono garantire che le misure adottate per raggiungere gli obiettivi definiti dalle direttive siano proporzionate e non eccedano quanto strettamente necessario per raggiungerli. Questo equilibrio tra obiettivi pubblici e interessi privati è essenziale per garantire un ambiente normativo che promuova l'efficienza economica e il benessere generale.

Nello stesso anno, la sentenza 131/2020⁽²⁹⁾ della Corte costituzionale costituisce un punto di svolta per il corretto inquadramento della concorrenza e del risultato, poiché affronta una tematica complessa e dibattuta riguardante il rapporto tra la pubblica amministrazione e gli enti del terzo settore⁽³⁰⁾ nel perseguimento delle finalità sociali.

La sentenza 131/2020 è nata da un ricorso del Governo contro la legge regionale dell'Umbria n. 2 del 2019, che disciplinava le cooperative di comunità. Questa legge riconosce e regola le cooperative di comunità, che non necessariamente sono Enti del Terzo Settore (ETS) ma possono esserlo se soddisfano i requisiti previsti dal legislatore

26 Corte di giustizia europea, sez. IX, 6/02/2020, n. C-89/19 a C-91/19.

27 Sul punto: "Nel corso degli ultimi decenni la dottrina italiana e la giurisprudenza hanno però attribuito a questa finalità un significato forse eccessivo e fin troppo assorbente, spostando l'asse di riferimento della disciplina dalla stazione appaltante agli operatori economici concorrenti, fin quasi a considerare la concorrenza come un fine. Quel che è accaduto in Italia è che, probabilmente, una così forte enfasi sul principio di concorrenza è stata alimentata dalla ben nota tradizione culturale che, sin dal secondo dopoguerra, si è preoccupata di delimitare il potere dell'amministrazione e di cercare un corretto equilibrio fra autorità e libertà."; e "È in questo corso di cose che l'affidamento mediante procedura negoziata senza bando veniva pressoché demonizzato, relegato a un rango prossimo all'illiceità *tout court*, e che l'affidamento *in house providing*, benché perfettamente legittimo, diveniva un'eccezione da colpire e reprimere quanto più possibile, e ciò sempre in nome della concorrenza". - Per approfondire F. CINTIOLI, *Il principio del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, cit., 5 ss..

28 Corte di giustizia europea, Sez. II, 30/02/2020, n. C-395/18.

29 Corte costituzionale, 20 maggio 2020, n. 131., commentata da E. ROSSI, *Il fondamento del Terzo settore è nella Costituzione. Prime osservazioni sulla sentenza n. 131 del 2020 della Corte costituzionale*, in Forum di Quaderni Costituzionali, 3/2020, disponibile in www.forumcostituzionale.it; F. CIARLARIELLO, *Un conflitto di competenza sul terreno della sussidiarietà: quale rapporto tra pubblica amministrazione ed enti del terzo settore*, in Diritti regionali. Rivista di diritto delle autonomie territoriali, 1/2022, disponibile su www.dirittiregionali.it.

30 F. GIGLIONI, *Lezioni per il diritto amministrativo della riforma del terzo settore*, in AA.VV., *I rapporti tra pubbliche amministrazioni ed enti del terzo settore. Dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 131 del 2020*, a cura di A. FICI, L. GALLO, F. GIGLIONI, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, 85 ss.; L. GORI, *Terzo settore e Costituzione*, Torino, Giappichelli, 2022, 50 ss.; D. MONE, *L'impresa sociale nell'ordinamento costituzionale tra dimensione pluralistica e dimensione individuale*, in Osservatorio costituzionale AIC, n. 3/2017, 1 ss.; F. RIGANO, *Libertà individuale e rapporti sociali: lo statuto costituzionale del Terzo settore*, in Diritto costituzionale, n. 2/2021, 137 ss.; F. SANCHINI, *Profili costituzionali del terzo settore*, Milano, Giuffrè, 2021, 155 ss.; A. ALBANESE, *I servizi sociali nel Codice del Terzo settore e nel Codice dei contratti pubblici: dal conflitto alla complementarietà*, Munus, 1, 2019, 139-186; M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Giuffrè, Milano, 1985; U. DE AMBROGIO, C. GUIDETTI, *La co-progettazione. La partnership tra pubblico e Terzo settore*, Carocci, Roma, 2016; A. FICI, *Codice del Terzo settore: quello che non vede la giustizia amministrativa*, Vita.it, 7 giugno 2020; L. GILI, *Il codice del Terzo settore ed i rapporti collaborativi*, Urbanistica e Appalti, 1.2018; S. GIUBBONI, *Solidarietà e concorrenza: 'conflitto' o 'concorso'?*, Mercato Concorrenza Regole, 1.2004; A. GUALDANI, *Il sistema delle externalizzazioni nei servizi sociali: antiche questioni e nuove prospettive*, Federalismi.it, 6 giugno 2018; G. MAROCCHI, *Coprogettazione, coprogettazione e gli anticorpi della conservazione*, Welforum.it, 31 agosto 2018; S. PELLIZZARI, A. MAGLIARI (a cura di), *Pubblica amministrazione e Terzo settore*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019; F. PIZZOLATO, *Il volontariato davanti alla Corte costituzionale*, Dirittifondamentali.it, 3 settembre 2020; E. ROSSI, *Il fondamento del Terzo settore è nella Costituzione. Prime osservazioni sulla sentenza n. 131 del 2020 della Corte costituzionale*, Forum costituzionale, 3.2020; F. SANCHINI, *La nuova disciplina dei rapporti fra pubblica amministrazione e terzo settore*, in F. DONATI, F. SANCHINI (a cura di), *Il Codice del Terzo settore*, Giuffrè, Milano, 2019; C. TAMBURINI, *Pubblica amministrazione e Terzo settore: le convenzioni con le organizzazioni di volontariato e le associazioni di promozione sociale*, Impresa sociale, 1. 2020.

statale. Tra le varie disposizioni, la legge prevede che la Regione regoli le modalità di attuazione ai sensi dell'articolo 55 del decreto legislativo 117/2017 (Codice del Terzo Settore); dinanzi a tale circostanza il Governo impugnava la legge umbra sostenendo che questa formulazione violasse il Codice del Terzo Settore e affermando che l'articolo 55 del CTS stabilisce che solo gli ETS possono essere coinvolti tramite co-programmazione, co-progettazione e accreditamento. Quindi, includere le cooperative di comunità senza specificare che debbano essere anche ETS avrebbe potuto violare il riparto costituzionale delle competenze. La Corte ha risolto la questione posta dal Governo sulla legge regionale umbra interpretando gli istituti dell'articolo 55.

Il vero punto di svolta sta nella motivazione della sentenza. In questa decisione, la Corte analizza attentamente il bilanciamento tra due principi fondamentali: da un lato, la tutela della concorrenza, e dall'altro, la promozione della solidarietà e della sussidiarietà orizzontale, di cui l'art. 55 rappresenta un'applicazione concreta. La Corte riconosce la possibilità di sacrificare la concorrenza in presenza di interessi superiori da tutelare, specialmente in contesti in cui le attività hanno una valenza sociale marcata. Questo significa che, in determinate circostanze, è lecito adottare un modello organizzativo ispirato alla solidarietà anziché alla concorrenza, purché ciò contribuisca effettivamente al perseguimento di obiettivi di interesse pubblico e sociale⁽³¹⁾. La sentenza afferma inoltre che vi è una tendenza, nella recente normativa euro-unitaria in tema di servizi pubblici, «a smorzare la dicotomia conflittuale fra i valori della concorrenza e quelli della solidarietà» riconoscendo, per ciascuno Stato, di «apprestare, in relazione ad attività a spiccata valenza sociale, un modello organizzativo ispirato non al principio di concorrenza ma a quello di solidarietà (sempre che le organizzazioni non lucrative contribuiscano, in condizioni di pari trattamento, in modo effettivo e trasparente al perseguimento delle finalità sociali)».

La Corte ha anche risposto alla domanda cruciale del perché gli ETS meritano di essere coinvolti attivamente. Gli ETS sono identificati dal CTS come un insieme specifico di soggetti giuridici con caratteristiche peculiari: perseguono il bene comune (articolo 1), svolgono attività di interesse generale (articolo 5), non perseguono fini lucrativi (articolo 8), sono registrati pubblicamente (articolo 11) e sottoposti a rigorosi controlli (articoli 90-97). Questi elementi sono valorizzati come fondamentali per un nuovo rapporto collaborativo con i soggetti pubblici.

Un elemento cruciale emerso dalla sentenza è la necessità di garantire trasparenza e parità di trattamento tra gli attori coinvolti, sia che si tratti di organizzazioni non lucrative sia che si tratti di operatori del mercato. Questo principio di parità di trattamento è essenziale per evitare discriminazioni e garantire una competizione leale, anche in contesti in cui la concorrenza non è il principio guida predominante. L'equilibrio tra concorrenza e solidarietà riflette la complessità dell'attività amministrativa moderna, che deve tener conto di una molteplicità di interessi e obiettivi. In questo contesto, il principio del risultato emerge come un faro guida, orientando l'azione amministrativa verso il raggiungimento di obiettivi concreti ed efficaci, nel rispetto dei principi di buon andamento, efficienza, efficacia ed economicità.

Questo approccio non costituisce una negazione della concorrenza, ma piuttosto una sua ricollocazione in un contesto più ampio di ricerca di soluzioni efficaci e sostenibili; stessa ricollocazione che il principio del risultato farà più avanti per la concorrenza nel nuovo codice degli appalti pubblici.

La concorrenza rimane un principio importante, ma deve essere bilanciata e fun-

31 Studi - Affari Sociali Camera dei Deputati, Terzo settore: Sentenza della Consulta n. 131 del 2020 sui rapporti tra ETS e pubbliche amministrazioni, disponibile su https://temi.camera.it/leg18/post/OCD15_14085/terzo-settore-sentenza-della-consulta-n-131-del-2020-sui-rapporti-ets-e-pubbliche-amministrazioni.html.

zionale con altre esigenze sociali ed economiche al fine di garantire il benessere e l'interesse generale della collettività. La sentenza della Corte costituzionale rappresenta un importante contributo alla riflessione sul ruolo della pubblica amministrazione e dei suoi rapporti con il terzo settore e il mercato. Questo bilanciamento tra concorrenza e solidarietà, guidato dal principio del risultato, costituisce un importante orientamento per un'azione amministrativa equilibrata e orientata al perseguimento di obiettivi sociali ed economici nel rispetto dei valori fondamentali dell'Unione europea e della solidarietà sociale.

4. Dalla visione pro-concorrenziale alla visione neo-contabilistica.

In questa nuova lettura, il nuovo codice dei contratti pubblici segnerebbe un cambiamento di paradigma, passando da una visione *pro-concorrenziale* a una visione *neo-contabilistica*. Il principio del risultato, che pone l'accento sul raggiungimento di un risultato concreto da parte del contratto pubblico, rappresenterebbe la chiave di volta di questo cambiamento.

La visione pro-concorrenziale, rappresentata dal codice del 2006, si basa sul principio della concorrenza. Secondo tale principio, la gara pubblica deve essere aperta a tutti gli operatori economici idonei, garantendo così il miglior rapporto qualità-prezzo per la pubblica amministrazione. Questo approccio promuove la partecipazione di un ampio numero di concorrenti, stimolando la competitività e, in teoria, migliorando la qualità delle offerte ricevute. La Corte Costituzionale ha avallato questa visione con la sentenza n. 401 del 2007⁽³²⁾, dichiarando l'illegittimità costituzionale di una norma⁽³³⁾ che prevedeva l'assegnazione automatica dell'appalto all'operatore economico con l'offerta più vantaggiosa, senza considerare altri elementi come l'esperienza e la capacità tecnica⁽³⁴⁾. Questo ha consolidato l'idea che la concorrenza deve essere equa e basata su una valutazione complessiva delle capacità degli operatori economici, non solo sul prezzo offerto.

In contrasto, la visione neo-contabilistica mette l'accento sull'interesse del committente pubblico a realizzare opere, assicurare servizi e acquisire forniture che realmente beneficino la collettività. Qui, la gara pubblica è considerata un mezzo per raggiungere un fine superiore: il risultato concreto e tangibile. Non è più sufficiente aggiudicare un contratto al miglior offerente; è cruciale che il contratto produca esattamente ciò che è necessario nei tempi e modi migliori. Il principio del risultato diventa così centrale. Questo principio consente di valutare l'azione dell'operatore economico non solo in base al prezzo dell'offerta, ma soprattutto in base alla capacità di raggiungere gli obiettivi prefissati. Questo cambio di paradigma riflette un approccio più pragmatico e orientato agli *output*, cercando di assicurare che le risorse pubbliche siano utilizzate nel modo più efficiente possibile per il bene collettivo.

32 C. LOMBARDI, *Il diritto europeo e la trasversalità dell'intervento a tutela della concorrenza legittimano la disciplina statale dell'evidenza pubblica*, Giur. cost., fasc. 6, 2007, 4569.

33 È costituzionalmente illegittimo l'art. 84 commi 2, 3, 8 e 9, Decreto Legislativo 12 aprile 2006, n. 163, "nella parte in cui, per i contratti inerenti a settori di competenza regionale, non prevedono che dette disposizioni abbiano carattere suppletivo e cedevole". L. CASSETTI e G. LOMBARDI sostengono che "tali disposizioni, pur disciplinando aspetti della procedura di scelta del contraente, sono preordinate a fini diversi rispetto a quelli di garanzia della concorrenzialità, in quanto gli aspetti connessi alla composizione della Commissione giudicatrice e alle modalità di scelta dei suoi componenti attengono all'organizzazione amministrativa degli organismi cui sia affidato il compito di procedere alla verifica del possesso dei necessari requisiti, da parte della imprese concorrenti, per aggiudicarsi la gara. Ne consegue che non può essere esclusa la competenza legislativa regionale nella disciplina di tali aspetti, non risultando quindi conforme al sistema di riparto delle competenze tra lo Stato e le regioni la normativa contenuta nei commi censurati, la quale se vale nel suo insieme per l'attività contrattuale posta in essere in ambito statale, per le regioni deve necessariamente avere carattere recessivo nei confronti di una diversa (ove esistente) disciplina specifica di matrice regionale, secondo quanto disposto dall'art. 117 comma 5, cost. e dall'art. 1 comma 6, l. n. 62 del 2005". Foro amm. CDS 2007, 11, 3026 (s.m.), Giur. cost. 2007, 6, 4447.

34 G. NAPOLITANO, *Committenza pubblica e principio del risultato*, in www.astrid-online.it, 2023.

Naturalmente, questa visione neo-contabilistica è solo una delle possibili interpretazioni del nuovo codice dei contratti pubblici. È possibile che, in pratica, il codice non rappresenti un vero e proprio cambiamento di paradigma, ma piuttosto un rafforzamento degli elementi già presenti nella disciplina precedente. La giurisprudenza e la prassi amministrativa giocheranno un ruolo cruciale nel determinare come queste nuove disposizioni verranno applicate e interpretate.

Se adottata, la visione neo-contabilistica potrebbe avere diverse implicazioni pratiche. Le stazioni appaltanti potrebbero concentrarsi maggiormente su criteri di valutazione basati sui risultati concreti e sui benefici per la collettività, piuttosto che sul prezzo più basso. L'introduzione di premi e penali potrebbe incentivare gli operatori economici a migliorare la qualità delle loro prestazioni, garantendo che i progetti siano completati nei tempi e nei modi previsti. Una maggiore chiarezza nei criteri di valutazione potrebbe ridurre il contenzioso tra le stazioni appaltanti e gli operatori economici, limitando le dispute su aggiudicazioni percepite come ingiuste. L'adozione di pratiche più trasparenti e standardizzate potrebbe aumentare l'efficienza delle procedure di affidamento, riducendo i tempi di realizzazione dei progetti e migliorando la fiducia nel sistema degli appalti pubblici.

Il nuovo codice dei contratti pubblici sembra segnare una transizione verso una visione più orientata ai risultati concreti e alla qualità delle prestazioni, in linea con una logica neo-contabilistica. Tuttavia, l'effettiva portata di questo cambiamento dipenderà dall'interpretazione e dall'applicazione delle nuove norme da parte della giurisprudenza e delle stazioni appaltanti. Sarà cruciale monitorare come queste modifiche influenzeranno la pratica degli appalti pubblici nel prossimo futuro, con particolare attenzione alla conciliazione tra efficienza economica e rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza. L'adozione di questo approccio potrebbe trasformare significativamente il modo in cui i contratti pubblici vengono gestiti, promuovendo una maggiore responsabilità e una migliore allocazione delle risorse pubbliche. La sfida sarà garantire che questa transizione avvenga senza compromettere i principi fondamentali di equità e concorrenza che sono alla base del sistema degli appalti pubblici.

5. Il principio del risultato.

Il nuovo codice dei contratti pubblici pone, dunque, l'accento sui principi, sulla loro interpretazione e attuazione, e sulla loro gerarchia, diversa rispetto al passato.

È stato osservato che il nuovo codice è stato redatto a direttive europee invariate⁽³⁵⁾, ma che le condizionalità del *Next Generation UE*⁽³⁶⁾ hanno rappresentato un'occasione per intervenire su una regolamentazione italiana del 2016 che, a causa delle vicende degli ultimi anni, è diventata obsoleta o comunque da superare.

In questo quadro, il principio che emerge con più forza nel nuovo codice dei con-

35 H. SIMONETTI, *Principio del risultato e gerarchia degli interessi nel nuovo codice dei contratti pubblici (Relazione al corso di formazione per magistrati amministrativi di prima nomina, Roma 11 settembre 2023)*, su *Judicium*, 2023, 2 ss..

36 La misura PNRR 1.10, ovvero la riforma del quadro legislativo in materia di contratti pubblici e concessioni (M1C1 - 73), aveva come scadenza ultima programmata il 31 marzo 2023. Più in generale, erano previste cinque distinte milestones, a cui sono collegati futuri targets, ad esempio per la riduzione dei tempi di aggiudicazione e di esecuzione degli appalti (entro il 31 dicembre 2023). Due delle milestones consistevano in misure di semplificazione e di attuazione (entro il 30 giugno 2021, M1C1-69 e il 31 dicembre 2021, M1C1-71). Per il 30 giugno 2022 è stata richiesta l'approvazione della legge delega (M1C1-70) e l'attuazione del nuovo codice entro il 30 giugno 2023 (M1C1-74).

tratti pubblici è sicuramente il principio del risultato⁽³⁷⁾. Tale principio costituisce una specificazione dell'art. 97, comma 2, della Costituzione, laddove stabilisce che la pubblica amministrazione è improntata sui principi di buon andamento e di imparzialità dell'azione amministrativa, e dell'art.1, comma 1 della Legge 241/1990, a tenore del quale "l'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta dai criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza".

Come si evince dalla corposa relazione di accompagnamento al codice, il risultato è destinato ad operare come criterio-guida, coerentemente con la formula di derivazione anglosassone "*ad hoc balancing*"⁽³⁸⁾, per l'applicazione della regola al caso concreto, o "regola del caso"⁽³⁹⁾ (cfr. art. 4 del d. lgs. n. 36/2023) e, inoltre, in combinato con il principio di fiducia assume una funzione ordinante e nomofilattica per le singole disposizioni del codice. Questo magari per accogliere finalmente quell'autorevole insegnamento della dottrina, che da tempo aveva evidenziato che una legislazione intesa ad anticipare tutte le circostanze sarebbe un vero ostacolo per tutti poiché la discrezionalità deve agire come motore guida dei diversi interessi pubblici⁽⁴⁰⁾.

L'articolo 1, comma 1, del nuovo codice degli appalti introduce un cambiamento significativo nel quadro normativo, incorporando il principio del risultato. Questo principio stabilisce che "l'affidamento del contratto, la sua esecuzione con la massima tempestività e il miglior rapporto qualità e prezzo nel rispetto del principio di legalità, trasparenza e concorrenza" rappresentano l'interesse pubblico primario, e quindi l'obiettivo principale delle stazioni appaltanti ed enti concedenti.

L'enfasi posta dal nuovo codice sugli aspetti sostanziali dell'affidamento e dell'esecuzione del contratto sposta l'attenzione dal mero processo di aggiudicazione della gara alla qualità del risultato finale. Non si tratta più solo di selezionare un vincitore, ma di garantire che il contratto stipulato assicuri prestazioni utili secondo il miglior rapporto qualità-prezzo-tempo. Questo approccio è coerente con il teorema di Coase⁽⁴¹⁾ sull'efficiente allocazione delle risorse, che si basa sulla relazione prezzo/valore.

Il principio del risultato viene articolato in maniera specifica e dettagliata.

La formulazione "risultato dell'affidamento del contratto e nella sua esecuzione" sottolinea che il principio non ha solo una valenza formale, ma anche sostanziale. Viene quindi data importanza alle modalità attraverso cui è possibile raggiungere il risultato desiderato.

37 Sul punto F. GIUFFRÉ, I. A. NICOTRA, F. PATERNITI *Diritto pubblico e costituzionale*, 2022, 275, sostengono che "Le più recenti tendenze normative appaiono orientate ulteriormente ad una cd. legalità di risultato. In questo senso, è stato osservato che l'applicazione del principio di legalità apparirebbe eccessivamente rigida nel caso in cui si sanzionasse con l'illegittimità qualsiasi minimo scostamento dal parametro normativo, anche nelle ipotesi in cui alla violazione formale del precetto legislativo non faccia seguito alcun pregiudizio sostanziale degli interessi pubblici alla cui cura è preposta la potestà amministrativa. In questa direzione, valorizzando l'idea di un'attività sostanzialmente adeguata al raggiungimento del risultato, la legalità viene spesso valutata nell'ottica del buon andamento dell'azione amministrativa. In tal caso, l'eventuale difformità dal parametro normativo sarebbe controbilanciata dall'esigenza sostanziale di realizzare il corretto assetto degli interessi in gioco (cfr. art. 21-octies, legge n. 241/1990). Tale soluzione tende a restringere l'area dell'illegittimità amministrativa, al fine di evitare quell'eccesso di formalismo che finisce per rallentare o paralizzare del tutto l'attività amministrativa e, al tempo stesso, per garantire il soddisfacimento dei bisogni della collettività. In definitiva, la legittimazione più profonda del potere amministrativo si ravvisa proprio nella capacità di soddisfacimento delle necessità collettive, piuttosto che nella mera soggezione alla legge."

38 F. CARINGELLA, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: riforma o rivoluzione?*, cit., 2.

39 M. R. SPASIANO, *Spunti di riflessione in ordine al rapporto tra organizzazione pubblica e principio di legalità: la regola del caso*, in *Dir. Amm.*, 2000, 131 ss..

40 M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 486 ss. la discrezionalità amministrativa consiste "nella ponderazione comparativi di interessi, pubblici e privati, già tutelati nell'ordinamento, nei rispetti di una ponderazione comparativa di più interessi secondari in ordine ad un interesse pubblico primario, ai fini di trovarne la composizione più opportuna in ordine ad un'azione da svolgere in circostanze politiche soggetta a variazioni"; B.G. MATTARELLA, *L'attività*, in S. CASSESE (a cura di) *Trattato di diritto amministrativo*, Diritto amministrativo generale, Milano, 2003, 758 ss..

41 F. CARINGELLA, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: riforma o rivoluzione?*, cit., 2.

Il rapporto tra il principio del risultato e il principio di legalità⁽⁴²⁾ merita un'attenta considerazione, poiché solleva diversi temi di grande rilevanza e discussione in dottrina. È cruciale chiedersi se il mancato rispetto del principio del risultato possa configurarsi come un profilo di illegittimità dell'azione amministrativa e, in tal caso, su quale parametro debba basarsi tale giudizio.

Per rispondere a questo interrogativo, bisogna partire dall'assunto che il principio del risultato, una volta codificato e inserito nel contesto normativo del codice degli appalti, rientra integralmente nel perimetro del principio di legalità, come esplicitato dall'art. 1, comma 1, della Legge n. 241/1990. Questa norma prevede che "l'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge". Pertanto, il risultato, nella sua duplice valenza di "conseguimento dell'affidamento e dell'esecuzione dell'opera", diventa un parametro di legalità dell'azione amministrativa.

L'integrazione del principio del risultato all'interno del quadro normativo non solo stabilisce un nuovo *standard* per l'azione amministrativa, ma eleva il raggiungimento degli obiettivi stabiliti a criterio essenziale per la valutazione della legittimità degli atti amministrativi. Ciò implica che ogni atto amministrativo che non riesca a perseguire i fini determinati dalla legge potrebbe essere considerato illegittimo, essendo un chiaro segno di eccesso di potere o di deviazione dallo scopo. Questo sposta l'attenzione dal mero rispetto formale delle procedure alla sostanza degli esiti ottenuti, promuovendo un'amministrazione più efficace e orientata ai risultati concreti. Le prime applicazioni della riforma e i futuri orientamenti giurisprudenziali saranno determinanti per comprendere la portata e l'impatto di tale innovazione normativa.

Questo approccio potrebbe portare a un cambiamento significativo nel modo in cui le decisioni amministrative vengono valutate e controllate. In Austria⁽⁴³⁾, il giudice amministrativo esercita un controllo sostanziale⁽⁴⁴⁾, verificando non solo la conformità formale delle decisioni con la legge, ma anche la loro ragionevolezza e proporzionalità

42 L. CARBONE, *La scommessa del "Codice dei contratti pubblici" e il suo futuro*, cit., 10 ss..

43 S. PERONGINI, *Il principio del risultato e il principio della concorrenza nello schema definitivo di codice dei contratti pubblici*, cit., 9. ; Per un approfondimento sulla giustizia amministrativa in Austria si v. E. D'ORLANDO, *la via austriaca all'affermazione della giustizia nella e sulla amministrazione*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2020, 857 ss.; un ulteriore approfondimento è individuabile in G. DELLA CANANEA, *Il nucleo comune dei diritti amministrativi in Europa. Un'introduzione*, Napoli, 2019, 76 ss.; sull'ascesa e sulla trasformazione del diritto amministrativo in Europa, S. CASSESE, *La construction du droit administratif*, France et Royaume-Uni, Paris, Montchrestien, 2000; M. FROMONT, *Droit administratif des Etats européens*, Paris, 2006 e G. NAPOLITANO, *Introduzione al diritto amministrativo comparato*, Bologna, 2020, spec. 39 ss. Sulla comparazione giuridica: *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, in particolare il vol. VIII, curato da A. VON BOGDANDY - P.M. HUBER - L. MARCUSSON, *Verwaltungsgerichtsbarkeit in Europa: Institutionen und Verfahren*, Heidelberg, 2019.

44 Alcune sentenze della Corte in cui si è affrontata la compatibilità del diritto dell'unione con il sistema della giustizia amministrativa austriaca: CEDU, Obermeier v. Austria, 28 giugno 1990, 70, e, CEDU, Zumtobel v. Austria, del 21 settembre 1993, 31.

rispetto agli obiettivi da raggiungere⁽⁴⁵⁾. Un simile sviluppo in Italia comporterebbe un controllo più rigoroso sulla discrezionalità amministrativa, riducendo il margine per decisioni arbitrarie o inefficaci e promuovendo una maggiore responsabilità e trasparenza nell'azione pubblica.

In tempi di PNRR, l'affermazione che “il risultato è parte della legittimità stessa dell'atto amministrativo”⁽⁴⁶⁾ assume un'importanza ancora maggiore. Il PNRR richiede una gestione amministrativa che sia non solo efficace, ma anche estremamente trasparente e orientata ai risultati. Questo periodo di rilancio economico e riforma strutturale impone alle amministrazioni pubbliche di perseguire con rigore gli obiettivi prefissati, garantendo che ogni atto amministrativo contribuisca effettivamente al raggiungimento dei risultati attesi.

Il PNRR rappresenta una delle più grandi sfide e opportunità per l'amministrazione pubblica italiana. Con l'afflusso di ingenti risorse finanziarie destinate a progetti di sviluppo e innovazione, è fondamentale che ogni euro speso porti a risultati tangibili e misurabili. Il principio del risultato diventa quindi una bussola imprescindibile, orientando tutte le azioni amministrative verso obiettivi chiari e condivisi. Questo richiede non solo una pianificazione accurata e una gestione trasparente dei progetti, ma anche un monitoraggio continuo e una valutazione rigorosa dei progressi, per garantire che le risorse siano utilizzate in modo efficiente e che gli obiettivi del PNRR siano effettivamente raggiunti.

La cultura della responsabilità, promossa dal principio del risultato, incentiva i funzionari pubblici a operare con maggiore autonomia e proattività, sapendo che il loro operato sarà valutato non solo per la conformità formale, ma anche per i risultati ottenuti. Questa prospettiva favorisce un approccio più dinamico e innovativo nella gestione della cosa pubblica, riducendo i ritardi e le inefficienze causate dalla burocrazia difensiva e promuovendo un'amministrazione più reattiva e orientata al servizio del cittadino.

All'articolo 1, comma 2, il codice enfatizza il valore funzionale della concorrenza e della trasparenza come strumenti essenziali per il raggiungimento del miglior risultato. Questo principio segna un passaggio cruciale “dalla concorrenza assoluta alla

45 Sul punto: “Il codice austriaco del 2013 (il VwGVG), sulla scorta dell'art. 130 della Costituzione per come emendato nel 2012, disegna un modello di giudizio articolato in tre varianti, a seconda che (i) sia rivolto nei confronti di atti amministrativi individuali, da impugnare presentando un ricorso (Beschwerde) indirizzato alle corti territorialmente competenti nel termine decadenziale di sole quattro settimane, (ii) oppure che siano contestate misure di carattere ordinatorio o coercitive adottate direttamente (ossia al di fuori di una formale procedura) dall'amministrazione, (iii) o ancora che sia dedotta la violazione dell'obbligo di decidere, quel che noi chiameremo il ricorso avverso il silenzio. Una delle peculiarità del sistema è che il ricorso del primo tipo è preliminarmente depositato presso l'amministrazione che ha adottato l'atto contestato, alla quale è così dato modo di riesaminare ed eventualmente modificare, in una sorta di autotutela con una evidente funzione deflattiva, lo stesso atto, entro due mesi. Se ciò non accade e se l'amministrazione “conferma” il proprio provvedimento, nelle successive due settimane il ricorrente (ma anche gli altri soggetti coinvolti nella lite, purché ne indichino le ragioni) può chiedere che il ricorso sia inoltrato al tribunale. Il ricorso, nel caso in cui sia proposto contro atti amministrativi dei quali si lamenta l'illegittimità e se ne chiede l'annullamento, determina automaticamente effetti sospensivi dei medesimi (art. 22), senza che occorra sul punto una pronuncia cautelare del giudice, necessaria invece per escludere semmai tale effetto “naturale” sulla base di una valutazione comparativa dei contrapposti interessi misurando in particolare il danno che si produrrebbe ove la decisione amministrativa non fosse immediatamente eseguita. Un modo di procedere, dunque, opposto rispetto alla disciplina italiana e abbastanza simile, invece, alla regola seguita in Germania. Laddove al termine del giudizio, che in primo grado si svolge più spesso dinanzi ad un giudice monocratico, il ricorso sia giudicato fondato, il tribunale si pronuncia (anche) nel merito (della pretesa) ove i fatti siano stati accertati ovvero il loro sollecito accertamento in giudizio risponda ad un interesse apprezzabile ovvero, ulteriore ipotesi, laddove l'autorità amministrativa che ha adottato l'atto non vi si opponga. In tutti questi casi i tribunali amministrativi austriaci parrebbero esercitare una giurisdizione che noi definiremmo di merito, potendo riformare il provvedimento e quindi sostituirsi all'amministrazione. Al di fuori di tali casi, in particolare al cospetto di un potere discrezionale, il tribunale si limiterà invece ad annullare il provvedimento e a restituire l'affare all'autorità amministrativa affinché adotti un nuovo atto ma pur sempre conformandosi alla sentenza del giudice (art. 28)”. Per ulteriori approfondimenti H. SIMONETTI, *La giustizia amministrativa in Austria*, in riv. *Giornale di diritto amministrativo*, 4/2022.

46 L. CARBONE, *La scommessa del “Codice dei contratti pubblici” e il suo futuro*, cit., 13.

concorrenza regolata”⁽⁴⁷⁾. Tra le molteplici finalità del principio del risultato merita sicuramente di essere attenzionata la sua “qualifica” di strumento per la ricerca costante di un equilibrio tra i molteplici interessi in gioco e anche tra gli stessi redattori del codice; ad esempio, in relazione all’art. 50, in materia di aggiudicazione dei contratti sottosoglia, è possibile notare come il legislatore abbia cercato “una precisa gerarchia fra il principio del risultato”⁽⁴⁸⁾ e quello della concorrenza”⁽⁴⁹⁾ in quanto per lavori di importo inferiore a 150.000 euro e per i servizi e forniture di importo inferiore a 140.000 euro le stazioni appaltanti procedono con affidamento diretto anche senza consultazione di più operatori economici.

La concorrenza, infatti, non è più vista come un fine in sé, ma come un mezzo per ottenere risultati virtuosi, verificabili su evidenze oggettive e coerenti con il principio dell’*accountability*⁽⁵⁰⁾. La concorrenza è un principio fondamentale del sistema giuridico dell’Unione Europea⁽⁵¹⁾ e rappresenta oggi il *pendant* del principio del risultato. Essa si collega strettamente a quest’ultimo come strumento per il raggiungimento del miglior risultato possibile, non solo in termini economici, ma anche di qualità e sostenibilità delle opere pubbliche. Il principio della concorrenza, centrale nell’ordinamento europeo, è fondamentale per garantire un mercato libero e competitivo, ritenuto essenziale in una società democratica fondata su valori sociali e democratici.

Il nuovo codice degli appalti, consapevole della coesistenza di differenti interessi in gioco, si impegna in un delicato lavoro di equilibrio tra posizioni concorrenziali e anticoncorrenziali. Il codice riconosce che la concorrenza funziona meglio se orientata da finalità chiare, capaci di vivificarla e darle un significato concreto⁽⁵²⁾. Questa visione è evidente nello schema definitivo del codice, che prevede norme dove la concorrenza assume varie forme e funzioni.

Per esempio, vi sono disposizioni in cui la concorrenza trova completa e integrale attuazione, come gli artt. 70 e 71⁽⁵³⁾, che riguardano i criteri di selezione e le procedure aperte, o l’art. 95, primo comma, lett. d)⁽⁵⁴⁾, che concerne la valutazione delle offerte. Queste norme assicurano che il processo di aggiudicazione degli appalti sia trasparente, equo e competi-

47 F. CARINGELLA, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: riforma o rivoluzione?*, cit., 3.

48 B. N. ROMANO, *Linattesa evoluzione della buona fede: la “fiducia” nel nuovo Codice dei contratti pubblici. Prime riflessioni*, cit., 767 ss..

49 G. MONTEDORO, *La funzione nomofilattica e ordinante e i principi ispiratori del nuovo codice dei contratti pubblici*, cit., 25.

50 Sul punto, S. ATERNO, *Principio di accountability nel Gdpr, significato e applicazione*, disponibile su www.agendadigitale.eu/sicurezza/principio-di-accountability-nel-gdpr-significato-e-applicazione/ spiega che “Il termine inglese *accountability* (responsabilità) proviene dal mondo anglosassone, dove è di uso comune e viene utilizzato nel mondo della finanza, della revisione dei conti e in altri settori specifici. Non vi è dubbio che risulta complesso definire che cosa esattamente significhi *accountability* in pratica. Nella maggior parte delle altre lingue europee, principalmente a causa delle differenze tra i sistemi giuridici, il termine *accountability* non è facilmente traducibile. Il verbo *to account* è traducibile in italiano come “dar conto”. Il sostantivo “*ability*” significa essere “in grado di o avere attitudine a”. Il problema è che il termine è vago (anche responsabilizzazione lo è) per capire cosa significa bisogna intendersi bene. Lo si potrebbe tradurre con “rendicontabilità” ma anche su questo termine potrebbero sorgere ipotesi e teorie interpretative”.

51 Sulla concorrenza si vedano A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007; A. LOLLI, *Disciplina della concorrenza e diritto amministrativo*, Napoli, 2008; M. D’ALBERTI, *La tutela della concorrenza in un sistema a più livelli*, in *Dir. amm.*, 2004, 705 ss.; G. ROMANO, *Commento all’art. 113*, in A. ROMANO – R. CAVALLO PERIN (a cura di), *Commentario breve al testo unico sulle autonomie locali*, Padova, 2006, 628 ss.; L. TORCHIA, *Il diritto antitrust di fronte al giudice amministrativo*, in *Mercato, concorrenza e regole*, 3/2013, 1 ss..

52 F. CARINGELLA, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: riforma o rivoluzione?*, cit., 2.

53 L’art. 70 del Decreto Legislativo 31 marzo 2023 n. 36, si riferisce alle procedure di scelta dei contraenti e sotto-linea come “nell’aggiudicazione di appalti pubblici le stazioni appaltanti utilizzano la procedura aperta, la procedura ristretta, la procedura competitiva con negoziazione, il dialogo competitivo e il partenariato per l’innovazione”.

54 Ai sensi dell’art. 95, primo comma, lett. d), quando sussistono “rilevanti indizi tali da far ritenere che le offerte degli operatori economici siano imputabili ad un unico centro decisionale a cagione di accordi intercorsi con altri operatori economici partecipanti alla stessa gara”, la stazione appaltante esclude dalla partecipazione alla procedura un operatore economico.

vo, favorendo la partecipazione di un numero elevato di operatori economici e garantendo così il miglior rapporto qualità-prezzo per la pubblica amministrazione.

Altre disposizioni del codice cercano un equilibrio costante tra la necessità di concorrenza e la protezione di interessi specifici, come quando si distingue tra “cause di esclusione automatica” e “cause di esclusione non automatica”⁽⁵⁵⁾. Queste ultime richiedono una valutazione discrezionale da parte dell’amministrazione, che deve bilanciare tra il rispetto delle norme concorrenziali e la necessità di proteggere interessi pubblici o sociali particolari. Questo equilibrio è fondamentale per garantire che la concorrenza non diventi uno strumento di esclusione ingiusta o di penalizzazione di operatori economici che, pur non conformandosi perfettamente a tutti i requisiti formali, potrebbero comunque offrire vantaggi significativi in termini di qualità e innovazione.

Promuovere la concorrenza regolata non significa solo assicurare il rispetto delle norme, ma anche incentivare l’innovazione e l’efficienza. Un mercato competitivo spinge le imprese a migliorare continuamente i loro prodotti e servizi, a ridurre i costi e ad adottare nuove tecnologie. Questo dinamismo è essenziale per l’evoluzione del settore pubblico, che può beneficiare di soluzioni innovative e avanzate, migliorando così la qualità dei servizi offerti ai cittadini.

Il principio della concorrenza, come delineato nel nuovo codice degli appalti, rappresenta un pilastro fondamentale per il raggiungimento di risultati ottimali nell’azione amministrativa. La transizione verso una concorrenza regolata, combinata con un forte impegno per la trasparenza e l’*accountability*, promette di migliorare l’efficienza e la qualità degli appalti pubblici, garantendo al contempo la protezione degli interessi sociali e collettivi. Questo approccio integrato non solo rafforza la legittimità dell’azione amministrativa, ma contribuisce anche a costruire un rapporto di fiducia e collaborazione tra cittadini, imprese e istituzioni.

La trasparenza⁽⁵⁶⁾, nel nostro contesto normativo, riveste un ruolo⁽⁵⁶⁾ di fondamentale importanza, fungendo da pilastro per l’efficienza e l’integrità dell’agire amministrativo⁽⁵⁷⁾. Stabilita all’articolo 1, comma 2 del nuovo codice degli appalti, accanto alla concorrenza essa si pone come l’altro strumento fondamentale su cui si basa e si regge il principio del risultato e che guida il rapporto tra le istituzioni pubbliche e i cittadini. La sua essenza va oltre la mera divulgazione di informazioni, estendendosi alla comprensibilità e alla conoscibilità dell’attività amministrativa da parte di tutti i consociati⁽⁵⁸⁾. Questo principio, definito come uno dei cardini dell’agire amministrativo, si radica profondamente nell’articolo 97 della Costituzione italiana. Nel panorama attuale, caratterizzato da una crescente consapevolezza dei diritti civili e della responsabilità pubblica, la trasparenza diviene uno strumento per l’applicazione della democrazia partecipativa. Il suo significato va oltre la mera esposizione delle attività pubbliche, fungendo da catalizzatore per l’*engagement* civico e la fiducia nelle istituzioni.

Il diritto dei cittadini a partecipare ai processi decisionali si fonda sull’idea che

55 In particolare, il comma 1 dell’art. 54, consente l’esclusione automatica delle offerte anomale (in deroga alla disciplina di valutazione delle offerte recate dall’art. 110), nell’aggiudicazione con il criterio del prezzo più basso dei contratti “sottosoglia”, qualora ricorrano tutte le seguenti condizioni: l’esclusione è stata prevista negli atti di gara; i contratti riguardano l’appalto di lavori o servizi ma non di forniture; i contratti non presentano un interesse transfrontaliero certo; vi sono almeno cinque offerte ammesse.

56 M.R. SPASIANO, *I principi di pubblicità. Trasparenza e imparzialità*, in Codice dell’azione amministrativa (a cura di) M. A. SANDULLI, Milano, 2017.

57 A. CORRADO, *La trasparenza negli appalti pubblici, tra obblighi di pubblicazione e pubblicità legale*, in www.federalismi.it, 1/2018; e inoltre, L. SPETRILLO, *Gli obblighi di pubblicazione a carico dell’Amministrazione nelle procedure concorsuali. Una disciplina al bivio tra normativa sulla trasparenza e riservatezza dei dati personali. Brevi osservazioni sul riformulato art. 19 D.lgs n. 33/2013*, disponibile su www.ildirittoamministrativo.it.

58 A. CORRADO, *Il principio di trasparenza e i suoi strumenti di attuazione*, in Principi e regole dell’azione amministrativa (a cura di) M.A. SANDULLI, II Edizione, 2017.

la conoscenza delle modalità di gestione delle risorse pubbliche e dei servizi erogati sia fondamentale per una cittadinanza informata e consapevole. In risposta a questa esigenza, le pubbliche amministrazioni sono chiamate a garantire l'accessibilità delle informazioni a una pluralità indeterminata di soggetti, senza alcuna discriminazione di interesse giuridicamente rilevante.

Il rapporto Giannini del 1975⁽⁵⁹⁾ si erge come un manifesto che anticipa l'importanza della trasparenza e dell'apertura nelle istituzioni pubbliche. Esso auspica la creazione di una pubblica amministrazione aperta e collaborativa, dove le informazioni vengono fornite ai cittadini in modo completo e accessibile. Oggi, questo principio continua a risuonare, sottolineando l'essenza stessa della concezione liberaldemocratica degli Stati contemporanei⁽⁶⁰⁾. Nel tessuto del nuovo Codice dei contratti pubblici, la trasparenza assume una nuova connotazione, ponendosi come alleata del principio del risultato. Lontana dall'essere vista come un ostacolo, essa si configura come un veicolo per la verificabilità e l'*accountability* dei risultati conseguiti. È fondamentale, quindi, che la trasparenza venga applicata con celerità e semplicità, senza compromettere l'efficienza né l'obiettivo primario di perseguire l'interesse pubblico.

La digitalizzazione emerge come il veicolo imprescindibile per l'attuazione della trasparenza nel contesto del nuovo Codice degli appalti. Rappresentando un potente strumento per garantire l'accessibilità e la divulgazione delle informazioni, essa apre le porte a una maggiore partecipazione e controllo da parte dei cittadini. Grazie alla digitalizzazione, ogni fase della procedura degli appalti può avvenire in modo digitale, garantendo una maggiore tracciabilità e visibilità delle operazioni pubbliche alimentando così la fiducia e la partecipazione dei cittadini nel processo democratico⁽⁶¹⁾.

Entrata in vigore con gli articoli 19-36 della parte II, libro I del codice, dal 1° gennaio 2024, la digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti viene realizzata attraverso l'Ecosistema nazionale di approvvigionamento digitale (c.d. *e-procurement*), il cui fulcro è la Banca dati nazionale dei contratti pubblici gestita da Anac. L'art. 23 del codice stabilisce infatti che l'Anac è titolare in via esclusiva della Banca dati nazionale dei contratti pubblici, abilitante l'ecosistema nazionale di *e-procurement*, e ne sviluppa e gestisce i servizi. La Banca dati nazionale dei contratti pubblici è interoperabile con le piattaforme di approvvigionamento digitale utilizzate dalle stazioni appaltanti e dagli enti concedenti, per la digitalizzazione di tutte le fasi del ciclo di vita dei contratti pubblici.

L'*e-procurement* fornisce informazioni alla banca dati dei contratti pubblici attraverso due piattaforme: le piattaforme e servizi digitali infrastrutturali, ossia le informazioni fornite da banche dati come prefetture, Agenzia delle Entrate, Casellario giudiziario, Registro imprese, Ipa, Siope, ecc.; e le piattaforme di approvvigionamento, procurement (piattaforme regionali, Consip, piattaforme digitali gestite da stazioni appaltanti qualificate) a loro volta contenenti i dati delle stazioni appaltanti e degli operatori economici. Mediante queste due piattaforme digitali, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti svolgono digitalmente le attività e i procedimenti amministrativi connessi al ciclo di vita dei contratti pubblici.

Entrambe le tipologie di piattaforme interagiscono con la BDNCP di Anac che,

59 Il dibattito intorno a questo principio ha trovato una prima significativa attuazione con gli istituti del diritto di accesso, del responsabile del procedimento amministrativo e della motivazione introdotti con la legge n. 241 del 1990. Questa legge ha rappresentato un importante passo avanti verso una pubblica amministrazione più trasparente e aperta ai cittadini, essa ha inaugurato una nuova stagione nella quale l'approccio finalistico del principio di trasparenza segna il passaggio dalla pubblica amministrazione come autorità alla pubblica amministrazione come servizio.

60 Cfr. la "Posizione di minoranza espressa dal Consigliere, Prof. Ida Nicotra" su anticorruzione.it, 2014.

61 B. N. ROMANO, *L'inattesa evoluzione della buona fede: la "fiducia" nel nuovo Codice dei contratti pubblici. Prime riflessioni*, cit., 767 ss..

attraverso la piattaforma digitale nazionale di dati, raccoglie le informazioni in sei diverse banche dati per metterle poi a disposizione di stazioni appaltanti ed operatori economici. Per completare questo quadro in chiave digitale, è essenziale inoltre fornire un sistema in cui i dati relativi agli obblighi di trasparenza e a tutto il ciclo di vita degli appalti siano forniti una sola volta a un solo sistema informativo.

Questo sistema informativo viene realizzato attraverso il principio “*once only*”. Tale principio si realizza grazie alla Piattaforma Digitale Nazionale Dati (PDND), un’infrastruttura tecnologica che consente l’interoperabilità dei sistemi informativi e delle basi di dati della Pubblica Amministrazione, semplificando così gli adempimenti amministrativi per cittadini e imprese. Questa banca dati è suddivisa in sei sezioni: l’Anagrafe Unica delle Stazioni Appaltanti (AUSA), il Casellario informatico, il Fascicolo Virtuale dell’Operatore Economico (FVOE), l’Anagrafe degli operatori economici, la Piattaforma per la pubblicità legale degli atti e la Piattaforma contratti pubblici (PCP) insieme alla Piattaforma Unica della Trasparenza (PUT). Queste piattaforme interoperano con la BDNCP per la gestione digitale del ciclo di vita dei contratti pubblici e per l’interazione con i servizi della PDND, assicurando così la piena digitalizzazione.

Il Fascicolo Virtuale dell’Operatore Economico (FVOE) costituisce una delle sei sezioni della Banca dati dei contratti pubblici gestita dall’Anac. Tramite esso, sono consultabili i dati e le informazioni necessari per verificare i requisiti generali e speciali per la partecipazione alle gare, garantendo un accesso in tempo reale alle certificazioni in formato digitale attraverso l’interoperabilità delle banche dati. Tra i dati messi a disposizione del FVOE ci sono: anagrafe sanzioni amministrative dipendenti da reato, comunicazione antimafia, RUNTS, CCNL, regolarità fiscale e contributiva, rating di legalità, garanzie fideiussorie, DURC e certificazioni CAM.

Il Presidente L. Carbone, in merito a questo processo di digitalizzazione, ha sottolineato che la formazione degli operatori, l’interoperabilità dei sistemi, l’attuazione del principio del “*once-only*” e la creazione di un fascicolo virtuale per le imprese saranno fondamentali per il buon esito del nuovo codice. Inoltre, questo fascicolo virtuale, immaginato come un “*green pass*” per le imprese ⁽⁶²⁾, potrebbe rappresentare un’opportunità per semplificare le pratiche amministrative. È però da sottolineare che la semplificazione della trasparenza operata dal nuovo codice, in realtà, non riduce la quantità di informazioni che le stazioni appaltanti devono produrre. Tuttavia, la differenza sostanziale risiede nel fatto che non è più il documento (ATTO) a dover essere condiviso, ma l’informazione (DATO).

6. La funzione ordinante e nomofilattica e la collaborazione con la fiducia.

La realizzazione delle opere pubbliche, sotto la lente di ingrandimento del principio del risultato, assume un ruolo chiave nel sistema normativo e amministrativo, svolgendo una funzione ordinante e nomofilattica ⁽⁶³⁾. Questa visione, espressa chiaramente dai redattori del codice degli appalti, è cruciale per garantire che le attività amministrative siano condotte in modo coerente e uniforme. L’art. 4 del nuovo codice sottolinea che tale funzione deve essere un criterio guida per l’individuazione e l’applicazione delle soluzioni ai casi concreti, specialmente in un contesto normativo complesso e spesso confuso. L’intreccio di diverse normative rende indispensabile un

62 L. CARBONE, *La scommessa del “Codice dei contratti pubblici” e il suo futuro*, cit., 14.

63 Sulla funzione nomofilattica, F. MODUGNO, *Principi generali dell’ordinamento*, in *Enciclopedia giuridica Trecani*, XXIV, Roma, 1991, 1 ss.; ID., *Principi e norme. La funzione limitatrice dei principi e i principi supremi o fondamentali*, in F. MODUGNO (a cura di), *Esperienze giuridiche del ’900*, Giuffrè, Milano, 2000, 85 ss.; N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Giappichelli, Torino, 2016, 62, secondo cui «(e)spliciti o impliciti che siano i principi sono norme di grado superiore, nel senso che non descrivono, appunto perché generali una conchiusa classe di fatti, ma generano una serie indeterminata di ipotesi, ciascuna delle quali è suscettibile di venire assunta a formare altrettanto fattispecie diverse».

principio unificatore che orienti gli interpreti del diritto, chiamati ad applicare la normativa in modo coerente ed efficace, utilizzando questo principio come una “stella polare”.

La funzione ordinante e nomofilattica si estende ben oltre la semplice applicazione della legge; rappresenta un faro di stabilità in un mare di complessità giuridica. In un panorama dove le leggi possono sovrapporsi e contraddirsi, la funzione nomofilattica garantisce che l'applicazione del diritto sia omogenea, prevenendo disparità di trattamento e incertezze interpretative. Questa uniformità è particolarmente importante in settori come quello degli appalti pubblici, dove la trasparenza e l'equità sono fondamentali per mantenere la fiducia dei cittadini e degli operatori economici. Inoltre, l'approccio ordinante del codice fornisce una struttura chiara e sistematica, facilitando il lavoro dei funzionari pubblici e riducendo il rischio di errori e inefficienze.

La normativa consente alla pubblica amministrazione di scegliere tra diversi modelli operativi, inaugurando così un nuovo paradigma di libertà e responsabilità. Questa scelta è strettamente collegata al principio del risultato, che, secondo il comma 4 dell'art.1, rappresenta il criterio prioritario per valutare la responsabilità del personale e attribuire incentivi economici, come stabilito dalla contrattazione collettiva. Tale disposizione è essenziale per determinare la responsabilità amministrativa e contabile dei dipendenti pubblici, contribuendo a contrastare la cosiddetta burocrazia difensiva. Questa forma di burocrazia, caratterizzata dalla tendenza dei funzionari pubblici a evitare decisioni per timore di responsabilità, è dannosa per l'efficienza e il buon andamento dell'amministrazione pubblica. Il principio del risultato non solo promuove l'efficienza, ma introduce anche un elemento di meritocrazia nella pubblica amministrazione. I funzionari pubblici sono incentivati a raggiungere obiettivi chiari e misurabili, e il loro successo è riconosciuto e premiato. Questo crea un ambiente di lavoro più dinamico e motivante, dove l'innovazione e la proattività sono incoraggiate. Inoltre, la responsabilità è chiaramente definita, il che riduce l'ambiguità e l'incertezza nelle decisioni amministrative. Gli incentivi economici legati ai risultati ottenuti contribuiscono a creare una cultura della *performance*, dove la qualità del servizio pubblico è costantemente migliorata. Questa visione rappresenta un cambiamento significativo rispetto al passato, dove la rigidità e la mancanza di incentivi spesso portavano a inefficienze e sprechi.

Un altro principio fondamentale del nuovo codice degli appalti è il principio di fiducia, sancito dall'art. 2. Questo principio, in combinato disposto con l'art. 1, deve caratterizzare tutta l'azione amministrativa. L'obiettivo è stabilire che i rapporti tra cittadini e pubblica amministrazione si basino su una reciproca fiducia, che rappresenta una declinazione specifica dei principi di buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa, come previsto dall'art. 97 della Costituzione. Questa novità normativa cerca di superare la cultura del sospetto e la sfiducia perenne verso le azioni delle pubbliche amministrazioni, conseguenza di una stratificazione normativa eccessiva e di innumerevoli procedimenti di responsabilità spesso conclusi senza esiti concreti.

Il principio di fiducia introduce una nuova dimensione nelle relazioni tra cittadini e pubblica amministrazione. Riconosce che per costruire un sistema amministrativo efficiente e rispettato, è necessario che entrambe le parti si fidino reciprocamente. Questo principio si basa su una visione più collaborativa e meno conflittuale dei rapporti istituzionali in cui la fiducia non è solo un valore morale, ma una strategia operativa per migliorare l'efficacia e l'efficienza dell'amministrazione pubblica. Quando i cittadini si fidano delle istituzioni, sono più inclini a cooperare e a rispettare le normative, facilitando così il compito della pubblica amministrazione, e allo stesso tempo, i funzionari pubblici, sentendosi sostenuti e valorizzati, sono più motivati a lavorare con impegno e integrità. Questo principio si lega strettamente alla trasparenza e alla

responsabilità. Le amministrazioni pubbliche devono operare con la massima apertura, rendendo facilmente accessibili le informazioni e spiegando chiaramente le loro decisioni. La trasparenza costruisce fiducia perché dimostra che l'amministrazione non ha nulla da nascondere e che le sue azioni sono orientate al bene comune. Inoltre, la responsabilità è un aspetto chiave della fiducia. I funzionari pubblici devono essere responsabili delle loro azioni e decisioni, e questo deve essere chiaramente stabilito e rispettato. La fiducia reciproca si sviluppa quando tutte le parti coinvolte sentono che le regole del gioco sono giuste e applicate equamente.

Si tratta di una novità importante che cerca di porre un freno alla continua cultura del sospetto e alla perenne sfiducia dell'azione delle pubbliche amministrazioni, frutto sicuramente sia di una continua stratificazione di interventi normativi che ha limitato fortemente la discrezionalità amministrativa e di un continuo avvio di procedure di responsabilità concluse spesso senza alcun esito e in molti casi senza fondamento.

Questa situazione ha chiaramente aperto la strada ad una continua e presente burocrazia difensiva nella pubblica amministrazione, in cui il pubblico dipendente si ritrovava più volte, spinto dalla paura, ad astenersi dal "firmare" pregiudicando fondamentalmente l'efficienza e il buon andamento della P.A..

La nuova normativa cerca di rispondere definitivamente a tale problematica, evidenziata anche dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 8 del 2022⁽⁶⁴⁾, che l'ha definita un "ostacolo al rilancio economico" del Paese. Il principio della fiducia, quindi, segna un cambiamento radicale, mirato a valorizzare la discrezionalità amministrativa e a proteggere i dipendenti pubblici.

La burocrazia difensiva è un fenomeno diffuso che ha avuto effetti negativi su molti aspetti dell'amministrazione pubblica. Spesso i funzionari pubblici, per paura di errori che potrebbero portare a conseguenze personali, evitano di prendere decisioni coraggiose o innovative. Questo atteggiamento prudente rallenta i processi decisionali e riduce la capacità della pubblica amministrazione di rispondere rapidamente ed efficacemente alle esigenze dei cittadini. Il principio della fiducia, introdotto dal nuovo codice, mira a trasformare questo scenario, promuovendo un ambiente in cui i funzionari pubblici si sentono sostenuti e protetti, si cerca di eliminare la paura delle conseguenze e di incoraggiare un approccio più proattivo e innovativo. Questo cambiamento non solo migliorerà l'efficienza amministrativa, ma contribuirà anche a creare un clima lavorativo più positivo e motivante. I dipendenti pubblici, sapendo di poter contare sul supporto dell'amministrazione e sulla fiducia dei cittadini, saranno più propensi a prendere decisioni informate e coraggiose, migliorando così la qualità dei servizi pubblici.

La fiducia delineata dalla nuova normativa è assolutamente reciproca e coinvolge sia la pubblica amministrazione che i suoi funzionari e gli operatori economici. Ogni amministrazione rimane responsabile del proprio operato e dei risultati raggiunti. La fiducia è strettamente legata al principio del risultato, poiché senza risultati concreti non può esserci fiducia. Questa connessione rafforza il ruolo della discrezionalità amministrativa, volta sempre al raggiungimento degli obiettivi della nuova disciplina.

La fiducia reciproca implica che entrambe le parti – amministrazione e cittadini – si impegnino a rispettare gli obblighi e i doveri reciproci. Per i cittadini, ciò significa rispettare le normative e collaborare attivamente con le autorità pubbliche. Per la pubblica amministrazione, significa operare con trasparenza, integrità e responsabilità. La fiducia non è solo un ideale astratto, ma si traduce in pratiche concrete che

64 F. BALLESI, *La sentenza della Corte Costituzionale n. 8/2022 sul reato di abuso d'ufficio, come modificato dall'art. 23 DL 76/2020: verso il tramonto del principio "nullum crimen, nulla poena sine lege"?*, disponibile su www.giurisprudenzapenale.com, 2022; A. SPERTI, *La Corte costituzionale ritorna sul controllo sui vizi formali del decreto-legge. Riflessioni a margine della sent. n. 8 del 2022*, su *Nomos*, n. 1/2022.

migliorano l'interazione tra cittadini e amministrazione. Ad esempio, la trasparenza delle procedure e delle decisioni amministrative costruisce fiducia, poiché i cittadini possono vedere chiaramente come vengono gestiti i processi e possono verificare che le decisioni siano prese in modo equo e corretto. Inoltre, la formazione e la professionalizzazione dei funzionari pubblici sono fondamentali per garantire che siano in grado di svolgere il loro lavoro con competenza e integrità, rafforzando ulteriormente la fiducia del pubblico.

L'art. 2, comma 2 del nuovo codice enfatizza l'iniziativa e l'autonomia decisionale del dipendente pubblico in tutte le fasi operative, dalla valutazione all'esecuzione della prestazione. Questa valorizzazione dell'autonomia decisionale rappresenta un cambiamento culturale significativo, incoraggiando i funzionari a prendere decisioni basate sulla loro competenza e esperienza, piuttosto che evitare l'azione per timore di errori. L'iniziativa e l'autonomia decisionale sono elementi chiave per promuovere l'innovazione e l'efficienza all'interno della pubblica amministrazione. Quando i funzionari pubblici hanno la libertà di prendere decisioni basate sulle loro competenze e conoscenze, possono adattare le soluzioni alle specifiche esigenze dei cittadini e delle comunità che servono. Questo approccio flessibile e responsabile migliora la qualità dei servizi pubblici e aumenta la soddisfazione dei cittadini.

Inoltre, l'art. 2, comma 3 introduce una modifica significativa nel concetto di colpa grave, limitandola alla violazione delle norme di diritto, degli auto-vincoli e alle palesi violazioni di regole di prudenza, perizia e diligenza. Non costituisce mai colpa grave la violazione o omissione determinata dal riferimento a indirizzi giurisprudenziali prevalenti o a pareri delle autorità competenti⁽⁶⁵⁾. Inoltre, le stazioni appaltanti devono prevedere azioni per la copertura assicurativa dei rischi per il personale, per qualificare e valorizzare le stazioni appaltanti e le professionalità dei dipendenti.

Questa riforma del concetto di colpa grave è cruciale per garantire che i funzionari pubblici possano operare con sicurezza e tranquillità. Limitando la definizione di colpa grave, si riduce il rischio di sanzioni ingiuste e si protegge il personale da accuse infondate. Questo non solo migliora il clima lavorativo all'interno della pubblica amministrazione, ma aumenta anche l'efficacia delle azioni amministrative, poiché i funzionari possono concentrarsi sulle loro responsabilità senza timore di ripercussioni indebite.

L'introduzione di questi principi nel nuovo codice degli appalti ha importanti implicazioni pratiche. Da un lato, si mira a creare un ambiente più favorevole alla realizzazione di opere pubbliche, riducendo i tempi e i costi derivanti da una gestione amministrativa eccessivamente prudente e difensiva. Dall'altro, si cerca di promuovere una cultura della responsabilità e dell'efficienza, dove i risultati concreti e la qualità del lavoro svolto sono al centro dell'azione amministrativa.

Questo nuovo approccio richiede anche un cambiamento nella formazione e nella mentalità dei funzionari pubblici, che devono essere preparati a gestire una maggiore autonomia decisionale e a operare in un contesto di maggiore responsabilità. La pubblica amministrazione, attraverso processi di formazione continua e di aggiornamento professionale, deve quindi investire nella crescita e nella valorizzazione delle competenze del proprio personale.

Il nuovo codice degli appalti, attraverso l'adozione dei principi del risultato e della fiducia, introduce un quadro normativo che punta a rendere più efficiente e responsabile l'azione amministrativa, valorizzando la discrezionalità e proteggendo al contempo i dipendenti pubblici.

⁶⁵ Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, cit., 14.

In dottrina⁽⁶⁶⁾ non sono mancate critiche alla fiducia positivizzata nel codice dei contratti pubblici. Pur potendo fungere da parametro ermeneutico per il giudice amministrativo, valorizzando il sindacato sulla discrezionalità e il diritto pretorio, essa dovrebbe essere considerata come il risultato di un ambiente relazionale positivo, piuttosto che un mero postulato normativo. In assenza di adeguati investimenti in capacità amministrativa e capitale umano, il principio di fiducia rischia di perpetuare logiche legalistiche.

La fiducia è un concetto complesso, che implica legittimità, consenso, cooperazione e solidarietà. In ambito sociologico, essa viene definita come una relazione basata sull'aspettativa positiva della condotta altrui, riducendo la complessità decisionale in situazioni di incertezza. Nel contesto del nuovo codice, la fiducia si riferisce non solo alle relazioni interpersonali, ma anche alla funzionalità e affidabilità del sistema amministrativo. Secondo Luhmann, la fiducia non accresce la sicurezza del sistema, bensì l'insicurezza sostenibile, presupponendo un corretto funzionamento dei controlli interni e l'assunzione di responsabilità. La fiducia sistemica consente di superare i problemi dei "sistemi esperti", basandosi su capacità sistemiche astratte anziché su esperienze pregresse.

Nei sistemi complessi, la fiducia si fonda sull'auto-rappresentazione sociale e sulla reputazione. La pubblica amministrazione deve aderire ai principi di efficacia, efficienza e imparzialità, proiettando un'immagine di legittimità e correttezza. Tale immagine deve essere percepita come tale attraverso dispositivi reputazionali formali.

Le riforme amministrative degli ultimi anni hanno mirato a costruire una reputazione di efficienza e integrità, ma spesso hanno prodotto una logica di adempimento formale piuttosto che un autentico cambiamento culturale. La *performance* e la prevenzione della corruzione sono state misurate attraverso *standard* e indicatori, generando una reputazione basata sulla conformità documentale.

Il nuovo codice impone una "sospensione del giudizio" sulla correttezza dell'azione amministrativa, presupponendo competenza e professionalità. Tuttavia, questa fiducia si traduce in una forma rigida di affidabilità (*trustworthiness*) limitata dalla prescrizione di principio.

Le opportunità per rivoluzionare il rapporto con la pubblica amministrazione includono una rivisitazione della teoria dell'immedesimazione organica, valorizzando la personalizzazione professionale del rapporto di ufficio. Un approccio emotivo alla fiducia potrebbe trasformare la cultura amministrativa, promuovendo decisioni responsabili e autonome. Tuttavia, in assenza di una politica di incentivi efficace, vi è il rischio di perpetuare pratiche di amministrazione difensiva.

7. Il principio del risultato nelle prime applicazioni.

L'introduzione del principio del risultato nel nostro ordinamento rappresenta un momento epocale nella gestione degli appalti pubblici e delle procedure ad evidenza pubblica. Storicamente, questo principio trova le sue radici nel concetto di buon andamento dell'amministrazione pubblica, come delineato dall'art. 97 della Costituzione Italiana, che sancisce l'obbligo per la Pubblica Amministrazione di operare con efficienza, economicità e trasparenza. Tuttavia, la formalizzazione esplicita del principio del risultato è avvenuta solo con l'entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti pubblici, il Decreto Legislativo 31 marzo 2023, n. 36, ad opera della giurisprudenza amministrativa che ha recepito e codificato questo principio, rendendolo un cardine delle procedure di appalto e della gestione contrattuale.

Nella norma in esame si avverte l'eco delle discussioni sul tema dell'amministrazione di risultato, che dopo aver calcato il palcoscenico con il ruolo di protagonista, sem-

66 R. Ursi, *La trappola della fiducia*, su Bilancio Comunità Persona, 1/2024 12 ss..

bra essere stata relegata al ruolo di comparsa. Tuttavia, quel dibattito conserva tutta la sua validità e il suo rilevante interesse. Come è noto, il tema dell'amministrazione di risultato, o di risultati o per risultati – secondo le diverse terminologie utilizzate – ha occupato una stagione particolarmente feconda del dibattito scientifico.

La codificazione del principio del risultato nel d.lgs. n. 36/2023 deriva dall'esigenza di allineare le pratiche amministrative italiane agli *standard* europei e internazionali, promuovendo un approccio che valorizza non solo la correttezza formale delle procedure, ma anche la loro capacità di produrre risultati concreti e di qualità. La giurisprudenza amministrativa ha giocato un ruolo cruciale nell'affermazione del principio del risultato, utilizzandolo come criterio orientativo per le decisioni relative agli appalti pubblici anche prima della sua codificazione formale. Numerose sentenze hanno infatti già evidenziato come questo principio potesse guidare l'azione amministrativa verso una maggiore sostanza e meno formalismo, promuovendo un approccio pragmatico e orientato agli esiti finali.

Tra queste, il T.A.R. Salerno ha affrontato la questione delle offerte in perdita, stabilendo che una gara d'appalto non può richiedere ai concorrenti di presentare offerte non sostenibili economicamente. Il principio di legalità e il buon andamento avrebbero potuto risolvere la questione, poiché l'amministrazione deve operare nel rispetto della legge e con efficienza. Tuttavia, il principio del risultato già imminente nella giurisprudenza amministrativa ha inciso profondamente sulla decisione, poiché ha guidato il giudice a invalidare una gara che non avrebbe garantito un esito economicamente sostenibile per i partecipanti, sottolineando più che le modalità di esecuzione, il risultato concreto con il miglior rapporto tra qualità e prezzo, nel rispetto della concorrenza e della trasparenza. Il T.A.R. Bolzano, nella sentenza n. 316 del 25 ottobre 2023, ha ribadito, inoltre, l'obbligo per la stazione appaltante di utilizzare il soccorso istruttorio per sanare irregolarità formali qualora ciò sia necessario per selezionare il miglior offerente.

L'istituto del soccorso istruttorio deve essere interpretato conformemente al principio del risultato, che costituisce un principio già immanente nell'ordinamento. La sentenza ha sottolineato che l'operato della stazione appaltante, che attraverso erranee valutazioni impedisca all'operatore economico che ha presentato la migliore offerta di aggiudicarsi la commessa, è illegittimo sotto il profilo della violazione del principio del risultato. Questo principio ha avuto un impatto diretto sulla conclusione del giudice, imponendo il ricorso al soccorso istruttorio come obbligo procedimentale. Anche in questo caso, la giurisprudenza precedente avrebbe potuto fondare la decisione sui principi di trasparenza e concorrenza.

Il Consiglio di Stato, con la sentenza n. 9812 del 15 novembre 2023, ha evidenziato come la concorrenza tra operatori economici debba essere funzionale al conseguimento del miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti pubblici. Questo principio non deve mai trascendere nel pregiudizio della causa finale e dell'oggetto diretto della tutela approntata dalla disciplina di settore, che consiste nell'affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza. Il principio del risultato costituisce attuazione nel settore dei contratti pubblici del principio di buon andamento e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa. La procedura e la forma sono considerati mezzi, non il fine della disciplina, con il fine ultimo di garantire il miglior esito possibile delle operazioni di affidamento ed esecuzione dei contratti pubblici. La sentenza ha reso evidente che il principio del risultato ha guidato il giudice verso una decisione che privilegiasse l'efficacia e l'efficienza delle operazioni contrattuali.

Il T.A.R. Catania, nella sentenza n. 3738 del 12 dicembre 2023, ha ribadito che il

principio del risultato, previsto dall'art. 1 del d.lgs. 36/2023, costituisce il criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale ed è legato da un nesso inscindibile con la concorrenza. La concorrenza è funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti. L'amministrazione deve quindi tendere al miglior risultato possibile in difesa dell'interesse pubblico per il quale viene prevista una procedura di affidamento. Questo miglior risultato, che deve essere anche il più virtuoso, viene raggiunto selezionando operatori che dimostrino, fin dalle prime fasi della gara, diligenza e professionalità, quali sintomi di un'affidabilità su cui si dovrà contare al momento dell'esecuzione del servizio oggetto di affidamento.

In una dimensione più ampia, il Consiglio di Stato, nella sentenza n. 1924 del 27 febbraio 2024, ha posto l'accento sul fatto che l'art. 1 del d.lgs. n. 36 del 2023 è il principio ispiratore del nuovo Codice dei contratti pubblici, sovraordinato agli altri. Esso è considerato un valore dominante del pubblico interesse da perseguire attraverso il contratto ed esclude che l'azione amministrativa sia vanificata ove non si possano ravvisare effettive ragioni che ostino al raggiungimento dell'obiettivo finale, che nella fase di affidamento è giungere nel modo più rapido e corretto alla stipulazione del contratto e nella fase di esecuzione realizzare l'intervento pubblico nei tempi programmati e in modo tecnicamente perfetto. Il principio della fiducia, previsto dall'art. 2 del nuovo Codice, amplia i poteri valutativi e la discrezionalità della Pubblica Amministrazione, in chiave di funzionalizzazione verso il miglior risultato possibile. La gara è quindi funzionale a portare a compimento l'intervento pubblico nel modo più rispondente agli interessi della collettività, nel pieno rispetto delle regole che governano il ciclo di vita dell'intervento stesso. In questo caso, il principio del risultato ha determinato l'approccio della decisione, orientando il giudice verso una valutazione sostanziale e non meramente formale. La recente sentenza del Consiglio di Stato n. 2866 del 26 marzo 2024 ha statuito inoltre che: "L'importanza del risultato nella disciplina dell'attività dell'amministrazione non va riguardata ponendo tale valore in chiave antagonista rispetto al principio di legalità, rispetto al quale potrebbe realizzare una potenziale frizione: al contrario, come pure è stato efficacemente sostenuto successivamente all'entrata in vigore del richiamato d. lgs. n. 36 del 2023, il risultato concorre ad integrare il paradigma normativo del provvedimento e dunque ad "ampliare il perimetro del sindacato giurisdizionale piuttosto che diminuirlo", facendo "transitare nell'area della legittimità, e quindi della giustiziabilità, opzioni e scelte che sinora si pensava attenessero al merito e fossero come tali insindacabili". L'applicazione al caso di specie dei richiamati principi implica che l'"operazione amministrativa" avuta di mira dalla stazione appaltante, desunta dalla chiara indicazione in tal senso fornita dalla legge di gara, aveva riguardo al fatto che "Il risultato atteso è la fornitura in opera perfettamente funzionante delle apparecchiature". Alla luce di tali presupposti ha stabilito quindi che: "Non soddisfa certamente tale requisito la fornitura di apparecchiature che, come accennato, a fronte dell'apparente minor costo di acquisto implicano il necessario svolgimento di attività materiali e giuridiche aggiuntive: le quali, oltre ai costi relativi ai corrispettivi per l'acquisto degli ulteriori materiali necessari al funzionamento, comportano altresì dei costi relativi ai tempi e all'impiego delle risorse umane necessarie per il compimento delle relative procedure".

Secondo il Consiglio di Stato il principio di risultato è una sorta di parametro che consente di estendere il sindacato giurisdizionale facendo transitare nell'area della legittimità, quindi del sindacato del Giudice, opzioni e scelte che sinora si pensava attenessero al merito e fossero come tali insindacabili. In buona sostanza, trattasi di una sorta di criterio positivizzato dal Legislatore attraverso cui verificare il corretto esercizio della discrezionalità amministrativa attraverso l'ordinario sindacato estrinseco del Giudice amministrativo, ma che comporta una valutazione di tipo sostanziale,

e non tipicamente formale del provvedimento amministrativo. Sembra dunque che il principio di risultato rappresenti un altro strumento con cui si pone al centro del giudizio non più (e non solo) la legittimità del provvedimento impugnato, ma il rapporto giuridico sottostante e la relativa tutela sostanziale delle rispettive posizioni, da intendersi, per la Stazione appaltante, come tutela dell'interesse pubblico ad ottenere dalla procedura selettiva la migliore prestazione possibile e idonea a raggiungere quel risultato che sottende e permea tutto lo svolgimento della gara stessa. Affinché si possa trasformare un obiettivo – implicito – in un risultato oggettivo sarebbe forse necessario positivizzarlo all'interno della *lex specialis* o comunque indicare degli elementi tali da poter ricostruire la specifica finalità ultima a cui la disciplina di gara tende, e ciò al fine di rendere il sindacato del giudice meno ampio.

In merito ad interessi di natura superindividuale come quelli ambientali, il Consiglio di Stato, nella sentenza n. 4701 del 27 maggio 2024, ha analizzato il principio del risultato. La nozione nel caso di specie deve riguardare non solo la rapidità e l'economicità, ma anche la qualità della prestazione e la capacità di concorrere concretamente alla tutela degli interessi pubblici assegnati alla cura dell'amministrazione. Questa sentenza evidenzia che il risultato non deve essere visto in contrapposizione al principio di legalità, ma piuttosto come un elemento che amplifica il perimetro del sindacato giurisdizionale, rendendo giustiziabili opzioni e scelte che in precedenza erano considerate di mero merito amministrativo e quindi insindacabili.

Il Consiglio di Stato, nella sentenza n. 4996 del 4 giugno 2024, ha ulteriormente chiarito che, anche se il principio del risultato è stato esplicitato solo di recente dal nuovo Codice dei contratti pubblici del 2023, era già un principio immanente nel sistema della cosiddetta amministrazione di risultato, riconducibile al principio di buon andamento dell'attività amministrativa. Pertanto, il risultato può essere adottato dal Giudice quale criterio orientativo anche per i casi in cui debba essere risolto il dubbio sulla sorte di procedure non rette dal d.lgs. n. 36/2023. Questo principio esige che l'amministrazione tenda al miglior risultato possibile in difesa dell'interesse pubblico, privilegiando gli aspetti sostanziali dell'attività amministrativa rispetto a quelli puramente formali.

Queste sentenze mostrano come il principio del risultato abbia inciso profondamente sulla *ratio decidendi* e sulle conclusioni specifiche raggiunte dai giudici. Ogni decisione è stata influenzata da questo principio, che ha intenzione di guidare l'azione amministrativa verso l'efficacia, l'efficienza e l'economicità, garantendo che l'azione amministrativa sia orientata al raggiungimento del miglior risultato possibile. Le decisioni hanno spesso privilegiato gli aspetti sostanziali rispetto a quelli formali, promuovendo un approccio pragmatico e orientato agli esiti finali delle operazioni di affidamento ed esecuzione dei contratti pubblici. Inoltre, la giurisprudenza ha evidenziato come il principio del risultato sia strettamente connesso al principio della fiducia, introdotto dall'art. 2 del nuovo Codice dei contratti pubblici. Questo principio amplia i poteri valutativi della Pubblica Amministrazione, promuovendo un'azione amministrativa trasparente e corretta, finalizzata sempre al miglior risultato possibile, come evidenziato dalle sentenze del TAR Campania e del Consiglio di Stato.

8. Considerazione conclusiva.

A conclusione di quanto analizzato, è di fondamentale importanza affermare che la rilevanza del principio del risultato risiede primariamente nella sua collocazione sistematica, ponendosi quale principio atto a inaugurare e a plasmare tutto il nuovo Codice dei Contratti Pubblici.

La norma che apre il sipario alla fonte giuridica contenente (in massima parte) la trattazione normativa della contrattualistica pubblica si caratterizza per il fatto che, a

differenza che nel previgente regime, assurge non già esclusivamente a mera finalità dell'attività sottesa all'esternalizzazione del servizio, ma essa configura una - o anzi la - modalità di azione della Pubblica Amministrazione (anche) laddove questa agisca nella sua capacità di diritto privato.

In altri termini, il riferimento a detto principio del risultato determina una concentrazione tra mezzo e fine, rappresentando nella tensione verso il risultato lo strumento attraverso cui si deve esplicitare l'attività della stazione appaltante.

In definitiva, il principio di risultato deve assurgere quale interesse pubblico primario che le stazioni appaltanti perseguono nell'esercizio della loro attività affidando il contratto e vigilando sulla sua esecuzione con la massima tempestività ed il migliore rapporto tra qualità e prezzo nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza.

Posto che la sua recentissima entrata in vigore impedisce di operare una trattazione che volga lo sguardo ad orientamenti giurisprudenziali "consolidati" è importante sottolineare, che sotto il profilo esegetico, il precipitato del risultato congloba in sé una pluralità di principi che invero erano già fissati a livello positivo dalla normativa precedentemente in vigore.

Fermo restando - ed è sempre opportuno tenerlo a mente- che alla disciplina dei contratti pubblici, si applicano, ove compatibili, le disposizioni contenute all'interno della l. n. 241/1990 che fanno anch'esse richiamo ai principi enucleati dalla disposizione inaugurale del d. lgs n. 36/2023.

Si pensi, a titolo di esempio, al principio di trasparenza, invero recante molteplici declinazioni pratiche all'interno della normativa del 2016: basti pensare all'art. 29 del vecchio Codice dei Contratti, il quale imponeva alla Pubblica Amministrazione di mettere a disposizione pubblica alcune tipologie di informazioni sui processi decisionali sottesi all'aggiudicazione.

Muovendoci dal piano della trasparenza a quello dell'efficienza la normativa del 2016 conteneva un richiamo, seppure implicito, ai c.d. canoni delle "tre E (efficacia, efficienza, economicità)".

Dal raffronto operato non può non sollevarsi, appunto oggi, l'interrogativo inerente alla valenza del principio sotto il profilo (prevalentemente) teorico, atto che non vi è, allo stato, per ragioni logistiche già richiamate, l'esistenza di una giurisprudenza consolidata che possa delimitarne con univocità le declinazioni pratico-operative.

La differente architettura che l'attuale normativa in materia vanta rispetto a quella previgente può spiegarsi sulla base del fatto che se, tali principi, nel regime precedente, presentavano una valenza (precipualemente applicativa) tendenzialmente autoreferenziale, ossia "incorniciata" all'interno delle singole disposizioni di legge che ne costituivano precipitato pratico, nel d. lgs. n. 36/2023 si elevano a superprincipi che ispirano e conformano tutta la disciplina.

I vari principi non rappresentano, in altri termini, le tessere di un mosaico, ma rappresentano un'isola all'interno della quale deve risiedere tutto ciò che si correla a detta materia.

In particolare, con un approccio di tipo economico-giuridico (ad avviso di chi scrive del tutto imprescindibile nel volere analizzare una tematica di tale calibro), l'art. 1 del nuovo Codice rimanda a profili caratteristici tipici dei mercati concorrenziali: trasparenza, efficienza, "risultato".

Attraverso una connessione sistematica dei vari termini può sostenersi che il legislatore delegato abbia voluto elevare la concorrenza a strumento, in quanto (e ciò lo insegna la scienza microeconomica) trattasi del modello di esternalizzazione che può garantire l'efficienza del mercato, ed in particolare la soddisfazione del consumatore.

Asserire infatti, che il principio del risultato mira alla soddisfazione della commit-

tenza non può non dirsi equivalente rispetto all'affermare che la soddisfazione della committenza riposi nella sua idoneità alla soddisfazione degli interessi generali.

E se si volesse essere ancor più pignoli e metodologicamente rigorosi, quanto detto trova ulteriore conforto in quella norma che si pone quale presidio giuridico dell'attività di diritto privato (speciale) della Pubblica Amministrazione, laddove è consacrato il principio di legalità indirizzo anche con riferimento (implicito) al diritto dei contratti pubblici.

L'Amministrazione ha un ruolo ben preciso che consiste nel perseguimento degli interessi pubblici generali: ed a tale finalità, prevede l'art. 1 comma 1 bis della Legge sul procedimento amministrativo, deve informarsi (inoltre) allorquando agisca senza l'adozione dei propri tradizionali moduli di azione vale, a dire gli atti autoritativi di diritto pubblico che rappresentano estrinsecazione del proprio potere di imperio nei confronti della sfera consociativa da amministrare.

Dunque, il riferimento ai principi ne esalta la loro valenza precettiva a livello di sistema, nel senso che il nuovo codice degli appalti penetra, come un'ombra, il dogma del risultato che si abbina alla valenza valoriale del principio di concorrenza quale modalità di esternalizzazione del servizio.