

# ALLE RADICI STORICHE DEL "NUOVO" PRINCIPIO DEL RISULTATO NELLE PROCEDURE AD EVIDENZA PUBBLICA

Danijel Bukovec \*

**Abstract [It]:** Lo scritto si propone di esaminare le radici storiche e le novità introdotte dal nuovo codice dei contratti pubblici del 2023, con particolare attenzione ai principi del risultato e della fiducia, che segnano una svolta rispetto al passato. Si esamina il principio del favore per la gara pubblica, formatosi nel XIX secolo come espressione del liberalismo e della diffidenza verso i funzionari pubblici. Tale principio è stato successivamente rafforzato e ampliato dal legislatore italiano ed europeo, basandosi sull'idea che la concorrenza rappresenti il metodo più efficace per tutelare gli interessi pubblici. Viene inoltre spiegato il modello del contratto ad evidenza pubblica, sviluppato dalla dottrina e dalla giurisprudenza per legittimare l'uso di strumenti di diritto privato da parte della Pubblica Amministrazione e per garantire il perseguimento dell'interesse pubblico attraverso la motivazione e il controllo delle decisioni contrattuali. Si sostiene che il principio della gara pubblica abbia incontrato delle difficoltà a causa della proliferazione degli interessi tutelati dalla normativa, i quali non sono più limitati al minimo costo e alla massima partecipazione, ma includono anche esigenze sociali, ambientali e di sviluppo sostenibile. In conclusione, si argomenta che il principio del risultato, che comporta un aumento della discrezionalità delle stazioni appaltanti, richiede un cambiamento culturale volto a valorizzare l'iniziativa e l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici, oltre a una maggiore armonizzazione tra i principi di legalità, trasparenza e concorrenza.

**Abstract [En]:** The objective of this analysis is to examine the historical origins and innovations introduced by the new public procurement code of 2023, with particular emphasis on the principles of result and trust, which represent a significant departure from the past. The principle of favoring public tendering, which emerged in the 19th century as an expression of liberalism and distrust of public officials, is explored in depth. This principle was later strengthened and expanded by Italian and European legislators, based on the notion that competition is the most effective means to protect public interests. The model of public procurement contracts is also outlined, developed by legal doctrine and jurisprudence to legitimize the use of private law instruments by the Public Administration and to ensure the attainment of public interest through motivated and controlled contractual decisions. The analysis highlights the challenges faced by the principle of public tendering due to the proliferation of interests protected by legislation, which now encompass not only minimal cost and maximum participation but also social, environmental, and sustainable development needs. In conclusion, the analysis argues that the Principle of Result, which involves increasing the discretion of contracting authorities, necessitates a cultural shift towards valuing the initiative and decision-making autonomy of public officials, as well as a greater harmonization of the principles of legality, transparency, and competition.

**SOMMARIO:** 1. Introduzione: il tema di dibattito. - 2. Il principio di favore per la gara pubblica. - 3. La gara pubblica dopo il tramonto del sistema della legge di contabilità. - 4. Lo schema dell'evidenza pubblica. - 5. La crisi dei modelli "meccanici". - 6. Il risultato nel d.lgs. n. 36/2023. - 7. Risultato, fiducia e automazione. - 8. Conclusioni.

## 1. Introduzione: il tema di dibattito.

La recente approvazione del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 ha richiamato l'interesse di molti commentatori che si sono cimentati nello studio delle varie novità introdotte dalla norma; tra queste, risaltano i nuovi principi proposti dal legislatore ed in particolare quelli enunciati in apertura del nuovo Codice dei contratti pubblici, che sembrano segnare una svolta importante rispetto al passato, ma dai contorni ancora non pienamente definiti.

In effetti, il legislatore ha affermato in più occasioni l'importanza di questo plesso di norme<sup>1</sup>. Ciò in verità non stupisce se si considera che la sezione dedicata ai principi, alcuni dei quali del tutto inediti in questa nuova formulazione, ha rappresentato uno degli apporti maggiormente "creativi" del nuovo decreto. Il nuovo Codice rappresenta il primo intervento di ampio respiro in questa materia che non sia conseguenza diretta di nuove direttive europee da recepire. Conseguentemente, per quanto riguarda le norme di dettaglio, gli imperativi di questa riforma sono stati l'eliminazione del c.d. "gold plating" e la semplificazione, come delineato dalla legge delega (legge 21 giugno 2022, n. 78)<sup>2</sup>. La norma doveva operare soprattutto in negativo, eliminando quanto vi era di inutile o dannoso nell'assetto precedente; è significativo che il legislatore, in questa occasione coadiuvato dai tecnici del Consiglio di Stato, abbia sentito la necessità di andare oltre questa direttiva di massima intervenendo anche sui principi. Escludendo che si sia trattato di un mero esercizio di stile, è da ritenere che alla base di questa scelta vi sia stata la consapevolezza che la semplificazione da sola, seppure intesa non solo in senso "formale", ma come effettivo sfoltoimento degli oneri burocratici<sup>3</sup>, non fosse sufficiente, che andasse cioè accompagnata con delle indicazioni di tipo deontologico, quali sono i principi giuridici, che possano guidare l'attività degli attori operanti in questa materia anche in assenza di disposizioni iper-dettagliate.

La positivizzazione dei principi, come è noto, non è un fenomeno nuovo nel campo del diritto amministrativo<sup>4</sup>, tant'è che tutte le leggi in materia di appalti pubblici, a partire dalla

<sup>1</sup> \* Dottore in Scienze del Governo e Politiche Pubbliche Università degli Studi di Trieste

A partire da quanto espresso nella *Relazione agli articoli e agli allegati dello Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici* predisposta dal Consiglio di Stato. La sezione ivi dedicata al commento della Parte I del Codice (p. 10 ss) si apre con l'affermazione che il nuovo Codice intende distinguersi dal precedente d.lgs. n. 50/2016 in cui il ruolo dei principi subiva «una compressione rilevante da parte delle norme puntuali» e prosegue citando il parere dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato del 7 maggio 2013, n. 13, secondo cui «i principi rendono intellegibile il disegno armonico, organico e unitario sotteso al codice rispetto alla frammentarietà delle sue parti, e consentono al tempo stesso una migliore comprensione di queste, connettendole al tutto». L'importanza dei principi è stata inoltre sottolineata dal coordinatore della Commissione speciale del Consiglio di Stato, Luigi Carbone, durante numerosi interventi di presentazione del Codice, scritti e orali.

<sup>2</sup> L'articolo 1 della legge n. 78/2022 affermava che la delega era mirata a perseguire l'adeguamento al diritto europeo e ai principi espressi dalla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori, interne e sovranazionali, e la razionalizzazione, il riordino e la semplificazione della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, al fine di evitare l'avvio di procedure di infrazione da parte della Commissione europea e di giungere alla risoluzione delle procedure avviate. A tal fine l'articolo 2 poneva poi 31 «principi e criteri direttivi», 10 dei quali menzionavano esplicitamente la «semplificazione».

<sup>3</sup> Luigi Carbone afferma, a tal proposito, che «si è cercato di rifuggire una semplificazione "sulla carta" [...] Si è invece perseguita una semplificazione "effettiva", riducendo le norme di estremo dettaglio a beneficio di una maggiore discrezionalità per le amministrazioni», G. Pellegrino (a cura di), *Il nuovo codice degli appalti – La scommessa di un cambio di paradigma: dal codice guardiano al codice volano?*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2023, p. 20.

<sup>4</sup> Sul punto M. A. Sandulli, R. De Nictolis (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019, p. 290, secondo cui negli ultimi decenni il legislatore nazionale e quello comunitario hanno deciso di «regolare direttamente una rilevante parte del diritto amministrativo, stabilizzando alcuni principi derivati dalla giurisprudenza e prevedendo altri principi di carattere originale»; Cfr. anche F. G. Scoca, *Diritto*

fondamentale legge Merloni del 1994, contenevano già degli elenchi di principi più o meno ampi. La novità del nuovo Codice quindi non è la presenza dei principi in sé, ma riguarda piuttosto la loro natura e il ruolo, più ampio, che dovrebbero assumere nelle intenzioni del legislatore. Si pone allora il problema di verificare se essi costituiscano un elemento di discontinuità con il passato tale da giustificare le affermazioni di chi ritiene che si tratti di un vero e proprio cambio di paradigma.

Si anticipa sin da subito che la questione è ancora aperta. In particolare, a proposito dei principi del risultato e della fiducia, si registrano posizioni differenti, tra chi effettivamente riconosce agli stessi grande rilevanza e chi invece è portato a sminuire la loro proclamata portata innovativa<sup>5</sup>. Questo dibattito, apparentemente confinato al reame della teoria, ha conseguenze relevantissime: studiare i principi giuridici, soprattutto quando essi non siano esplicitati dal legislatore, significa infatti comprendere enunciazioni simboliche, che sono percepite come evidentemente "giuste" in un dato momento storico, e che in virtù di questa percezione danno giustificazione assiologica a un certo *corpus* di norme<sup>6</sup>.

## 2. Il principio di favore per la gara pubblica.

Punto di partenza e fonte di ispirazione per questa analisi sono stati gli studi condotti negli anni '70 del secolo scorso da Francesco Paolo Pugliese<sup>7</sup>, che all'epoca giungeva alla conclusione che la materia degli appalti fosse ispirata a due principi fondamentali, rispettivamente il principio di «favore per la gara pubblica» ed il principio di «evidenziazione delle procedure»<sup>8</sup>.

Tra le opere dell'Autore vi è un fondamentale studio<sup>9</sup> sulle origini della contrattualistica pubblica al tempo dell'Unità d'Italia, con cui lo stesso approfondì l'origine del primo dei due principi, peraltro il più rilevante dal punto di vista pratico. In esso l'Autore andava ad indagare, ripercorrendo le dichiarazioni di giuristi ed esponenti politici dell'epoca, quali fossero le convinzioni ideologiche che consentirono l'affermazione e il perpetrarsi di quella

---

*amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 202 ss, secondo cui «con sempre maggior vigore, [i principi] sono diventati, al contempo, guida dell'azione amministrativa e parametro di valutazione per gli organi deputati al controllo».

5 Tra i primi si ricorda F. Cintioli, *Il principio del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *giustizia-amministrativa.it*, 18 maggio 2023; S. Perongini, B. Merola, *Il principio di concorrenza nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in M. Calabrò et al., *Studi sui principi del Codice dei contratti pubblici*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023; tra i secondi, A. M. Chiariello, *Una nuova cornice di principi per i contratti pubblici*, in *Il diritto dell'economia*, anno 69, 110 (2023, 1), pp 141-161, e, per quanto riguarda il principio della fiducia, R. S. Vigorita, *La fiducia nell'amministrazione e dell'amministrazione: riflessioni intorno all'articolo 2 del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *federalismi.it*, 2023, 17, pp 271-280.

6 Sulla natura assiologica dei principi giuridici cfr. R. Guastini, *La sintassi del diritto*, Torino, Giappichelli, 2011. Si ricorda poi la definizione stessa di "principio", con accezione generica, quale «Concetto, motivo, convinzione che sta alla base d'un ragionamento o che forma uno dei fondamenti di una dottrina, di una scienza, di una disciplina, di un particolare sistema» (*Principio* (voce), in *Dizionario enciclopedico italiano*, Roma, Istituto della Enciclopedia italiana, 1970).

7 Si ricordano, in particolare, F. P. Pugliese [et al.], *Rapporto sulle procedure contrattuali pubbliche in Italia, Francia e Stati Uniti : proposte ed osservazioni per una riforma*, Milano, A. Giuffrè, 1974; F. P. Pugliese, *I contratti delle amministrazioni federali negli Stati Uniti d'America: government contracts*, Padova, CEDAM, 1974; e F. P. Pugliese, *Sulla normazione contrattuale pubblica dopo l'unificazione*, in *Quaderni storici*, 1971, 3, pp 731-762.

8 Questa tesi, in verità esposta in maniera molto sintetica, viene esplicitata a p. 5 di F. P. Pugliese [et al.], *Rapporto sulle procedure contrattuali pubbliche in Italia, Francia e Stati Uniti : proposte ed osservazioni per una riforma*, cit., dove costituisce la premessa per una critica a tutto campo che l'Autore sviluppa avverso alla normativa vigente all'epoca.

9 Ci si riferisce a F. P. Pugliese, *Sulla normazione contrattuale pubblica dopo l'unificazione*, cit.

regola fondamentale secondo la quale «tutti i contratti nell'interesse dello Stato avranno luogo a pubblici incanti»<sup>10</sup>, e giungeva alla conclusione che essa fosse da riconnettersi allo spirito liberale del tempo. Questa constatazione, apparentemente banale, è però piena di conseguenze per l'analisi degli sviluppi successivi e merita quindi di essere approfondita nel suo percorso argomentativo.

Innanzitutto, per contestualizzare l'analisi svolta da Francesco Paolo Pugliese, il quale tratta solamente il periodo successivo all'Unità, giova ripercorrere brevemente anche le vicende precedenti al 1865. La disposizione sull'obbligo di "pubblici incanti" è più risalente, è infatti contenuta nella fondamentale legge 23 marzo 1853, n. 1483, detta "legge Cavour" dal nome del suo illustre proponente. Essa rappresenta il vero punto di inizio di questa vicenda. Le Regie patenti del 31 marzo 1817 che fino a quel momento disciplinavano la materia finanziaria e contabile nel Regno di Sardegna, non contenevano disposizioni precise per quanto riguardava le procedure di scelta del contraente, pur non essendo sconosciuta la pratica dei "pubblici incanti"<sup>11</sup>. L'ordinamento ammetteva dunque un ampio margine di libertà per i detentori dei pubblici poteri, temperato solamente dalla previsione per cui i contratti dovevano essere approvati dal Re su relazione dei suoi ministri, che procedevano ad un esame degli stessi, sia nella sostanza che nella forma<sup>12</sup>, ma in assenza di criteri ben definiti. La legge del 1853 poneva fine a questo sistema nell'ambito di una riorganizzazione complessiva della macchina amministrativa dello Stato, necessaria a seguito dell'approvazione dello Statuto albertino. Nel nuovo assetto costituzionale disegnato dallo Statuto, infatti, al parlamento era assegnata la competenza in materia di bilancio<sup>13</sup> e dunque emergeva la necessità di una maggiore trasparenza nelle spese. L'iter di approvazione della legge del 1853 pare non essere stato ancora oggetto di uno studio approfondito, tuttavia è ragionevole pensare che i motivi che ispirarono le disposizioni sui contratti, condensate in soli cinque articoli dal 24 al 28 del Capo quarto, furono le stesse che evidenzia Francesco Paolo Pugliese con riferimento alle leggi approvate dopo l'Unità, dato che queste ultime riproponevano, quasi immutate, le stesse disposizioni.

L'analisi dello studioso si concentra sulla riforma Cambrey-Digny del 1869, che confermava l'obbligo generalizzato di "pubblici incanti", pur con delle eccezioni che nella prassi si riveleranno assai rilevanti, e giunge alla conclusione che «nell'ordinamento dello Stato borghese si dava preferenza alla procedura dell'asta quale metodo generale di stipulazione dei contratti [in quanto] essa era certamente quella che più e meglio rispecchiava il profondo convincimento, o, se si vuole, il mito liberale del cittadino che tutelando e perseguendo i propri interessi curava e realizzava altresì quelli dello Stato»<sup>14</sup>.

In altre parole, con il meccanismo degli incanti si andava a ricreare quella libera concorrenza in cui la "mano invisibile" del mercato fa sì che il massimo profitto dell'imprenditore coincida con il massimo guadagno per la società, in questo caso rappresentata dallo Stato acquirente, guadagno che veniva concepito in senso utilitaristico

<sup>10</sup> Art. 24, l. 23 marzo 1853, n. 1483.

<sup>11</sup> In merito all'ordinamento vigente nel Regno di Sardegna prima della "legge Cavour" v. Ministero del tesoro, Ragioneria generale dello Stato, *Ragioneria generale dello Stato - origine e sviluppi*, Roma, Istituto poligrafico dello Stato, 1959 e G. Stolfi, *Dall'amministrare all'amministrazione - Le aziende nell'organizzazione statale del Regno di Sardegna (1717-1853)*, Firenze, Firenze University Press, 2014, che, oltre a descrivere la struttura complessiva degli uffici amministrativi del Regno e l'evoluzione delle modalità di gestione della finanza pubblica, riporta diversi esempi di corrispondenza tra funzionari relativa a procedure di appalto di lavori che menzionano lo svolgimento di "pubblici incanti" nella prima metà dell'800.

<sup>12</sup> Ministero del tesoro, Ragioneria generale dello Stato, op. cit., p. 55.

<sup>13</sup> Articolo 10, Statuto fondamentale della Monarchia di Savoia del 4 marzo 1848.

<sup>14</sup> F. P. Pugliese, *Sulla normazione contrattuale pubblica dopo l'unificazione*, cit., p. 738.

proprio come «massimo profitto aziendale»<sup>15</sup>. La matrice contabilistica della disciplina sugli appalti, infatti, è rivelatrice del fatto che, in quel sistema, la concorrenza ingenerata per mezzo della gara fosse finalizzata principalmente a garantire la corretta gestione del denaro pubblico; al contrario, in epoche più recenti, lo stesso principio verrà declinato quale strumento per incentivare la parità di trattamento degli operatori economici, in particolare ad opera del diritto europeo<sup>16</sup>.

In seconda battuta, il legislatore italiano ottocentesco riteneva necessario che la scelta del contraente avvenisse per mezzo di aste pubbliche perché vi era una sfiducia diffusa nell'onestà dei funzionari dell'amministrazione<sup>17</sup>. In altre parole, si riteneva che affidare la scelta a un meccanismo automatico nonché basato su un unico criterio, il prezzo, fosse più efficiente che adottare delle procedure maggiormente flessibili, ma che inevitabilmente avrebbero comportato di concedere un più ampio margine di discrezionalità a chi, nel concreto, avrebbe dovuto gestirle.

Con il passare del tempo divenne chiaro che l'obbligo della gara pubblica ormai non era più solo una regola con una fattispecie specifica, ma si era affermato un vero e proprio principio di favore per la gara pubblica a discapito di qualsiasi altro tipo di procedura selettiva. La regola del “pubblico incanto” (asta pubblica), infatti, venne riproposta in tutte le successive formulazioni della legge di contabilità, fino allo storico r.d. 18 novembre 1923 n. 2440<sup>18</sup>. Altro sintomo della preferenza accordata dal legislatore a questo tipo di procedure fu l'istituzione della licitazione privata, meccanismo che mirava ad estendere il metodo dell'asta anche ad alcuni contratti che secondo l'originaria legge n. 1483 del 1853 era permesso concludere mediante trattativa privata<sup>19</sup>. Infine, può essere vista in quest'ottica anche la

---

15 *Ibidem*.

16 Sulla differente funzione della concorrenza nella normativa sulla contabilità dello Stato rispetto alla successiva disciplina europea sugli appalti cfr. G. M. Racca, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Napoli, Jovene, 2000. Sulla successiva evoluzione del ruolo della concorrenza nella disciplina nazionale ed europea, M. Clarich, *Contratti pubblici e concorrenza, Testo della relazione per il 61° Convegno di Studi Amministrativi su “La nuova disciplina dei contratti pubblici fra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione”*, Varenna 17-19 settembre 2015 in *Astrid rassegna*, 2015, 19, il quale evidenzia come il riferimento alla tutela della concorrenza quale scopo della normativa sugli appalti abbia rappresentato anche uno strumento per lo Stato italiano per ancorare la disciplina della materia tra le proprie competenze esclusive a scapito delle Regioni, al contrario, nelle più recenti direttive europee in tema di appalti e concessioni la tutela della concorrenza sembra cedere parzialmente il posto ad altri valori di natura ambientale e sociale, di cui *infra*, par. 5.

17 Ivi, in particolare a p. 744, dove si riporta la citazione di R. Bonghi, secondo cui nella seconda metà dell'800 non erano rari «affari combinati col governo grazie all'accomodante interessamento di deputati, contratti del governo stipulati con amici di deputati, e via dicendo» e p. 737 dove si riporta la citazione di G. De Giuli, secondo cui «le cautele [...] hanno per iscopo principale di garantire sia dalle conseguenze dell'imperizia, debolezza o malafede degli agenti dell'amministrazione, come dell'avidità dei privati con essa contraenti». A causa di questa sfiducia, la legislazione sugli appalti «finiva per tradursi in un sistema articolato di controlli amministrativi», come riportano S. Fantini, H. Simonetti, *Le basi del diritto dei contratti pubblici*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2022, p. 8.

18 L'articolo 3 del r.d. 18 novembre 1923 n. 2440 dispone che: «Tutti i contratti dai quali derivi una entrata od una spesa per lo Stato debbono essere preceduti da pubblici incanti, a meno che, per particolari ragioni, delle quali dovrà farsi menzione nel decreto di approvazione del contratto, e limitatamente ai casi da determinarsi nel regolamento, l'amministrazione non ritenga preferibile la privata licitazione.»

19 La natura della licitazione privata è chiarita dall'articolo 50 del r.d. 13 dicembre 1863, n. 1628 (Regolamento per la esecuzione della legge di contabilità), con cui appare sulla scena questa particolare procedura. In esso si chiarisce che solo «I contratti dei quali la legge permette la stipulazione colla dispensa degli incanti, si possono concludere per mezzo di licitazione privata o di semplice trattativa» tenendo conto dell'«importanza dell'oggetto o dalla natura del servizio, secondo il prescritto dai regolamenti speciali.»

progressiva procedimentalizzazione<sup>20</sup>, nel secondo dopoguerra, della stessa trattativa privata.

### 3. La gara pubblica dopo il tramonto del sistema della legge di contabilità.

A mezzo secolo di distanza dalla pubblicazione delle opere di Francesco Paolo Pugliese possiamo forse ampliare le conclusioni della sua riflessione.

Come è noto, a partire dagli anni '70<sup>21</sup> del secolo scorso la materia dei contratti pubblici è stata interessata da un crescente numero di direttive emanate dalla Comunità europea che hanno comportato il progressivo abbandono del sistema basato sulla menzionata legge di contabilità del 1923. Da un punto di vista formale si è assistito ad una cesura netta: le direttive comunitarie hanno introdotto delle logiche completamente nuove sotto molti punti di vista, a partire dall'ambito soggettivo e oggettivo di applicazione delle norme in questione<sup>22</sup>, ed è mutata persino la terminologia utilizzata. Se però si limita l'analisi al piano dei principi è facile notare come, almeno fino alla fine degli anni '90 del secolo scorso, vi sia stata una forte somiglianza tra i fini perseguiti dalla Comunità europea ed i principi liberali che ispirarono la legislazione del periodo post-unitario.

L'intervento della Comunità europea in questa materia si giustificava essenzialmente in virtù dell'attuazione della libertà di stabilimento e della libera prestazione di servizi, sancite dagli originari articoli 57 e 100 del Trattato CEE, nonché, in seguito, in funzione della creazione del mercato unico interno<sup>23</sup>. Ne è derivata, però, la codificazione di una serie di principi "operativi" che tradivano la sfiducia nei confronti delle amministrazioni che avrebbero dovuto applicare concretamente le nuove disposizioni<sup>24</sup>. Come è evidente dal tenore degli stessi, il principale ostacolo da superare per la realizzazione dell'obiettivo prefissato veniva identificato nelle resistenze che sarebbero potute emergere da parte delle pubbliche amministrazioni degli stati membri; bisognava evitare, cioè, che le stesse potessero decidere a chi affidare le commesse pubbliche sulla base di considerazioni legate alla nazionalità dei candidati e non alle qualità dell'offerta presentata<sup>25</sup>.

---

20 Contrariamente all'opinione secondo cui la pubblica amministrazione contrattante mediante trattativa privata andasse assimilata ad un qualsiasi privato contrattante, inizialmente dominante e sostenuta anche dalla Corte di Cassazione (Cass., Sez. un., 28 settembre 1955, n. 2658), negli anni successivi la giurisprudenza del Consiglio di Stato cercò di imporre dei vincoli sulla trattativa privata, affermando, che, se nel corso dell'iter di formazione negoziale venivano emanati da parte della P. A. «atti di dichiarazione di volontà», questi erano da considerarsi come atti amministrativi, dunque in rapporto agli stessi potevano nascere interessi legittimi, tutelabili in sede giurisdizionale. Il giudice partiva infatti dal presupposto che per quanto nella trattativa privata «la pubblica Amministrazione godrà di una potestà discrezionale molto più ampia che negli altri casi [di gara]», essa «non è istituto più "privatistico" di quanto non sia la licitazione anch'essa detta privata» (Cons. St., Ad. Plen., 28 gennaio 1961 n. 3).

21 Il processo è iniziato con le direttive 71/304/CEE e 71/305/CEE del Consiglio del 26 luglio 1971, che coordinavano le procedure di aggiudicazione dei soli appalti di lavori pubblici.

22 A differenza delle leggi di contabilità del legislatore italiano, che avevano un ambito di applicazione soggettivo limitato agli organi dello Stato, le direttive comunitarie elaborano la nozione di «amministrazione aggiudicatrice», che, riferendosi ad una molteplicità di soggetti pubblici, consente di estendere l'applicazione delle direttive a essi tutti senza ricorrere ad atti separati.

23 L'Atto Unico Europeo del 1986 modificò il trattato fondante della CEE e prescrivendo esplicitamente l'«apertura degli appalti pubblici nazionali» (art. 24) in vista della creazione del mercato interno entro il 1993.

24 Il preambolo della Direttiva 71/305/CEE del Consiglio del 26 luglio 1971 poneva i seguenti principi operativi: «divieto di prescrizioni tecniche di effetto discriminatorio, sufficiente pubblicità degli appalti, elaborazione di criteri obiettivi di partecipazione e istituzione di una procedura che permetta di assicurare congiuntamente l'osservanza di tali principi».

25 Cfr. G. Napolitano, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2023, 3, p. 287 ss, che afferma: «è nota la ratio dell'intervento regolamentare europeo: il timore che le amministrazioni, in quanto attori non di mercato, siano naturalmente indotte a comportamenti

Rispetto al legislatore italiano di metà '800, il legislatore comunitario non si pone la preoccupazione degli appalti quale fonte di spesa pubblica da contenere<sup>26</sup>, tuttavia entrambi identificano la libera concorrenza attraverso la gara come il mezzo più efficiente per conseguire gli obiettivi della propria politica<sup>27</sup>, ed entrambi vedono nel cattivo utilizzo del potere discrezionale delle strutture amministrative il principale ostacolo per il buon funzionamento della stessa<sup>28</sup>.

Conseguentemente, le procedure di gara inizialmente contemplate dalle direttive comunitarie non erano particolarmente dissimili da quelle previste dal r.d. 18 novembre 1923 n. 2440. Vi erano naturalmente delle differenze. Quando intervenne l'ordinamento comunitario, infatti, era ormai palese l'inadeguatezza del sistema posto dalla legge di contabilità, in particolare per il fatto che la selezione delle offerte era basata su un unico elemento, il prezzo monetario<sup>29</sup>. L'esperienza dell'inefficienza di questo criterio, precedentemente adottato anche da altri paesi europei, portò all'introduzione del criterio dell'offerta economica più vantaggiosa<sup>30</sup>, che assunse un ruolo via via sempre più ampio fino a diventare il criterio preferenziale con le ultime direttive del 2014. Con riferimento all'ordinamento comunitario non si può dunque parlare di «principio di favore per la gara pubblica»<sup>31</sup>, tuttavia esso manteneva una preferenza per, o quanto meno ammetteva, procedure di selezione del contraente che potremmo definire di tipo “meccanico” in quanto non prevedevano momenti di confronto negoziale tra le stazioni appaltanti e gli operatori economici<sup>32</sup>.

Il legislatore italiano poi, nella sua opera di recepimento delle direttive, ha finito per

---

discriminatori».

26 Cfr. M. Clarich (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 348, secondo cui «Mentre la proceduralizzazione dell'evidenza pubblica nella legislazione di contabilità impone dei limiti diretti a garantire la corretta gestione del denaro pubblico (non a caso le disposizioni sono contenute in testi normativi dedicati alla contabilità pubblica), il fulcro delle disposizioni di derivazione comunitaria in materia di appalti è la tutela della concorrenza e del mercato».

27 Sul tema, cfr. G. M. Racca, op. cit., cap. terzo, secondo cui la giurisprudenza di fine '800 evidenziava che le “forme” all'epoca previste per l'aggiudicazione dei contratti pubblici tutelavano i principi di pubblicità, libera concorrenza e parità di trattamento.

28 Di questo avviso è ancora Gabriella M. Racca secondo cui «si rivela una significativa consonanza tra obiettivi dello Stato nazionale di metà Ottocento e ordinamento europeo: allora come oggi il corretto (e morale) impiego delle risorse appare necessario all'affermarsi di un'istituzione», ma soprattutto «Anche per l'Unione europea la concorrenza è un mezzo a servizio della crescita economica e del benessere dei cittadini», G. M. Racca, op. cit., p. 193.

29 È noto, infatti, che il criterio del prezzo più basso «non assicura, soprattutto quando il prezzo è troppo basso, la qualità della prestazione, sotto il profilo ad esempio, della buona esecuzione del lavoro, dei tempi di realizzazione e di consegna, delle soluzioni tecniche applicate, del materiale impiegato ecc.» (F. G. Scoca, op. cit., p. 433).

30 Questa formula venne mutuata dalla legislazione francese; ricalcava il sistema di aggiudicazione lì vigente per l'*appel d'offres*, che a sua volta si ispirava alle tecniche di contrattazione pubblica in uso negli Stati Uniti, come riportato in F. P. Pugliese [et al.], *Rapporto sulle procedure contrattuali pubbliche in Italia, Francia e Stati Uniti: proposte ed osservazioni per una riforma*, cit., p. 98. S. Fantini, H. Simonetti, ne *Le basi del diritto dei contratti pubblici*, cit., nota che l'influenza del modello francese si rinveniva anche in altri aspetti, tra cui la preferenza per le procedure formalizzate di gara; in ogni caso, le regole che derivavano da questo modello, per essere coerenti con gli obiettivi fondanti del Trattato CEE, vennero «(ri)orientate diversamente e rese funzionali in primo luogo alla concorrenza tra privati e solo secondariamente all'equilibrio contabile dell'amministrazione» (ivi, p. 20).

31 v. *supra*, par. 2.

32 Secondo autorevole dottrina, peraltro, il legislatore comunitario, pur tutelando la concorrenza, non avrebbe espresso alcun *favor* per gli automatismi e le decisioni vincolate, tendenza che sarebbe da imputare principalmente al legislatore italiano. Sul punto cfr., M. Clarich, *Contratti pubblici e concorrenza*, cit.

accentuare questa tendenza meccanicistica, unendo all'obiettivo europeo della promozione della concorrenza quello tipicamente nazionale della tutela della legalità e della lotta alla corruzione<sup>33</sup>. Fin dagli anni '90 del secolo scorso, quando la legislazione di derivazione europea ha iniziato a prevalere sul sistema disegnato dalla legge di contabilità, il legislatore, sull'onda degli scandali di Tangentopoli, non si è limitato a trasporre nel nostro ordinamento le indicazioni che pervenivano dalla Comunità europea, ma ha voluto porre ulteriori restrizioni alla discrezionalità delle stazioni appaltanti. Emblematico è proprio il caso della legge Merloni<sup>34</sup> che associava obbligatoriamente ad ogni procedura di gara un dato criterio di aggiudicazione delle offerte, disposizione che peraltro venne censurata dalla Corte di Giustizia<sup>35</sup>. Nella stessa direzione andavano anche le disposizioni sul subappalto, che il legislatore italiano ha sempre cercato di limitare se non di vietare del tutto, in contrasto con l'orientamento più permissivo delle direttive comunitarie<sup>36</sup>.

In conclusione, osserviamo come l'azione del legislatore, nazionale ed europeo, dalla metà dell'800 e fino a tempi recentissimi, sia stata prevalentemente guidata da un "principio di sfiducia" nelle scelte delle stazioni appaltanti; ciò ha portato al perpetrarsi del favore accordato alle procedure di tipo "meccanico", che limitassero al minimo il potere discrezionale delle stesse stazioni appaltanti. Il modello ideale di tali procedure era il modello microeconomico della concorrenza perfetta tra privati<sup>37</sup>, a cui, sempre nelle intenzioni del legislatore, il mercato delle commesse pubbliche avrebbe dovuto assomigliare il più possibile.

#### 4. Lo schema dell'evidenza pubblica.

La ricostruzione condotta fin qui riguarda solamente uno dei due poli della vicenda degli appalti pubblici. Altrettanto fondamentale, soprattutto dal punto di vista teorico, è il ruolo del secondo principio menzionato in apertura, l'«evidenziazione»<sup>38</sup> delle procedure, neologismo che ben descrive il concreto operare del modello del contratto ad evidenza pubblica teorizzato da Massimo Severo Giannini<sup>39</sup>.

Anche in questo caso, per meglio comprendere la natura del principio, è necessario ricostruire la sua genesi, che è legata principalmente alla elaborazione dottrinale e

33 Ad esempio, la relazione illustrativa al disegno di legge per la l. 11 febbraio 1994, n. 109 (detta "l. Merloni") menzionava «il senso del rispetto e del trasparente uso delle risorse pubbliche» evidenziando come per il legislatore italiano la trasparenza non fosse solo uno strumento per implementare la concorrenza, come nella concezione comunitaria, ma anche un mezzo per tutelare l'erario da accordi illeciti o corruttivi.

34 l. 11 febbraio 1994, n. 109.

35 La Corte, infatti, si espresse affermando che «[la direttiva che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori] osta ad una normativa nazionale la quale, ai fini dell'aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici mediante procedure di gara aperte o ristrette, imponga, in termini generali ed astratti, alle amministrazioni aggiudicatrici di ricorrere unicamente al criterio del prezzo più basso.» (C. Giustizia. CE, Sez. II, 7 ottobre 2004 in causa C-247/02).

36 Per un inquadramento dei problemi relativi al subappalto, v. A. Lento, *Il subappalto nel diritto pubblico*, in *giustizia-amministrativa.it*, 30 ottobre 2023, la quale pone in evidenza come per il legislatore comunitario il subappalto, anche a cascata, rappresenti uno strumento positivo per favorire la partecipazione delle PMI al mercato delle commesse pubbliche; al contrario in Italia esso è stato sottoposto a un regime restrittivo almeno a partire dalla l. 13 settembre 1982, n. 646, che prevede una pena per chiunque, avendo in appalto opere riguardanti la pubblica amministrazione, ricorra al subappalto senza l'autorizzazione dell'autorità competente.

37 Sul punto cfr. D. Capotorto, *Lo Stato consumatore e la ricerca dei suoi principi*, in *Dir. Amm., Riv. Trim.*, 2021, 1, p. 165 ss, secondo cui «la prospettiva in cui si muoveva la normativa nazionale ed europea di prima, seconda e terza generazione» era quella di «riprodurre nel mercato pubblico le logiche proprie del mercato privato» secondo il «modello liberale del committente privato».

38 v. *supra*, par. 2.

39 M. S. Giannini, *Diritto Amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1970, p. 677 ss.

giurisprudenziale degli istituti attraverso cui si snodano le procedure per la conclusione dei contratti pubblici. Quella che Antonio Amorth definì l'attività amministrativa di diritto privato<sup>40</sup>, in cui è ricompresa l'attività contrattuale delle pubbliche amministrazioni, poneva infatti varie difficoltà dal punto di vista teorico. Una volta stabilito, il che non era scontato, che gli enti pubblici potessero servirsi di strumenti di diritto privato per perseguire finalità pubbliche<sup>41</sup>, che quindi i contratti conclusi dallo Stato (in senso lato) erano dei negozi di diritto privato, rimaneva ancora un problema. Era necessario anche spiegare perché, nel concludere questi negozi esso non gode dell'autonomia privata che è concessa agli altri soggetti dell'ordinamento, ma deve invece seguire una procedura rigidamente definita, come è tipico dell'attività regolata da norme di diritto amministrativo<sup>42</sup>. Proprio per risolvere questa contraddizione e per poter radicare anche in questa materia la giurisdizione del neocostituito giudice amministrativo<sup>43</sup>, la dottrina elaborò, attraverso un lungo percorso, quella complessa costruzione teorica che prende il nome di contratto ad evidenza pubblica<sup>44</sup>.

Il modello del contratto ad evidenza pubblica si basa sull'idea che l'attività amministrativa di diritto privato delle pubbliche amministrazioni sia funzionale al perseguimento dell'interesse pubblico al pari dell'attività di diritto amministrativo, e che perciò sia necessario «dar evidenza alle ragioni di pubblico interesse per le quali si sono adottate certe decisioni»<sup>45</sup>. Come si vede, si tratta di un principio estremamente flessibile, che stabilisce una regola abbastanza generica, ancorché fondamentale.

Questo principio peraltro non esclude necessariamente quello di favore per la gara

40 V. A. Amorth, *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, ora in *Scritti giuridici*, vol. 1, Milano, A. Giuffrè, 1999.

41 Nell'800, infatti, a seguito del fenomeno della "pubblicizzazione" si affermò l'idea che il provvedimento fosse lo strumento tipico dell'agire amministrativo e la dottrina faticava ad ammettere che fosse ammissibile un'attività amministrativa di diritto privato, pur non giungendo mai a negare esplicitamente la natura privatistica dei contratti pubblici. Il tema è trattato ampiamente da L. Mannori, B. Sordi, *Storia del diritto amministrativo*, Roma, Editori Laterza, 2001; Altri autori si sono occupati del tema della diffidenza verso il contratto in opere più risalenti, tra cui: F. Ledda, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 1965; S. A. Romano, *L'attività privata degli enti pubblici: problemi generali, la capacità giuridica privata*, Milano, A. Giuffrè, 1979; S. Cassese, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, Garzanti, 1995, p. 67 ss, che evidenzia come in Italia la "pubblicizzazione" fece seguito ad una fase in cui invece tutta l'attività amministrativa veniva ricondotta a schemi privatistici; cenni sul tema sono presenti anche in M. S. Giannini, op. cit., p. 655 ss.

42 Sul punto cfr. quanto riportato da G. C. di San Luca, L. de Fusco, *Il principio di autonomia contrattuale*, in M. Calabrò et al., op. cit., p. 173 ss.

43 Ad es. L. Mazzarolli, *Diritto amministrativo*, Bologna, Monduzzi, 2001, p. 1624, nota che «Il ritrovare, in una vicenda sostanzialmente contrattuale e facilmente riconducibile al diritto civile, anche atti amministrativi significa consentire il sindacato del Consiglio di Stato».

44 Sul tema si è sviluppato un amplissimo dibattito nella prima metà del secolo scorso. Si riportano, a titolo esemplificativo: F. Cammeo, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, La litotipo, officine grafiche dott. A. Milani, 1914, pp 1224-1225, secondo il quale «gli atti e negozi giuridici di diritto privato dell'amministrazione sono da considerarsi come una sottospecie degli atti amministrativi» in quanto «l'emanazione, o no, di atti di diritto privato è sottoposta a tutte le norme di convenienza ed equità che concernono gli atti di diritto pubblico, e l'osservanza delle medesime può sempre farsi valere dagli interessati con ricorso gerarchico»; A. Amorth, op. cit., pose la distinzione tra «attività privata delle pubbliche amministrazioni», che consiste essenzialmente nella gestione dei beni patrimoniali delle stesse e si espleta con atti di diritto privato che non sono sottoposti a particolari vincoli e «attività amministrativa di diritto privato», che realizza direttamente finalità di pubblico interesse o è strumentale ad esse, pertanto trova i suoi presupposti nel diritto pubblico, e il diritto pubblico incide sulla sua validità. Infine, si ricorda anche C. Cammeo, *I contratti della Pubblica Amministrazione: capacità e legittimazione a contrattare*, Firenze, C. Cya, 1954 (ed. orig. 1937), che formulò un'originale teoria per cui si legava l'ammissibilità degli atti di diritto privato alla nozione di «scopo pubblico» che l'amministrazione deve in ogni caso perseguire.

45 M. S. Giannini, op. cit., p. 678.

pubblica, di cui anzi costituiva il complemento nel sistema della legge di contabilità: laddove la gara era lo strumento prescritto per giungere alla scelta del contraente e alla determinazione del corrispettivo del contratto, rappresentava cioè una procedura da seguire, essa nulla poteva dire sul perché l'attività contrattuale fosse stata intrapresa. L'evidenza pubblica svolge precipuamente questo compito: prescrive l'esplicitazione e il controllo dei motivi, giuridici e non, che giustificano l'attività contrattuale, presiede quindi alla risoluzione di quelle questioni che il meccanismo della gara pubblica lasciava aperte.

Secondo Massimo Severo Giannini, infatti, i vari atti che precedono la stipula del contratto da parte della P.A. vanno differenziati: alcuni di essi sono finalizzati a definire la volontà contrattuale delle parti, la pubblica amministrazione e il contraente privato; altri, invece, sono gli atti in cui l'autorità trattante «spiega le ragioni di pubblico interesse per le quali vuol addivenire o è addivenuta a quel contratto avente quel certo contenuto, e perché vuol scegliere o sceglie o ha scelto quella controparte»<sup>46</sup>; questi ultimi, cioè, assolvono al compito proprio dell'evidenza pubblica.

La diversa finalità consente di attribuire i singoli atti a due "serie" distinte.

Gli atti che attengono alla formazione della volontà contrattuale sono detti della «serie negoziale» perché in essi la P.A. agisce nella sua capacità di diritto privato; essi sono anche disciplinati, salvo alcune varianti, dal diritto privato. Gli atti in cui l'autorità trattante «spiega le ragioni di pubblico interesse», invece, sono detti della «serie procedimentale» perché costituiscono un procedimento amministrativo vero e proprio<sup>47</sup>.

Concretamente, la gara (e il relativo bando) fanno parte della serie negoziale e possono essere ricondotti a corrispondenti istituti di diritto privato. Gli atti tipici della serie procedimentale invece sono la deliberazione di contrattare e l'aggiudicazione, essi sono provvedimenti amministrativi e rappresentano, rispettivamente, l'atto precedente e successivo alla gara.

Dei due, solo l'aggiudicazione implica lo svolgimento di una gara, tanto da essere assente nella trattativa privata, in quanto si tratta di un mero atto di accertamento, volto a certificare l'esito della fase di selezione del contraente<sup>48</sup>. La natura vincolata dell'aggiudicazione è dovuta al fatto che l'esito della selezione è il prodotto della procedura meccanica prevista dalla legge, quindi corrisponde necessariamente al pubblico interesse e non necessita di essere motivato, è sufficiente la verifica della regolarità delle procedure.

La deliberazione di contrattare, che qui maggiormente interessa, invece, è una rappresentazione dell'"opportunità" di addivenire ad un contratto<sup>49</sup> e quindi prescinde dalla presenza della gara. Essa non può essere il prodotto di un processo meccanico ma presuppone, da parte dell'organo che la adotta, una valutazione discrezionale circa il modo migliore di conseguire l'interesse pubblico. Se ne deduce che la funzionalizzazione dell'attività contrattuale al perseguimento dell'interesse pubblico<sup>50</sup>, che è l'imperativo sottostante al modello dell'evidenza pubblica, non è necessariamente connessa all'impiego di procedure meccaniche, bensì può realizzarsi, previa motivazione delle scelte, anche quando

---

46 Ivi, p. 677.

47 Ivi, p. 679, Giannini specifica che il procedimento amministrativo si sostanzia in «un rapporto di controllo, che può essere interorganico [...] o intersoggettivo» in quanto le dichiarazioni dell'autorità trattante sono destinate ad un'altra autorità che «controlla i giudizi le decisioni e le procedure a cui la prima intende addivenire o è addivenuta» (Ivi, p. 677). Si ricorda, peraltro, che all'epoca vigeva anche il controllo prefettizio sui contratti degli enti minori.

48 Ivi, p. 702.

49 Ivi, p. 683.

50 L'espressione è di A. Crismani, *L'attività contrattuale*, in *Manuale di contabilità pubblica*, G. Ferrari, E. Madeo (a cura di), Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019, p. 265.

l'amministrazione esercita un potere discrezionale, come avviene nel caso delle decisioni che formano l'oggetto della deliberazione di contrattare. Le procedure meccaniche solitamente imposte dalla legge, dunque, hanno natura meramente strumentale rispetto ad un obiettivo che non si identifica necessariamente con esse, e può essere raggiunto anche in altri modi, se le circostanze sconsigliano o rendono impossibile il loro impiego.

### 5. La crisi dei modelli "meccanici".

Se il modello dell'evidenza pubblica persegue un obiettivo che è indipendente dall'espletamento o meno di una procedura di scelta di tipo meccanico, la persistenza del principio di favore per la gara pubblica nella disciplina dei contratti pubblici si spiega unicamente imputandola alle tendenze già evidenziate nella prima parte di questo studio: la sfiducia nella capacità della pubblica amministrazione di perseguire l'interesse pubblico in maniera autonoma, cui si accompagnava, invece, la fiducia nelle logiche del mercato concorrenziale quale meccanismo efficiente e neutrale per la definizione delle scelte.

Questo atteggiamento è stato, in parte, suffragato anche dalle teorie emerse nell'ambito della c.d. "analisi economica del diritto"<sup>51</sup>. L'analisi economica delle dinamiche contrattuali pubbliche pone particolare accento sui c.d. "problemi di agenzia"<sup>52</sup>, che si presenterebbero tanto nel rapporto tra amministrazione e operatore economico quanto nel rapporto tra l'amministrazione ed i singoli funzionari responsabili della procedura di gara. Quanto al primo aspetto, si argomenta, il problema insorgerebbe per il fatto che l'amministrazione spesso non è a conoscenza del valore dei beni o servizi che sono oggetto del contratto, quindi versa in una condizione di asimmetria informativa<sup>53</sup> rispetto agli operatori economici. In assenza di una procedura di gara ben definita questi ultimi si troverebbero, dunque, nella posizione di poter "circuire" l'amministrazione rispetto al reale valore delle prestazioni offerte. Quanto al secondo aspetto, si sottolinea come anche i singoli funzionari, in quanto agenti razionali, siano portati a perseguire il proprio interesse a scapito dei fini pubblici. L'amministrazione notoriamente incontra varie difficoltà nel controllare il loro operato, e da ciò emergerebbe il rischio di abusi e corruzione in assenza di procedure rigidamente definite. Infine, si nota come il peculiare ruolo dell'amministrazione, ossia il disporre di risorse non proprie, bensì della collettività, la porterebbe a non agire con la dovuta cautela.

Come si vede, tutte queste argomentazioni depongono, almeno in prima battuta, a favore di un sistema di regole rigide che impediscano ai singoli soggetti coinvolti di perseguire il proprio interesse particolare a scapito di quello generale<sup>54</sup>.

---

51 Per una presentazione generale del metodo e degli scopi perseguiti dall'analisi economica del diritto, v., tra gli altri, G. Napolitano, M. Abrescia, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, il Mulino, 2009; per gli studi condotti nel campo dei contratti pubblici, v. M. Cafagno, *Lo Stato banditore – gare e servizi locali*, Milano, Giuffrè editore, 2001.

52 I "rapporti di agenzia" sono definiti da G. Napolitano, M. Abrescia, op. cit., pp 35-36, come: «tipo di rapporti [che] sorge quando un soggetto interessato ai risultati di una certa attività non la svolge direttamente, ma la delega ad un altro soggetto, maggiormente informato e a ciò specificamente preposto, che dovrebbe operare nel suo interesse. [...] In ogni rapporto di agenzia, sorgono problemi particolari, che riguardano la possibile divergenza di obiettivi tra soggetti che, in quanto attori razionali, operano per massimizzare il proprio benessere individuale.». Sul tema dei problemi di agenzia nell'ambito della contrattualistica pubblica cfr. anche, M. Clarich, *Contratti pubblici e concorrenza*, cit., p. 9 ss.

53 Nel linguaggio della teoria economica questo termine indica tutte le situazioni in cui una parte disponga di maggiori informazioni rispetto all'altra.

54 Cfr. M. Cafagno, op. cit., p. 173, che nota: «In breve, le procedure amministrative valgono a mitigare un ulteriore insieme di deficienze nascenti dall'asimmetria informativa tramite una riduzione della libertà di movimento dei funzionari, che sappia contenere il pericolo di loro errori o di comportamenti intenzionalmente scorretti.».

La gara è stata quindi individuata dal legislatore come l'unico strumento idoneo a garantire la funzionalizzazione dell'attività all'interesse pubblico, ciò però a sua volta implica di identificare l'interesse pubblico esclusivamente con la tutela dei valori che sono connaturati ad essa: minimo esborso da parte pubblica e massima partecipazione da parte degli operatori economici.

I limiti della gara pubblica sono emersi fin da subito nel concreto svolgimento dell'attività contrattuale<sup>55</sup>, e sono testimoniati dal fatto che le stazioni appaltanti, spesso per motivi comprensibili, hanno sempre cercato di eludere quanto prescritto in via teorica dalle norme, tentativi che peraltro in certi periodi sono stati anche avallati dalla giurisprudenza<sup>56</sup>. Ciò nonostante il principio della gara pubblica si è conservato intatto nella concezione del legislatore nazionale ed è stato poi ripreso anche dal legislatore comunitario, seppur con qualche correttivo nell'implementazione, proprio perché entrambi ancorati alle convinzioni teoriche esposte qui sopra.

Le conseguenze negative della della gara pubblica quale meccanismo che persegue unicamente il minimo esborso da parte pubblica e la massima partecipazione da parte degli operatori economici, peraltro, sono state identificate da tempo dalla teoria economica. Essa ha evidenziato che questo meccanismo non garantisce un risultato soddisfacente, in particolare, quando non vi è solo un'asimmetria informativa circa il reale valore del prodotto o servizio oggetto del contratto, ma l'amministrazione non è nemmeno in grado di definire a priori tutte le caratteristiche esatte del prodotto o servizio che ricerca. In queste situazioni, si evidenzia, è necessaria una procedura flessibile, in cui la P.A. possa valutare le offerte anche in base a parametri non economici, e che eventualmente consenta di instaurare un confronto concorrenziale e comparativo tra gli operatori economici al fine di migliorare le offerte presentate<sup>57</sup>.

Alla luce di queste osservazioni, non stupisce che il modello della gara pubblica sia entrato in crisi, in particolare, a seguito del processo di rinnovo dei trattati fondanti della Comunità europea nei primi anni '2000, con cui si è avuta l'estensione degli obiettivi "costituzionali" della Comunità<sup>58</sup>. Essi ora non sono più solo di tipo economico, conseguentemente nelle

---

55 Sul tema, F. P. Pugliese, *Sulla normazione contrattuale pubblica dopo l'unificazione*, cit., p. 758, nota che già dalle vicende ottocentesche emerge che «non appena si volevano (o si dovevano) usare le procedure contrattuali per attività di contrattazione che non fossero di mera provvista di beni usuali forniti dal mercato [...] allora non soltanto essi si rivelavano – pur nello Stato liberale ottocentesco – strumenti inabili e scarsamente duttili, ma addirittura "scoppiavano", per così dire, costringendo i governanti in fretta e furia ad utilizzare metodi non ortodossi e per il modo della loro adozione e per la sostanza delle cose.». Sempre F. P. Pugliese [et al.], in *Rapporto sulle procedure contrattuali pubbliche in Italia, Francia e Stati Uniti : proposte ed osservazioni per una riforma*, cit., p. 11 ss, notava come negli anni '70 del secolo scorso, nella prassi, l'asta pubblica, invece di essere la regola, era diventata l'eccezione, e la maggior parte dei contratti veniva conclusa a seguito di trattativa privata o di licitazione.

56 Sul punto M. S. Giannini, op. cit., p. 694, secondo cui le autorità di controllo «non ebbero molte perplessità nell'approvare l'adozione dei modi diversi da quello dell'asta pubblica».

57 Per una sintesi di queste osservazioni, M. Clarich (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, cit., p. 23 ss, che peraltro si conclude che «la teoria economica, che si avvale della teoria dei giochi, insegna che non vi sono un criterio di aggiudicazione e un procedimento di gara ottimali in astratto, ma che la scelta più opportuna dipende dal caso concreto, ossia dalle caratteristiche del mercato e da quelle del bene da aggiudicare.».

58 Ci si riferisce al processo di rinnovamento dei trattati fondanti della Comunità europea, che portò all'approvazione della Carta di Nizza nel 2000 e che sarebbe culminato nel Trattato di Lisbona del 2007. Inoltre nel 2010 venne redatto dalla Commissione europea il documento strategia «Europa 2020», in cui si proponeva una «Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva» per il decennio successivo, in cui vennero definiti una serie di interessi da tutelare, molti dei quali sono stati poi trasposti nelle vigenti direttive sugli appalti pubblici del 2014.

“direttive appalti” si dedica spazio anche ad altri valori, quali la tutela di esigenze sociali, dell'ambiente e lo sviluppo sostenibile<sup>59</sup>.

Il moltiplicarsi degli interessi tutelati collide chiaramente con le logiche della gara, anche se il legislatore europeo ha cercato di adeguare il sistema consentendo alle stazioni appaltanti di tutelare gli interessi “non economici” attraverso clausole specifiche da stabilire prima dello svolgimento della gara. Ad esempio, si è data la possibilità di includere la tutela di questi interessi tra i requisiti tecnici per la presentazione delle offerte, nonché tra i fattori che vengono valutati nell'ambito del menzionato criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa<sup>60</sup>. Ciò inevitabilmente produce un incremento del potere discrezionale delle stazioni appaltanti, tuttavia, nell'ambito delle procedure «aperte e ristrette» questo aspetto viene limitato al minimo. Una volta cristallizzate le “regole del gioco” l'amministrazione diviene (rimane) il mero esecutore di una procedura impersonale.

Tra il 2004 e il 2014, anno di approvazione delle vigenti direttive<sup>61</sup>, il legislatore comunitario è giunto infine a riconoscere alle stazioni appaltanti la possibilità di ricorrere più spesso a procedure alternative rispetto alle quelle aperte e ristrette, donde l'introduzione di due nuovi strumenti flessibili, il dialogo competitivo e il partenariato per l'innovazione, nonché la previsione che anche la «procedura negoziata» cessa di avere carattere eccezionale e diviene di generale utilizzo alle condizioni poste dalle direttive<sup>62</sup>. Infine, nelle direttive del 2014 appare il principio di «libera amministrazione». Esso è richiamato come tale all'articolo 2 della direttiva 2014/23/UE, concernente le concessioni, tuttavia è rilevante anche per gli appalti pubblici, essendo presenti disposizioni dal contenuto simile anche nella direttiva 2014/24/UE<sup>63</sup>. Come è noto, il principio in questione riguarda la libertà delle amministrazioni di organizzare la prestazione di servizi in autoproduzione, esternalizzazione o cooperazione con altri soggetti pubblici, e, in questa accezione, è stato

---

59 Nella direttiva 2004/18/CE sugli appalti pubblici, a partire dal considerando n. 5, sono menzionati anche la tutela dell'ambiente e la promozione dello sviluppo sostenibile, quali criteri di cui è necessario tenere conto nella gestione degli appalti pubblici, e al successivo considerando n. 6 è posto, quale criterio negativo, il principio che le disposizioni della direttiva non possono «vietare di imporre o di applicare misure necessarie alla tutela dell'ordine, della moralità e della sicurezza pubblici, della salute, della vita umana e animale o alla preservazione dei vegetali, in particolare nell'ottica dello sviluppo sostenibile.». La successiva direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici ha segnato un ulteriore cambio di passo. Il considerando n. 2 della stessa dispone che «[la normativa precedente] dovrebbe essere rivista e aggiornata in modo da accrescere l'efficienza della spesa pubblica, facilitando in particolare la partecipazione delle piccole e medie imprese (PMI) agli appalti pubblici e permettendo ai committenti di farne un miglior uso per sostenere il conseguimento di obiettivi condivisi a valenza sociale». Secondo M. A. Sandulli, R. De Nictolis (diretto da), op. cit., p. 312, a seguito di queste evoluzioni «la concorrenza diviene uno degli interessi che le amministrazioni aggiudicatrici devono difendere, non l'unico e neanche quello in posizione di primazia rispetto agli altri»; in senso analogo si esprime anche M. Clarich, *Contratti pubblici e concorrenza*, cit.

60 In relazione alle specifiche tecniche (dell'oggetto dell'appalto), il considerando n. 29 della direttiva 2004/18/CE disponeva che «Le amministrazioni aggiudicatrici che desiderano definire requisiti ambientali nelle specifiche tecniche di un determinato contratto possono prescrivere le caratteristiche ambientali [...] e/o gli effetti ambientali specifici di gruppi di prodotti o di servizi»; analoghe disposizioni erano presenti al considerando n. 33 e n. 44 in relazione alle condizioni di esecuzione del contratto; infine, il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa (considerando n. 46), poteva già contemplare, seppur ancora in via subordinata, criteri «relativi al rispetto di requisiti ambientali» o «volti a soddisfare esigenze sociali».

61 Direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014.

62 Art. 26, Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014.

63 Ci si riferisce, in particolare, ai consideranda n. 5, 42, 61, 70 della Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014.

trasposto nel nostro ordinamento come «principio di auto-organizzazione amministrativa»<sup>64</sup>. Oltre a questo aspetto, però, secondo parte della dottrina, il principio andrebbe interpretato anche come «l'autonomia di "costruire" le procedure in modo appropriato a seconda dei caratteri delle specifiche fattispecie e per dialogare efficacemente con il mondo dei prestatori»<sup>65</sup>. La volontà di riconoscere questa autonomia peraltro è espressa chiaramente nella direttiva 2014/23/UE con riferimento alle concessioni<sup>66</sup>, ma, secondo questa interpretazione, sarebbe riferibile anche agli appalti pubblici.

Di fronte a questi mutamenti il legislatore italiano, pur evocando spesso la necessità di una "semplificazione" e di evitare il c.d. "gold plating"<sup>67</sup>, ha continuato ad intervenire nella materia dei contratti pubblici con testi legislativi (i Codici del 2006 e 2016) che perpetravano la tendenza all'"amministrazione per legge"<sup>68</sup>, dunque il favore per le procedure meccaniche<sup>69</sup>. La persistente sfiducia nei funzionari dell'amministrazione pubblica ha indotto anzi ad inasprire i controlli ed il regime della responsabilità per chi, non essendosi attenuto all'applicazione letterale delle procedure previste della legge, avesse commesso degli errori<sup>70</sup>. Questo approccio si è dimostrato ancora una volta inefficace, come testimoniato dalle critiche che hanno colpito il d.lgs. n. 50/2016 sin dalla sua approvazione, in particolare relativamente ai fenomeni di "burocrazia difensiva" e "paura della firma" che esso avrebbe contribuito ad esacerbare, con il conseguente allungamento dei tempi delle procedure di gara<sup>71</sup>. Infine, dopo la parentesi dovuta alla pandemia da COVID-19, che ha visto la sospensione di vari istituti del codice, si è presentata la richiesta dell'Unione europea di una profonda riforma strutturale della disciplina delle commesse pubbliche quale condizione per accedere alle risorse stanziare nell'ambito del piano *Next Generation Eu*. La risposta a questa richiesta, come anticipato, è il nuovo codice dei contratti pubblici, d.lgs. n. 36/2023.

## 6. Il risultato nel d.lgs. n. 36/2023.

Delineato il quadro di riferimento, è necessario allora tornare all'interrogativo di apertura, provando a fornire una lettura di come i principi contenuti nel nuovo codice rispondano alle criticità di cui si è cercato di esporre origini e natura.

La tesi che si vuole sostenere, alla luce della ricostruzione condotta fin qui, è che detti

<sup>64</sup> Ora all'art. 7 del d.lgs. n. 36/2023.

<sup>65</sup> Così si esprime Mario Pilade Chiti in M. A. Sandulli, R. De Nictolis (diretto da), op. cit., p. 297.

<sup>66</sup> Art. 30, Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014.

<sup>67</sup> Con il termine *gold plating* ci si è soliti riferire al divieto posto dall'art. 14, comma 24 bis, della l. 28 novembre 2005, n. 246, secondo cui «gli atti di recepimento di direttive comunitarie non possono prevedere l'introduzione o il mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive stesse» salvo «circostanze eccezionali» di cui l'amministrazione da conto come disposto dal successivo comma 24 quater. Sul tema v. N. Durante, *Aspetti irrisolti in tema di gold plating e di efficacia scriminante delle linee guida*, in *giustizia-amministrativa.it*, 11 novembre 2019, che presenta anche una rassegna della giurisprudenza sul divieto di *gold plating*, da cui peraltro emerge come esso abbia avuto scarsa applicazione.

<sup>68</sup> Sul tema, R. Chieppa, M. Santise, H. Simonetti, R. Tucillo, *Il nuovo codice dei contratti pubblici – Questioni attuali sul D.Lgs. n. 36/2023*, Piacenza, La Tribuna, 2023, pp 4-5, secondo cui «la tendenza ad "amministrare per legge" continua a costituire nell'ordinamento italiano un elemento di criticità».

<sup>69</sup> Emblematico, in questo senso è anche il caso della disciplina del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, che secondo F. Cintioli, op. cit., p. 4 «veniva dall'allora Autorità di vigilanza sui contratti pubblici e dalle successive interpretazioni invece corredato di una serie di parametri aggiuntivi che avrebbero avuto proprio la funzione di comprimere al massimo le facoltà di scelta della stazione appaltante».

<sup>70</sup> Ci si riferisce, in particolare, al tema della perimetrazione della "colpa grave", ora affrontato dall'art. 2 del d.lgs. n. 36/2023. Più in generale, riferendosi all'operato del legislatore negli anni passati, sempre F. Cintioli, op. cit., p. 3 parla di «prevenzione in via amministrativa della corruzione».

<sup>71</sup> La menzione di questi problemi è presente anche nella *Relazione agli articoli e agli allegati dello Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici* relativa al d.lgs. n. 36/2023, che si propone di superarli.

principi, in particolare il principio del risultato, rappresentano lo strumento con cui il legislatore prova a gestire il fenomeno della moltiplicazione degli interessi tutelati dalle norme sull'attività contrattuale delle pubbliche amministrazioni, fenomeno che ha minato alla base i presupposti del principio di favore per la gara pubblica e del correlato favore per le procedure di tipo meccanico, evidenziandone l'inadeguatezza rispetto alle esigenze del contesto attuale.

Questa posizione si giustifica partendo dalla definizione di "risultato amministrativo", che è rinvenibile negli studi condotti all'inizio di questo millennio nell'ambito del dibattito sull'"amministrazione di risultati"<sup>72</sup>. In quel contesto esso venne definito «l'esito dell'azione amministrativa, come il conseguimento dell'obiettivo prefissato dalla legge o dalla stessa amministrazione, rispetto a una tipologia particolare di azione amministrativa»<sup>73</sup> e, ancor più significativamente, si disse che «i risultati complessivi dell'amministrazione e la loro bontà corrispondono alla piena realizzazione dei compiti affidati all'Amministrazione (ma si potrebbe dire anche alla massima cura degli interessi pubblici concretizzati)»<sup>74</sup>. Sulla scorta di questa definizione, il «principio del risultato» non può che configurarsi come principio per cui l'amministrazione deve perseguire, in via prioritaria, l'obiettivo prefissato dalla legge, ovvero deve curare l'interesse pubblico specifico che la legge intende tutelare rispetto a una tipologia particolare di azione amministrativa.

Se il risultato si identifica con la tutela dell'interesse pubblico<sup>75</sup>, si può convenire che il principio del risultato è connaturato da sempre al diritto amministrativo. Il modello dell'evidenza pubblica risponde, in ultima analisi, alla stessa esigenza: «dar evidenza alle ragioni di pubblico interesse per le quali si sono adottate certe decisioni»<sup>76</sup> significa giustificare le decisioni prese dimostrando che sono coerenti con il perseguimento del "risultato" come inteso sopra. Ne deriva che la carica innovativa (se vi è) della norma in discussione, non va ricercata nell'"invenzione" del risultato, bensì sta nella scelta di "positivizzarlo" inserendo il relativo principio nel dettato normativo<sup>77</sup>.

72 La letteratura sull'"amministrazione di risultati" è vasta. Per un inquadramento generale v. M. Immordino, A. Police (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati – atti del convegno Palermo 27-28 febbraio 2003*, Torino, G. Giappichelli editore, 2004; M. Cammelli, *Amministrazione di risultato*, in *Annuario AIPDA 2002*, Milano, Giuffrè, 2003, 109 ss; una definizione sintetica è data da M. C. Miranda, *Amministrazione di risultato ed e.government*, in *Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet" - Luiss Guido Carli*, 19 dicembre 2003 secondo cui: «L'amministrazione di risultato è il nuovo modello di gestione e di organizzazione dell'attività amministrativa orientato al raggiungimento del risultato. Principio caratterizzante il nuovo modello è il principio del buon andamento»; rispetto all'utilità del concetto, in senso critico, cfr. S. Cassese, *Che cosa vuol dire «amministrazione di risultati»?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 9, p. 941; un tentativo di coniugare la nozione con l'analisi economica del diritto si ha in A. R. Tassone, *Analisi economica del diritto e amministrazione di risultato*, in *Dir. Amm., Riv. Trim.*, 2007, 1, p. 63 ss; recentemente, l'approvazione del nuovo Codice dei contratti pubblici ha stimolato una rivisitazione del concetto, v. M. R. Spaisano, *Dall'amministrazione di risultato al principio di risultato del Codice dei contratti pubblici: una storia da scrivere*, in *federalismi.it*, 2024, 9, p. 206 ss.

73 S. Perongini, *Principio di legalità e risultato amministrativo*, in M. Immordino, A. Police (a cura di), op. cit., p. 41.

74 L. Iannotta, *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative*, in M. Immordino, A. Police (a cura di), op. cit., p. 450.

75 A sostegno di questa concezione, la stessa *Relazione agli articoli e agli allegati dello Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici* relativa al d.lgs. n. 36/2023, p. 12, specifica che il comma 1 dell'articolo 1 «enuncia quindi l'interesse pubblico primario del codice».

76 M. S. Giannini, op. cit., p. 678.

77 Esprime una posizione simile, tra gli altri, E. Guarnieri, *Il principio di risultato nei contratti pubblici: alcune possibili applicazioni, tra continuità e innovazioni*, in *Dir. Amm., Riv. Trim.*, 2023, 4, p. 829 ss.

A riprova di questo fatto, a ben vedere l'articolo 1 del Codice definisce risultato in maniera quasi tautologica: «l'affidamento del contratto e la sua esecuzione» rappresentano, infatti, l'azione amministrativa tipica delle stazioni appaltanti, come a dire che l'interesse prioritario è la “non inazione” delle stesse<sup>78</sup>.

Espresso l'imperativo di base, la norma pone vari parametri per l'esercizio di questa attività, a partire dalla «massima tempestività» e il «migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo»<sup>79</sup>, proseguendo con i principi di buon andamento, efficienza, efficacia ed economicità<sup>80</sup>, di cui il principio del risultato «costituisce attuazione». Cruciale però è il fatto che essi non consentono di individuare una specifica modalità di svolgimento delle procedure da seguire in via preferenziale, sia essa la gara pubblica o altra. Infatti, è proprio il moltiplicarsi degli “interessi tutelati”, legati alle veloci trasformazioni sociali della società contemporanea, che rende impossibile operare delle scelte “a priori”. La conseguenza è che, laddove un tempo la legge considerava suo compito disciplinare in maniera puntuale «l'assetto di tutti gli interessi ricadenti nell'orbita del suo agire»<sup>81</sup> e financo gli strumenti concreti per conseguire questo assetto, ora si opta invece per una legislazione “per principi”<sup>82</sup>.

La novità principale del “risultato” prefigurato dall'articolo 1 del nuovo Codice sta nel fatto che, proprio in virtù della sua natura di norma-principio direttamente rivolta alla P.A., la sua attuazione è possibile mediante strumenti differenti a seconda del caso concreto, in cui può essere opportuno porre maggiore attenzione a questo o quello tra gli interessi tutelati dalle norme<sup>83</sup>. Il contenuto del principio del risultato potrebbe quindi essere parafrasato con l'indicazione che “l'amministrazione deve perseguire gli interessi tutelati dal Codice secondo le modalità che essa stessa identifica, di volta in volta, come più adatte al caso concreto, con la premessa fondamentale di evitare l'inerzia”.

In altre parole, l'articolo 1 del d.lgs. n. 36/2023, per il fatto stesso di aver positivizzato il principio del risultato, si rende portatore di una nuova modalità di realizzazione dell'interesse pubblico in cui il diritto positivo assolve una funzione differente rispetto al passato. Il ruolo della legge non è più quello di porre regole puntuali, bensì quello di enunciare i molteplici principi e interessi che la P.A. deve ponderare nello svolgimento della propria attività.

I più importanti tra questi principi sono naturalmente quelli di legalità, trasparenza e concorrenza, il cui rispetto è prescritto dallo stesso comma 1 dell'articolo 1. Si tratta di principi emersi in epoche e contesti molto differenti, ormai irrinunciabili, ma è chiaro che nella visione del legislatore il loro rispetto, che pure non è in discussione, non deve mettere in dubbio il primato logico del risultato. Conseguentemente, è indispensabile uno sforzo di armonizzazione affinché le diverse istanze non entrino in conflitto tra loro. Il Codice lo prescrive esplicitamente: il secondo comma dell'articolo 1 richiede che la concorrenza e la

78 Cfr. M. R. Spasiano, *Codificazione di principi e rilevanza del risultato*, in M. Calabrò et al., op. cit., p. 11 ss, secondo cui «A questa logica del “risultato” si oppongono naturalmente tutte [...le] forme di legittimazione dell'inerzia amministrativa» (p. 33), compresi i meccanismi di silenzio significativo e segnalazione certificata di inizio attività oggi previsti dalla legge.

79 Art. 1, comma 1, d.lgs. n. 36/2023.

80 Art. 1, comma 3, d.lgs. n. 36/2023.

81 L'espressione è di M. R. Spasiano, *Codificazione di principi e rilevanza del risultato*, in M. Calabrò et al., op. cit., p. 32.

82 Di diritto “per principi” quale tendenza dello Stato costituzionale contemporaneo parla G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992; l'espressione «Codici di principi» venne evocata inoltre già da S. Rodotà, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Riv. dir. Comm.*, 1967, 1, p. 83 ss.

83 D'altronde, secondo la *Relazione agli articoli e agli allegati dello Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici* relativa al d.lgs. n. 36/2023, p. 10, esso opera come «criterio prioritario di bilanciamento con altri principi nell'individuazione della regola del caso concreto».

trasparenza siano rese funzionali al perseguimento del risultato, giungendo a qualificarle come «mezzi»<sup>84</sup> per il perseguimento del fine, al che si potrebbe persino a dubitare che concorrenza e trasparenza possano mantenere la qualifica di principi giuridici, almeno nell'ambito del Codice dei contratti pubblici.

Le azioni da intraprendere per conseguire questo scopo variano a seconda del caso. La trasparenza necessita di qualche attenzione con riferimento alle modalità di attuazione, in quanto «non deve costituire un elemento di appesantimento delle procedure e [...] deve essere compatibile con i tempi particolarmente brevi che la normativa prevede»<sup>85</sup>, mentre le difficoltà maggiori si incontrano nel caso della concorrenza.

Nella *Relazione agli articoli e agli allegati* il legislatore traccia la strada da seguire, ribadendo che la concorrenza «non è un fine, ma uno strumento, che può essere “sacrificato” se ci sono interessi superiori da realizzare»<sup>86</sup>, posizione che trova riscontro in vari istituti presenti nel Codice<sup>87</sup>, ma non è tutto, anche la scelta degli strumenti con cui si attua la concorrenza risente inevitabilmente della necessità di rendersi funzionale al risultato. Autorevole dottrina evidenzia come, tradizionalmente, nelle procedure di gara la tutela della concorrenza si realizzi secondo due modalità differenti: da un lato vi è la *par conditio*, volta a garantire a tutti la possibilità di partecipare alle medesime condizioni, dall'altro il *favor participationis*, che risponde tanto all'interesse degli operatori economici quanto a quello della P.A. di disporre del maggior numero di offerte tra cui scegliere<sup>88</sup>. Il principio del risultato conduce logicamente a privilegiare quest'ultima accezione, pur mantenendo il rispetto della *par conditio*: questo sembra essere il senso profondo delle disposizioni di cui all'articolo 3 «Principio dell'accesso al mercato»<sup>89</sup>, che al pari dei principi del risultato e della fiducia costituisce criterio interpretativo e applicativo delle disposizioni presenti nel Codice, nonché del successivo articolo 10, che declina il *favor participationis* nel principio di «massima partecipazione», giustificato dall'«interesse pubblico al più ampio numero di potenziali concorrenti»<sup>90</sup>.

Differente è il caso del principio di legalità; esso si armonizza con il principio del risultato per il fatto stesso che quest'ultimo è stato positivizzato. Storicamente, uno degli aspetti più dibattuti dell'«amministrazione di risultati» riguardava proprio il rapporto della stessa con il principio di legalità, essendo diffuso il timore che la valorizzazione del risultato, soprattutto se inteso in termini aziendalistici, avrebbe portato, in ultima analisi, a dequotare il ruolo della

84 *Relazione agli articoli e agli allegati dello Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici*, p. 12.

85 A. Contieri, B. Mercurio, S. M. Perongini, *La trasparenza nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in M. Calabrò et al., op. cit., p. 291.

86 *Relazione agli articoli e agli allegati dello Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici* relativa al d.lgs. n. 36/2023, p. 12. F. Cintioli, op. cit., pp 7-8, peraltro nega il legame esclusivo tra gara e concorrenza, affermando che «la tutela della concorrenza non è affatto detto che venga meglio realizzata imponendo procedimenti di gara più complessi preferendoli a modelli di confronto competitivo semplificato» e ancora «non è affatto incompatibile con i modelli semplificati di gara pubblica e non giustifica una visione fideistica della gara pubblica come bene in sé».

87 Si pensi, ad esempio, alla nuova disciplina degli affidamenti *in house*, di cui all'articolo 7 del Codice, nonché alle disposizioni dell'articolo 6, che pongono una deroga alla regola della concorrenza per favorire «modelli organizzativi di amministrazione condivisa, privi di rapporti sinallagmatici, fondati sulla condivisione della funzione amministrativa con gli enti del Terzo settore».

88 Sul punto cfr. M. Calabrò, A. G. Pietrosanti, *I principi di massima partecipazione e di tassatività delle cause di esclusione nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in M. Calabrò et al., op. cit., p. 215 ss.

89 L'articolo dispone che «Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti favoriscono, secondo le modalità indicate dal codice, l'accesso al mercato degli operatori economici nel rispetto dei principi di concorrenza, di imparzialità, di non discriminazione, di pubblicità e trasparenza, di proporzionalità.».

90 Art. 10, comma 3, d.lgs. n. 36/2023.

legalità<sup>91</sup>. La positivizzazione del principio del risultato ha rappresentato la soluzione di questa antinomia: se il conseguimento del risultato è imposto dalla legge, esso stesso diviene parametro di verifica della legittimità dell'azione amministrativa, dando vita a una «legalità di risultato»<sup>92</sup>.

Non si può fare a meno di notare, tuttavia, che questa soluzione pone due ordini di problemi, a cui non è stata ancora data una risposta soddisfacente: da un lato, ci si chiede se la legittimità formale sia ancora sufficiente a garantire l'efficacia del provvedimento, o se invece sarà necessario valutare anche l'"opportunità" dello stesso in rapporto al conseguimento del risultato, aprendo ad un ampliamento del sindacato sulla discrezionalità da parte del giudice amministrativo; specularmente, si pone il problema, ancora più cocente, di determinare la sorte del provvedimento che, pur conseguendo il risultato, presenti delle violazioni di legge<sup>93</sup>.

### 7. Risultato, fiducia e automazione.

Se l'affermazione del principio del risultato significa l'ampliamento della discrezionalità amministrativa<sup>94</sup>, è evidente che affinché esso possa operare è necessario anche il superamento delle "premesse culturali" su cui si reggeva il favore per la gara pubblica. Tali premesse, come si è detto, sono da ricondurre essenzialmente alla sfiducia nelle capacità della pubblica amministrazione e alla (eccessiva) fiducia nelle logiche del mercato concorrenziale.

Per quanto riguarda il secondo aspetto, di fronte agli eventi degli ultimi anni<sup>95</sup> e alle sfide che si pongono per il futuro<sup>96</sup>, oggi si sta diffondendo a tutti i livelli la coscienza della necessità di un intervento pubblico per regolare il mercato, sostenerlo e correggerne i fallimenti<sup>97</sup>, per cui esso non rappresenta più il modello di riferimento esclusivo come nei

91 Il problema e le sue possibili soluzioni vennero riassunte, tra gli altri, da S. Perongini, *Principio di legalità e risultato amministrativo*, in M. Immordino, A. Police (a cura di), op. cit., p. 39 ss.

92 L'espressione si deve a M. R. Spasiano, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, Giappichelli, 2003.

93 Entrambi i problemi emergono nella trattazione di S. Perongini, B. Merola, *Il principio di concorrenza nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in M. Calabrò et al., p. 57 ss. Per quanto concerne il primo punto gli Autori ritengono che «Si apriranno verosimilmente scenari inattesi, che condurranno a una diversa tipologia del sindacato sulla discrezionalità, per lo meno per quanto concerne il codice dei contratti pubblici. In questo settore, è possibile che il sindacato del giudice amministrativo italiano sulla discrezionalità si avvicini al sindacato compiuto dal giudice amministrativo austriaco. Con l'entrata in vigore del codice dei contratti si dovrà rielaborare seriamente la dogmatica della discrezionalità amministrativa.». Per quanto concerne invece il secondo punto, la difformità del provvedimento dalle norme, essa «va valutata alla luce dell'obiettivo sostanziale di realizzare il corretto assetto degli interessi in gioco, con la conseguenza di non far seguire automaticamente alla violazione di legge l'annullamento, tutte le volte in cui la prima non influenzi negativamente le finalità coinvolte dall'azione amministrativa (art. 21 octies della legge 241 del 1990)». A fronte della soluzione qui prospettata appare necessario rilevare, però, che il citato comma 2 dell'articolo 21 octies della legge n. 241 del 1990 concerne i provvedimenti di «natura vincolata», rimane quindi aperto il problema di stabilire se questo approccio sia ammissibile anche con riferimento ai procedimenti in cui si esercita un potere discrezionale.

94 Cfr. E. Guarnieri, op. cit., p. 840, secondo cui, con la codificazione del principio del risultato «si è restituita quella capacità di scelta teleologica che vale ad affermare il ritorno ed il contestuale trionfo della discrezionalità amministrativa.»

95 Ci si riferisce, naturalmente, agli sconvolgimenti conseguenti alla pandemia da COVID-19 e alla guerra in Ucraina.

96 In particolare per quanto attiene alla tematica della transizione verde prevista dal «Green Deal» europeo.

97 Si segnalano, ad esempio, per quanto riguarda il contesto italiano, le opinioni espresse in tal senso da vari studiosi e rappresentanti delle autorità nell'ambito del recente convegno «L'intervento dello Stato e la crescita economica dell'Italia. Dall'IRI di Beneduce alla Net-Zero Industry» presso l'Università di Milano-Bicocca, reperibile *online*.

periodi di maggiore diffusione dell'ideologia liberale o neoliberista; non si può tuttavia dire lo stesso per quanto riguarda il primo aspetto, l'attitudine nei confronti della pubblica amministrazione e dei suoi funzionari. Questa preoccupazione è evidentemente condivisa dal legislatore, che infatti ha dedicato alla fiducia il secondo dei principi generali. Questo principio, che sin dalla relazione agli articoli e agli allegati è qualificato come complementare a quello del risultato, ed è rivolto principalmente ai funzionari pubblici pur essendo valido anche per i rapporti con gli operatori economici, rappresenta quindi il vero cardine della nuova disciplina dei contratti pubblici.

A ben vedere, anche l'esaltazione di certi strumenti tecnologici innovativi potrebbe porsi in contrasto con il proposito di rilanciare la fiducia nei funzionari pubblici. Una possibile soluzione per formulare delle decisioni che tengano conto sia dei molteplici interessi tutelati dalle norme sia delle specificità del singolo caso concreto sarebbe, infatti, quella di delegarle agli algoritmi informatici, o alla c.d. "intelligenza artificiale"<sup>98</sup>. Chi sostiene, anche in sede giurisprudenziale<sup>99</sup>, l'utilizzo di questi strumenti spesso sottolinea la loro maggiore efficienza e imparzialità rispetto all'operatore umano, dovuta proprio al fatto che si tratta di sistemi automatici, per quanto complessi.

Il ricorso a "procedure automatizzate" nel ciclo di vita dei contratti pubblici, ed in particolare all'intelligenza artificiale, è prospettato dall'articolo 30 del d.lgs. n. 36/2023. Attualmente non sono ancora emersi casi di decisioni basate su intelligenza artificiale o algoritmi nel campo delle procedure ad evidenza pubblica<sup>100</sup>, tuttavia è chiaro che l'applicazione di questa disposizione comporterà varie problematiche che vengono già evidenziate da autorevole dottrina.

In particolare, ci si interroga su come sia possibile garantire la «conoscibilità e comprensibilità» delle decisioni assunte, come disposto dal comma 3, lettera a) dell'articolo 30, atteso che l'apprendimento automatico dei sistemi di intelligenza artificiale comporta, quale conseguenza, proprio il fatto che non sia possibile ricostruire l'iter del ragionamento seguito dalla macchina<sup>101</sup>. Il rischio evidente, in assenza di controllo, sarebbe di passare

98 La distinzione tra questi due strumenti, spesso confusi, è stata chiarita dalla giurisprudenza: «Non v'è dubbio che la nozione comune e generale di algoritmo riporti alla mente "semplicemente una sequenza finita di istruzioni, ben definite e non ambigue, così da poter essere eseguite meccanicamente e tali da produrre un determinato risultato" [...] Cosa diversa è l'intelligenza artificiale. In questo caso l'algoritmo contempla meccanismi di machine learning e crea un sistema che non si limita solo ad applicare le regole software e i parametri preimpostati (come fa invece l'algoritmo "tradizionale") ma, al contrario, elabora costantemente nuovi criteri di inferenza tra dati e assume decisioni efficienti sulla base di tali elaborazioni, secondo un processo di apprendimento automatico.» (Cons. St., Sez. III, sentenza del 25 novembre 2021, n. 7891).

99 Secondo il Consiglio di Stato, «l'utilizzo di una procedura informatica che conduca direttamente alla decisione finale non deve essere stigmatizzata, ma anzi, in linea di massima, incoraggiata: essa comporta infatti numerosi vantaggi quali, ad esempio, la notevole riduzione della tempistica procedimentale per operazioni meramente ripetitive e prive di discrezionalità, l'esclusione di interferenze dovute a negligenza (o peggio dolo) del funzionario (essere umano) e la conseguente maggior garanzia di imparzialità della decisione automatizzata» (Cons. St., Sez. VI, sentenza del 4 febbraio 2020, n. 881).

100 Così riporta M. Barberio, *L'utilizzo degli algoritmi e l'intelligenza artificiale tra futuro prossimo e incertezza applicativa*, in *giustizia-amministrativa.it*, 19 giugno 2023, p. 4: «Gli appalti pubblici, allo stato attuale, non hanno mai visto decisioni basate su intelligenza artificiale o algoritmi».

101 Questo fenomeno viene descritto con l'espressione *black box*. G. Gallone, *Riserva di umanità e funzioni amministrative*, Milano, Wolters Kluwer Italia, 2023, p. 29, riporta tuttavia che «L'inconoscibilità del percorso cognitivo della macchina [...] sembra primariamente un problema di ordine materiale e tecnologico destinato a trovare in qualche misura soluzione con lo sviluppo della tecnologia. In particolare, la ricerca sta da ultimo concentrando i propri sforzi sul campo della Explainable AI (in acronico XAI) studiando accorgimenti tecnici in grado di esplicitare e riassumere (anche in linguaggio naturale e, quindi, in forma comprensibile agli esseri umani) i singoli passaggi logico-computazionali seguiti dalla macchina per giungere al risultato finale».

dall'arbitrio del funzionario all'arbitrio dell'algoritmo; d'altra parte è chiaro che «ove il funzionario debba esercitare un controllo interamente sostitutivo - ossia sull'intera istruttoria e su tutti i profili di discrezionalità e di opportunità che il provvedimento richiede di valutare - il rischio che si profila è quello di azzerare i vantaggi in termini di celerità ed efficienza perseguiti dalla scelta di automatizzare la procedura»<sup>102</sup>. Qualora l'uso di sistemi di intelligenza artificiale conducesse ad assumere decisioni errate, peraltro, queste andrebbero poi sanate dal giudice<sup>103</sup> che si troverebbe così nuovamente nella condizione di dover sopperire alle mancanze dell'amministrazione.

Sulla scorta di queste considerazioni è sorto un vivace dibattito, tra chi, conscio dei rischi, vorrebbe limitare l'uso dei suddetti strumenti automatizzati alle decisioni di natura vincolata<sup>104</sup>, e chi invece ritiene che sarebbe auspicabile rimettere ad essi anche scelte discrezionali<sup>105</sup>. In merito si registrano posizioni discordi anche da parte della giurisprudenza<sup>106</sup>. Quale che sia l'orientamento destinato a prevalere, autorevole dottrina evidenzia come nel nostro ordinamento, a partire dai principi costituzionali e sovranazionali, sia immanente un principio di «riserva di umanità»<sup>107</sup> tale per cui non può mai aversi una completa esautorazione della persona (umana) dai processi decisionali. Infine, anche confinando l'attenzione alle sole disposizioni dell'articolo 30 del Codice, non si può non convenire con la conclusione che il lavoro svolto in via automatica può ammettersi solamente quale strumento di supporto istruttorio, stante il principio di non esclusività della decisione algoritmica di cui al comma 3, lett. b) dell'articolo in parola, e la conseguente imputabilità

<sup>102</sup> Così si esprime N. Durante, *Brevi considerazioni in tema di amministrazione algoritmica e di giustizia predittiva*, in *giustizia-amministrativa.it*, 12 gennaio 2024, p. 4.

<sup>103</sup> Cfr. M. Barberio, *L'utilizzo degli algoritmi e l'intelligenza artificiale tra futuro prossimo e incertezza applicativa*, cit., p. 13, secondo cui l'amministrazione non avrà il coraggio di correggere o smentire le scelte operate dall'algoritmo, per cui «sarà la magistratura (con la speranza che sia coraggiosa e che non si fermi a banali e comodi richiami tralatici all'insindacabilità delle scelte discrezionali) a dover dare le risposte più adeguate. Quel contributo umano [...] si sposterà dal procedimento al processo, dal funzionario al magistrato. Ma questa sarà una sconfitta e il segno di una disfunzione patologica in quanto, evidentemente, non è (non deve essere) questa la ratio della legge». Anche P. Forte, N. Pica, *Principi per la digitalizzazione e l'automazione nel ciclo di vita dei contratti pubblici*, in M. Calabrò et al., p. 303 ss, esprimono preoccupazione con riferimento alla capacità degli operatori umani di vagliare le scelte operate dagli strumenti automatici «perché in soggezione a causa della difficoltà di obiettare alla potenza di calcolo, o per il discarico di responsabilità personali che tale situazione consentirebbe al funzionario che vi aderisse», cit., p. 306.

<sup>104</sup> Peraltro, da più parti si mette ormai in dubbio la distinzione tra provvedimenti vincolati e provvedimenti in cui vi è un esercizio di potere discrezionale. P. Forte, N. Pica, *Principi per la digitalizzazione e l'automazione nel ciclo di vita dei contratti pubblici*, in M. Calabrò et al., p. 329, riportano che «gli studi più recenti ci hanno aiutato a capire che in molti di questi casi [di procedimenti ad esito vincolato] c'è assai meno coazione di quanto sembri, giacché anche quando ci sia un elemento di fattispecie certo, facilmente determinabile, non opinabile, esso va non di rado combinato con uno o più altri, invece, vaghi o indeterminati». La stessa posizione è sostenuta anche dalla giurisprudenza, in part. Cons. St., sentenza del 13 dicembre 2019, n. 8472, secondo cui è dubbia la stessa «sostenibilità a monte dell'attualità di una tale distinzione, atteso che ogni attività autoritativa comporta una fase quantomeno di accertamento e di verifica della scelta ai fini attribuiti dalla legge».

<sup>105</sup> Tra i più "ottimisti" circa l'impiego di questi strumenti, si segnala il Presidente di Sezione del Consiglio di Stato Luigi Carbone, che ha espresso la propria posizione nel seguente contributo: L. Carbone, *L'algoritmo e il suo giudice*, in *giustizia-amministrativa.it*, 10 gennaio 2023.

<sup>106</sup> Si segnalano, in senso restrittivo, Cons. St., Sez. VI, sentenza dell'8 aprile 2019, n. 2270, secondo cui la regola algoritmica «non può lasciare spazi applicativi discrezionali (di cui l'elaboratore elettronico è privo), ma deve prevedere con ragionevolezza una soluzione definita per tutti i casi possibili, anche i più improbabili»; in senso opposto Cons. St., Sez. VI, sentenza del 13 dicembre 2019, n. 8472, secondo cui non vi sono «ragioni di principio, ovvero concrete, per limitare l'utilizzo all'attività amministrativa vincolata piuttosto che discrezionale».

<sup>107</sup> In merito, v. G. Gallone, *Riserva di umanità e funzioni amministrative*, Milano, Wolters Kluwer Italia, 2023.

della scelta all'organo titolare del potere<sup>108</sup>.

Rimane, quindi, la necessità di garantire innanzitutto la qualità delle decisioni umane, fornendo ai funzionari dell'amministrazione gli strumenti per attuare in prima persona il principio del risultato.

## 8. Conclusioni.

Alla luce delle considerazioni proposte, la vicenda storica dei contratti pubblici si potrebbe ricondurre, nella sua essenza, ad un dibattito intorno all'ampiezza di poteri discrezionali che è opportuno riconoscere alla P.A. nella conduzione dell'attività amministrativa di diritto privato. Questo dibattito è stato influenzato tanto dalle trasformazioni tecnologiche ed economiche quanto dall'evoluzione del pensiero giuridico, in particolare per quanto concerne la possibilità di transitare da un diritto "per regole" a un diritto "per principi", in cui non sia (solo) la legge a determinare la regola del caso concreto.

La recente positivizzazione del principio del risultato è espressione del proposito di ampliare in maniera significativa la discrezionalità delle stazioni appaltanti. Oggi come in passato, tuttavia, il convitato di pietra di questo dibattito è rappresentato dalla fiducia che i decisori ripongono nei rappresentanti dell'amministrazione stessa, perché «ogni conferimento di potere (specie se di natura discrezionale) presuppone [...] la fiducia dell'ordinamento giuridico verso l'organo destinatario dell'attribuzione»<sup>109</sup>. Soluzioni alternative, come quella di delegare parte dell'attività amministrativa a contenuto discrezionale alla c.d. "intelligenza artificiale", non sarebbero risolutive.

A tal proposito, si è visto come sia ragioni di fatto, in particolare l'intrinseca opacità di questa tecnologia, sia ragioni di diritto, queste riassunte nel c.d. "principio di «riserva di umanità»<sup>110</sup>", si oppongono al proposito di ricorrere a questo strumento per formulare decisioni a contenuto discrezionale. Ciò mal si concilia con un Codice che, per espressa volontà del legislatore, intende valorizzare autonomia e discrezionalità delle stazioni appaltanti.

Di conseguenza, bisogna concludere che l'attuazione concreta del principio del risultato rimane legata alla necessità di un cambiamento culturale nella direzione di valorizzare l'iniziativa e l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici, come disposto dal principio della fiducia<sup>111</sup>.

108 Sul punto cfr. P. Forte, N. Pica, *Principi per la digitalizzazione e l'automazione nel ciclo di vita dei contratti pubblici*, in M. Calabrò et al., op. cit., p. 340.

109 *Relazione agli articoli e agli allegati dello Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici*, p. 14.

110 v. *supra*, par. 7.

111 Cfr. Anche F. Cintioli, op. cit., p. 12, che sottolinea come la capacità di motivazione delle scelte da parte delle stazioni appaltanti assumerà un ruolo determinante affinché esse possano consolidare il ritrovato potere discrezionale; G. Napolitano, *Buona l'ultima? La terza codificazione del diritto dei contratti pubblici alla prova dei risultati*, in *Giorn. dir. amm.*, 2023, 3, pp 285-286, sottolinea tuttavia che la scelta di mantenere il ruolo centrale dell'ANAC nel sistema di governo dei contratti pubblici «è difficile che possa stimolare efficacemente il raggiungimento del risultato e contribuire a creare un clima di fiducia tra soggetti pubblici e privati».