

Diritto e Processo Amministrativo

Appunti sparsi in tema di principio del risultato ed esecuzione del contratto

di Letterio Donato

La fase dell'esecuzione del contratto, diversamente da quanto sovente avvenuto in passato, conosce oggi una nuova vita grazie all'avvento del d. lgs. n. 36/2023 ove, all'art. 1, campeggia il principio (*immanente*) del risultato

30 dicembre 2025

La fase dell'esecuzione del contratto, diversamente da quanto sovente avvenuto in passato, conosce oggi una nuova vita grazie all'avvento del d. lgs. n. 36/2023 ove, all'art. 1, campeggia il principio (*immanente*) del risultato.

Tradizionalmente, infatti, vi è sempre stato un “buco” tra l'aggiudicazione e la stipula del contratto, tanto che una buona parte delle controversie relative alla fase successiva all'aggiudicazione riguarda il versamento della cauzione e/o il suo incameramento “automatico” come atto dovuto e strettamente consequenziale al rifiuto di stipulare il contratto, considerato legittimo dalla giurisprudenza amministrativa anche dopo l'intervento, affatto in linea con tale orientamento, della Corte di Giustizia del 2024^[1].

Sul punto, le Sezioni Unite sono state chiamate a dirimere intricate questioni sul versante della giurisdizione, risolte, in linea di principio, nei seguenti termini:

- anzitutto, se si tratta di questioni rientranti nella materia degli appalti pubblici, sussiste, in linea di principio, la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, tranne che la controversia investa questioni appartenenti alla fase esecutiva del contratto, laddove la giurisdizione è del giudice ordinario;

- conseguentemente, *“rientra nella giurisdizione del G.A. una controversia relativa all’incameramento della cauzione provvisoria che non attiene alla fase esecutiva del rapporto, mai sorto, con il concorrente, ma alla fase deliberativa dell’aggiudicazione, in cui si configurano poteri pubblicistici della stazione appaltante, relativi al bando e alla valutazione delle offerte e nella quale la sorte della cauzione è dipendente dalla adozione del provvedimento amministrativo di esclusione dalla gara, manifestazione di poteri autoritativi, che ne è il presupposto e alla cui legittimità occorre aver riguardo”*[\[2\]](#).

In questo contesto vi sta anche la scelta dell’amministrazione, con apposito atto discrezionale, di non procedere alla stipula del contratto e di revocare l’intera gara, anche questo fucina di diversi contenziosi e di complessi orientamenti della giurisprudenza.

Tra le questioni che si stimano più interessanti, significativa pare quella in cui vi sia una carenza originaria nel finanziamento o un sopravvenuto definanziamento della procedura.

La più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato consente la revoca solo in caso di *“carenza originaria o sopravvenuta della copertura finanziaria”*[\[3\]](#) e che quindi questa non possa disporsi che sulla scorta di dati obiettivi, diremmo “numerici”, in grado di giustificare un atto “traumatico” – in quanto investe *ab imis* la procedura – quale è la revoca, evitando, nel contempo, di innescare conflitti con i partecipanti alla stessa, anche a carattere risarcitorio.

Sul punto, si stima utile proporre due osservazioni:

-a anzitutto, la revoca non può discendere – come pure accade sovente – dalla *paura* generata dal *rischio* di un definanziamento; il definanziamento deve essere effettivo ed oggettivamente accertato. Diversamente, l’atto di revoca non è giustificato ed esporrà la Stazione Appaltante a responsabilità risarcitorie;

-b in secondo luogo, la revoca, in quanto legata ad un fatto obiettivo, può intervenire in qualsiasi fase della gara, anche dopo l’aggiudicazione in quanto *“la carenza originaria e sopravvenuta giustifica la revoca dell’affidamento di un appalto pubblico, anche all’indomani della stipula di quest’ultimo”* e persino allorchè *“le procedure di gara ... siano giunte all’aggiudicazione definitiva”*. È *“la perdita (definitiva n.d.s.) della copertura finanziaria a rappresentare una circostanza che legittimamente può indurre l’amministrazione a rivalutare i motivi di interesse pubblico sottesi all’affidamento di un contratto ... riconducibile alla principale ipotesi di revoca di provvedimenti amministrativi”*[\[4\]](#).

-cInfine, si consideri che, se la carenza è *originaria*, di essa dovranno essere edotti tutti gli operatori economici, in modo da non creare aspettative e/o legittimo affidamento in capo ad

alcuno; se, invece, la carenza è *sopravvenuta*, a prescindere dall'esistenza di apposite clausole di salvaguardia (ordinariamente inserite nella *lex specialis*), il venir meno del finanziamento impone all'Amministrazione di valutare se esistano ancora le condizioni per procedere all'aggiudicazione o anche alla stipula del contratto (dopo la stipula le questioni si pongono in un'ottica differente, che, ordinariamente, esula dal campo pubblicistico). La revoca è atto "materialmente dovuto" laddove venga meno il finanziamento dell'opera, del servizio o della fornitura oggetto della gara, ancorché si tratti sempre di un atto discrezionale. E ciò perché, se da un lato, l'Amministrazione non può assumere obbligazioni senza apposito impegno di spesa – e, dunque, senza provvista – laddove questo si verifichi egualmente, si ingenererà un quadro da cui possono discendere responsabilità a vario titolo (tra l'altro, senza impegno di spesa, l'obbligazione si considera assunta dai soggetti singoli del rapporto contrattuale e dall'ente pubblico).

Le vicende contrattuali, in quanto confinate nell'alveo della giurisdizione del g.o., del resto, sono sempre state intese come non rilevanti rispetto al risultato e soprattutto, alla legittimità della procedura, misurata, ovviamente, sull'aggiudicazione. Tuttavia, in una visione complessiva della procedura, l'aspetto del risultato getta una nuova luce sui passaggi successivi alla aggiudicazione che sono stati sovente trascurati se non in un'orbita di legittimità inerente alla aggiudicazione stessa.

Ed invero, in un contesto proiettato al risultato, il bando può svolgere un ruolo fondamentale: la *lex specialis* – la cui congruità, razionalità e complessiva legittimità veniva solitamente esaminata in funzione della partecipazione alla gara – indubbiamente proietta la sua luce, grazie alla disciplina del d. lgs. n.36/2023, sulla fase esecutiva, in quanto è proprio il bando a porre le regole del gioco non solo nella fase pubblicistica, ma anche – salve le determinazioni ed i comportamenti delle parti – in quella definita "privatistica".

Anche su questo punto alcune osservazioni paiono necessarie:

- la questione del c.d. "bando escludente" – sulla quale la giurisprudenza si è interrogata ripetutamente e con esiti altalenanti^[5] – null'altro è se non la denuncia della irrazionalità, illogicità e inutilità della procedura, non solo rispetto alla aggiudicazione, ma anche alla sua esecuzione. Il fatto che un operatore economico non sia in grado di presentare un'offerta convinta e seria, se proiettato nell'ottica del risultato – che, tuttavia, "*non può essere utilizzato come un passepartout idoneo ad aprire, sempre e comunque, l'area della legalità ad atti e provvedimenti illegittimi*" ^[6] – evidenzia i possibili effetti sulla fase esecutiva delle carenze del bando stesso. Ciò è tanto vero che, in passato, a fronte di ribassi d'asta molto elevati o di basi

d'asta calcolate in modo poco congruo, il risultato era il lievitare dei costi ed una revisione dei prezzi incontrollata, esattamente il contrario di quanto avviene attualmente;

- la redazione del bando è, quindi, un momento delicatissimo, perché è la prima fase di articolazione del procedimento, collegata al “progetto” e, se vogliamo, in tesi, ad una visione unitaria e dinamica della procedura stessa^[7].

Se, però, le cose stanno in tal modo, non è fuori luogo avanzare una proposta eterodossa, che è quella di provare a superare la risalente distinzione tra fase pubblicistica e fase privatistica della procedura, che è ormai unica e unitaria dal progetto alla esecuzione ed è, infatti, misurata, rispetto ai soggetti pubblici che vi orbitano della p.a., dal RuP (Responsabile Unico di Progetto) al Direttore dei lavori, al Direttore dell'esecuzione del contratto fino al coordinatore della salute e della sicurezza, al collaudatore ed all'apposito gestore dei processi digitali, ai fini del risultato e anche delle responsabilità.

La distinzione tra ramo pubblicistico e ramo privatistico dell'ordinamento, i cui confini sono mobili come noto, non può servire a parcellizzare procedimenti in cui è parte l'amministrazione le cui fasi sono tra loro funzionalmente collegate.

L'esecuzione, oggi più che mai, è in grado di determinare il risultato, come recita l'art. 1, inteso quale valutazione di legittimità in senso ampio (secondo gli insegnamenti di Lucio Iannotta), nel complesso dell'intero episodio amministrativo, il che mette in discussione l'idea tradizionale secondo cui la cesura tra le due fasi debba considerarsi netta e invalicabile.

L'errore concettuale, in questo caso, è quello di pensare che il potere si abbia solo quando incide autoritativamente sulle posizioni dei destinatari, ma così non è: anche in ambito contrattuale – come dimostra l'esecuzione delle procedure in tema di evidenza pubblica – la presenza della p.a. condiziona la parte pubblica come la parte privata; l'interesse pubblico consente poteri di intervento che il privato esercita in modo diverso, come risulta di palmare evidenza mettendo a confronto la disciplina posta dagli artt. 1665 e ss. del codice civile con quella del Codice dei contratti pubblici e delle stesse Direttive dell'Unione Europea (risalenti al 2004 ed al 2014) da cui sono germinati i Codici.

Vi è ancora di più.

La distinzione tra queste fasi finisce, in concreto di porre più problemi di quanti non ne risolva, dando luogo giocoforza ad una *koinè* di regole che potrebbe, in sé, non essere un fattore negativo a patto che ci si intenda su quale tavolo si voglia “giocare”.

Si pensi, ad esempio, a cosa accade nella materia dei contributi e/o finanziamenti pubblici, laddove la distinzione tra fase pubblicistica (riconoscimento del finanziamento e rilascio *Ia tranche*) e fase privatistica (rendiconto e rilascio *Ila tranche*), determina, solitamente, contenziosi complessi, in cui la Sezione Quinta del Consiglio di Stato ha avuto talora da ridire rispetto all'orientamento consolidato da Adunanze Plenarie e Sezioni Unite, secondo cui, questa seconda fase va demandata al G.O., dimenticando che il provvedimento adottato in specie è una *revoca*, non un *recesso*, di cui non vi sono i presupposti[8].

Il Codice del 2023, dalla prospettiva del risultato, della fiducia, dell'equilibrio contrattuale (e, si badi, anche dell'equo compenso[9]), sembra consapevole di questo, come risulta dalla disciplina dettata in tema di subappalto, recesso, risoluzione, dichiarazione di inefficacia del contratto per aggiudicazione illegittima.

Come è stato osservato in dottrina e come ritiene ormai la dottrina più accreditata, “motore” del risultato è il RUP, Responsabile Unico del Progetto, darwiniana evoluzione del Responsabile del procedimento ai sensi della legge n. 241/1990 (oggi, non a caso, citata residualmente nell'art. 15 del d. lgs. n. 36/2023) e dello stesso Responsabile Unico del Procedimento di cui ai decreti legislativi nn. 163/2006 e 50/2016.

Il RUP ha tali e tante facoltà, tali e tante responsabilità diremmo, che pare essere non più l'originario funzionario cui viene affidato un compito, di natura squisitamente esecutiva (ferme restando le prerogative del dirigente ai sensi dell'art. 6 c. 5 l.n.241/1990), ma un soggetto ormai dotato di specifica competenza, anche considerato che la giurisprudenza, nel tempo, gli ha riconosciuto sempre maggiori poteri rispetto allo svolgimento della gara (il RUP, in realtà, contribuisce alla redazione del bando, anche quando vi è una Centrale Unica di Committenza), all'accesso agli atti, all'impostazione dei corretti rapporti all'interno della procedura ad evidenza pubblica. Si fa sempre più strada, infatti, l'idea secondo la quale sarebbe bene istituire un ruolo apposito dei RUP (un po' come per i segretari comunali), in modo da garantire omogeneità delle prestazioni e certezza delle competenze che sempre sono state richieste, ma nel Codice del 2023 (v. all. I.2) sono ribadite con vigore.

Il quadro che emerge dalle superiori osservazioni è certamente ricco di spunti di riflessione e meritevole di ulteriori sviluppi ed approfondimenti, essendo evidente che la centralità che assume oggi il principio del risultato sia in grado di scardinare alcuni punti fermi, tra cui la distinzione tra la fase pubblicistica e quella privatistica (con conseguente riparto di giurisdizione tra g.a. e g.o.) nelle procedure ad evidenza pubblica, che appare sempre più incoerente con l'assiologia vigente.

[1] Di recente, Tar Lazio, Rm, 3.2.2025 n. 2329, secondo cui: *“In materia di gare di appalto e di contratti della P.A., deve ritenersi che, nonostante la pronuncia della recente sentenza C-403/23 del 26 settembre 2024 della Corte di Giustizia, che ha confermato la fondatezza dei dubbi interpretativi sollevati dal giudice italiano, chiarendo che l’incameramento automatico della cauzione, quale conseguenza automatica dell’esclusione di un operatore economico da una procedura di affidamento di un appalto pubblico – indipendentemente dalla natura delle regolarizzazioni eventualmente operate dall’offerente negligente e, pertanto, in assenza di qualsiasi motivazione individuale – non appare compatibile con il diritto europeo, è legittimo il trattenimento automatico della garanzia fideiussoria prestata dal concorrente escluso (nella specie, per tardiva assunzione di lavoratori disabili e per violazione di obblighi informativi nei confronti della stazione appaltante) ove, per un verso, l’importo della cauzione provvisoria sia particolarmente esiguo e, per l’altro, sia comprovata la condotta negligente tenuta dall’operatore economico interessato, in forza della quale è stata disposta la esclusione. Il trattenimento automatico della garanzia fideiussoria prestata dall’operatore economico partecipante ad una gara pubblica, è conseguenza ed effetto legale del provvedimento di esclusione dalla gara stessa e non necessita, pertanto, di motivazione, venendo in rilievo un’attività vincolata dell’Amministrazione. Il comma 6 dell’art. 106, [d.lgs. n. 36 del 2023](#), stabilisce che «la garanzia copre la mancata aggiudicazione dopo la proposta di aggiudicazione e la mancata sottoscrizione del contratto imputabili a ogni fatto riconducibile all’affidatario». Si tratta di una disposizione in parte innovativa rispetto alla disciplina contenuta nell’art. 93, co. 6, [d.lgs. 50/2016](#), che delimitava l’ambito di operatività della garanzia al solo momento successivo all’aggiudicazione. La garanzia in esame persegue essenzialmente due finalità: quella di garantire il rispetto delle regole di gara e la serietà dell’offerta presentata (come sottolineato anche dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 198 del 2022) e quella di liquidare in via anticipata e forfettaria il danno subito dall’amministrazione aggiudicatrice per qualunque fatto riconducibile all’impresa, che abbia impedito la stipula del contratto”. Sul punto, Cons. Stato, V, 6.4.2023 n. 3571.*

[2] SS.UU., ord. 11.1.2019 n. 540.

[3] Cons. Stato, Sez. V, 13.9.2025 n. 7571.

[4] Cons. Stato, Sez. V, 13.7.2020 n. 4514.

[5] Interessante una recente pronuncia del Tar Umbria, 19.7.2025 n. 621, secondo cui: *“In materia di contratti della P.A. e di gare appalto (nella specie, si trattava di una gara indetta dal Comune per l'affidamento del servizio di ristorazione scolastica), va dichiarato inammissibile, per difetto di interesse, il ricorso proposto innanzi al G.A., tendente ad ottenere l'annullamento in s.g. del bando di gara e/o la lex specialis, nel caso in cui: 1) a fondamento del ricorso sia stata posta, tra le altre, la censura di errata qualificazione dell'oggetto dell'affidamento, come concessione e non come appalto; 2) l'operatore economico ricorrente abbia omissso di dimostrare che le previsioni della lex specialis siano tali da precludere la presentazione dell'offerta; 3) l'offerta di tale concorrente sia stata presentata e giudicata ammissibile. In tal caso, avendo parte ricorrente presentato domanda di partecipazione alla gara, l'interesse a dedurre la suddetta censura o doglianza potrebbe sorgere, semmai, soltanto in caso di esito per lei sfavorevole della procedura, e al solo fine di ottenerne l'integrale riedizione”*.

[6] Interessanti osservazioni, in merito all'applicazione del principio del risultato nelle gare pubbliche, discendono da Tar Toscana, 20.5.2025 n. 900 secondo cui:

“1. Gli atti di gara non possono validamente prevedere cause di esclusione diverse da quelle legislativamente previste e che la violazione di detta regola comporta la nullità delle (sole) clausole difformi della lex specialis, secondo il regime della nullità parziale di cui all'art. 1419, comma 2, c.c., espressione del principio generale di conservazione degli atti giuridici, secondo cui la clausola difforme vitiatur sed non vitiat, regola, oggi, espressamente codificata nell'art. 10, comma 2, seconda alinea, del [d.lgs. n. 36/2023](#) secondo cui “... le clausole che prevedono cause ulteriori di esclusione sono nulle e si considerano non apposte”. Sul versante processuale, nell'ambito delle procedure di gara, la nullità di clausole escludenti può essere fatta valere in via d'azione o di eccezione, ovvero può essere rilevata d'ufficio dal giudice, secondo il meccanismo del temporalia ad agendum perpetua ad excipendum, così come previsto dall'art. 31 del [c.p.a.](#) e con le precisazioni interpretative offerte dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (1).

E' affetta da nullità, per violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione dalle gare appalto, ex art. 10, comma 2, seconda alinea, del [d.lgs. n. 36/2023](#), la clausola escludente del disciplinare di una gara, indetta per l'affidamento di un appalto integrato, di progettazione esecutiva ed esecuzione lavori, secondo cui incombe sugli operatori economici partecipanti alla procedura di gara l'onere di dichiarare espressamente nel DGUE il ricorso al subappalto necessario e secondo cui, in mancanza, la Commissione non può attivare il soccorso istruttorio per “sanare” eventuali omesse dichiarazioni ovvero dichiarazioni incomplete.

Il principio del risultato, ex art. 1, [d.lgs. n. 36 del 2023](#) non può essere utilizzato come un passepartout idoneo ad aprire, sempre e comunque, l'area della legalità ad atti e

provvedimenti illegittimi; in sostanza, non può ritenersi che il legislatore abbia voluto codificare il perseguimento del risultato “ad ogni costo”; il risultato, prima di un principio, è una disposizione di legge, che va interpretata secondo i consueti canoni ermeneutici, come declinati nell’art. 12 delle preleggi, facendo, dunque, primario riferimento al senso “... fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse ...”. In detta prospettiva, l’art. 1, d.lgs. n. 36/2023 dispone che le amministrazioni aggiudicatrici “perseguono il risultato”, costituito dalla “massima tempestività” e dal “miglior rapporto qualità prezzo”, nell’intero ciclo di vita della contrattualistica pubblica (dalla fase di affidamento sino alla fase di esecuzione) “nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza.”. Ai sensi del comma 4 del medesimo art. 1, “il principio del risultato costituisce il criterio prioritario per l’esercizio del potere discrezionale e per l’individuazione della regola del caso concreto”. In detto contesto, non può predicarsi una dequotazione del principio di legalità in omaggio al perseguimento del risultato, anzi, il principio di legalità costituisce un espresso limite del principio del risultato e quest’ultimo costituisce il criterio orientativo primario dell’esercizio, pur sempre legittimo, della discrezionalità amministrativa. In altre parole, non è ammissibile un richiamo al principio del risultato come espressivo di una regola generale volta a “sanare” un esercizio illegittimo del potere amministrativo nella materia della contrattualistica pubblica, attraverso un approccio pan-sostanzialista che, di fatto, determina un effetto abrogans di tutte le regole formali previste”.

[7] Sulla clausola escludente per violazione in quanto restrittiva della concorrenza, Tar Salerno, 23.5.2025 n. 948: “In forza di quanto previsto dall’art. 100, commi 10, 11 e 12 e dall’art. 226 bis, d.lgs. n. 36 del 2023, deve ritenersi che il vigente codice dei contratti pubblici, consente alle PP.AA. appaltanti di richiedere, quale requisito di capacità economica e finanziaria per l’ammissione alla procedura di affidamento di un servizio pubblico, un determinato fatturato globale, proporzionato al valore dell’appalto; tali norme devono essere interpretate nel senso, chiaramente corrispondente al tenore letterale, per cui l’unico requisito che può essere preteso dalla disciplina speciale di gara per la partecipazione alla procedura di affidamento di un servizio, al fine di dimostrare la capacità economica e finanziaria di un concorrente, deve fare riferimento al fatturato globale dell’impresa, non essendo desumibile la solidità economica e finanziaria di un’impresa da una parte soltanto del suo fatturato (c.d. fatturato specifico), quella specificamente avente ad oggetto gli stessi servizi che dovranno essere svolti nel caso di aggiudicazione della gara. Restringere irragionevolmente il fatturato che può essere preso in esame ad una parte soltanto delle attività economiche dell’impresa, quella esattamente corrispondente alle attività oggetto della gara, significa escludere arbitrariamente dalla competizione tutti quei concorrenti che, in base alla legge, potrebbero dimostrare una solidità economica e finanziaria adeguata, ma che hanno svolto, prevalentemente, la propria attività di impresa in settori diversi, seppure analoghi, ma non esattamente corrispondenti a quello oggetto della gara; è evidente che l’affidabilità economica di un’impresa è

desumibile dall'esame del bilancio complessivo, senza la possibilità di stralciare una parte importante del bilancio, soltanto perché non riferita allo svolgimento di servizi coincidenti con quelli oggetto dell'appalto, in tal modo riducendo artificiosamente il volume d'affari effettivamente riconducibile all'impresa".

[8] Di recente, in proposito, Tar Sicilia, Pa, 23.10.2025 n. 2316: *"Rientra nella giurisdizione del G.O. e non in quella del G.A. una controversia avente ad oggetto l'impugnazione del provvedimento con il quale la Regione ha revocato in autotutela un contributo pubblico concesso in precedenza, che sia motivato con riferimento al fatto che la società interessata ha omesso di rispettare le tempistiche di attuazione del progetto finanziato. La situazione giuridica soggettiva azionata è qualificabile in termini di diritto soggettivo, facendosi questione di atti con cui l'amministrazione, riscontrata l'inosservanza delle regole per la condotta tenuta dal concessionario, ha revocato l'agevolazione concessa, ponendo in essere un atto non idoneo ad influire sulla legittimità o sull'opportunità del provvedimento concessorio in origine assunto"*; sul punto, ancora Tar Sicilia, Pa, 7.3.2024 n. 884: *"Rientra nella giurisdizione del G.O. una controversia avente ad oggetto l'impugnazione in s.g. del provvedimento con il quale la Regione ha revocato nei confronti di un Comune un finanziamento concesso in precedenza (nella specie, per il progetto di una infrastruttura di connettività wireless, implementazione piattaforma digitale per erogazione dei servizi on-line ai cittadini, con installazione di un nuovo totem), nel caso in cui l'Amministrazione regionale abbia disposto: a) la revoca in ragione della mancata osservanza degli obblighi condizionanti l'erogazione, scaturenti dal disciplinare che regola i rapporti tra le due parti pubbliche; b) la sostanziale decadenza del beneficiario dal contributo, per fatti accaduti posteriormente alla concessione della sovvenzione. La situazione giuridica soggettiva azionata è qualificabile in termini di diritto soggettivo, facendosi questione di atti con cui l'amministrazione, riscontrata la sopravvenuta carenza – rispetto al provvedimento di erogazione del contributo – di un requisito di ammissibilità imputabile alla condotta tenuta dal concessionario (che avrebbe indebitamente derogato all'obbligo di indire una gara pubblica), ha "revocato" l'agevolazione concessa, ponendo in essere un atto dal contenuto vincolato, non idoneo ad influire sulla legittimità o sull'opportunità del provvedimento concessorio in origine assunto"*.

[9] Cfr. art. 8 d. lgs. n. 36/2023.
