



Diritto e Processo Amministrativo class="voce">

I principi generali del nuovo Codice dei contratti pubblici di Fabio Saitta

di [Giovanni Negri](#)

8 giugno 2023

Sommario: 1. Premessa introduttiva e delimitazione dell'ambito dell'indagine. – 2. I principi (generali e non) del diritto dei contratti pubblici prima dell'ultima codificazione: linee di sviluppo. – 3. Il ruolo dei principi nell'attività contrattuale della pubblica amministrazione ed il loro difficile bilanciamento. – 4. I principi generali nel decreto legislativo n. 36 del 2023: conferme e novità. – 5. *Segue*: in particolare, i tre principi cardine (risultato, fiducia ed accesso al mercato) e la loro funzione di criteri interpretativi ed applicativi. – 6. Conclusioni (inevitabilmente problematiche): può davvero parlarsi di un «cambio di paradigma»?

1. Premessa introduttiva e delimitazione dell'ambito dell'indagine

Com'è stato notato da acuta dottrina, con riguardo alla formulazione dei principi, sin dai primi anni di questo secolo si è registrata un'inversione di tendenza nel rapporto tra legislatore, da un lato, e giurisprudenza e (seppure con un apporto limitato rispetto al passato) dottrina^[1]. Taluno ha ritenuto «un atto di orgoglio» l'enunciazione, da parte del legislatore, dei principi, che in fondo «costituiscono il tentativo di positivizzare quel che [per lungo tempo] si era considerato appannaggio del diritto naturale»^[2]; tal'altro, l'ha definito, invece, «un atto di umiltà» compiuto dal «vecchio sovrano esautorato – in parte – dalla stessa dinamica storica» come «eloquente atto di abdicazione da parte del legislatore alla propria – fino a ieri orgogliosa - autosufficienza»^[3].

Si può convenire con l'una o con l'altra affermazione, così com'è del tutto legittimo chiedersi se con quest'opera di positivizzazione davvero «si riequilibra in modo irreversibile il rapporto tra diritto scritto e diritto giurisprudenziale»[\[4\]](#).

Ai fini della presente indagine, tuttavia, è più utile notare come l'opera legislativa di catalogazione dei principi sia avvenuta su due piani: uno generale, come nella legge sul procedimento amministrativo o nel codice del processo amministrativo, ed uno settoriale, come nei codici dell'ambiente, dell'amministrazione digitale e, appunto, dei contratti pubblici[\[5\]](#). Ed osservare, subito dopo, come sia inevitabile che i principi “catalogati” dalla normativa settoriale entrino in contatto con altri principi generali dell'azione amministrativa, costringendo spesso il giudice a stabilire l'esito di tale confronto, che finisce evidentemente per condizionare o integrare l'applicazione degli stessi principi di settore[\[6\]](#). Per restare alla materia dei contratti pubblici, basti pensare a come il principio di certezza del diritto, considerato una sorta di “superprincipio” e comunque un principio generale del diritto dell'Unione, sia stato talora ritenuto cedevole dai giudici europei[\[7\]](#) e come financo il principio di concorrenza, per lungo tempo vero e proprio *totem* del diritto europeo degli appalti, abbia subito – come dirò meglio a breve – un deciso ridimensionamento a causa dell'emersione di altri valori.

Si tratta di spunti che cercherò di riprendere compatibilmente con il tempo assegnatomi per la mia relazione, che, ovviamente, non potrà occuparsi che dei principi generali contenuti nei primi dodici articoli – in sostanza, il Titolo I della Parte I del Libro I – del nuovo codice (com'è noto, nonostante la Commissione ambisse alla massima concentrazione, principi affiorano anche in altri punti dell'articolato normativo), soffermandosi soltanto su quelli “cardine”, a cui sono dedicati i primi tre articoli.

2. I principi (generali e non) del diritto dei contratti pubblici prima dell'ultima codificazione: linee di sviluppo

Com'è a tutti noto, originariamente l'interesse pubblico che orientava l'attività contrattuale della pubblica amministrazione era spendere meno possibile e farlo nel migliore dei modi, tant'è che la disciplina di tale attività, considerata una branca della contabilità pubblica, era contenuta nella legge di contabilità del 1923 e nel relativo regolamento di attuazione[\[8\]](#).

Anche se il definitivo superamento della c.d. concezione contabilistica non si è avuto nemmeno con l'attuazione delle direttive comunitarie cc.dd. di prima generazione[\[9\]](#), ma soltanto grazie al primo codice dei contratti pubblici del 2006[\[10\]](#), già a partire dagli anni '80 del secolo scorso, con il progressivo aumento dell'influenza comunitaria sui sistemi nazionali, il principio di libera

concorrenza, che per lungo tempo era stato strumentale all'interesse finanziario delle stazioni appaltanti, ha iniziato a rappresentare anche un presidio dell'interesse dei singoli operatori economici a competere in condizioni di parità[\[11\]](#).

Da allora in poi, per almeno tre generazioni di direttive, la libera concorrenza, unitamente agli altri principi “mercatisti” ad essa strumentali (come quelli di economicità, efficienza, parità di trattamento, non discriminazione, proporzionalità, flessibilità e semplificazione), è stata tutelata sempre più intensamente dall'Unione europea, assumendo un ruolo pervasivo, come «principio generale che va a caratterizzare tutte le politiche economiche degli stati membri»[\[12\]](#) ed a «plasma[re] tutte le regole dei contratti pubblici»[\[13\]](#). Ciò fino a quando, a seguito della recessione economica mondiale conseguente alla crisi finanziaria del 2007/2008, tutte le contraddizioni del modello economico dominante a livello globale sono venute a galla, inducendo il legislatore europeo a rivedere il catalogo delle sue priorità[\[14\]](#). Da qui il deciso ridimensionamento del dogma della tutela della concorrenza e la collocazione della contrattualistica pubblica in un contesto multivaloriale che la vede ormai funzionalizzata al perseguitamento di obiettivi una volta ritenuti esterni rispetto alla disciplina di settore, come il sostegno all'occupazione, la riduzione della povertà, l'efficientamento energetico, e via dicendo [\[15\]](#). Secondo una condivisibile lettura di tale evoluzione normativa, l'art. 18 della direttiva 2014/24/UE, rubricato «Principi per l'aggiudicazione degli appalti» e poi trasposto nell'art. 30 del codice dei contratti pubblici del 2016, ha dato vita ad un contesto nel quale il principio di concorrenza svolge «una funzione meramente evocativa», consistente nel richiamare sinteticamente gli altri principi ispiratori senza aggiungere loro alcuna ulteriore valenza prescrittiva: in sostanza, la concorrenza non è altro che «la ricaduta pratica dell'applicazione dei principi di imparzialità e di parità di trattamento, di pubblicità e di trasparenza al singolo atto di scambio»[\[16\]](#).

Il suddescritto arretramento della tutela della concorrenza e del mercato nella gerarchia dei valori perseguito dalla disciplina – europea e, quindi, nazionale – della contrattualistica pubblica, l'affiancamento alla tradizionale anima “mercatista” di ulteriori, sempre più rilevanti, esigenze [\[17\]](#), tra cui di recente anche la prevenzione della corruzione, ci ha consegnato un codice – quello attualmente vigente, anche se per un solo trimestre ancora – sviluppato fra tre «poli concettuali», cioè tre esigenze diverse: tutela del mercato, salvaguardia della finanza pubblica e soddisfacimento delle istanze di matrice ambientale e sociale[\[18\]](#). Un codice nel quale, non a caso, il principio di libera concorrenza non è messo al primo posto dall'art. 30 (che sostanzialmente conferma l'elencazione dei principi contenuta nell'art. 2 del codice del 2006,

aggiungendo alcune prescrizioni intese a dar attuazione alle direttive di ultima generazione [19], ma – in coerenza con l'art. 18 della direttiva europea – «relegato tra quei principi che le stazioni appaltanti devono “altresì” rispettare, quasi che il legislatore intendesse evidenziarne la minore pregnanza rispetto ai principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza» [20]. Coglie probabilmente nel segno, allora, la dottrina che, muovendo dalla premessa che elementi di contaminazione tra regole pro-concorrenziali e obiettivi di politiche pubbliche o di bilanciamento si rinvengono ormai da tempo nel diritto europeo (basti pensare alla rilevanza del criterio di aggiudicazione fondato sul miglior rapporto qualità-prezzo, dichiaratamente inteso ad privilegiare la qualità degli appalti pubblici), afferma che «il codice del 2016 sembra in realtà tenere in conto soprattutto la “sana” concorrenza, quella cioè che risulta inverata proprio attraverso i molteplici profili sotto i quali è trattata dal codice stesso la qualità delle prestazioni all'interno di relazioni contrattuali affidabili e sostenibili» [21].

Non mancano, peraltro, letture marcatamente critiche di un fenomeno significativamente definito di «sovraffaccimento assiologico», consistente nel fatto che, con le direttive di ultima generazione, le esigenze sociali, ambientali, di sviluppo sostenibile e di tutela della legalità hanno assunto un ruolo centrale, finendo per rendere la materia dei contratti pubblici «ricca, forse addirittura strabordante, di principi» [22].

I bilanci proveremo a farli alla fine; per il momento, come premessa dell'analisi del nuovo codice, ci limitiamo a constatare che il precedente aveva innegabilmente previsto, come quello del 2006, un significativo – probabilmente, financo eccessivo [23] e, sotto certi aspetti, controproducente [24] – ricorso ai principi (generali e non [25]), affidandone la definizione all'A.N.AC. [26].

3. Il ruolo dei principi nell'attività contrattuale della pubblica amministrazione ed il loro difficile bilanciamento

La relazione al nuovo Codice evidenzia che «[i] principi generali di un settore esprimono [...] valori e criteri di valutazione immanenti all'ordine giuridico, che hanno una “memoria del tutto” che le singole e specifiche disposizioni non possono avere, pur essendo ad esso riconducibili. I principi sono, inoltre, caratterizzati da una prevalenza di contenuto deontologico in confronto con le singole norme, anche ricostruite nel loro sistema, con la conseguenza che essi, quali criteri di valutazione che costituiscono il fondamento giuridico della disciplina considerata, hanno anche una funzione genetica (“nomogenetica”) rispetto alle singole norme. Il ricorso ai principi assolve, inoltre, a una funzione di completezza dell'ordinamento giuridico e di garanzia della

tutela di interessi che altrimenti non troverebbero adeguata sistemazione nelle singole disposizioni».

Nell'ambito della contrattualistica pubblica, i principi hanno invero svolto molteplici ruoli, sui quali in questa sede non è possibile dilungarsi. Ci si limita, pertanto, a ricordare che, a parte la funzione stabilizzatrice che, rimanendo immutati pur al verificarsi di un eccesso di normazione, essi possono svolgere[27], i principi, grazie alla loro «forza espansiva», hanno, innanzitutto, contribuito a far sì che l'ordinamento sovranazionale, pur in mancanza di disposizioni specificamente rivolte al diritto dei contratti pubblici nei Trattati, avesse una forte incidenza sulla materia, “europeizzandola” intensamente[28].

Ai fini della nostra indagine, preme piuttosto evidenziare come i principi, che dovrebbero ordinare la materia[29] e «costituire il faro nella nebbia se c’è incertezza»[30] e per questo vengono sovente preferiti dai giudici all’interpretazione sistematica, siano sovente in potenziale conflitto tra loro, tanto da indurre la dottrina, anche recente, ad auspicare una loro gerarchizzazione ad opera del legislatore[31]. Da qui l’inevitabile ricorso a tecniche di bilanciamento, con tutti i problemi che ne derivano[32].

Un’esigenza di bilanciamento si può porre, *in primis*, all’interno degli stessi principi catalogati nel codice dei contratti pubblici. Ciò è costantemente accaduto, ad es., quando la stazione appaltante ha dovuto scegliere tra l’applicazione delle prescrizioni che prescrivono adempimenti formali a carico dei partecipanti alla gara, a garanzia della *par condicio* tra gli stessi, e del principio di massima partecipazione. In siffatte ipotesi, la prevalenza di un principio rispetto ad un altro con esso incompatibile è stata valutata in ragione della portata e della rilevanza che ciascuno di essi assume nel caso concreto, verificando, inoltre, se taluno dei principi in contrasto risulti rafforzato nell’applicazione da altro principio in materia[33]. Ad esempio, a fronte della violazione di oneri formali imposti a pena di esclusione dalla *lex specialis*, il giudice amministrativo ha affermato la prevalenza del principio di formalità, in quanto accompagnato dalla garanzia della *par condicio*, su quello del *favor participationis*[34]. In altri casi, lo stesso giudice amministrativo ha fatto prevalere il principio della massima partecipazione su quello di parità di trattamento, privilegiando la soluzione favorevole all’ammissione alla gara in luogo di quella che tende all’esclusione di un concorrente: ciò, ad esempio, in presenza di una clausola di gara ambigua, incerta o comunque non univoca[35] o nel caso in cui la violazione delle singole clausole che comminano l’esclusione non comporti la lesione di un interesse pubblico effettivo e rilevante[36]. E’ il principio di proporzionalità, in definitiva, a costituire il parametro di riferimento per operare un bilanciamento tra le esigenze di massima partecipazione, da un lato,

e quelle di *par condicio*, dall'altro, consentendo di «garantire l'effettiva concorrenza nel caso di specie, ossia la contendibilità dell'appalto non in astratto, ma in concreto, ossia con riguardo agli operatori economici del settore che, per un verso siano in grado di offrire i beni richiesti dalla stazione appaltante e, per altro verso, siano in possesso dei requisiti necessari alla partecipazione alla procedura»[\[37\]](#).

Analoghi problemi di bilanciamento si pongono sovente con il vigente art. 30 del decreto legislativo n. 50 del 2016: si pensi al criterio privilegiato di aggiudicazione dei contratti sopra-soglia, cioè l'offerta economicamente più vantaggiosa, che vede i principi di economicità e di efficienza potenzialmente sacrificati alla qualità ed all'efficacia (anche sociale) dell'intervento, in una tensione dialettica che viene sciolta nella scelta di aggiudicazione attraverso, appunto, l'intermediazione del rispetto dei principi di trasparenza, parità di trattamento e non discriminazione, dalla cui applicazione vengono tratte una serie di regole più dettagliate in ordine alle relative modalità organizzative e funzionali, come ad es. quelle sulla commissione di gara e sui criteri di valutazione delle offerte[\[38\]](#).

La tensione fra principi è palpabile, in particolare, laddove l'economicità si confronta con le esigenze sociali ed altri interessi collettivi assunti come obiettivi di politiche pubbliche, condizionando il rispetto del principio di concorrenza. Si pensi al campo degli appalti e delle concessioni dei servizi sociali, dov'è evidente la difficoltà di comporre elementi inerenti ad un'ispirazione solidaristico-fiduciaria con elementi inerenti ad una logica economico-concorrenziale[\[39\]](#).

È inevitabile, poi, che principi settoriali, *id est* specificamente contemplati dalla normativa in materia di appalti pubblici, entrino in contatto con altri principi generali dell'attività amministrativa, che ne possano condizionare ovvero integrare l'applicazione: si pensi, ad es., al principio del contraddittorio in sede di formulazione del giudizio di anomalia delle offerte[\[40\]](#).

Un problema di bilanciamento (*rectius*: gradualità), infine, può venire in rilievo persino nell'applicazione dello stesso principio: si pensi, ad es., al principio di trasparenza-concorrenza, la cui generalizzata applicazione, avvalorata dalla sua dimensione costituzionale, può incentivare il fenomeno della collusione tacita tra gli operatori economici, ciò che ha indotto taluno a ritenere opportuno calibrare i livelli di trasparenza sulle caratteristiche del mercato rilevante nel quale si colloca il contratto[\[41\]](#).

4. I principi generali nel decreto legislativo n. 36 del 2023: conferme e novità

Vedremo poi se a torto o a ragione, la Parte I, dedicata ai principi generali, è ritenuta, pressochè unanimemente, la novità più significativa del nuovo Codice, che dichiaratamente ambisce ad enunciare principi guida per l'interpretazione ed applicazione degli istituti. Nella relazione, il legislatore assume che, «nella consapevolezza dei rischi che sono talvolta correlati a un uso inappropriato dei principi generali (e in particolare alla frequente commistione tra principi e regole), ha inteso affidare alla Parte I del Libro I il compito di codificare solo principi con funzione ordinante e nomofilattica», dando «un contenuto concreto e operativo a clausole generali altrimenti eccessivamente elastiche» oppure utilizzando «la norma-principio per risolvere incertezze interpretative [...] o per recepire indirizzi giurisprudenziali ormai divenuti “diritto vivente”». Attraverso la codificazione dei principi, il nuovo Codice mira dichiaratamente a «favorire una più ampia libertà di iniziativa e di auto-responsabilità delle stazioni appaltanti, valorizzandone autonomia e discrezionalità (amministrativa e tecnica) in un settore in cui spesso la presenza di una disciplina rigida e dettagliata ha creato incertezze, ritardi, inefficienze». L'idea sarebbe «quella non tanto di richiamare i principi “generalissimi” dell'azione amministrativa (già desumibili dalla Costituzione e dalla legge n. 241/1990), ma di fornire una più puntuale base normativa anche a una serie di principi “precettivi”, dotati di immediata valenza operativa», al fine di «realizzare, fra gli altri, i seguenti obiettivi: a) ribadire che la concorrenza è uno strumento il cui fine è realizzare al meglio l'obiettivo di un appalto aggiudicato ed eseguito in funzione del preminente interesse della committenza (e della collettività) (cfr. art. 1, comma 2); b) 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 (cfr. art. 2, comma 2)».

Principi generali, dunque, intesi «non solo come affermazioni generali e astratte, ma come indicazioni concrete per gli esecutori, per gli operatori, per gli interpreti»[\[42\]](#), il cui pregio – secondo uno dei primi commentatori – non sarebbe soltanto quello di «dare ordine ed equilibrio ad una disciplina ricca di tensioni significative all'interno dei singoli istituti», ma anche quello di «colloca[re] opportunamente il contratto pubblico nella teoria generale del contratto in generale, mettendo a disposizione dell'applicazione e dell'interpretazione sistematica altri sistemi di principi – quelli del contratto – destinati – pur nella loro applicabilità solo parziale – a tracciare con ancora maggiore certezza le linee di un discorso sistematico»[\[43\]](#).

Già nel commentare lo schema di codice, si è parlato di radicale innovazione dell'impostazione di fondo della contrattualistica pubblica, di «sistema ispirato a principi nuovi» e, con specifico

riguardo ai principi generali contenuti nei primi dodici articoli, si è detto che «[s]ono tutti principi importantissimi e palesemente innovativi»[\[44\]](#).

Sia consentito un garbato, parziale dissenso.

Indubbiamente, la funzione dei principi in esame – come descritta nella relazione – appare diversa da quella dei principi dei precedenti codici, che in sostanza «servivano a perimetrire l’ambito di applicazione del testo normativo e le definizioni dei lemmi utilizzati nel testo» stesso [\[45\]](#).

Parimenti innovativa è l’ambizione del nuovo Codice – che in tal senso è andato ben oltre la stessa legge delega, che chiedeva al legislatore semplicemente di recepire i più recenti approdi giurisprudenziali in tema di contratti pubblici – di dettare «una sorta di scala assiologica» idonea a generare principi giuridici ed indirizzi ermeneutici in materia[\[46\]](#).

Coerenti con tale ambizioso proposito sono la collocazione e la consistenza dei principi generali del nuovo Codice, che testimoniano l’importanza che viene ad essi riconnessa dal legislatore[\[47\]](#).

Quanto al primo profilo, la scelta è stata significativamente diversa da quella fatta dal codice vigente – nel quale, come si è detto, i principi sono enunciati nell’art. 30 – e più simile a quella del primo codice, in cui i principi erano pure posti all’inizio (art. 2); quanto al secondo aspetto, il Codice che esaminiamo oggi si distingue da entrambi i precedenti perché dedica ai soli principi generali (altri principi s’incontrano in diverse parti del testo, come ad es. quello di digitalizzazione, al quale verrà dedicata la prossima relazione[\[48\]](#)) ben dodici articoli, peraltro composti da più commi contenenti indicazioni oltremodo dettagliate[\[49\]](#).

Andando ai singoli principi, tuttavia, è probabilmente un’esagerazione dire che siano tutti «palesemente innovativi»: tali – a nostro avviso – possono ritenersi soltanto alcuni di essi, che in certa misura indirizzano l’impostazione di fondo del nuovo Codice (e verranno perciò esaminati separatamente[\[50\]](#)), mentre molti altri – tra i quali quelli che possono definirsi «nuovi» soltanto perché non comparivano tra i principi dei precedenti codici – si limitano in realtà a recepire espressamente nello specifico ambito della contrattualistica pubblica, magari declinandoli in modo più esaustivo, principi generali dell’attività amministrativa o principi individuati dalla giurisprudenza in materia di contratti pubblici già applicabili a tale ambito[\[51\]](#). Si pensi, ad es., ai principi di buona fede e di tutela dell’affidamento (art. 5), già recepiti dalla legge sul procedimento (art. 1, comma 2-bis)[\[52\]](#) e, non certo da ultimo[\[53\]](#), dalla giurisprudenza amministrativa e da tempo immemorabile applicati all’attività contrattuale della pubblica amministrazione e, segnatamente, alle gare d’appalto[\[54\]](#).

5. Segue: in particolare, i tre principi cardine (risultato, fiducia ed accesso al mercato) e la loro funzione di criteri interpretativi ed applicativi

La relazione al Codice non esita a definire «[f]ondamentale, in questo rinnovato quadro normativo, [...] 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 (ad esempio, in tema di assicurazioni)».

In considerazione di ciò, nel ristretto tempo a disposizione, mi soffermerò esclusivamente su questi tre principi cardine e sulla funzione loro attribuita dall'art. 4.

Il *principio del risultato*, enunciato all'art. 1, comma 1, è definito nella relazione «l'interesse pubblico primario del codice», la «finalità principale che stazioni appaltanti ed enti concedenti devono sempre assumere nell'esercizio delle loro attività», e sintetizzato nel-«l'affidamento del contratto e la sua esecuzione con la massima tempestività e il miglior rapporto possibile tra qualità e prezzo, sempre nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza».

Esso rappresenta, dunque, «una sorta di *grundnorm* di tutto il Titolo I»[\[55\]](#), la «stella polare» che deve guidare l'interprete nella lettura del nuovo Codice[\[56\]](#), il quale – secondo un'accreditata opinione – deve ritenersi fondato sulla dichiarata priorità del c.d. «principio realizzativo», che in tal modo finisce per rappresentare «il fine (pubblico) per il quale l'amministrazione *contrae*», a cui tutti i restanti profili di pubblico interesse (dalla trasparenza alla concorrenza, passando per financo per la legalità) sono da ritenere subordinati[\[57\]](#).

Secondo una condivisibile lettura, il riconoscimento del necessario primato logico della funzione di committenza pubblica insito nell'affermazione del principio del risultato determina un ribaltamento della gerarchia degli interessi affermatasi negli ultimi quindici anni a causa del recepimento del diritto europeo, interessato a tutelare la concorrenza e le libertà di circolazione e per nulla al buon andamento delle pubbliche amministrazioni nazionali: sembra che il nostro legislatore si sia finalmente reso conto che «la gara, per quanto doverosa per il diritto europeo e quindi italiano, è un mezzo, non un fine e che lo Stato banditore dovrebbe operare al servizio dello Stato committente»[\[58\]](#). Già prima dell'avvento del nuovo Codice, del resto, avveduta dottrina aveva sostenuto con dovizia di argomentazioni che tutela della concorrenza e prevenzione della corruzione non possono sacrificare l'interesse principale: quello di eseguire gli

appalti[59]. Oggi, in tempi di P.N.R.R., il mercato dei contratti pubblici e tutta l'azione che lo contorna dev'essere *a fortiori* necessariamente *goal-oriented*, dovendo il risultato rappresentare lo scopo primario dell'attività contrattuale della pubblica amministrazione, «parte della legittimità stessa dell'atto amministrativo»[60]. Assai opportunamente, pertanto, «si vuole adesso ricordare ai destinatari del codice che questo non è uno strumento per assicurare il trasparente gioco della concorrenza nelle gare d'appalto, ma per fare in modo che queste rendano possibile la realizzazione delle opere e l'acquisizione di beni e servizi nel più breve tempo, con il miglior rapporto qualità e prezzo, rispettando la legge nonché gli stessi principi della libera concorrenza e della trasparenza»: in pratica, il codice «esiste per declinare i precetti costituzionali di buon andamento e imparzialità dell'amministrazione – non a caso richiamati nel successivo terzo comma dell'articolo – quale fonte di legittimazione del principio del risultato adesso reso esplicito»[61].

Discutendo di questo principio, riecheggiano inevitabilmente i dibattiti sulla c.d. amministrazione «di risultato», anche se la configurazione concreta del risultato in termini di interesse pubblico alla realizzazione dell'opera, all'espletamento del servizio e/o al conseguimento della fornitura, unitamente alla precisazione che lo stesso dev'essere conseguito «con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo» (art. 1, comma 1), contribuiscono a dare un contorno ben definito al principio stesso[62]. La disposizione codicistica, in altri termini, identifica il risultato in un *quid* ben preciso, facendogli assumere il significato di «efficienza economica»[63].

Come evidenziato nella relazione, il risultato dev'essere pur sempre conseguito «nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza».

Il ruolo svolto in questo contesto dal principio di legalità ha invero suscitato talune perplessità, nella misura in cui esso avrebbe meritato un richiamo più evidente anzichè essere pariordinato ai principi di trasparenza e concorrenza quale mero parametro da rispettare per raggiungere il risultato[64]: in tal modo, da un lato, si corre il rischio di «porre il tema della legalità, sia pure nell'accezione formale, in contrapposizione a quello del risultato»; dall'altro, si trascura di considerare che trasparenza e concorrenza sono a loro volta strumentali alla legalità e «serventi rispetto alla democraticità, all'imparzialità e all'efficienza dell'amministrazione»[65].

Sul principio di trasparenza c'è poco da dire, essendo evidente che lo stesso è uno strumento fondamentale per garantire procedure conoscibili ed accessibili, *ergo* scongiurare rischi di favoritismi ed arbitri da parte delle stazioni appaltanti[66]. Quanto alla concorrenza, è

parimenti palese che essa, per quanto subordinata e funzionale al risultato, mantiene con esso un forte legame: se il primo – come si è detto – rappresenta l’obiettivo primario, la seconda costituisce pur sempre il metodo per conseguirlo, rilevando quindi il risultato «virtuoso», cioè che accresca la qualità, diminuisca i costi, aumenti la produttività, ma sempre nel rispetto delle regole concorrenziali[67]. La concorrenza, in sostanza, dev’essere rispettata in quanto è funzionale al conseguimento del miglior risultato possibile nell’affidamento e nell’esecuzione dei contratti: essa, infatti, aumenta, da un lato, la possibilità di ottenere la migliore prestazione al miglior prezzo e, dall’altro, il numero degli operatori economici ai quali è consentito partecipare alle gare, quindi aggiudicarsi l’appalto[68].

Nonostante sia ormai pacifico che essa non è più un principio “tiranno”, potendo in alcuni casi risultare recessiva rispetto ad altri principi e valori, la concorrenza finisce comunque per risultare rafforzata dal nuovo Codice, che innovativamente la presenta nella veste di principio giuridico e ne specifica connotati e funzioni[69].

Al comma 3, dopo una menzione «del principio del buon andamento e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità», dei quali il principio del risultato costituisce attuazione, si aggiunge che quest’ultimo «è perseguito nell’interesse della comunità e per il raggiungimento degli obiettivi dell’Unione europea», introducendo in tal modo un ulteriore temperamento al principio in esame, che – com’è stato segnalato sin dai primissimi commenti – andrà tenuto presente anche nella lettura del comma 4, che stabilisce che «[i]l principio del risultato costituisce criterio prioritario per l’esercizio del potere discrezionale»[70]. Sotto quest’ultimo aspetto, il risultato assume anche il valore di fine e di principio: il riferimento alla comunità ed all’Unione europea, intesi come ordinamenti originari e non particolari, potrebbe voler dire che il risultato è «il valore che viene alla comunità dalla scelta del miglior contraente, quello idoneo a garantire il miglior lavoro o servizio in termini di fruibilità collettiva»[71].

Come già riferito[72], l’introduzione dei principi generali in esame mira, tra l’altro, ad «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»[73].

A tale obiettivo tende, in particolare, il *principio di fiducia*, da intendersi come «reciproca fiducia nell’azione legittima, trasparente e corretta dell’amministrazione, dei suoi funzionari e degli operatori economici» (art. 2, comma 1); correttezza che, d’altronde, costituisce da sempre la

“stella polare” dell’azione amministrativa, specie in materia di appalti[74].

La relazione parla al riguardo di «un segno di svolta rispetto alla logica fondata sulla sfiducia (se non sul “sospetto”) per l’azione dei pubblici funzionari, che si è sviluppata negli ultimi anni [...] e che si è 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», le quali hanno generato «“paura della firma” e “burocrazia difensiva”», a loro volta «fonte di inefficienza e immobilismo e, quindi, un ostacolo al rilancio economico, che richiede, al contrario, una pubblica amministrazione dinamica ed efficiente».

Si tratta di un fenomeno ben noto, ampiamente analizzato in dottrina[75], al quale – stando sempre alla relazione – il nuovo Codice vorrebbe porre rimedio dando, «sin dalle sue disposizioni di principio, il segnale di un cambiamento profondo, che – fermo restando ovviamente il perseguitamento convinto di ogni forma di irregolarità – miri a valorizzare lo spirito di iniziativa e la discrezionalità degli amministratori pubblici, introducendo una “rete di protezione” rispetto all’alto rischio che accompagna il loro operato».

Il principio è strettamente correlato a quanto detto dal comma 4 dell’art. 1 in ordine al principio del risultato quale «criterio prioritario per l’esercizio del potere discrezionale e per l’individuazione della regola del caso concreto»[76].

Significativa mi pare l’espressa connotazione in termini di reciprocità della fiducia, che conferma quello che, a nostro avviso, costituisce un corollario del procedimento amministrativo «paritario» agognato da Feliciano Benvenuti[77]: la reciprocità degli obblighi procedurali gravanti su amministrazione e cittadino. Ed infatti, come in passato abbiamo cercato di dimostrare, ad un’amministrazione trasparente e corretta deve rapportarsi un cittadino – nella specie, un operatore economico – altrettanto trasparente e corretto[78]. A nostro avviso, non è accettabile che il privato possa invocare la parità delle armi solo quando gli fa comodo, pretendendo l’applicazione unilaterale del principio di buona fede/correctezza nei rapporti giuridici esclusivamente a suo favore[79]. Trattasi di un’impostazione condivisa sia dalla dottrina – che ha in più occasioni evidenziato che la costruzione di un rapporto di cittadinanza impone il comune impegno e le reciproche responsabilità del cittadino e delle istituzioni[80], sicché i doveri di correctezza e di buona fede nello svolgimento del procedimento gravano non solo sulla pubblica amministrazione, ma anche sul cittadino[81] – che dalla giurisprudenza,

secondo cui la relazione che si instaura tra amministrazione e privato non può essere fonte in via esclusiva della tutela dell'affidamento di quest'ultimo, ma «deve produrre necessariamente effetti su di un piano di reciprocità»[\[82\]](#).

Definito il principio della reciproca fiducia e chiaritane la funzione, i successivi commi 3 e 4 dell'art. 2, onde evitare che quanto affermato «abbia valore puramente ottativo o inutilmente retorico»[\[83\]](#), quasi a volere «tranquillizzare gli animi», dettano, rispettivamente, ulteriori criteri di valutazione della responsabilità e regole per la promozione della fiducia nell'azione legittima: la prima disposizione, in particolare, mira a «rasserenare coloro che, all'interno delle pubbliche amministrazioni, per necessità spesso si trovano, soprattutto nelle realtà meno strutturate, a dover svolgere compiti oggettivamente superiori alle proprie competenze, dall'altro ricordare comunque la regola del “caso concreto” che sempre deve guidare ogni valutazione del comportamento tenuto dall'agente»[\[84\]](#).

Poche righe sono dedicate dall'art. 3 al *principio dell'accesso al mercato*, che del resto svolge una funzione complementare rispetto agli altri principi cardine: lo stesso utilizzo del verbo «favoriscono» in luogo di altri maggiormente assertivi è indicativo del ruolo ancillare del principio in esame, che – come quello di concorrenza[\[85\]](#) – rappresenta uno strumento per raggiungere il miglior risultato possibile e non un valore in sé[\[86\]](#). Invero, ancorchè sia indubbio che l'accesso alle gare del maggior numero di imprese in condizioni di parità non può che favorire la selezione della migliore offerta per la realizzazione dell'opera o per l'espletamento del servizio o della fornitura[\[87\]](#), il legislatore italiano avrebbe, forse, dovuto valorizzare maggiormente il principio in esame, non foss'altro perché lo stesso diritto primario dell'Unione europea prevede che devono essere assicurate alle PMI tutte le potenzialità del mercato unico, tra cui espressamente «l'apertura degli appalti pubblici nazionali» (art. 179, comma 2, T.F.U.E.)[\[88\]](#).

Trattasi, sostanzialmente, della funzionalizzazione dei principi classici di concorrenza, imparzialità, non discriminazione, pubblicità e trasparenza, proporzionalità enumerati dalla stessa disposizione codicistica, tant'è che nella relazione si afferma chiaramente che «il principio dell'accesso al mercato rappresenta a sua volta un risultato che le stazioni appaltanti e gli enti concedenti devono perseguire attraverso la funzionalizzazione dei principi più generali richiamati».

Detto questo dei singoli principi cardine, va dedicato un cenno all'art. 4, che codifica la «forza ordinante dei principi» e, secondo un avveduto commentatore, rappresenta la novità positiva del

nuovo Codice[\[89\]](#).

Si tratta di una disposizione sicuramente rilevante nella sistematica codicistica, nella misura in cui evidenzia le aspettative di rinnovamento radicale sottese al nuovo articolato normativo, anche se la scelta di non elevare a criteri interpretativi ed applicativi anche i principi enunciati nei successivi articoli dello stesso Titolo I al fine di evidenziare maggiormente i tre principi fondanti non è stata unanimemente condivisa[\[90\]](#).

Ciò premesso, è solo per esemplificare che si segnalano alcune disposizioni codistiche che in futuro dovrebbero essere lette attraverso la lente dei principi anzidetti.

Tra i singoli istituti che, d'ora in poi, andranno interpretati ed applicati in base al principio del risultato (ed al correlato principio di economicità) può annoverarsi il soccorso istruttorio, che svolge una vera e propria funzione economica e va considerato, pertanto, «entro una logica proattiva rispetto alla necessità del perseguitamento di quello che è qualificabile in termini di risultato economico “migliore”»[\[91\]](#). Recente giurisprudenza ha, infatti, riconosciuto che, nelle procedure ad evidenza pubblica, tale istituto è strumentale alla realizzazione del principio di massima partecipazione (ora consacrato nell'art. 10 del nuovo Codice), che costituisce una precondizione necessaria per assicurare alla stazione appaltante la più ampia concorrenza tra imprese, cioè appunto «il miglior risultato economico»[\[92\]](#), inteso come «miglior risultato sostanziale» dell'operazione contrattuale[\[93\]](#).

Soccorso istruttorio la cui interpretazione, peraltro, potrà essere orientata anche dal principio della fiducia, a conferma delle persistenti, ineliminabili esigenze di bilanciamento tra i vari principi generali.

Il principio della fiducia, poi, potrà a sua volta fungere da criterio interpretativo ed applicativo anche di altri istituti chiave, come il conflitto di interessi, le cause di esclusione e – perché no? – il contratto di avvalimento. Nell'ottica della fiducia riposta dalla stazione appaltante nell'azione degli operatori economici, infatti, può essere letta – a nostro avviso – la recente affermazione giurisprudenziale secondo cui ««[l]a certificazione di qualità, in quanto finalizzata ad assicurare l'espletamento del servizio o della fornitura da una impresa secondo il livello qualitativo accertato dall'apposito organismo e sulla base di parametri rigorosi delineati a livello internazionale – che danno rilievo all'organizzazione complessiva della relativa attività ed all'intero svolgimento delle diverse fasi di lavoro –, non può essere oggetto di avvalimento senza la messa a disposizione di tutto o di quella parte del complesso aziendale del soggetto al quale è stato riconosciuto il sistema di qualità, occorrente per l'effettuazione del servizio o della

fornitura. Occorre infatti che il requisito di ammissione dimostrato dall'impresa partecipante mediante l'avvalimento rassicuri la stazione appaltante circa l'affidabilità della futura offerta allo stesso modo in cui ciò avverrebbe se il requisito fosse posseduto in via diretta dalla partecipante alla gara»[\[94\]](#).

Quanto, infine, al principio dell'accesso al mercato, la sua funzione di criterio interpretativo ed applicativo si concretizzerà attraverso i principi classici che dovranno essere rispettati per favorirlo, tra cui in particolare il principio di proporzionalità, che – come rimarcato dalla relazione - «obbliga le stazioni appaltanti e gli enti concedenti a predisporre la documentazione di gara in modo tale da permettere la maggiore partecipazione possibile tra gli operatori economici, soprattutto di piccola e media dimensione». Esso orienterà quindi, soprattutto, l'interpretazione e l'applicazione della *lex specialis* di gara.

6. Conclusioni (inevitabilmente problematiche): può davvero parlarsi di un «cambio di paradigma»?

Solo una decina di giorni fa, in un convegno dell'A.I.D.U. dedicato, tra l'altro, al governo del territorio tra Stato e regioni, un collega lamentava la mancanza di una puntuale fissazione, da parte del testo unico dell'edilizia, dei principi fondamentali della materia. Omissione che, in quell'ambito, ha costretto la Corte costituzionale ad intervenire frequentemente per garantire uniformità di disciplina su tutto il territorio nazionale in alcuni profili specifici dell'attività edilizia: *in primis*, i titoli abilitativi ed il regime a cui assoggettare i singoli interventi edilizi.

Non è, dunque, in discussione l'utilità della fissazione, in un codice di settore (nella specie, dei contratti pubblici), dei principi generali della materia, ma tutt'al più, nel merito, l'individuazione dei singoli principi, la loro effettiva natura di principi generali[\[95\]](#), la gerarchia fra essi e – se si vuole – la loro portata più o meno innovativa.

Il poco tempo a disposizione impedisce di rispondere a tutti gli interrogativi, ma non possiamo far a meno di dubitare dell'utilità stessa di alcuni principi.

Mentre può convenirsi, ad es., sull'utilità dell'art. 7, che se non altro serve a «riequilibrare il peso del principio di auto-organizzazione delle pp.aa. rispetto a quello della tutela della concorrenza»[\[96\]](#), e dell'art. 9, che nel sancire il «diritto alla rinegoziazione secondo buona fede delle condizioni contrattuali» sembra aprire «la breccia di una giustizia contrattuale solidale»[\[97\]](#), vien da chiedersi: l'art. 6 era proprio necessario? In presenza di un quadro normativo ed interpretativo reso finalmente chiaro dal legislatore e dalla giurisprudenza costituzionale[\[98\]](#), c'era davvero bisogno di ribadire che i rapporti giuridici tra pubbliche amministrazioni e

soggetti non lucrativi si possono fondare anche sui modelli non concorrenziali, peraltro anche creando confusione in ordine ai casi («attività a spiccata valenza sociale», concetto giuridico oltremodo indeterminato) in cui si dovrebbe applicare il codice del Terzo settore?

Come si è visto, quasi tutti i primi commentatori del nuovo Codice hanno definito fortemente innovativa l'introduzione, all'inizio dello stesso, di numerosi principi generali ed in un recente convegno sul tema si è parlato di «cambio di paradigma».

Per quanto concerne il primo aspetto, ho già detto che – a mio avviso – buona parte dei principi generali (ad es., buona fede e tutela dell'affidamento, tassatività delle cause di esclusione, massima partecipazione) non possono ritenersi effettivamente innovativi e non manca chi dubita che siano tali anche i cc.dd. principi cardine.

Andando a ritroso, a dubitare dell'innovatività del *principio dell'accesso al mercato* è, innanzitutto, chi vi parla.

L'art. 3, infatti, non fa altro che compendiare sotto tale onnicomprensiva locuzione alcuni dei fondamentali principi della materia dei contratti pubblici (concorrenza, imparzialità, non discriminazione, pubblicità e trasparenza, proporzionalità) che il nostro ordinamento, anche sulla spinta del diritto europeo, ha da tempo recepito. La stessa relazione – laddove afferma che «[il] principio in questione risponde all'esigenza di garantire la conservazione e l'implementazione di un mercato concorrenziale, idoneo ad assicurare agli operatori economici pari opportunità di partecipazione e, quindi, di accesso alle procedure ad evidenza pubblica destinate all'affidamento di contratti pubblici» - conferma che non s'introduce nulla di veramente nuovo.

Induce a dubitare della portata innovativa del *principio della fiducia* la condivisibile osservazione che una sua declinazione si trova già nell'art. 1, comma 2-bis, della legge n. 241 del 1990, che menziona la buona fede quale principio cui devono essere improntati i rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione [\[99\]](#).

La medesima dottrina, infine, ha osservato che lo stesso *principio del risultato* – che a detta di tutti è quello che dovrebbe rappresentare la “svolta”, la «nuova principale bussola della disciplina dei contratti pubblici» – è in fondo espressione della c.d. amministrazione «di risultato», che non rappresenta certo una novità per il diritto amministrativo, al pari dei correlati criteri dell'efficienza, dell'efficacia e dell'economicità, di cui parlavano già i precedenti codici dei contratti pubblici e, prim'ancora, la legge n. 241 del 1990: tale principio poteva, pertanto, già ritenersi implicitamente sotteso alla disciplina della contrattualistica pubblica [\[100\]](#).

In definitiva, salvo che non si voglia pensare – come maliziosamente adombrato, ma immediatamente escluso, da Giuliano Grüner giovedì sco