

Roberto GAROFOLI

Compendio di
DIRITTO
AMMINISTRATIVO
Parte Generale e Speciale

XIII edizione
2025


Neldiritto
Editore

PARTE II - L'ATTIVITÀ

- il Titolo I, dedicato ai *principi generali* veri e propri (risultato, fiducia, accesso al mercato, buona fede e tutela dell'affidamento, solidarietà e sussidiarietà orizzontale, auto-organizzazione amministrativa, autonomia negoziale, conservazione dell'equilibrio contrattuale, tassatività delle cause di esclusione, applicazione dei contratti collettivi di lavoro);
- il Titolo II, che contiene, invece, i *principi comuni a tutti i Libri del codice* in materia di campo di applicazione, di responsabile unico dell'intervento e di fasi della procedura di affidamento.

Nel nuovo Codice la funzione dei principi è quindi senza dubbio diversa rispetto a quella dei principi dei precedenti codici, nei quali gli stessi erano sostanzialmente diretti a perimetrare l'ambito applicativo del testo normativo e a fornire le definizioni delle nozioni utilizzate nel testo stesso. In linea con tale differente funzione sono del resto la collocazione e la consistenza anche numerica delle disposizioni dedicate ai principi generali del nuovo Codice, attestanti l'importanza che il legislatore del 2023 ha inteso agli stessi riconoscere.

Nel nuovo quadro normativo, peraltro, si distingue una chiara **gerarchia** tra un primo gruppo di principi, contenuti nei primi tre articoli del codice, definiti *super-principi*, e i restanti contenuti agli artt. 5 – 11; i primi, ossia i principi del risultato (art. 1), della fiducia (art. 2) e dell'accesso al mercato (art. 3) rivestono carattere super-primario, posto che, come stabilito all'art. 4, *“le disposizioni del codice si interpretano e si applicano in base ai principi di cui agli articoli 1, 2 e 3”*. La Relazione illustrativa, sul punto, evidenzia che, nel dubbio interpretativo, la soluzione interpretativa da privilegiare è quella che risponde ai suddetti tre principi, ossia che sia funzionale a realizzare il risultato amministrativo, che sia coerente con la fiducia sull'amministrazione, sui suoi funzionari e sugli operatori economici e che permetta di favorire il più ampio accesso al mercato degli operatori economici.

2. Il principio del risultato.

L'art. 1 del nuovo Codice, al comma 1, codifica il **principio del risultato**, inteso come affidamento ed esecuzione del contratto con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, pur sempre nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza, che costituiscono i più importanti limiti che la pubblica amministrazione incontra nella scelta del contraente e nella selezione delle offerte.

Quanto alla **portata** del principio del risultato taluni avevano dubitato, subito dopo l'entrata in vigore del Codice dei Contratti pubblici, della effettiva portata innovativa della enunciazione. L'art. 1 della legge Merloni (n. 109 del 1994) prevedeva che *“In attuazione dell'articolo 97 della Costituzione l'attività amministrativa in materia di opere e lavori pubblici deve garantirne la qualità ed uniformarsi a criteri di efficienza e di efficacia, secondo procedure improntate a tempestività, trasparenza e correttezza, nel rispetto del diritto comunitario e della libera concorrenza tra gli operatori”*. Invero, come è stato da più parti messo in risalto, l'importanza dell'affermazione del principio del risultato va apprezzata in chiave in primo luogo storica (M. CAFAGNO).

Diversamente dall'originaria disciplina interna (r.d. n. 2440 del 1923 e suo regolamento di attuazione del 1924) che, nel regolamentare il procedimento di evidenza pubblica, mirava essenzialmente a garantire che l'amministrazione affidataria potesse formare correttamente la propria volontà contrattuale ottenendo peraltro le condizioni economiche più vantaggiose (cd. *logica contabilistica*), la disciplina europea ha avuto, infatti, per prioritario

obiettivo il perseguimento della **tutela della libera concorrenza**, essendo primariamente diretta ad evitare che la stazione appaltante operante in uno degli Stati membri possa favorire, nell'affidare la commessa pubblica, l'impresa nazionale, così discriminando le altre imprese europee (GRECO) e ponendo ostacoli alla realizzazione del mercato comune, come è noto, uno dei fondamenti su cui la stessa Unione è costruita.

È stato così detto che *“il primato della funzione di committenza pubblica ... si è smarrito nell'ordinamento italiano”* (G. NAPOLITANO) e che, nella prospettiva del diritto europeo, la concorrenza è finita per essere tutelata come valore-*fine*. In tale logica -si è soggiunto- il ruolo dello Stato è stato concepito come quello dello “Stato banditore” (M. CAFAGNO), *“come se il compito primario dello Stato fosse diventato quello di indire e gestire le gare per garantire la concorrenza e promuovere il mercato. Si è così finito talora per dimenticare che la gara, per quanto in molti casi doverosa per il diritto europeo e quindi italiano, è un mezzo, non un fine, e che lo Stato banditore dovrebbe pur sempre operare al servizio dello Stato committente”* (G. NAPOLITANO).

Con il nuovo Codice del 2023, invece, come chiarito nel comma 2 dell'art. 1, il ruolo del principio di concorrenza è oggetto di **ripensamento** essendone valorizzato il suo **legame strumentale** rispetto al raggiungimento del risultato. La concorrenza, quindi, non è più considerata come fine primario da perseguire, bensì come **mezzo funzionale** a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti, nell'ottica della migliore soddisfazione dell'interesse della collettività.

In dottrina, è stata quindi messa in luce la **logica innovativa** del nuovo Codice che ha elevato il principio del risultato a **“principio-guida”** dell'intera contrattualistica pubblica.

APPROFONDIMENTO

Un principio “immanente” nel sistema

Nel riconoscere l'**efficacia retroattiva** del principio del risultato, la giurisprudenza ha sostenuto che lo stesso costituisce valore *“immanente al sistema della cd. amministrazione di risultato”*, in base al quale *la tutela della concorrenza e del mercato non deve trasmodare in un pregiudizio per la causa finale e per l'oggetto diretto e principale della tutela approntata dalla disciplina di settore, costituiti “dall'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”* (Cons. St., Sez. III, 15 novembre 2023, n. 9812; Cons. St., Sez. III, 26 marzo 2024, n. 2866. In termini, Cons. St., Sez. V, 9 giugno 2023, n. 5665; Cons. St., Sez. V, 27 febbraio 2024, n. 1924; Cons. St., Sez. V, 25 settembre 2024, n. 7798.)

Principio del risultato e sindacato

Con riguardo, infine, agli effetti della positivizzazione del principio sul sindacato giurisdizionale, Cons. St., Sez. III, 26 marzo 2024, n. 2866, ha invocato il principio del risultato per giustificare **un controllo più penetrante** delle scelte dell'amministrazione con la precisazione che lo stesso “non va riguardato ponendo tale valore in chiave antagonista rispetto al principio di legalità, rispetto al quale potrebbe realizzare una potenziale frizione: al contrario, successivamente all'entrata in vigore del 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'art. 1 non si limita ad enunciare il principio (co. 1) e a definire i rapporti tra lo stesso e quelli di concorrenza e trasparenza (co. 2), ma gli assegna (come si è visto) una ben precisa valenza quale criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale (co. 4), oltre che quale elemento da valutare, in coerenza con il principio della fiducia declinato nell'art. 2, in sede di accertamento della

responsabilità del personale impiegato nei delicati e complessi compiti che vengono in rilievo nella gestione del contratto pubblico, dalla programmazione fino alla sua completa esecuzione; oltre che nell'attribuzione degli incentivi. In tale ultima prospettiva, il principio del risultato mostra la sua inestricabile connessione con quello di fiducia di cui al successivo art. 2.

LA SENTENZA

Principio del risultato e tutela della concorrenza

Cons. St., Sez. V, 25 settembre 2024, n. 7798, intervenuto in relazione ad una procedura per la quale la *lex specialis* prevedeva criteri premiali, finalizzati all'attribuzione di un punteggio aggiuntivo sull'offerta tecnica (nello specifico, l'utilizzo, per l'espletamento del servizio, di mezzi "ecologici", ammessi alle agevolazioni di cui all'art. 3 del Decreto del Ministero delle Infrastrutture del 12.7.2022).

Ad avviso del Consiglio di Stato, *“l'enfaticizzazione del principio del risultato non può portare a massimizzare il valore oggettivo della prestazione offerta sin dall'inizio dall'originario aggiudicatario della commessa”*.

L'applicazione dei principi di risultato e fiducia, soggiunge il Consiglio di Stato, non può consentire all'Amministrazione di violare i criteri che rappresentano il sestante delle procedure di gara, ossia la tutela della concorrenza e la *par condicio competitorum*. In particolare, se è vero che l'Amministrazione deve tendere al miglior risultato possibile, in difesa dell'interesse pubblico, tale risultato deve essere comunque il più 'virtuoso' e va raggiunto selezionando gli operatori che dimostrino, fin dalle prime fasi della gara, diligenza e professionalità, quali espressione di una affidabilità che su di essi dovrà essere riposta al momento in cui, una volta aggiudicati, eseguiranno il servizio oggetto di affidamento.

3. Il principio della fiducia. La nuova responsabilità erariale nel settore dei contratti pubblici (Cenni e rinvio). La copertura assicurativa.

L'art. 2 codifica l'innovativo **principio della reciproca fiducia** nell'azione legittima, trasparente e corretta delle pubbliche amministrazioni, dei suoi funzionari e degli operatori economici (co. 1).

In continuità con la visione di una maggiore responsabilizzazione dei pubblici funzionari il nuovo Codice intende inaugurare una stagione in cui la *“burocrazia difensiva”*, intesa come *“paura di firmare”*, non costituisca più un ostacolo al buon andamento e all'efficienza dell'azione amministrativa.

La disposizione precisa, al comma 1, che la fiducia è *reciproca* e va riferita, quindi, anche agli operatori economici che partecipano alle gare. Molti istituti tipici della materia, anche di derivazione europea (dal soccorso istruttorio al c.d. *self-cleaning*) presuppongono, d'altronde, la fiducia dell'ordinamento giuridico anche verso i soggetti privati che si relazionano con la pubblica amministrazione.

Il comma 2 dell'art. 2 collega il principio della fiducia a quello del risultato. Invero, la fiducia riconosciuta ai pubblici funzionari non è incondizionata, ma costituisce una sorta di contropartita di ciò che l'ordinamento si aspetta dall'azione amministrativa, ossia la realizzazione del risultato declinato dall'art. 1. La norma chiarisce che il principio della fiducia implica un ampliamento dei poteri valutativi e della discrezionalità della p.a.

Risultato e fiducia sono quindi due principi tra loro intimamente connessi. La fiducia riconosciuta ai pubblici funzionari non è, infatti, incondizionata, ma costituisce una sorta di contropartita di quel che l'ordinamento si aspetta dall'azione amministrativa, ossia la realizzazione del risultato declinato dall'art. 1.