

Raffaele Greco

PRINCIPIO DEL RISULTATO E TUTELA DELLA LEGALITÀ NEL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI*

1. Premessa: i principi del nuovo Codice fra tradizione e innovazione.

Per chi intenda chiedersi quali siano i principali profili di innovatività del nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36) rispetto alla legislazione precedente, indubbiamente una delle prime cose che balzano all'occhio – anche a una lettura sommaria del nuovo articolato normativo – è la scelta del legislatore (nella specie rappresentato dalla speciale commissione istituita presso il Consiglio di Stato in attuazione dell'articolo 1, comma 4, della legge 21 giugno 2022, n. 78) di far precedere la disciplina analitica della programmazione, della progettazione, dell'affidamento e dell'esecuzione dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture dall'enunciazione di una serie di “*principi generali*”, contenuti nel Titolo I della Parte I del Libro I del Codice medesimo¹. Non che nei codici previgenti mancassero i riferimenti ai principi generali della materia, ma questi erano per lo più citati nelle diverse disposizioni di dettaglio, e quindi dati in qualche modo per scontati siccome immanenti al sistema normativo eurounitario e nazionale, ovvero richiamati onnicomprensivamente e cursoriamente (come nel previgente articolo 30, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50) senza essere accompagnati da criteri di inquadramento né da indicazioni circa le loro interazioni e ricadute.

Può forse discutersi della necessità, e perfino dell'utilità, di una “positivizzazione” dei principi, i quali per loro definizione sono evanescenti e mal si prestano a essere cristallizzati in disposizioni scritte, ciò comportando il rischio di uno smarrimento della loro funzione “nomogenetica” e di orientamento dell'interprete². Va però detto che, nell'ambito di una codificazione di settore, l'esigenza che la normazione analitica sia accompagnata dalla fissazione di principi e criteri direttivi è coesistente allo stesso intento legislativo di produrre un *corpus* regolatorio esaustivo e autosufficiente, piuttosto che una sommatoria di disposizioni regolanti specifici istituti: valga, al riguardo, l'esempio del testo unico dell'edilizia (d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380), laddove la mancata fissazione dei principi fondamentali della materia, in un settore connotato dal sovrapporsi e intrecciarsi di competenze di diversi livelli di governo del territorio, non cessa di produrre incertezze fra gli interpreti e conflitti tra i principali attori istituzionali³.

D'altra parte, è la stessa relazione di accompagnamento al d.lgs. n. 36/2023 a sottolineare, anche con una certa enfasi, il carattere innovativo e le finalità delle norme enunciative dei “*principi generali*”⁴. E, se si riflette su quelle che sono state le motivazioni che hanno indotto il Consiglio di

* Il presente elaborato sviluppa i contenuti della relazione svolta per il Corso di formazione tenutosi al TAR Lazio il 23-25 ottobre 2023, organizzato dall'Ufficio studi e formazione della Giustizia amministrativa in collaborazione con la Scuola Superiore della Magistratura.

¹ Buona parte dei primi commentatori effettivamente ha ritenuto questa scelta fortemente innovativa: cfr. ad esempio S. PERONGINI, *Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo di codice dei contratti pubblici*, in *L'Amministrativista*, www.lamministrativista.it, 2 gennaio 2013, § 1.

² La dottrina è divisa fra chi considera effettivamente controproducente positivizzare i principi e chi, al contrario, vede in tale scelta una presa d'atto da parte del legislatore della mutevolezza della realtà economica e sociale e della conseguente impossibilità di risolverla attraverso la sola fissazione di norme precettive: sul punto, cfr. F. SAITTA, *I principi generali del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Giustizia Insieme*, www.giustiziainsieme.it, 8 giugno 2023, § 1.

³ Sul tema, cfr. P. URBANI, *Istituzioni, Economia, Territorio. Il gioco delle responsabilità nelle politiche di sviluppo*, Torino, Giappichelli, 2020, pp. 23 ss.

⁴ “*I principi generali di un settore esprimono, infatti, 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” (...)* “*Il ricorso ai principi assolve, inoltre, a una funzione di completezza dell'ordinamento*

Stato, nella sua qualità di redattore dell'articolato normativo, a operare una tale scelta, su quali problemi consolidatisi nell'assetto e nella pratica anteriori ci si era ripromessi di intervenire, non c'è dubbio che ad essa non può non attribuirsi un rilievo estremamente significativo. Di quali ne siano le motivazioni profonde, e di quali potranno esserne le ricadute sul sistema complessivo della contrattualistica pubblica, si dirà in prosieguo.

Se però ci si sofferma, considerandole di per sé stesse, sulle disposizioni del nuovo Codice contenenti i principi in questione, è difficile dare torto a chi, smorzando gli entusiasmi dei primi commentatori, ha rilevato come in esse non sia rinvenibile nulla di realmente nuovo⁵. Il principio del risultato (articolo 1) sul piano generale evoca i dibattiti che a partire dagli anni Novanta hanno coinvolto dottrina e legislatore in ordine alla c.d. "amministrazione di risultato"⁶, mentre con riguardo allo specifico settore dei contratti pubblici riporta all'originaria concezione "contabilistica" che ne connotava la disciplina anteriormente al sopravvenire delle direttive comunitarie⁷. Il principio della fiducia (articolo 2) può essere inteso come una declinazione dei principi di collaborazione e buona fede che devono improntare tutti i rapporti tra cittadini e p.a., giusta il comma 2-bis dell'articolo 1 della legge 7 agosto 1990, n. 241⁸, ma anche come una codificazione di quanto da tempo affermato dalla giurisprudenza, con riguardo allo specifico settore dei contratti pubblici, circa l'applicabilità dei principi civilistici di correttezza e buone fede anche nella fase procedimentale di scelta del contraente che precede la stipulazione del contratto di appalto⁹. Infine, il principio di accesso al mercato (articolo 3) altro non è che una formulazione sintetica dei "classici" principi di derivazione unionale di concorrenza, imparzialità, non discriminazione, pubblicità e trasparenza, proporzionalità nella gestione delle procedure di evidenza pubblica¹⁰.

A ciò può aggiungersi che i "principi" suindicati, assieme agli altri affermati dai successivi articoli della Parte I del Titolo I, soffrono di una certa commistione con disposizioni le quali più che di principio paiono intese a dettare regole anche di dettaglio, e perfino di alcune imperfezioni e genericità nella formulazione sintattica e linguistica, suscettibili di creare problemi più che risolverne (come si vedrà in appresso soffermandosi sullo specifico profilo della legalità). E tuttavia, in questa

giuridico e di garanzia della tutela di interessi che altrimenti non troverebbero adeguata sistemazione nelle singole disposizioni".

⁵ In questo senso, F. SAITTA, *op. cit.*, § 4. In termini, C. VOLPE, *Il nuovo codice dei contratti pubblici: dall'emergenza del modello Genova a nuove procedure di ordinaria efficienza per la competitività sul mercato*, in www.giustizia-amministrativa.it, 19 luglio 2023.

⁶ Il concetto di "amministrazione di risultato", a sua volta, discende dal principio costituzionale di buona andamento ex articolo 97 Cost. e individua un modello di pubblica amministrazione orientato al raggiungimento del risultato, a cui i principi di imparzialità e legalità sono funzionali (cfr. P. CALANDRA, *Il buon andamento dell'amministrazione pubblica*, in AA. VV., *Studi in memoria di Vittorio Bachelet*, Milano, Giuffrè, 1987, I, p. 157). Da tale principio discendono i principi di efficacia, efficienza ed economicità dell'azione amministrativa, oggi scolpiti nell'articolo 1 della legge 7 agosto 1990, n. 241 (cfr. C. PINELLI, *Responsabilità per risultati e controlli*, in *Diritto amministrativo*, n. 3/1997, p. 408). Da segnalare, però, l'opinione di D. CAPOTORTO, *I rischi di derive autoritarie nell'interpretazione del principio del risultato e l'indissolubilità del matrimonio tra buon andamento e imparzialità dell'amministrazione*, in *Federalismi*, n. 14/2023, www.federalismi.it, 14 giugno 2023, p. 50.

⁷ In origine, la disciplina dei contratti pubblici era contenuta nel r.d. 18 novembre 1923, n. 2440 (recante "Nuove disposizioni sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità dello Stato") e sul suo regolamento attuativo (r.d. 23 maggio 1924, n. 827) e costituiva oggetto di studio della contabilità di Stato, più che del diritto amministrativo: cfr. A. BARETTONI ARLERI, *Linee evolutive della contabilità dello Stato e degli enti pubblici*, Milano, Giuffrè, 1980, p. 177. Naturalmente, ancora oggi il sistema dei contratti pubblici riveste primario interesse ai fini della sana gestione della spesa pubblica, essendo evidente – e perfino scontato – che, anche in questo settore, il corretto uso delle risorse pubbliche contribuisce al mantenimento degli equilibri di bilancio e al coordinamento delle politiche economiche: cfr. P. SANTORO, *Il nuovo codice dei contratti nel sistema di finanza e contabilità pubblica*, in *Associazione Giuristi di Amministrazione*, www.giuristidiamministrazione.it, 14 maggio 2016 (con riferimento al codice previgente).

⁸ Introdotto dal d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 settembre 2020, n. 120. Sulla portata e il significato dell'innovazione così introdotta, cfr. G. MARLETTA, *I profili innovativi dell'introduzione legislativa dei principi di collaborazione e buona fede*, in *Federalismi*, n. 25/2022, www.federalismi.it, 5 ottobre 2022.

⁹ Fondamentali, al riguardo, le due sentenze dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 5 del 4 maggio 2018 e n. 21 del 29 novembre 2021.

¹⁰ Cfr. F. SAITTA, *op. cit.*, § 5.

sede non interessa indagare il *background* teorico e “filosofico” che ha presieduto alla decisione di dettare dei “principi”, nonché alla selezione di questi ultimi e alla scelta di come esprimerli¹¹; molto più utile, probabilmente, è concentrarsi sulle ragioni anche “spicciole” che hanno ispirato quelle scelte, sul contesto materiale che le ha guidate e, come già accennato, sui problemi pratici incancreniti nel vigore del quadro normativo previgente che si è cercato – si potrebbe dire: si è avuta la pretesa – di avviare a soluzione.

Solo così si potrà cogliere la reale portata innovativa di questa parte del nuovo Codice e, soprattutto, comprendere quale sia il vero “plusvalore” che le disposizioni in esame potranno fornire agli operatori e agli interpreti che saranno chiamati ad applicare le nuove norme nella pratica quotidiana della gestione dei contratti pubblici. Perché evidentemente nell’ordito normativo elaborato dal Consiglio di Stato non c’è nulla di casuale, ogni frase o parola è funzionale agli obiettivi generali di semplificazione e accelerazione delle procedure che costituivano il *core business* della delega di cui alla legge n. 78/2022; obiettivi che, come si vedrà, passano per una vera e propria “inversione di rotta” nel modo stesso di concepire natura ed effetti della disciplina dei contratti pubblici e modalità della loro applicazione da parte di tutti gli attori, istituzionali e non, coinvolti.

2. La nuova gerarchia degli interessi protetti.

Se dunque ci si pone nella prospettiva tracciata a conclusione del paragrafo precedente, è agevole rilevare che la reale portata innovativa dei “*principi*” enunciati dai primi articoli del nuovo Codice dei contratti pubblici, più che nella loro formulazione (o, men che mai, nella loro stessa affermazione), risiede nell’espressa indicazione legislativa circa il loro porsi rispetto al complesso della disciplina codicistica. Ciò in ragione di due profili connessi e complementari: 1) ai principi affermati nei primi tre articoli del codice viene espressamente conferita natura di criteri interpretativi e applicativi di tutte le disposizioni del Codice (articolo 4), in modo da trasformarli, come taluno ha osservato, in una sorta di “*super-principi*”¹²; 2) il rapporto reciproco tra i principi in questione, come emerge (e non solo) dai rimandi incrociati fra le disposizioni che li affermano, è ordinato come in una sorta di gerarchia che, in linea con la successione degli articoli, vede al vertice il principio del risultato, in posizione immediatamente inferiore il principio della fiducia, e così via di seguito tutti gli altri.

In effetti, l’opinione prevalente è che sia proprio in questa nuova “*gerarchia degli interessi*” che si debba rinvenire il principale tratto innovativo del complesso di norme sui “*principi*” con cui si apre il nuovo Codice dei contratti pubblici¹³. Il punto va chiarito, prima di chiedersi fino a che punto l’affermazione risponda al vero.

È innegabile che la materia dei contratti pubblici sia innervata da una pluralità di principi ispiratori di differente derivazione, che possono operare e interagire in maniera diversa nelle diverse

¹¹ Per una importante testimonianza “dall’interno” su questi aspetti, cfr. G. ROVELLI, *Introduzione al nuovo codice dei contratti pubblici. I principi nel nuovo codice degli appalti pubblici e la loro funzione regolatoria*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2023. Sul ruolo e sulla natura dei principi generali del diritto, obbligato è il richiamo alle opere di V. CRISAFULLI, *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto*, in *Riv. Internazion. fil. Dir.*, 1941, pp. 41 ss., e E. BETTI, *Interpretazione delle leggi e degli atti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1971. Per una ricostruzione storica, cfr. G. MONTEDORO, *La funzione nomofilattica e ordinante e i principi ispiratori del nuovo codice dei contratti pubblici*, in www.giustizia-amministrativa.it, 1 giugno 2023, § 2.

¹² Cfr. D. CAPOTORTO, *op. cit.*, p. 49. Anche in questo caso, in realtà, è già nella relazione illustrativa del Codice che questo dato viene evidenziato: “*Fondamentale, in questo rinnovato quadro normativo, è l’innovativa introduzione dei principi del risultato, della fiducia e dell’accesso al mercato (la cui pregnanza è corroborata dalla stessa scelta sistematica di collocarli all’inizio dell’articolato) i quali, oltre a cercare un cambio di passo rispetto al passato, vengono espressamente richiamati come criteri di interpretazione delle altre norme del codice e sono ulteriormente declinati in specifiche disposizioni di dettaglio*”.

¹³ Fra i tanti, cfr. G. NAPOLITANO, *Committenza pubblica e principio del risultato*, Relazione al Convegno “*Il Nuovo Codice degli Appalti*” Avvocatura dello Stato, Roma, 27 gennaio 2023, in www.astrid-online.it, 2023, § 2, e H. SIMONETTI, *Principio del risultato e gerarchia degli interessi nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Judicium. Il processo civile in Italia e in Europa*, www.judicium.it, settembre 2023.

situazioni e vicende che la pratica fornisce. In particolare, i principi specifici di settore, molti dei quali di più o meno diretta derivazione dal diritto europeo del mercato e della concorrenza, si aggiungono e affiancano ai principi generali dell'azione amministrativa (essendo le procedure di affidamento dei contratti pubblici una *species* del più ampio *genus* del procedimento amministrativo), dei quali i primi peraltro costituiscono talora declinazione e filiazione, chiamando l'interprete a un'opera di coordinamento e bilanciamento non sempre semplice. A tale quadro negli ultimi anni si è aggiunta, ad opera delle direttive del 2014, l'introduzione di principi "di ultima generazione" con i quali, calando la disciplina della contrattualistica pubblica nel più generale contesto della economia "etica" e "sostenibile", è stato dato ingresso a una serie di ulteriori interessi pubblici (tutela dell'ambiente, promozione dell'attività delle PMI, tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori etc.) formalmente sganciati dalla considerazione non solo del rapporto committente-affidatario inteso quale operazione economica, ma anche della stessa visione atomistica del "bisogno della collettività" che la specifica operazione contrattuale è destinata a soddisfare, col risultato – secondo molti autorevoli osservatori – di determinare una sorta di mutazione genetica delle stesse finalità della disciplina eurounitaria della materia¹⁴.

Di questa difficoltà di far convivere principi e interessi di diversa matrice, e spesso confliggenti, è pienamente consapevole la giurisprudenza amministrativa, che è quasi sempre chiamata a compiere una delicata opera di bilanciamento ai fini dell'individuazione della regola del caso concreto, come testimonia un anche solo rapido esame degli indirizzi formati nel vigore dei codici del 2006 e del 2016 su tematiche come le cause soggettive di esclusione dalle procedure selettive o le conseguenze dell'inosservanza di adempimenti formali imposti ai concorrenti dalla disciplina di gara (ma gli esempi potrebbero moltiplicarsi)¹⁵. Tutto ciò avviene, in ultima analisi, perché – come è stato acutamente osservato – la disciplina dei contratti pubblici si trova "alla confluenza di sistemi di problemi", essendo interessata "da profili economici, tecnici, industriali e finanziari, oltreché giuridici"¹⁶, in modo da imporre allo stesso legislatore, prima ancora che a chi dovrà applicarla, la ricerca di un difficile punto di equilibrio, nel quale quello tecnico-giuridico è solo uno degli approcci di cui occorre tenere conto e non è detto che esistano soluzioni davvero idonee a risolvere in modo davvero soddisfacente tutti i problemi di un sistema fortemente interconnesso (in cui, cioè, le regole di ciascun istituto o fase del processo realizzativo della commessa pubblica sono suscettibili di produrre effetti sul funzionamento di altri istituti o fasi)¹⁷.

Ecco perché da molte parti si era auspicato che fosse lo stesso legislatore, proprio perché chiamato in prima battuta a comporre il difficile quadro degli interessi implicati nella materia, a fornire a operatori e interpreti un criterio ordinatore per la risoluzione di antinomie e conflitti fisiologicamente possibili in un quadro così variegato¹⁸. Criterio ordinatore che, evidentemente, mancava nelle normative precedenti, ivi compreso il d.lgs. n. 50/2016, laddove per lo più ci si trovava in presenza di norme di mera elencazione di principi, a volte sovrabbondanti, spesso generiche e

¹⁴ Cfr. D. CAPOTORTO, *op. e loc. ult. cit.*: "Si tratta di un sistema ispirato al consumo etico e al commercio equo e solidale, overosia ai processi di acquisto del consumatore progressista, che non si preoccupa solo di acquistare il prodotto con il miglior rapporto qualità/prezzo, ma si preoccupa di capire se quel prodotto è stato realizzato da imprese che rispettano i diritti dei lavoratori, non inquinano e operano nel pieno rispetto della legalità".

¹⁵ Cfr. F. SAITTA, *op. cit.*, § 3, che osserva come in questi casi, dovendo risolvere il potenziale conflitto tra i principi di *par condicio* tra i concorrenti e del *favor participationis*, il giudice amministrativo finisca per impiegare i principi di proporzionalità e adeguatezza quali parametri per l'individuazione della soluzione per i singoli casi concreti.

¹⁶ Così L. PERFETTI, *Sul nuovo codice dei contratti pubblici. In principio*, in *Urb. e appalti*, 2023, 1, p. 6.

¹⁷ Cfr. L. PERFETTI, *op. e loc. ult. cit.*

¹⁸ Cfr. L. PERFETTI, *op. cit.*, p. 7. Dello stesso A., si veda anche *Oltre il teorema della scimmia instancabile. Ipotesi per una dogmatica dell'interesse pubblico nell'attività di diritto privato dell'amministrazione pubblica partendo dai contributi di Vincenzo Cerulli Irelli*, in *L'amministrazione nell'assetto costituzionale dei poteri pubblici. Scritti per Vincenzo Cerulli Irelli*, Torino, UTET, 2021, Tomo II, pp. 888 ss.

confuse, col rischio di finire per essere intese come mera “*litania ritualistica*”¹⁹ e quindi perdere ogni potenziale utilità in sede ermeneutica e applicativa.

Il Codice del 2023 sarebbe dunque venuto incontro a queste preoccupazioni, introducendo una innovativa gerarchia degli interessi, destinata a fungere da criterio-guida per gli operatori del settore e gli interpreti, restituendo ai principi della materia il loro ruolo fondamentale di “*faro nella nebbia*”²⁰ delle incertezze, come testimoniato dal già citato articolo 4 che individua in particolare nei “super-principi” enunciati nei primi tre articoli i criteri interpretativi e applicativi dell’intera disciplina codicistica. In tale gerarchia, al vertice si porrebbe il principio del risultato, vera e propria *grundnorm* della materia, rispetto al quale tutti gli altri principi che da sempre sono stati considerati fondanti del settore (di concorrenza, trasparenza, imparzialità, pubblicità, finanche di legalità) si pongono come strumentali e tendenzialmente “ancillari”.

Ora anche dire che la finalità principale della disciplina dei contratti pubblici è il perseguimento di un risultato (la realizzazione di un’opera, lo svolgimento di un servizio, l’effettuazione di una fornitura di beni) può sembrare *prima facie* tutt’altro che dirompente. La necessità di ribadire con forza il concetto, nella norma di apertura di un nuovo codice di settore, può tuttavia trovare spiegazione nelle vicende che hanno interessato l’ordinamento italiano *in subiecta materia* nell’ultimo trentennio, laddove quell’obiettivo primario è stato spesso smarrito in nome del perseguimento di interessi, anch’essi implicati dalla disciplina *de qua* e pur meritevoli di attenzione e tutela, i quali però per svariate ragioni hanno storicamente finito per assumere rilievo prevalente, se non assorbente.

L’evoluzione storica della legislazione in materia di appalti pubblici è troppo nota per essere riassunta in questa sede²¹. Per quanto qui interessa, basterà rammentare come il peso sempre più preponderante assunto dalle direttive europee e dalla loro attenzione al rispetto delle regole dell’evidenza pubblica quale indispensabile strumento per l’apertura del mercato e la massima esplicazione della concorrenza abbia comportato, almeno a partire dal codice del 2006 (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163), uno sbilanciamento del legislatore verso la regolazione delle procedure di affidamento con tutti i loro passaggi e adempimenti, determinando per converso non solo una minore attenzione alle fasi del pari importanti della programmazione (a monte della gara) e dell’esecuzione del contratto (a valle dell’aggiudicazione)²², ma anche uno snaturamento della stessa visione del ruolo della stazione appaltante, trasformata da parte contrattuale interessata a individuare la propria controparte, sia pure attraverso il rispetto di un sistema di regole imposto in ragione della natura pubblicistica dei bisogni da soddisfare e delle risorse impiegate, a mero regolatore di un confronto competitivo tra operatori economici, quasi alieno da ogni considerazione della necessità di garantire un efficace ed efficiente perseguimento degli obiettivi cui la competizione è preordinata²³.

Secondo autorevole dottrina, questo processo è dipeso dalla considerazione pervasiva del diritto unionale, il quale per sua natura è scarsamente interessato al buon andamento dell’amministrazione (siccome non afferente a materie di competenza dell’Unione europea) e tende a concentrare la propria attenzione sugli obiettivi di piena realizzazione delle libertà economiche comunitarie, cui la disciplina unionale dei contratti pubblici è funzionale, lasciando agli Stati membri l’individuazione delle

¹⁹ L’espressione è di M.P. CHITI, *I principi*, in M.A. SANDULLI – R. DE NICTOLIS (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, Giuffrè, I, 2019, p. 289.

²⁰ Così L. CARBONE, *La scommessa del “Codice dei contratti pubblici” e il suo futuro*, Relazione introduttiva al convegno “*Il nuovo codice degli appalti – La scommessa di un cambio di paradigma: dal codice guardiano al codice volano?*”, Roma, 27 gennaio 2023, in www.giustizia-amministrativa.it, 2023, p. 12.

²¹ Per una ricostruzione in dettaglio, cfr. F. SAITTA, *op. cit.*, § 1.

²² Questa obliterazione è stata spesso giustificata, anche sul piano teorico, con l’assunto che la prima delle fasi indicate nel testo (la programmazione) si porrebbe ai confini delle scelte politiche afferenti ai bisogni della collettività, e sarebbe dunque estranea all’ambito del diritto amministrativo, mentre la seconda (l’esecuzione) rivestirebbe minore interesse in quanto “paritetica” e destinata a essere tendenzialmente regolata dalla disciplina del codice civile.

²³ Cfr. G. NAPOLITANO, *op. e loc. ult. cit.*, che sottolinea come anche fra gli studiosi l’attenzione verso questo ruolo di “*Stato banditore*” abbia fatto smarrire la funzione fondamentale di “*committente*” che il soggetto pubblico è sempre chiamato a svolgere nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici.

modalità e delle regole con cui assicurare che tali obiettivi si coniughino con i necessari *standard* di economicità, efficacia ed efficienza²⁴. L'osservazione coglie certamente nel segno, ma non v'è dubbio che nell'estrema attenzione del legislatore italiano ai profili formali e procedurali, a scapito degli obiettivi di tempestività ed efficienza, abbiano giocato anche ulteriori fattori "endogeni"; e, comunque, la divaricazione tra i due poli dell'imparzialità e del buon andamento della p.a. che è dato cogliere nello sviluppo appena descritto costituisce – come si vedrà - un elemento di cui tenere conto anche ai fini del giudizio da esprimere sulla disciplina attuale.

L'evoluzione descritta si completa con l'irrompere nel sistema degli interessi da tutelare anche di quello alla prevenzione dell'illegalità e della corruzione. Già costituente una sorta di "convitato di pietra" della disciplina degli appalti pubblici fin dal principio degli anni Novanta (a seguito delle note vicende di "Tangentopoli"), l'assunto secondo cui il settore dei contratti pubblici è per sua natura a rischio di contaminazione da parte di fenomeni corruttivi e criminali trova la sua massima esplicazione nel Codice del 2016, in coincidenza con una stagione di grande attenzione politica e mediatica, per vero più proclamata che realmente praticata, all'affermazione di regole di trasparenza e legalità nei più svariati settori dell'agire pubblico. Ne era scaturito, come oggi lucidamente rileva la stessa relazione di accompagnamento al codice del 2023, l'affermarsi di una *"logica fondata sulla sfiducia (se non sul "sospetto") per l'azione dei pubblici funzionari (...) caratterizzata da un lato per una normazione di estremo dettaglio, che mortificava l'esercizio della discrezionalità, dall'altro per il crescente rischio di avvio automatico di procedure di accertamento di responsabilità amministrative, civili, contabili e penali che potevano alla fine rivelarsi prive di effettivo fondamento"*, con l'effetto di generare *"una forma di "burocrazia difensiva", spesso descritta evocando l'efficace immagine del dipendente che ha "paura di firmare", a causa della quale i funzionari, frenati dal timore delle possibili conseguenze del loro agire, preferiscono astenersi dal farlo, con inevitabile pregiudizio dell'efficienza e, più in generale, del buon andamento dell'azione amministrativa, scaricando sul legislatore o sul giudice la soluzione di problemi che spetterebbe invece alla p.a. affrontare e risolvere"*. Un contesto ed un clima nel quale l'attribuzione all'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) di penetranti poteri non solo di vigilanza ma anche di regolazione, e finanche di intervento sulle singole procedure di affidamento, costituiva solo il segnale di una diffusa diffidenza verso ogni possibile esplicarsi della discrezionalità dei soggetti pubblici²⁵.

Se, dunque, il senso dell'operazione tentata con la redazione dei primi articoli del nuovo Codice dei contratti pubblici è quello di dare un segnale di "ribaltamento" di queste logiche, di riaffermare la primazia degli obiettivi economici da perseguire rispetto agli altri interessi che negli ultimi decenni erano balzati in primo piano, finendo per occupare interamente la scena, è allora in questa chiave che va esaminato il significato dei *"principi"* affermati in quelle norme, e anche delle formule e terminologie impiegate per affermarli.

3. Il significato profondo dei principi del Codice...

Iniziando dunque dal principio del risultato (articolo 1), che come detto costituisce il criterio orientatore fondamentale dell'intera disciplina codicistica, è evidente allora che, più che concentrarsi sui suoi legami con i pur risalenti studi dottrinari sui risultati dell'azione amministrativa ovvero con il più recente dibattito sulla c.d. "amministrazione di risultato", mette conto sottolineare la valenza ermeneutica ad esso attribuita dal legislatore. In altri termini, il Codice non si limita a riaffermare, in una sorta di reazione alle descritte "derivate" degli ultimi decenni, che l'obiettivo della disciplina rimane pur sempre l'affidamento dei contratti di appalto e di concessione e la loro esecuzione in modo tempestivo, efficiente e parsimonioso, ma precisa altresì che il principio del risultato costituisce il

²⁴ Cfr. G. NAPOLITANO, *op. e loc. ult. cit.*

²⁵ Sul ruolo attribuito all'ANAC dal codice del 2016, e sugli inconvenienti cui esso ha dato luogo, sia consentito rinviare a R. GRECO, *Il ruolo dell'Anac nel nuovo sistema degli appalti pubblici*, in www.giustizia-amministrativa.it, 29 dicembre 2016.

“criterio prioritario per l’esercizio del potere discrezionale e per l’individuazione della regola del caso concreto” (comma 4); ed è qui che probabilmente, come si vedrà, si può rinvenire l’aspetto più rilevante (e potenzialmente dirompente) della nuova normativa²⁶.

Senza anticipare i profili problematici su cui ci si intratterà a conclusione del presente intervento, è agevole rilevare che attraverso l’ingresso del principio del risultato e l’espressa attribuzione ad esso della valenza di criterio orientatore della discrezionalità amministrativa si opera una trasformazione degli obiettivi dell’azione amministrativa da elemento esterno alla stessa, valutabile sotto il profilo del rispetto dei parametri generali di efficacia, efficienza ed economicità (nonché, se del caso, ai fini dell’eventuale responsabilità del personale che ha operato per conto della p.a.), a fattore immanente alla stessa legalità della sua azione, valutabile nell’ambito di un giudizio sulla complessiva legittimità di atti e provvedimenti²⁷. In tale prospettiva, taluno ha addirittura osservato che potrebbero schiudersi nuovi scenari allo stesso sindacato del giudice amministrativo, il quale, essendo chiamato a verificare la legittimità dell’agire dell’amministrazione anche alla stregua del rispetto del principio del risultato, potrebbe dover occuparsi anche di aspetti tradizionalmente ritenuti sottratti alla sua cognizione in quanto afferenti al merito delle scelte riservate alla stazione appaltante²⁸.

Considerazioni in parte simili vanno svolte per il principio della fiducia (articolo 2), il quale, all’esito della disamina che si è compiuta dell’evoluzione storica e normativa della materia, appare non più tanto inteso a riaffermare la – già pacifica – applicabilità a tutta la disciplina dei contratti pubblici dei principi generali di correttezza, collaborazione e buona fede, ma a esprimere una rinnovata “fiducia” dell’ordinamento verso l’agire per quanto possibile libero da vincoli degli operatori pubblici e privati del settore. Come espressamente afferma la relazione illustrativa del Codice, l’intento perseguito è quello di segnare una inversione di tendenza rispetto al recente passato, restituendo alle amministrazioni aggiudicatrici gli spazi di discrezionalità che sono connaturati al compito loro affidato *ex lege* di operare la scelta del contraente, in modo da promuovere e agevolare quel mutamento di mentalità che è indispensabile per il recupero di efficienza e produttività che costituisce la finalità ultima della nuova normativa²⁹.

Vero è che l’articolo 2 del Codice parla di “*reciproca fiducia*”, riferendosi sia ai funzionari dell’amministrazione che agli operatori economici che partecipano alle procedure selettive. Ma in questa parte, come è stato notato, la norma intende semplicemente ribadire il concetto della pariteticità degli obblighi di correttezza e lealtà e di equiordinazione dei legittimi affidamenti astrattamente ipotizzabili (e tutelabili) in capo alle parti del rapporto amministrativo in esame³⁰; il che però nulla toglie alla evidenziata rilevanza “esterna” del principio *de quo*, che così inteso diventa intrinsecamente connesso a quello del risultato, nel senso che l’abbandono del clima di sospetto e diffidenza che ha caratterizzato le passate stagioni dovrà incoraggiare tutti gli operatori a lavorare per il perseguimento del miglior risultato amministrativo possibile, rifuggendo da formalismi e lungaggini strumentali solo a porre chi agisce al riparo da possibili conseguenze negative, con perniciose ricadute sulla realizzazione degli obiettivi prefissati³¹.

Infine, si può rapidamente segnalare come anche il principio dell’accesso al mercato (articolo 3), pur nel suo già evidenziato carattere riepilogativo dei tradizionali principi eurounitari della contrattualistica pubblica, è anch’esso declinato in modo da renderne chiara la natura a sua volta

²⁶ Come efficacemente intuito da F. CINTIOLI, *Il principio del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in www.giustizia-amministrativa.it, 18 maggio 2023, § 1.

²⁷ In questo senso L. CARBONE, *op. cit.*, p. 13.

²⁸ Cfr. H. SIMONETTI, *op. cit.*, § 5.

²⁹ Naturalmente, che un tale “cambio di passo” possa essere realizzato semplicemente attraverso l’introduzione di nuove norme è illusorio, occorrendo che esso si concretizzi nel mutamento di atteggiamenti e modi di pensare ormai radicati specialmente tra i funzionari pubblici: di tanto si mostra consapevole la relazione illustrativa del Codice, laddove si chiarisce che la solenne affermazione del principio della fiducia è più che altro intesa a dare “*il segnale di un cambiamento profondo, che – fermo restando ovviamente il perseguimento convinto di ogni forma di irregolarità – miri a valorizzare lo spirito di iniziativa e la discrezionalità degli amministratori pubblici*”.

³⁰ Cfr. F. SAITTA, *op. cit.*, § 5.

³¹ Cfr. F. CINTIOLI, *op. cit.*, § 2.

“ancillare” rispetto a quello del risultato (come emerge dall’uso del verbo “*favoriscono*”, in luogo di altri più assertivi, per rappresentare la posizione delle stazioni appaltanti nella promozione dell’accesso al mercato). A ulteriore riprova che nell’assetto normativo attuale la concorrenza va salvaguardata non come valore in sé, ma quale strumento per il perseguimento del miglior risultato possibile³².

4. (segue) ...e quale spazio per la legalità?

Nel quadro appena descritto, sollecitati dal titolo del tema assegnatoci, non possiamo non chiederci quale posizione occupi il principio di legalità. Di esso è menzione, innanzitutto, nell’articolo 1 del nuovo Codice, essendo lo stesso enumerato al primo posto – prima di quelli di trasparenza e concorrenza – fra i principi dei quali comunque deve essere assicurato il “*rispetto*” nel perseguimento del risultato dell’affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo. E questa menzione potrebbe essere considerata perfino un progresso rispetto al codice del 2006, laddove il principio di legalità era spesso dato per presupposto o implicitamente evocato, ma mai espressamente affermato o richiamato³³. Inoltre, i temi della legalità sono impliciti nelle disposizioni contenute nei commi 3 e 4 dell’articolo 2, laddove, dopo aver affermato il principio della fiducia e averne individuato la funzione essenziale, il legislatore si preoccupa – con risultati discutibili, come subito si dirà - di dettare alcune regole generali intese a “perimetrare” gli ambiti di responsabilità dei funzionari pubblici e a prevedere altri strumenti atti ad assicurarne l’azione libera e scevra da timori e rischi di responsabilità.

In via generale, anche l’affermazione che il rispetto della legalità – al pari della garanzia della concorrenza e del mercato – costituisca rispetto al settore dei contratti pubblici non un valore da tutelare in sé, ma uno strumento (ancorché essenziale) per il perseguimento degli obiettivi economici costituiti dalla esecuzione di lavori, servizi e forniture, non esprime un concetto innovativo né dirompente per il nostro ordinamento. E tuttavia, prima di chiedersi quale sia la reale posizione che il nuovo Codice ha riservato al principio di legalità, è opportuno chiarire che nella specie – non diversamente che nel codice previgente – di “*legalità*” si parla con riferimento non già all’accezione generale del rispetto delle leggi che definiscono competenze, compiti e procedure da parte della p.a.³⁴, bensì nel senso più stretto di “rispetto delle regole” cui sono tenuti tutti i consociati, individuando dunque quella percezione del carattere vincolante del complesso di norme in cui un ordinamento giuridico si sostanzia, e nella loro condivisione quale fondamento stesso della sua esistenza come ordine sociale, che ha formato oggetto di attenzione della filosofia e sociologia del diritto da Beccaria a Max Weber³⁵.

Pertanto, è inevitabile che nello specifico settore della contrattualistica pubblica il perseguimento della legalità finisca per coincidere con la garanzia del rispetto di regole e procedure da parte di tutti gli operatori, pubblici e privati, che sono coinvolti nell’*iter* realizzativo di lavori, servizi e forniture finanziati con risorse pubbliche. E allora, può non essere privo di significato affermare che la tutela

³² Cfr. F. SAITTA, *op. e loc. ult. cit.*

³³ Vi era benvero, nell’articolo 213, solo un riferimento espresso alla “*illegalità*” nell’indicazione dei fenomeni la cui prevenzione e repressione erano istituzionalmente devolute all’ANAC, a conferma dell’atteggiamento di “*sfiducia*” del legislatore del 2016 verso la possibilità che il sistema dei contratti pubblici potesse assicurare la correttezza e rettitudine del proprio funzionamento, se semplicemente lasciato libero di funzionare autonomamente (la disposizione richiamata peraltro è oggi riprodotta nell’articolo 222, comma 1, del d.lgs. n. 36/2023).

³⁴ Il principio di legalità dell’azione amministrativa, in virtù del quale la pubblica amministrazione può esercitare nei confronti dei cittadini solo i poteri che le sono attribuiti dalla legge, e nel rispetto delle modalità e procedure dalla stessa legge stabilite, viene comunemente ricondotto al binomio di valori imparzialità/buon andamento della p.a. proclamato dall’articolo 97 della Costituzione: cfr. ad esempio R. GAROFOLI – G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, NelDiritto, 2009, pp. 445-446.

³⁵ Non è certo questa la sede per affrontare i molteplici significati e contenuti del principio di legalità: sul punto, resta fondamentale S. FOIS, *Legalità (principio di)*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, Giuffrè, 1973, pp. 659 ss.

della legalità (nel senso appena precisato) costituisca oggi un interesse recessivo, o comunque “ancillare”, rispetto al perseguimento di un risultato, ancorché virtuoso, ancorché il migliore possibile come più volte chiarito.

Si è detto della profonda preoccupazione del legislatore del 2023 verso il superamento del fenomeno della “burocrazia difensiva” indotto dalle pluridecennali vicende che avevano portato a una tendenziale immedesimazione, perfino al livello dell’immaginario collettivo, del mondo dei contratti pubblici con quello della corruzione e del malaffare, con pregiudizio per l’efficacia e l’efficienza dell’azione amministrativa e potenziale spreco di energie e risorse pubbliche. In ciò, il nuovo Codice si pone nella scia di una tendenza inaugurata in Italia già un anno prima, nella temperie dell’impegno per il rilancio di economia e competitività del sistema innescata dapprima dall’emergenza pandemica e successivamente dal varo del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR), con il decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 luglio 2021, n. 108. Insomma, *in parte qua* le scelte del nuovo Codice dei contratti pubblici condividono la medesima ispirazione di fondo che ha indotto il legislatore del 2021 a limitare fortemente le ipotesi di responsabilità per danno erariale e ad intervenire in senso riduttivo sulla tipizzazione del reato di abuso d’ufficio (articolo 323 cod. pen.), aprendo un dibattito ancora oggi vivo tra giuristi e studiosi³⁶.

Se così stanno le cose, potrebbe essere lecito riproporre le medesime perplessità avanzate da autorevoli osservatori, oltre che da molti addetti ai lavori, in ordine alla condivisibilità e finanche all’efficacia delle soluzioni adottate. Non è questa la sede per ripercorrere il dibattito di questi ultimi anni sulla ammissibilità di opzioni normative improntate all’abbassamento dei presidi di legalità in nome della proclamata necessità di perseguire degli obiettivi (e non è neanche detto, come subito si vedrà, che sia questa la scelta del legislatore del Codice del 2023); certo è che, se questi fossero gli intendimenti, sarebbe censurabile il metodo prescelto di scaricare su interpreti e operatori del settore il compito di trarre le conseguenze di scelte di fondo compiute ancora una volta “sottotraccia”, attraverso una complessa trama di principi e regole, anziché in modo diretto e con ammissione di responsabilità politica³⁷.

Per mera completezza, non può però non rimarcarsi come, forse per l’ansia di accompagnare all’affermazione di principio della “*fiducia*” cui dovrà essere improntato il nuovo quadro normativo anche l’introduzione di segnali concreti e immediati di tale mutamento di atteggiamento, il legislatore abbia ritenuto di inserire nello stesso articolo 2 alcune regole di dettaglio volte a perimetrare le potenziali responsabilità dei funzionari pubblici in coerenza con il rinnovato clima. Il riferimento è al comma 3, nel quale però la genericità di alcune formule e locuzioni rischia di aprire più problemi di quanti riuscirà a risolverne: ad esempio, ci si potrebbe chiedere il perché si sia sentito il bisogno di precisare che costituisce ai fini della responsabilità erariale colpa grave la violazione di norme “*di diritto*” (forse per escludere dal perimetro l’inosservanza di norme tecniche o extragiuridiche?), ovvero che cosa si intenda per “*auto-vincoli amministrativi*” (l’espressione, di difficile decifrazione, sembra voler comprendere non solo i bandi di gara ma qualsiasi atto generale o di regolazione emanato dall’amministrazione che procede). O, ancora, ci si potrebbe chiedere quale potrà essere la reale efficacia rassicurante dell’esclusione della colpa grave per il caso in cui ci si sia adeguati a “*indirizzi giurisprudenziali prevalenti*” in un sistema in cui, come si è visto, la stessa giurisprudenza ha spesso faticato a inseguire i mutamenti della realtà sociale e normativa, con pregiudizio per l’uniformità e la stessa comprensibilità dei suoi indirizzi³⁸.

³⁶ Su questi temi, sia consentito rinviare a R. GRECO, *Abuso d’ufficio: per un approccio “eclettico”*, in *Giustizia Insieme*, www.giustiziainsieme.it, 22 luglio 2020, § 1.

³⁷ Sul punto, cfr. R. GRECO, *op. e loc. ult. cit.*. Certo è che, nel valutare la modalità prescelta per introdurre le dirompenti novità contenute nel nuovo Codice dei contratti pubblici, non può obliterarsi l’estrema genericità e vaghezza che ha connotato molti dei criteri della delega contenuta nella legge n. 78/2022, tale da lasciare al Consiglio di Stato nella fase di redazione del provvedimento attuativo il “peso” di alcune scelte fondamentali destinate a connotare il nuovo ordito normativo.

³⁸ Cfr. G. MONTEDORO, *op. cit.*, § 3.

5. Conclusione: le criticità di sistema e l'irrinunciabile ruolo della giurisprudenza.

Prima di provare a trarre delle conclusioni, vale la pena sottolineare ancora una volta che, come dovrebbe essere chiaro dalla sia pur sintetica rassegna che si è compiuta, i principali profili innovativi che connotano i principi generali del nuovo Codice dei contratti pubblici sono il frutto di vicende tutte interne all'ordinamento italiano, alla sua storia ed al modo in cui il sistema normativo dei contratti pubblici si è evoluto e sviluppato di pari passo con le scelte politiche e l'elaborazione della giurisprudenza³⁹. In questo senso, non può non essere privo di significato il fatto che una novella normativa, destinata a svolgersi a direttive invariate (le nuove direttive europee sui contratti pubblici di appalto e concessione essendo attese per il 2024) e che avrebbe potuto risolversi in un'operazione di *maquillage* con l'eliminazione dei più pesanti elementi di *gold-plating* dal codice del 2016 e la risoluzione dei principali nodi problematici rispetto alla retrostante disciplina unionale⁴⁰, sia poi sfociata in un totale stravolgimento del quadro normativo esistente: un esito, come ormai dovrebbe essere chiaro, imposto dall'ormai acquisita consapevolezza non solo dell'inadeguatezza del codice del 2016 (già pieno di criticità nel suo momento genetico, e successivamente reso quasi inservibile da una congerie di interventi correttivi e modificativi oltre che dalle numerose procedure comunitarie di infrazione), ma anche dell'ormai ineludibile necessità di un deciso "cambio di passo".

Ma se allora è davvero in questa innovativa "gerarchia degli interessi" che va rinvenuto il vero e sostanziale elemento di novità del nuovo articolato normativo, è doveroso dare conto, oltre che dei commenti di quanti ne hanno messo in luce le inedite potenzialità, anche delle critiche di chi ha ritenuto di cogliervi non trascurabili criticità. Ci si riferisce alla posizione di quei commentatori⁴¹ i quali, muovendo dalla necessità di prendere sul serio la definizione del principio del risultato quale nuovo *totem* del quadro normativo (in luogo della concorrenza, come era stato finora), hanno evidenziato il rischio che in nome di esso possano affermarsi soluzioni e scelte interpretative ispirate ad una rinnovata "supremazia" degli interessi del committente pubblico, quali obiettivi destinati a costituire il punto di riferimento per la risoluzione di qualsiasi questione problematica, con conseguente arretramento rispetto ad acquisizioni degli ultimi decenni considerate ormai pacifiche in tema di pariteticità del rapporto amministrativo e tendenziale equiordinazione degli interessi implicati nella definizione del relativo regime normativo (sia pure nella consapevolezza della loro diversa natura), con conseguente apertura alla possibilità di derive autoritarie.

Il punto non è evidentemente la possibilità che nella prassi applicativa si affermino soluzioni "sostanzialistiche", che in nome del raggiungimento del risultato aprano spazi di "accettabilità" ad un abbassamento delle garanzie di concorrenza, trasparenza e legalità⁴². Il tema, molto più ampio e delicato, è quello di una più generale impostazione dell'articolato normativo, nella quale l'enfaticizzazione del principio di buon andamento (del quale, come si è già rilevato, quello del risultato costituisce una declinazione) avvenga a prezzo di una dequotazione del principio di imparzialità della p.a. (del quale i principi di trasparenza e concorrenza costituiscono a loro volta attuazione), in modo da spezzare quella che, anche nella giurisprudenza costituzionale, è stata sempre considerata come una "endiadi"⁴³ entrambi gli elementi della quale risultano imprescindibili per assicurare un'azione amministrativa coerente e rispettosa dei valori costituzionali. Tale approccio sarebbe evidente, ad esempio, nelle soluzioni adottate dal nuovo Codice, in senso fortemente sbilanciato verso la tutela

³⁹ Cfr. H. SIMONETTI, *op. cit.*, § 2.

⁴⁰ Questa opzione, anche in virtù della genericità che la delega legislativa palesava perfino su tale punto, è rimasta sul tappeto ed è stata considerata praticabile da studiosi e commentatori fino all'inizio dei lavori della commissione speciale del Consiglio di Stato: significativi, al riguardo, gli interventi di Michele Corradino e Raffaele Greco in A. CIVELLO (a cura di), *La pubblica amministrazione e gli appalti: speditezza, efficienza e garanzie*, Atti del convegno, Roma, 14 aprile 2021, Roma, Herald, 2021, pp. 31 e 70-71.

⁴¹ Cfr., in particolare, D. CAPOTORTO, *op. cit.*, § 3 e 4.

⁴² Cfr. l'intervento di Giuliano Gruner alla Giornata di studio sul tema "Il nuovo codice degli appalti" (Roma, 11 maggio 2023), citato da F. SAITTA, *op. cit.*, § 6.

⁴³ Valga per tutti il richiamo a Corte cost., sent. 23 luglio 1993, n. 333.

della committenza in tema di responsabilità e tutela dell'affidamento e di applicazione della c.d. clausola di invarianza⁴⁴.

Se fosse così, ci si troverebbe di fronte a una criticità “di sistema” tale da rendere recessivi tutti gli altri profili della nuova disciplina (subappalti a cascata, soglie per gli affidamenti diretti etc.) su cui si è precipuamente concentrata l'attenzione, e anche la polemica politica e mediatica, nei mesi successivi all'entrata in vigore del Codice.

Queste preoccupazioni sono state però ritenute da altri commentatori infondate o quanto meno eccessive, sottolineandosi che il nuovo Codice, pur nell'evidenziata primazia riconosciuta al risultato cui l'azione amministrativa deve tendere, ribadisce che la concorrenza e la trasparenza sono espressamente individuate dallo stesso legislatore come gli strumenti indispensabili per conseguire il miglior risultato possibile (articolo 1, comma 2). In questo senso, più che essere servente rispetto al risultato, la concorrenza costituirebbe un metodo e un limine ineliminabile per il suo perseguimento, conservando il suo imprescindibile ruolo ai fini dell'efficienza e dell'efficacia dell'azione amministrativa⁴⁵. Analoghe considerazioni potrebbero svolgersi per la legalità (nel senso “ampio” che si è chiarito al paragrafo precedente), essendo altrettanto evidente che il miglior impiego delle risorse pubbliche, e quindi il miglior risultato rispetto alle esigenze della p.a., può essere raggiunto solo attraverso procedure corrette, trasparenti e rispettose delle regole.

Un ruolo fondamentale nel fugare queste preoccupazioni dovrà essere svolto dalla giurisprudenza, cui taluno rimprovera da un lato di aver accettato un possibile ridimensionamento del proprio sindacato sulla discrezionalità amministrativa (per effetto di disposizioni tendenti a dequotare i vizi incidenti sulle garanzie di concorrenza, legalità e trasparenza), e per altro verso di avere “anticipato” la filosofia del nuovo codice attraverso arresti *prima facie* improntati al riconoscimento di una sorta di “privilegio” alle ragioni della committenza⁴⁶. Al di là della scontata riaffermazione della inaccettabilità di qualsiasi opzione normativa tendente a limitare gli spazi riconosciuti all'effettività della tutela giurisdizionale⁴⁷, occorre però chiedersi quale potrà essere l'impatto del nuovo assetto normativo sull'approccio di una giurisprudenza che – come già accennato – in questo settore ha spesso faticato a tenersi al passo del legislatore, al punto da mettere a rischio la stessa funzione nomofilattica che dovrebbe essere esercitata dal Consiglio di Stato⁴⁸.

Qui molto dipenderà da se e come si affermerà la nuova “*gerarchia degli interessi*” che il legislatore del 2023 ha inteso introdurre, sottolineandone con forza il ruolo di “bussola” per la stessa giurisprudenza chiamata a occuparsi del contenzioso in materia di contratti pubblici. È tutto da vedere, a mio avviso, se l'applicazione giurisprudenziale dei principi introdotti nei primi articoli del nuovo Codice sarà sempre coerente con l'impostazione teorica che si è descritta, fino alle conseguenze estreme che sono state paventate dai critici della riforma. In fondo, per quanto declinati e ordinati in maniera originaria e innovativa, i principi espressi dai primi tre articoli del Codice costituiscono pur sempre derivazione di principi generali immanenti alla disciplina dell'attività amministrativa ovvero al sistema eurounitario dei contratti pubblici; e allora, se questo è vero, non è affatto detto che nella prassi applicativa non si riproponga nei casi concreti la necessità di un loro bilanciamento in forme adeguate e coerenti alle specifiche fattispecie esaminate, aliene dall'osservanza di sentieri rigidamente precostituiti dal legislatore. In ultima istanza, ove emergessero tensioni irriducibili nella declinazione delle opposte istanze di fondo, soccorrerà la giurisprudenza costituzionale.

⁴⁴ Cfr. D. CAPOTORTO, *op. cit.*, § 3. Per un primo esame delle regole introdotte dal nuovo Codice in tema di responsabilità, nel contesto dei principi del Codice stesso, cfr. G. TULUMELLO, *Il diritto dei contratti pubblici fra regole di validità e regole di responsabilità: affidamento, buona fede, risultato*, in www.giustizia-amministrativa.it, 7 giugno 2023.

⁴⁵ Cfr. H. SIMONETTI, *op. cit.*, § 4.

⁴⁶ Cfr. D. CAPOTORTO, *op. cit.*, § 4.

⁴⁷ Cfr. H. SIMONETTI, *op. cit.*, § 5.

⁴⁸ Cfr. G. MONTEDORO, *op. e loc. ult. cit.*