CONTRATTI PUBBLICI

I principi generali nella disciplina dei contratti pubblici

Sommario: 1. Premessa: i principi e le applicazioni giurisprudenziali. **2.** Principi e autonomia decisionale amministrativa. **2.1.** Una "dequotazione" della lex specialis? **2.2.** Merito amministrativo e sindacato giurisdizionale. **3.** Principi e incertezza giuridica. **3.1.** Il complesso rapporto con la legalità sostanziale. **4.** Conclusioni.

di Elisa D'Alterio

ABSTRACT: Il saggio propone un'analisi degli effetti applicativi della nuova normativa in tema di contratti pubblici, sotto l'angolo prospettico dei principi generali: ci si chiede, in particolare, se l'applicazione dei principi generali stia contribuendo a realizzare il rafforzamento di capacità e autonomia decisionale dell'amministrazione. La trattazione muove da uno studio della giurisprudenza in materia (su un campione di 70 pronunce dei giudici amministrativi di primo e secondo grado), per poi osservare gli impatti della nuova normativa su iniziativa e autonomia decisionale dei funzionari pubblici. A seguire, vengono analizzati gli effetti dell'applicazione dei principi generali sulla portata del bando di gara e il delicato aspetto del confine fra poteri amministrativo e giudiziario. Inoltre, vengono messi in evidenza i profili di incertezza derivante dall'applicazione dei principi – specialmente il rapporto fra i principi del risultato e della fiducia e il principio di legalità sostanziale.

ABSTRACT: *The paper concerns a study of the public contracts new legislation (2023)'s effects on the Public Administration working, from the perspective of the general principles. Are they advantageous? The contribution starts from a view of several court statements, and analyses the impacts of the new legislation on the public officials' initiative and autonomy. Then the study focuses on the general principles application' effects on the tender notice and on the thin line that separates the administrative power and the judicial power. Furthermore, the study shows the uncertainty that comes from the general principles application, especially the relationship between principles of result and trust and principle of substantive legality.*

1. Premessa: i principi e le applicazioni giurisprudenziali.

In questa analisi, viene considerata l'applicazione dei principi generali, definiti nel codice dei contratti pubblici (d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, d'ora in avanti Codice), alla luce di un campione di oltre settanta sentenze pronunciate da giudici amministrativi (sia di primo che di secondo grado)[1] nell'arco dei primi due

1 Vi sono anche sentenze di giudici civili e contabili. Di questo campione sono menzionate, nelle note, circa 50 sentenze; le altre hanno contenuti ripetitivi o poco rilevanti ai fini dell'indagine.

anni di vigenza della nuova disciplina[2].

Un'ampia percentuale delle decisioni riguarda i principi di risultato (art. 1) e della fiducia (art. 2), che vengono richiamati in numerose ipotesi, relative, ad esempio, all'ambito di applicazione della disciplina, alle modalità di esercizio della discrezionalità amministrativa, alla responsabilità amministrativa dei funzionari, alle modifiche del bando di gara, alla valutazione e ai caratteri delle offerte, ai tempi dell'affidamento, al soccorso istruttorio, all'applicazione dell'avvalimento, e così via[3]. Si tratta di un lungo elenco di casi, in cui sono incluse, o si aggiungono, le applicazioni anche di altri principi generali, quali soprattutto quelli di buona fede (art. 5), del *favor partecipationis* e di tassatività delle clausole di esclusione (art. 10), di conservazione dell'equilibrio contrattuale (art. 9).

L'analisi di questa giurisprudenza mette in luce almeno due questioni, che riguardano l'incidenza dei principi sulla capacità decisionale amministrativa, nonché alcune cause e forme di incertezza giuridica in sede di applicazione. A tali questioni sono dedicati i prossimi paragrafi.

2. Principi e autonomia decisionale amministrativa.

Tra le più rilevanti finalità della nuova formulazione del Codice, entrata in vigore nell'estate del 2023, vi è quella di una maggiore valorizzazione dell'iniziativa e autonomia decisionale dei funzionari pubblici. A questo fine sono orientati i principi del risultato e della fiducia, che rappresentano nuovi ingressi nell'ampio gruppo dei principi previsti dalla disciplina in tema di contratti pubblici[4].

Per ricordare, il principio del risultato è il principio in base al quale le stazioni appaltanti e gli enti concedenti devono perseguire «il risultato dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione» con la massima tempestività e il migliore rapporto tra qualità e prezzo, costituendo attuazione del principio del buon andamento e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità. Esso ha una posizione di primazia rispetto ad altri principi, quali la concorrenza e la trasparenza che sono definiti «funzionali» rispetto al suo perseguimento, ma è in un rapporto di subordinazione rispetto al principio di legalità e agli stessi principi di concorrenza e trasparenza, che quindi ne rappresentano strumento e, al contempo, limite[5]. Il principio della fiducia, invece, è definito nel senso di «reciproca fiducia nell'azione legittima, trasparente e corretta

---

2 In tema di principi generali nella disciplina del nuovo Codice, vi sono numerosi lavori: tra i vari, si ricordano C. Contessa, I principi generali: dalla genesi del nuovo Codice alle prime applicazioni giurisprudenziali, in Il Codice dei contratti pubblici. Riforma e correttivo, a cura di M. Giordano e G. Visentini (con prefazione di L. Carbone), Napoli, Editoriale scientifica, 2025, pp. 3 ss. (nel volume vi sono vari contributi dedicati, poi, ai singoli principi, ad opera di H. Simonetti, P. Malanetto, L. Caso, S. Fantini, R. Giovagnoli, G. Tulumello, S. Toschei, F. Taormina, pp. 27-234. G. Tropea, *Un nuovo super principio?*, in *Diritto processuale amministrativo*, n. 2, 2025, pp. 464 ss.; R. Ursi (a cura di), *Studi sui principi generali del codice dei contratti pubblici*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2024, *passim*; P. Marzaro, *I principi generali nel nuovo codice dei contratti pubblici. Una nuova visione di insieme per una nuova visione dell'amministrazione*, in *Trasparenza e prevenzione della corruzione nel nuovo codice dei contratti pubblici*, a cura di G. Fonderico, Venezia, Edizioni Cà Foscari, 2024, pp. 7 ss.; M. Calabrò, G. Clemente di San Luca, A. Contieri, A. De Siano, P. Forte, M. Interlandi, F. Liguori, S. Perongini, A. Rallo, R. Spagnuolo Vigorita, M.R. Spasiano, M. Tiberii, *Studi sui principi del codice dei contratti pubblici*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023, *passim*; G. Napolitano, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2023, p. 287. Prima dell'adozione del Codice vigente: M.A. Sandulli, R. De Nictolis, R. Garofoli (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, I, *I principi generali. I contratti pubblici. I soggetti*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 8.

3 Anche a livello normativo, nell'ambito del Codice, il principio del risultato è il più trasversale: oltre all'articolo che lo disciplina (art. 1), è espressamente richiamato negli articoli 2 (fiducia), 6 (principi di solidarietà e di sussidiarietà orizzontale), 62 (aggregazioni e centralizzazione delle committenze), 82 *bis* (accordo di collaborazione), 120 (modifica dei contratti in corso di esecuzione) e in alcuni allegati.

4 In giurisprudenza, si mette in evidenza come tali principi trovassero già applicazione o, meglio, fossero «già immanenti nel sistema interpretativo giurisprudenziale»: Cons. Stato, sez. V, 25/02/2025, n. 1620.

5 L'art. 1 del Codice stabilisce, inoltre, che «Il principio del risultato costituisce criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto, nonché per: a) valutare la responsabilità del personale che svolge funzioni amministrative o tecniche nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti; b) attribuire gli incentivi secondo le modalità previste dalla contrattazione collettiva» (co. 4).

dell'amministrazione, dei suoi funzionari e degli operatori economici». Esso ha il fine di favorire e valorizzare «l'iniziativa e l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici, con particolare riferimento alle valutazioni e alle scelte per l'acquisizione e l'esecuzione delle prestazioni secondo il principio del risultato»[6].

La previsione di questi due principi è stata condizionata da vari fattori. Hanno influito, senz'altro, la necessità di contenere i lunghi tempi delle procedure di appalto e, specialmente, l'esigenza di consentire il rispetto dei *target* temporali del Piano nazionale di ripresa e resilienza-Pnrr[7]. Altri aspetti spiegano, poi, il collegamento di tali principi con particolari garanzie. Si pensi alla tanto evocata "paura della firma" o alla crescente deresponsabilizzazione del personale pubblico, che hanno messo in evidenza l'esistenza di un apparato amministrativo non sempre autosufficiente, bisognoso di "tutori istituzionali" e non in grado di gestire in modo efficiente ed efficace le procedure contrattuali. Il fine della nuova disciplina è quello di mitigare tali fenomeni, introducendo una presunzione di correttezza dell'azione amministrativa e, persino, coperture assicurative per chi è responsabile dei procedimenti contrattuali[8].

Alla luce di queste premesse, è possibile porsi la seguente domanda: l'applicazione di tali principi sta contribuendo a realizzare l'auspicato rafforzamento della capacità e autonomia decisionale dell'amministrazione?

Sono soprattutto due le tendenze interessanti al riguardo.

2.1. Una "dequotazione" della *lex specialis*?

La prima tendenza attiene agli effetti dell'applicazione di tali principi, e specialmente di quello del risultato, sul valore e sulla portata del bando di gara. In alcune decisioni, è affermato che «i principi di risultato e buona fede, di cui il richiamato istituto [soccorso istruttorio] è espressione, vanno […] contemperati con quello di autoresponsabilità ed efficienza della azione amministrativa dovendosi perciò escludere che a fronte di dichiarazioni non corrispondenti alle prescrizioni della *lex specialis* scatti automaticamente l'onere della stazione appaltante di chiedere al concorrente chiarimenti o integrazioni, essendo a tal fine necessario che si palesino incertezze o ambiguità che rendano rilevabile un possibile errore nella redazione della domanda»[9]. In altre decisioni, si evidenzia come «uno scostamento minimo tra il fatturato richiesto dal disciplinare e quello posseduto dall'offerente non potrebbe giustificare l'esclusione, in applicazione del principio di proporzionalità. Il principio del risultato, inoltre, ammetterebbe scostamenti minimali rispetto al requisito di fatturato richiesto dalla *lex specialis*»[10]. In altre sentenze ancora, i principi vengono utilizzati come grimaldelli per andare oltre il bando: essi «devono guidare l'interprete nella lettura e nell'applicazione della disciplina di gara, rendendosi funzionali a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti, all'esito di un realizzato contesto partecipativo ispirato all'attuazione della massima concorrenzialità, altrimenti precluso dall'interpretazione formalistica

6 L'art. 2 prevede, inoltre, che «nell'ambito delle attività svolte nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti, ai fini della responsabilità amministrativa costituisce colpa grave la violazione di norme di diritto e degli auto-vincoli amministrativi, nonché la palese violazione di regole di prudenza, perizia e diligenza e l'omissione delle cautele, verifiche ed informazioni preventive normalmente richieste nell'attività amministrativa, in quanto esigibili nei confronti dell'agente pubblico in base alle specifiche competenze e in relazione al caso concreto. Non costituisce colpa grave la violazione o l'omissione determinata dal riferimento a indirizzi giurisprudenziali prevalenti o a pareri delle autorità competenti» (co. 3). Il successivo co. 4 contiene una speciale disposizione che prevede, per il personale che si occupa di contratti che rientrano nell'ambito di applicazione del Codice, la necessità che le stazioni appaltanti si procurino la copertura assicurativa (co. 4).

7 Sul punto, si rinvia a E. D'Alterio, *Riforme e nodi della contrattualistica pubblica*, in *Diritto amministrativo*, n. 3, 2022, pp. 667 ss.

8 Su questo aspetto, Corte dei Conti Lombardia, sez. contr., delibera, 27/11/2024, n. 241.

9 Si v., spec., Tar Toscana, sez. III, 5 dicembre 2024, n. 1418.

10 Così, Tar Puglia, Lecce, sez. II, 4 dicembre 2024, n. 1338.

ed escludente delle disposizioni della *lex specialis* come invocata dall'appellante»[11].

Anche rispetto alla documentazione e alle procedure di gara, è stato affermato che: «l'analisi della fattispecie in esame, secondo la declinazione del principio del risultato, nell'ambito di una lettura sostanzialistica della *lex specialis*, conduce ad escludere una lettura meramente formale della *regula iuris* del caso concreto, dovendo essere orientata piuttosto al perseguimento del raggiungimento del risultato sostanziale. […] In questa ottica, il giudice amministrativo è tenuto a superare i casi di 'vuoti formalismi', al fine di tutelare l'interesse della stazione appaltante ad ottenere prestazioni orientate a garantire il miglior risultato possibile. Quindi, in ipotesi come quella di specie, in cui vi è contrasto tra il dato formale del pedissequo rispetto del disciplinare di gara e il dato sostanziale della sussistenza dei requisiti in capo all'aggiudicataria, occorre privilegiare il dato sostanziale, ossia il risultato utile, perseguito dalla stazione appaltante di avere selezionato l'operatore economico ritenuto più idoneo all'esecuzione dell'appalto»[12].

Riguardo alle procedure di gara, «il formalismo […] non può prevalere quando non viene in rilievo alcun profilo di limitazione dell'immissione degli operatori economici interessati alla gara, dovendosi dare rilievo alla correttezza sostanziale del modo di procedere della stazione committente»[13].

La lettura combinata di questi passaggi consente di cogliere una forma di depotenziamento o, in altri termini, una specie di "dequotazione" del bando di gara (in quanto *lex specialis*) – e più in generale dei vincoli formali di gara – nel nome del risultato[14]. Si ammette un margine di elasticità entro il quale l'amministrazione può operare eventuali scostamenti, con effetti favorevoli, o meno, su un operatore economico o su un altro[15]. Il margine, tuttavia, è sfumato ed è strettamente dipendente dal caso considerato[16].

Questo approccio produce un paradosso. Da una parte, la possibilità di scostamenti e interpretazioni più malleabili del bando lascerebbe pensare a una maggiore libertà di manovra per l'amministrazione[17], dall'altra parte, però, questa tendenza porta a una forma di svilimento del peso del bando, che è uno dei principali strumenti dell'autonoma capacità decisionale dell'amministrazione. È, infatti, l'amministrazione a definire i contenuti, i

---

11 Cons. Stato, sez. V, 01/10/2024, n. 7875.

12 Cons. Stato, sez. V, 25/02/2025, n. 1620.

13 Cons. Stato, sez. V, 01/10/2024, n. 7875.

14 In pochi altri casi, viene invece salvaguardato il valore formale del bando di gara: «se la Stazione appaltante si è autovincolata con l'indicazione nella *lex specialis* di specifici requisiti tecnici dell'offerta, non è invocabile il principio del risultato per giustificare la scelta di un'offerta economica che, quantunque vantaggiosa sotto il profilo del rapporto qualità-prezzo, non corrisponda a siffatti requisiti, posto che ciò contrasterebbe non solo con il principio di legalità, ma anche con quello pro-concorrenziale *della par condicio competitorum*» (Tar Emilia-Romagna Parma, sez. I, 29/04/2024, n. 98).

15 Lo scostamento può avvenire anche attraverso "chiarimenti interpretativi": «Il nuovo Codice dei contratti pubblici (D.Lgs. n. 36 del 2023) pone il principio del risultato e il principio della fiducia come criteri guida per l'azione amministrativa. In tale contesto, un chiarimento interpretativo delle regole di gara che favorisca l'ammissione di più concorrenti, in attuazione di detti principi, non può essere considerato modificativo della *lex specialis*. Il chiarimento, rendendo esplicita l'equivalenza funzionale tra prodotti di dosaggio e confezionamento diverso, consente il miglior risultato possibile e il rispetto della concorrenza, senza alterare il carattere vincolante delle specifiche tecniche» (Tar Campania Napoli, sez. V, 06/05/2024, n. 2959). Si v. anche Tar Emilia-Romagna Bologna, sez. I, 30/01/2025, n. 87.

16 La flessibilità riguarderebbe anche le regole redazionali dell'offerta: Tar Campania Napoli, sez. IV, 24/02/2025, n. 1516.

17 Così emerge nella decisione del Tar Campania Napoli, sez. V, 06/05/2024, n. 2959, che si esprime favorevolmente nei confronti della pubblica amministrazione: «è legittimo l'operato della stazione appaltante che chiarisca i contenuti della legge di gara privilegiandone un'interpretazione "ampliativa" e "teleologicamente orientata" [...] ad attuare la *ratio* sottesa alla programmata operazione amministrativa/negoziale complessivamente intesa", in ossequio ai principi del risultato e della fiducia»; nello stesso senso, Tar Marche Ancona, sez. II, 22/03/2024, n. 305. In direzione opposta, si pone invece la sentenza del Tar Liguria Genova, sez. I, 23/11/2024, n. 797, che accoglie il ricorso a favore dell'operatore economico: «la *lex specialis* di gara va interpretata in conformità ai canoni di imparzialità, trasparenza e buona fede, che impongono di darne una lettura che tuteli l'affidamento degli interessati, privilegiando perciò l'esegesi letterale, senza interpolazioni che inducano ad addivenire a significati diversi ed inespressi, anche in ragione del principio costituzionale di buon andamento, che impone alla P.A. di operare in modo chiaro e lineare, tale da fornire agli amministrati regole di condotte certe e sicure».

tempi, la tipologia e altri elementi del bando e della documentazione di gara, per quanto nel rispetto dei parametri dei bandi tipo e della più generale normazione.

La conseguenza del paradosso è che l'applicazione dei principi può portare ad esiti, particolarmente, favorevoli per gli operatori economici ricorrenti, come nel caso in cui i giudici amministrativi hanno riconosciuto che «il principio della fiducia di cui all'art. 2 del nuovo Codice amplia i poteri valutativi e la discrezionalità della P.A., in chiave di funzionalizzazione verso il miglior risultato possibile. Tale fiducia, tuttavia, non può tradursi nella legittimazione di scelte discrezionali che, in ossequio ad un'interpretazione formalistica delle disposizioni di gara, tradiscono l'interesse pubblico sotteso ad una gara, le quali, per contro, dovrebbero in ogni caso tendere al suo miglior soddisfacimento»[18].

Altro caso particolare riguarda la definizione dei requisiti nel bando: l'amministrazione deve espressamente indicare gli stessi come minimi ed essenziali, altrimenti, proprio in virtù del principio del risultato, essi non potranno essere considerati come tali ma soltanto «ottimali e non essenziali»[19].

In altri termini, la maggiore flessibilità rispetto a una rigorosa interpretazione del bando non equivale sempre a un effettivo rafforzamento della capacità decisionale dell'amministrazione ma, di fatto, a una estensione delle condizioni volte a garantire la realizzazione dell'appalto, ossia il risultato, a prescindere di chi a favore operi (pubblica amministrazione o operatore economico)[20].

Va, inoltre, notato che tale flessibilità è, pur sempre, sottoposta a limiti (primo fra tutti il principio di legalità), che a loro volta funzionano in base al complesso bilanciamento tra lo scostamento giustificato dal risultato e il rispetto della *lex specialis*, che è il primo parametro della legittimità dell'azione amministrativa in questo ambito[21]. Riconoscere il giusto punto di equilibrio tra i due poli è una operazione assai ardua e, forse, possibile soltanto a posteriori, come avviene nei contenziosi. In tal senso, i principi in questione sono dei buoni canoni ermeneutici per il sindacato dei giudici nel risolvere le controversie ma non costituiscono una chiara e solida fonte di "ispirazione" per l'operare quotidiano delle amministrazioni, come si dirà anche più avanti.

2.2. Merito amministrativo e sindacato giurisdizionale.

La seconda tendenza riguarda il delicato rapporto tra merito amministrativo e sindacato giurisdizionale. Si tratta di una relazione che abbraccia molteplici ambiti e oggetto di annose e mai cessate dissertazioni in letteratura e nella stessa giurisprudenza[22]. Il tema si collega al più generale problema dei confini tra l'esercizio dei poteri amministrativo e giudiziario, dove non si è mai esaurita l'affannosa ricerca del giusto

18 Cons. Stato, sez. V, 13/09/2024, n. 7571.

19 Tar Emilia-Romagna Bologna, sez. II, 07/05/2025, n. 488.

20 Si v. Cons. Stato n. 7571/2024, dove la causa è vinta dall'operatore economico.

21 L'oscillazione tra i due piatti della bilancia è significativa: ad esempio, la valutazione dell'offerta economica, sulla base del principio di risultato e di quello di fiducia, deve tenere innanzitutto conto del dato sostanziale che emerge dalla documentazione di gara (Cons. Stato n. 9255/2024). In effetti, la valutazione sostanziale dell'offerta economica valorizza e amplia la discrezionalità dei funzionari (Cons. Stato n. 9254/2024) i quali, comunque, devono avere come bussola della loro azione amministrativa il fine dell'interesse pubblico (Cons. Stato n. 7875/2024). A valle, dunque, l'analisi causale del provvedimento va interpretata alla luce di valutazioni sostanziali e di risultato dell'intera procedura (Tar Sicilia, Catania, n. 3738/2023). Al contempo, il principio di risultato non deve porsi in antagonismo al principio di legalità, ma in sostanziale coordinamento; deve essere capace di integrare la legalità sostanziale della procedura (Cons. Stato n. 2866/2024).

22 Tra le numerose opere sul tema, si ricorda D. de Pretis, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, Cedam, 1995, spec. pp. 297 ss. Più recentemente, il saggio di A. Cassatella, *Poteri del giudice amministrativo e riserva dinamica di amministrazione*, in *Riflessioni sul diritto amministrativo che cambia. Atti del XXV Convegno di Copanello 30 giugno-1 luglio 2023*, a cura di F. Astone, F. Manganaro, R. Rolli, F. Saitta e F. Tigano, Milano, Giuffrè, 2024, pp. 233 ss., ricostruisce le principali tesi sul tema, partendo dai lavori di Franco Ledda e Antonio Romano. L'Autore approda, infine, a una interpretazione "intermedia".

punto di equilibrio. Anche nel settore dei contratti pubblici, la questione ha investito l'applicazione di vari istituti e, soprattutto, l'interpretazione dei principi.

In particolare, vanno considerate alcune interpretazioni del principio del risultato. In queste, si legge che «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»[23].

In altri termini, l'applicazione del principio implicherebbe una riduzione del merito amministrativo, o meglio della "riserva di amministrazione", intesa come spazio di insindacabilità da parte dell'autorità giudiziaria. La tendenza non è nuova. La nozione di "risultato" si era già caratterizzata, in passato, per questa chiave interpretativa[24], trovando poi ulteriori forme di consolidamento nella "stagione normativa" del 2016, ispirata a più incisivi controlli e forme di compressione della capacità decisionale delle amministrazioni nelle procedure contrattuali[25].

Un tale approccio va, chiaramente, in controtendenza rispetto al fine dell'ampliamento dell'autonoma capacità decisionale dell'amministrazione. L'estensione del sindacato sul merito, attraverso il "veicolo" del risultato, non può che indurre atteggiamenti di *self-restraint* e c.d. "timore della firma" da parte delle pubbliche amministrazioni, che l'applicazione del principio stesso voleva, invece, scongiurare. Come dire, si tratterebbe di un ulteriore paradosso.

Su questo punto, sono emerse varie critiche che evidenziano una «consistente erosione del merito», nonché un «sostanzialismo creazionista che può autorizzare interpretazioni disapplicanti le regole del gioco, fondate sul fascino insidioso della ricerca del giusto»[26]. Il principio del risultato esprimerebbe la conseguenza estrema di quelle «pulsioni antiformalistiche» che vanno «anche oltre il principio di strumentalità delle forme»[27].

Con una specie di *revirement* interpretativo o, più semplicemente, una correzione della formulazione fonte del paradosso, i giudici di Palazzo Spada hanno voluto, successivamente, precisare che l'interpretazione del principio deve andare sempre nel senso del pieno recupero e valorizzazione dello spazio del merito amministrativo[28]. Il principio, che i giudici devono utilizzare nella risoluzione dei casi di contrasto tra dato formale del bando e dato sostanziale dell'idoneità

---

23 Cons. Stato, sez. III, 26/03/2024, n. 2866; Cons. Stato, sez. III, 27/05/2024, n. 4701; Tar Molise Campobasso, sez. I, 20/05/2024, n. 159; Tar Toscana Firenze, sez. II, 23/04/2024, n. 493. In tutte queste sentenze, ricorre il medesimo passaggio testuale.

24 Cons. Stato, sez. VI, 3 dicembre 2008, n. 5398 («invero non ignora la Sezione quanto affermato da autorevoli correnti dottrinali in ordine alla necessità di un ampliamento del sindacato del plesso giurisdizionale amministrativo, dipendente dalla sempre maggiore connessione che l'attività provvedimentale amministrativa presenta con aspetti economico- finanziari. A tale autorevole corrente di pensiero, che si rifà all'evolutivo concetto di "amministrazione di risultato" (cui dovrebbe conseguire un vaglio giudiziale incidente anche sul risultato ultimo dell'attività provvedimentale, quello cioè afferente alla "res", all'"oggetto" del provvedimento amministrativo) va riconosciuto il merito di avere disegnato una nuova frontiera dell'amministrare e della funzione giurisdizionale»). La decisione, all'epoca, non superò però la linea di confine, riconoscendo che la *causa petendi* si collocava «almeno allo stato, al di fuori dai parametri del controllo di legittimità demandati al Giudice amministrativo», pur auspicando una espansione di quest'ultimo.

25 Si tratta del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50.

26 L'insieme di queste critiche è tratta da G. Tropea, *Un nuovo super principio?*, cit., spec. pp. 487-488.

27 G. Tropea, *Un nuovo super principio?*, cit., p. 476.

28 Le norme, e a volte la giurisprudenza, tendono a sovrapporre, con un po' di ambiguità, l'espressione discrezionalità con quella di merito. Il merito, tuttavia, costituisce una speciale modalità di esercizio della discrezionalità amministrativa, basata soprattutto su criteri di opportunità, nel rispetto generale dei principi di legittimità. La scelta di merito è – tendenzialmente – insindacabile da parte del giudice amministrativo, salvo nei casi di giurisdizione estesa al merito di cui all'art. 134, c.p.a. Si ricorda M.S. Giannini, *Problemi relativi al merito amministrativo*, in Id., *Scritti*, II, Milano, Giuffrè, 2002, pp. 350 ss. Per una recente trattazione, B. Giliberti, *Il merito amministrativo*, Padova, Cedam, 2013.

della partecipazione dell'operatore economico, non potrebbe (né dovrebbe) mai ampliare il sindacato giurisdizionale. Si afferma: «in coerenza con tale ottica va considerata la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato che ha concretamente applicato il principio del risultato non nel senso di ampliare il sindacato del giudice amministrativo (essendo, invece, stata ampliata la discrezionalità dell'amministrazione), bensì nel senso di perseguire al meglio il risultato che si è prefisso la stessa amministrazione in sede di bando e che potrebbe essere contraddetto da alcune sue scelte (è il caso, ad es., Cons. Stato, sez. III, 26 marzo 2024, n. 2866, ma anche di sez. III, 27 maggio 2024, n. 4701, ove peraltro si dà atto anche dell'esistenza di una diversa impostazione teorica secondo cui il principio del risultato avrebbe ampliato il sindacato del giudice)»[29].

L'opportuna correzione e cautela espresse dall'ultimo orientamento del Consiglio di Stato rappresentano un segnale importante per riportare l'interpretazione e applicazione giudiziaria su una rotta coerente con le "intenzioni" alla base dell'introduzione nell'ordinamento di un tale principio. Tuttavia, permangono alcune perplessità.

In primo luogo, le cause che hanno nel tempo alimentato il fenomeno dell'"amministrazione difensiva" non risiedono tanto nella disponibilità di un maggiore o minore margine di discrezionalità da parte dell'amministrazione. Il timore consiste, infatti, nella «distorsione delle scelte dell'amministratore indirizzate all'autotutela rispetto ai rischi, sia patrimoniali che non»[30]; quindi, la causa principale del fenomeno è rappresentata dal rischio di incorrere in forme di responsabilità accertabili dal giudice (contabile, amministrativo, penale, ecc.). Di conseguenza, affinché la disponibilità di una più ampia discrezionalità in tema di contratti pubblici sia efficace in una tale prospettiva, essa dovrebbe poter accompagnarsi al riconoscimento di una sfera di garanzia e riserva di amministrazione. Ciò, naturalmente, non deve avvenire a scapito del principio di legalità, che deve costituire fondamento e argine permanente dell'agire amministrativo, ma a supporto delle scelte dell'amministrazione che hanno consentito di raggiungere il risultato e soddisfare l'interesse pubblico generale.

In altri termini, il raggiungimento del risultato dovrebbe costituire il valido ancoraggio per tutte quelle scelte che l'amministrazione ha adottato per renderlo possibile, nel rispetto del bando e della legge. Questo significa che l'autorità giudiziaria dovrebbe svolgere un generale vaglio di legittimità, o sindacato meramente (ed effettivamente) estrinseco sulle stesse, oltre il quale non si dovrebbe andare, pena la vanificazione della finalità di effettivo rafforzamento della capacità decisionale dell'amministrazione, alla base del principio[31]. Del resto, delle due cose, l'una: o i dipendenti pubblici hanno l'effettiva capacità di assumere le scelte di merito nell'espletamento delle procedure contrattuali, senza temere l'utilizzo da parte del giudice di «criteri che portano ad evidenziare la mera non condivisibilità della valutazione», rischio a cui si espone, ad esempio, il principio del risultato alla luce delle applicazioni finora praticate[32]; o si ammette che la gestione dei contratti pubblici, in ragione della delicatezza della materia, ha bisogno di forme di "tutoraggio istituzionale", nelle quali vanno coinvolti, tra i vari attori, i giudici, con buona pace del rafforzamento della autonomia decisionale delle stazioni appaltanti. Entrambe le soluzioni sono valide, se orientate al soddisfacimento dell'in-

29 Cons. di Stato, 22/7/2025, n. 6495.

30 S. Battini e F. De Carolis, *L'amministrazione si difende*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 1, 2019, p. 294. Gli autori ricordano che «la definizione è mutuata dal fenomeno della medicina difensiva, secondo cui, anticipando un rischio di responsabilità medico legali seguenti, il medico modifica le scelte di cure da prestare (in eccesso o in diminuzione) rispetto a quanto farebbe in assenza di tale rischio».

31 Riguardo ai limiti del sindacato giurisdizionale sulle scelte di merito delle pubbliche amministrazioni, si ricorda spec. Cons. Stato, sez. III, 2 settembre 2019, n. 6058.

32 Si riprende il monito espresso da un importante orientamento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione: Cass. Civ., Sez. Un., 17 febbraio 2012, n. 2312 e 2313.

teresse pubblico generale; la questione è, però, che le stesse sono alternative e questo Codice (a differenza del previgente) avrebbe optato, così come espresso anche nella "Relazione agli articoli e agli allegati", per la prima soluzione, con cui bisogna essere coerenti in sede di applicazione[33].

In secondo luogo, emerge il sospetto che la questione della riduzione o espansione della capacità decisionale della pubblica amministrazione rappresenti, in verità, un falso o sovrastimato problema.

Se si guarda al passato, non possono essere trascurati alcuni aspetti. C'è stata una importante fase nella storia del Paese, tra gli anni Quaranta e Sessanta del secolo scorso, in cui sono state realizzate numerose e grandi opere pubbliche e in tempi relativamente rapidi[34]. Il quadro normativo vigente a quei tempi era, senz'altro, più semplice e strettamente collegato alla disciplina della contabilità pubblica[35]. Vi erano meno adempimenti e obblighi (ad esempio, in tema di trasparenza, tracciabilità, ecc.) ma non meno controlli, né maggiori spazi di espressione del merito amministrativo. Se si va a verificare l'insieme delle norme e delle prassi applicate in quei decenni, è possibile constatare che la formazione della volontà negoziale delle pubbliche amministrazioni, la scelta dei contraenti, la stipulazione e l'esecuzione del contratto erano fasi sottoposte a prassi e procedure che presidiavano e limitavano molto l'effettiva autonomia decisionale amministrativa[36].

Tra le prassi, vi era, ad esempio, quella dell'approvazione dei capitolati con decreti dei singoli ministri (ciò in ragione del previgente assetto della responsabilità ministeriale, poi superato dal principio di separazione tra indirizzo e gestione), previo parere del Consiglio di Stato (per i comuni e le province, ci voleva l'approvazione della giunta provinciale amministrativa, udito il consiglio di prefettura). Vi era poi l'adozione di preventivi pareri del Consiglio di Stato per i progetti di contratto statali e dei pareri dei Consigli di prefettura per quelli di comuni e province. Tali pareri non erano soltanto sulla regolarità e sulla legittimità del contratto ma anche sulla "convenienza amministrativa" dello stesso. Le amministrazioni dovevano, a tal fine, trasmettere documenti, giustificazioni, notizie. I pareri non erano vincolanti ma influenzavano tutto l'iter e, in particolare, la successiva approvazione e registrazione della Corte dei conti[37]. In altri termini, la realizzazione delle grandi opere nella fase di grande ricostruzione e boom economico del Paese è avvenuta in un contesto in cui gli spazi di discrezionalità amministrativa non erano, poi, così più ampi di quelli di oggi[38].

Questo quadro richiederebbe di riconsiderare il rapporto tra ampiezza degli spazi della discrezionalità e capacità decisionale amministrativa, da un lato, ed efficienza-risultato, dall'altro: la estensione dei primi incide sulla seconda in misura molto più contenuta di quanto oggi si tende ad enfatizzare; in altri termini, tra ampliamento o limitazione della autonomia decisionale amministrativa e aumento o diminuzione di

---

33 Nel testo della citata relazione, a p. 11, si legge che i principi hanno il fine di «accentuare e incoraggiare lo spazio valutativo e i poteri di iniziativa delle stazioni appaltanti, per contrastare, in un quadro di rinnovata fiducia verso l'azione dell'amministrazione, il fenomeno della cd. "burocrazia difensiva", che può generare ritardi o inefficienze nell'affidamento e nell'esecuzione dei contratti».

34 Si tratta dei tempi della grande ricostruzione infrastrutturale (anni 30-40 del secolo scorso) e di quelli dello sviluppo economico, c.d. boom economico (anni 50-60 del secolo scorso). Questi periodi vanno qui considerati al netto dei vari fattori storici, politici, economici che hanno inciso in quei contesti storici.

35 Si trattava, soprattutto, del r.d. 18 novembre 1923, n. 2440.

36 Per gli anni del boom economico, sono interessanti vari passaggi di R. Tremelloni, *Il danaro pubblico*, Milano, Garzanti, 1964, pp. 90 ss.

37 La ricostruzione di tali prassi, riferibile agli anni Quaranta del secolo scorso e protrattasi almeno fino alla fine degli anni Sessanta, è tratta dal quarto volume del corso di Guido Zanobini: *Corso di diritto amministrativo*, III ed., Milano, Giuffrè, 1946, spec. pp. 342-346

38 Era un assetto in cui vigeva il regime della responsabilità ministeriale e il ruolo dei corpi politici era molto forte e incisivo nelle scelte gestionali.

efficienza amministrativa, in tema di contratti pubblici, non sembra esserci una correlazione immediata. L'individuazione di possibili correlazioni richiederebbe una completa analisi diacronica, tale da mettere in relazione, per determinati lassi temporali, dati su numero e qualità delle opere realizzate, istituti giuridici vigenti, prassi applicate.

3. Principi e incertezza giuridica.

Un punto molto rilevante è rappresentato dall'incremento e aggravamento delle fonti di incertezza e ambiguità, che caratterizzano l'ambito dei contratti pubblici e che si esprimono anche nelle applicazioni giurisprudenziali dei principi generali della disciplina.

Si considerano soprattutto tre questioni.

La prima riguarda il rapporto tra i principi. Tale rapporto può includere tanto le relazioni tra gli stessi principi del Codice, quanto quelle tra i principi del Codice e quelli ancor più generali, alla base dell'agire amministrativo, fino a quelli previsti dai trattati dell'Unione europea. L'applicazione di un principio non sempre è compatibile con l'attuazione di un altro principio. Pur essendo «avvinti inestricabilmente», l'attuazione dei principi potrebbe, infatti, condurre a risultati diversi[39]. Più precisamente, «dal principio di proporzionalità deriva il corollario della c.d. "strumentalità delle forme" ad un interesse sostanziale dell'Amministrazione che di recente è stato codificato, mediante l'icastica formula del principio del risultato, dall'art. 1 del nuovo codice degli appalti di cui al decreto legislativo n. 36 del 31 marzo 2023. Ciò non significa disapplicare i principi (o alcuni dei principi) dei trattati eurounitari che regolano i contratti pubblici, ma semplicemente bilanciarli diversamente in fattispecie che, come quella qui in esame, sono annoverabili tra quelle di minore impatto concorrenziale. Siffatti principi vanno ragionevolmente bilanciati e attuati secondo diverse graduazioni, dato che l'attuazione massima di tutti i principi coinvolti è solitamente impedita dal fatto che essi sono spesso incompatibili fra loro»[40].

Tali bilanciamenti, a cui i giudici ricorrono in sede di contenzioso, difficilmente possono essere operati dalle pubbliche amministrazioni, nel loro agire corrente o, quantomeno, si espongono al non infrequente rischio di contestazioni. Inoltre, anche gli stessi bilanciamenti tra principi, effettuati dai giudici per la risoluzione delle controversie, non sono agevolmente prevedibili, perché ogni principio può potenzialmente costituire limite dell'altro, in una catena dove non esiste una effettiva gerarchia (si pensi al complesso rapporto tra principio del risultato e principio di legalità, come si dirà più avanti) [41].

La seconda questione riguarda la natura, per così dire, *bipartisan* dei principi. L'applicazione dei principi può determinare, a seconda del caso considerato, un vantaggio a volte per l'amministrazione (con conseguente successo processuale), altre volte per l'operatore economico.

Ad esempio, in un caso, la stazione appaltante si era rifiutata di attivare il soccorso procedimentale, pur a fronte della presentazione, ad opera dell'operatore economico, di un'istanza di autotutela in cui aveva segnalato di avere correttamente dichiarato di essere in possesso di una certificazione ISO in corso di validità (peraltro, inserita all'interno della busta amministrativa), ma di aver erroneamente prodotto, a corredo dell'offerta tecnica, la precedente certificazione scaduta. In questo caso la decisione dell'amministrazione è stata censurata, perché ritenuta contrastante con il principio del risultato[42].

39 Cons. Stato, sez. V, 19/11/2024, n. 9254.

40 Cons. Stato, sez. IV, 20/04/2023, n. 4014.

41 Si cfr. Tar Sicilia Catania, sez. III, 12/12/2023, n. 3738.

42 Tar Lazio, Roma, sez. II, 11 dicembre 2023, n. 18735.

In altra circostanza, è stato riconosciuto che il principio del risultato non potesse valere a far salva una disciplina di gara priva della concreta declinazione dei criteri minimi ambientali, ma è stato per altro verso ritenuto che il principio della fiducia, unito al risultato, portasse a escludere vizi di procedura qualora emergesse che il concorrente aveva formulato un'offerta consapevole dei criteri ambientali minimi applicabili, esaustivamente esplicitandoli nell'offerta, lamentandone solo in giudizio la mancata declinazione[43].

Nel primo caso, i principi in esame hanno operato a vantaggio dell'operatore economico, nel secondo, invece, sono stati usati a vantaggio della posizione della pubblica amministrazione. Questa natura *bipartisan* è ben sintetizzata dal Consiglio di Stato, rispetto al principio della fiducia: «il principio della fiducia quale criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale, [e] quale fiducia sia nelle amministrazioni sia negli operatori privati e, più in generale, nella capacità del complessivo assetto di disciplina ad assicurare la risoluzione dei profili di criticità e complessità che spesso connotano l'individuazione della regola del caso concreto»[44]. Inoltre, alcuni principi sono dotati di un carattere di reciprocità: «la fiducia è reciproca e, dunque, investe anche gli operatori economici che partecipano alle gare. È legata a doppio filo a legalità, trasparenza e correttezza, rappresentando, sotto questo profilo, una versione evoluta del principio di presunzione di legittimità dell'azione amministrativa»[45].

Questa interpretazione dei principi, come valori bicefali e multiformi, si collega all'applicazione della c.d. regola del caso concreto che, sebbene possa portare a una risoluzione più bilanciata di determinate controversie, dall'altro canto, può creare disorientamento nelle amministrazioni, che nella giurisprudenza vedono un punto di riferimento per l'applicazione degli istituti del Codice e per ricercare canoni uniformi. Il sistema amministrativo italiano è ancora immaturo rispetto a un tale approccio, che si scontra, infatti, con una tradizione e cultura amministrativa rigida e bisognosa di regole "assolute".

La terza questione riguarda l'uso dei principi come *passe-partout*, ossia come strumenti giuridici capaci di accedere anche a spazi e oggetti esterni allo specifico perimetro di riferimento. I giudici riconoscono un carattere di «immanenza» del principio di risultato e del principio della fiducia nell'ordinamento[46]. Tale carattere è il riflesso del collegamento tra i principi e il canone del buon andamento di cui all'art. 97 della Costituzione[47]. Da questa natura si fa discendere l'applicabilità dei principi alla disciplina dei contratti c.d. esclusi dall'ambito di applicazione del d.lgs. 36/2023 (art. 13)[48], ma anche alle procedure svolte prima dell'entrata in vigore di tali previsioni[49]. I due principi, assieme al principio di accesso al mercato (art. 3), impongono che la selezione dei contraenti di contratti "esclusi" avvenga nel rispetto del buon andamento amministrati-

43 Tar Campania, Napoli, sez. I, 15/01/2025, n. 427.

44 Cons. Stato, sez. VII, 30/04/2024, n. 3946; Cons. Stato, sez. V, 01/10/2024, n. 7875; Cons. Stato, sez. V, 19/11/2024, n. 9254.

45 Tar Campania Napoli, sez. I, 07/03/2025, n. 1894.

46 Cons. Stato, sez. V, 13/09/2024, n. 7571.

47 Corte cost. 16 luglio 2024, n. 132 e 30 maggio 2025, n. 77. Si v. anche Tar Veneto Venezia, sez. III, 14/05/2025, n. 735. Viene riconosciuta una specie di primazia del principio di risultato, anche a scapito di altri principi (inclusi quelli in tema di responsabilità amministrativa). Si cfr. F. Cintioli, *La sentenza della Corte costituzionale n. 132 del 2024: dalla responsabilità amministrativa per colpa grave al risultato amministrativo*, in *Federalismi.it*, n. 19, 2024, p. 129.

48 Cons. Stato, sez. V, 02/04/2025, n. 2776; Tar Emilia-Romagna Bologna, sez. II, 02/01/2025, n. 4. I principi generali del nuovo Codice si applicano anche nel caso di procedure "informali": Tar Piemonte Torino, sez. II, 21/11/2024, n. 1206. Valgono, altresì, tanto per i contratti passivi quanto per quelli attivi: Tar Liguria Genova, sez. I, 05/12/2024, n. 843; Tar Lombardia Brescia, sez. I, 12/08/2025, n. 764.

49 Tar Sicilia Catania, sez. III, 04/06/2024, n. 2096 (il risultato rappresenta un principio immanente dell'ordinamento); per tale motivo, esso deve, inoltre, ispirare l'azione amministrativa non solo nella fase di aggiudicazione ma anche in quella di esecuzione del contratto (Cons. Stato n. 7571/2024).

vo, della legalità dell'azione amministrativa, dell'imparzialità e della moralità[50]. Questa espansione si collega, spesso, all'uso retorico e *ad abundantiam* dei principi di risultato e di fiducia, alla base di operazioni interpretative a volte un po' forzate.

3.1. Il complesso rapporto con la legalità sostanziale.

La questione più complessa e fonte di grande incertezza è il rapporto tra l'applicazione dei principi – in particolare, del risultato e della fiducia – e la legalità sostanziale. In numerose pronunce, è affermato che i primi non devono mai compromettere la seconda, che costituisce quindi un limite invalicabile. Ma come individuare la soglia della legalità sostanziale? E soprattutto come può essere riconosciuta dal responsabile del procedimento (Responsabile unico del progetto-Rup), nella gestione delle procedure di appalto?

Un esempio interessante riguarda il rapporto tra l'applicazione del principio del risultato e i principi di finanza pubblica, tra cui quello di copertura e disponibilità finanziaria. Copertura e disponibilità finanziaria costituiscono, senz'altro, essenziali e insindacabili parametri di legalità sostanziale. Il Consiglio di Stato ha, ad esempio, più volte riconosciuto come la carenza originaria o sopravvenuta della copertura finanziaria rappresenti una valida ragione per disporre la revoca dell'affidamento di un appalto pubblico (che, quindi, implica il mancato conseguimento del risultato); più recentemente, però, la revoca per venir meno della copertura finanziaria è stata collegata anche a una applicazione del principio di risultato[51].

In tal senso, il risultato può essere reso compatibile con il principio di legalità: non bisogna considerare «tale valore in chiave antagonista rispetto al principio di legalità, rispetto al quale potrebbe realizzare una potenziale frizione»[52].

Tuttavia, non è sempre così semplice. In un'altra sentenza del Consiglio di Stato, emerge come non soddisfa il principio del risultato «la fornitura di apparecchiature che, 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»[53]. Il caso riguardava l'acquisto di apparecchi per anestesia, dove l'offerta con prezzo più basso (e aggiudicataria) risultava, secondo i giudici, inammissibile in base a una determinata interpretazione del bando di gara, per cui l'amministrazione (azienda sanitaria) non avrebbe dovuto aggiudicare l'appalto a quella azienda, che aveva fatto tale offerta più bassa.

Al di là di come si sarebbe dovuto interpretare quel bando (e quindi della specificità del caso), questa applicazione giurisprudenziale del principio del risultato pone la più ampia e complessa questione della disponibilità delle risorse finanziarie e della necessità, per varie amministrazioni (soprattutto a livello locale), di dover applicare, in varie circostanze, il criterio o parametro del minor costo di acquisto, necessità spesso determinata dall'assenza, in un dato momento, di disponibilità finanziaria. In questi casi, l'amministrazione può trovarsi costretta, di fatto, ad un acquisto non ottimale, dal punto di vista del risultato qualitativo, ma necessario (pur assumendo il rischio dell'eventualità di dover poi sostenere altri costi, per i quali la copertura verrebbe poi trovata, magari sfruttando il passaggio al successivo anno finanziario).

---

50 Tar Emilia-Romagna, n. 4/2025, Tar Liguria Genova, n. 843/2024 e Tar Piemonte Torino, n. 1206/2024.

51 In tal caso, c'è stata una forma di "stiramento interpretativo" di tale principio, invocato per sostenere che era illegittima la revoca che, nella fattispecie, riconosceva la responsabilità dell'aggiudicatario: Cons. Stato, sez. V, 13/09/2024, n. 7571; questa è, ad esempio, una sentenza in cui il principio del risultato è applicato per dare torto all'amministrazione.

52 Cons. Stato, sez. V, 25/07/2025, n. 6651.

53 Cons. Stato, sez. III, 26/03/2024, n. 2866.

Queste sono situazioni in cui la causa dell'inefficienza non è rappresentata dalla gestione della procedura contrattuale ma dalla condizione finanziaria dell'ente, che nulla ha che fare con le procedure contrattuali. In queste situazioni, quale sarebbe la soglia della legalità sostanziale? Come l'amministrazione dovrebbe procedere?

Certe applicazioni del principio di risultato potrebbero generare il rischio di riconoscere, nella dimensione della procedura contrattuale, cause di inefficienza (e, quindi, di mancato conseguimento del "risultato") che, in verità, non dipendono dalla gestione delle gare ma da altri fattori, del tutto esterni. È difficile, del resto, individuare dove finisce l'inefficienza di un ente (dipendente dalla sua organizzazione, dalle condizioni finanziarie, ecc.) e inizia quella strettamente riconducibile alla gara.

Si potrebbe replicare che non importa la causa che ha impedito il risultato ma conta l'effetto di inefficienza prodotto dalla scelta. Tuttavia, è proprio la legalità sostanziale a rendere necessaria una corretta valutazione delle cause, valutazione che potrebbe andare in senso diverso, od opposto, rispetto a un determinato risultato. In questi casi, è molto difficile, anche per i giudici, capire da quale parte milita l'interesse pubblico generale. Lo è, a maggior ragione, per le pubbliche amministrazioni.

4. Conclusioni.

All'inizio di questa analisi ci si è chiesti se l'applicazione dei principi generali stia contribuendo a realizzare il rafforzamento della capacità e autonomia decisionale dell'amministrazione. Le interpretazioni esaminate impediscono di dare una risposta pienamente positiva e sollecitano una riformulazione della domanda: rispetto a cosa i principi favorirebbero e rafforzerebbero la capacità e l'autonomia decisionale dei dipendenti pubblici in tema di contratti?

A questo punto, sono possibili alcune risposte.

I principali orientamenti giurisprudenziali portano a ritenere che l'autonomia che i principi generali tenderebbero a promuovere sia soprattutto quella dalla regola e, più in generale, dal formalismo di vincoli e procedure, se ciò può contribuire positivamente alla realizzazione dei contratti e al soddisfacimento dell'interesse pubblico generale. In questa chiave, del resto, si possono senz'altro interpretare soprattutto i principi del risultato e della fiducia.

Tuttavia, proprio le applicazioni giurisprudenziali mettono in luce come questa sia una falsa pista o, in altri termini, non rappresenti la soluzione al problema definito con l'espressione – sempre di moda – "paura della firma"[54]. Le regole rispetto alle quali si rafforzerebbero la presunta autonomia e capacità decisionale sono quelle stabilite dalle pubbliche amministrazioni (bando, disciplinari, documentazione di gara, ecc.). Il Codice, al contrario, non attribuisce alle amministrazioni maggiore libertà e continua ad affermare principi di forte tipizzazione, come, tra i vari, quello relativo alle cause di esclusione, che vincola l'operato delle amministrazioni. In varie circostanze, è direttamente il legislatore a scendere, infatti, nella regolazione di dettagli, orientando l'azione amministrativa. In altri termini, prevale,

54 Il fenomeno è oggetto di numerosi studi, soprattutto a livello internazionale. Tra i vari lavori, B.E. Ashfort e R.T. Lee, *Defensive behavior in organizations: a preliminary model*, in *Human Relations*, n. 43, 1990, pp. 621 ss.; M.A. Diamond e S. Allcorn, *Role formation as defensive activity in bureaucratic organizations*, in *Political psychology*, 1986, n. 4, pp. 709-732; M.A. Diamond, *The social character of bureaucracy: anxiety and ritualistic defense*, in *Political psychology*, 1985, n. 4, pp. 663-679.

ancora una volta, la tendenza ad amministrare con legge[55].

Dall'altro canto, alcune interpretazioni dei principi generali hanno indotto una estensione del sindacato oggettivo del giudice amministrativo, che incide sugli spazi del merito amministrativo, inteso come ambito sottratto al giudizio (fermo restando, naturalmente, il limite della legittimità). Pertanto, i principi generali possono dare l'illusione di un rafforzamento della autonomia decisionale dei dipendenti pubblici dalla "forma" ma, senz'altro, una tale autonomia non è stata rafforzata rispetto alla sfera di intervento dei giudici. Se il fenomeno che si voleva contenere, con tali previsioni, era quello della "paura della firma", che deriva proprio dal timore di essere giudicati (e condannati) per il proprio operato, alcuni risvolti di queste stesse previsioni non contribuiscono perfettamente a questo fine.

Una tale constatazione, però, non significa non riconoscere la portata innovativa e positiva di tali principi: essi, infatti, consentono ai giudici di avere come bussola l'interesse pubblico generale, inteso come interesse della collettività a beneficiare dell'utilità dell'opera, servizio o bene oggetto dell'appalto. E di questo il sistema italiano ha, senz'altro, bisogno (ancora più dell'appagamento di altri, seppur meritevoli, interessi di cui, nel tempo, questa disciplina si è pesantemente caricata)[56].

Altro aspetto, emerso nell'analisi, riguarda l'incertezza, che l'applicazione dei principi non sta contribuendo a mitigare. Anche in tal caso, è bene constatare che una delle cause principali della amministrazione difensiva è proprio rappresentata dalla confusione e dal disorientamento che la stratificazione normativa e i molteplici e spesso contraddittori orientamenti giurisprudenziali hanno prodotto nel corso del tempo.

Una previsione che, invece, è orientata a prevenire timori, blocchi e difese nella pubblica amministrazione è quella relativa alla applicazione di coperture assicurative a favore dei dipendenti pubblici, che, tuttavia, potrebbe avere effetti distorsivi (soprattutto economici) a scapito dell'interesse pubblico generale.

La sintesi di questo quadro è che l'effettivo rafforzamento della capacità e autonomia decisionale delle pubbliche amministrazioni, difficilmente, può essere realizzato attraverso le applicazioni esaminate, che producono, semmai, altri tipi di effetti. L'enfasi e le aspettative riposte nei principi generali in questa prospettiva rischiano di rimanere chimere, se non si modificano altre condizioni, quali l'adozione di misure e previsioni che puntino, tra i possibili fini, a valorizzare le competenze tecniche interne a questo ambito (come si sta cercando di fare con la formazione), la riduzione delle troppe cause di incertezza giuridica e inaffidabilità delle regole e delle interpretazioni giurisprudenziali, la necessità di riequilibrare in modo chiaro il rapporto tra insindacabilità del merito amministrativo e ampiezza di intervento del giudice in un tale ambito.

In altri termini, definita la «presa di posizione» o il «giudizio di valore» che i principi generali esaminati intendono esprimere, tocca andare concretamente in quella direzione[57].

---

55 Molte previsioni del Codice rappresentano un esempio della tendenza definita "amministrare per – o con – legge", come nel caso dei numerosi vincoli normativi che riguardano le procedure negoziate senza bando (a questi vincoli fa riferimento in tal senso R. Spagnuolo Vigorita, *Il principio della fiducia nell'articolo 2 del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Studi sui principi del codice dei contratti pubblici*, cit., p. 54). Il fenomeno, unitamente ad altri, è analizzato in termini più generali da S. Cassese, *Che cosa resta dell'amministrazione pubblica?*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 1, 2019, pp. 1 ss. Si segnala, peraltro, il recente progetto della Commissione europea di intervenire nella materia degli appalti pubblici, semplificando fortemente le norme vigenti in questo ambito e dando maggiore spazio alle amministrazioni (a tali fini, è ancora in corso il complesso processo di valutazione degli impatti delle direttive del 2014-dati aggiornati a settembre 2025: *https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/14427-Direttive-sugli-appalti-pubblici-valutazione_it*).

56 Al riguardo, si parla di una c.d. "funzionalizzazione" della disciplina degli appalti pubblici: E. Guarnieri, *Funzionalizzazione e unitarietà della vicenda contrattuale negli appalti pubblici*, Bologna, Bologna University Press, 2022, pp. 111 ss.

57 Le espressioni sono riprese dalla nota opera di G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992, pp. 147 ss.