

Il principio del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici ⁽¹⁾

SOMMARIO: 1. Introduzione; 2. I precedenti dottrinali; 3. Il rilancio della discrezionalità; 4. Risultato e concorrenza; 5. Di alcune possibili obiezioni all'amministrazione di risultato; 6. Un esempio concreto; 7. Il risultato e la giurisprudenza.

1. Il principio del risultato è una delle più significative novità del codice dei contratti pubblici del 2023.

Lo conferma anzitutto la sua collocazione topografica: in posizione di centralità all'articolo 1 del codice.

Il principio del risultato è altresì, in certa qual misura, quello che spiega meglio degli altri principi generali l'intenzione che ha ispirato il legislatore nell'anteporre alle altre disposizioni del codice un titolo appunto riservato ai principi. Infatti, lo scopo dell'enunciazione di essi va oltre quella che può essere intesa come la loro naturale funzione, ossia la previsione di norme di carattere generale e trasversale che a vario titolo possano combinarsi con i pur numerosi articoli che compongono il decreto legislativo numero 36 del 2023. Il legislatore ha infatti preso atto della rilevante complessità di una disciplina che, vuoi per ragioni dipendenti dalla tecnica normativa delle istituzioni dell'Unione europea e ben visibile nel pacchetto di direttive del 2014, vuoi per ragioni legate al nostro ordinamento e in particolare all'esperienza – in verità non sempre di successo – della c.d. codificazione del diritto amministrativo, ha impegnato l'amministrazione, gli operatori economici, insieme ai pratici e teorici del diritto, nella non facile lettura e nel coordinamento di norme decisamente molto numerose. Pertanto, il legislatore ha cercato, attraverso la codificazione dei principi generali, di innestare su questo tessuto vasto e talvolta ostico alcune coordinate che valessero da orientamento per le stazioni appaltanti e per l'interprete, vere e proprie chiavi per aiutarli a sciogliere i frequenti dubbi applicativi.

Il risultato da raggiungere consiste nell'affidamento dei contratti di appalto e di concessione e nella loro esecuzione in modo tempestivo, efficiente e parsimonioso.

L'articolo 1 precisa altresì ciò che, in verità, era già implicito nella logica del sistema: che il raggiungimento del risultato, pur se rappresenta il primo indirizzo che il legislatore assegna alla stazione appaltante, deve sempre esser coniugato con i principi di legalità, trasparenza e concorrenza. L'aspetto forse

¹ Questo scritto riprende la relazione tenuta in Firenze il 14 aprile 2023 in occasione del convegno su *I principi nel codice dei contratti pubblici* organizzato dalla Fondazione Cesifin Alberto Predieri ed è destinato agli Atti del convegno in corso di pubblicazione.

più significativo, tuttavia, nel testo dell'articolo 1 si ritrova al comma 4, il quale stabilisce che il principio del risultato è il criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto. E' soprattutto in questo passaggio che si coglie l'intento di offrire col risultato uno strumento per fronteggiare la complessità e cercare, in modo nuovo, la semplificazione, come si spiegherà più avanti.

Il principio del risultato, specie per tale aspetto, si viene a saldare col principio della fiducia, posto all'art. 2, dato che solo una stazione appaltante che si veda riconosciuta dal sistema la fiducia necessaria, senza ombre di pregiudiziali sospetti, potrà essere in condizioni di raggiungere gli obiettivi e attuare il principio del buon andamento *ex art. 97 Cost.*. Sicché le due disposizioni esprimono un indirizzo unitario, che rivolge un preciso messaggio alle amministrazioni e agli interpreti.

2. Deve anzitutto dirsi che il legislatore non si è mosso su un terreno del tutto inesplorato. A parte l'ovvia matrice costituzionale che sta nel menzionato principio di buon andamento *ex art. 97 Cost.*, la dottrina aveva nel corso di molti decenni in più occasioni posto l'accento sull'importanza del risultato.

Possiamo ricordare gli iscritti di Massimo Severo Giannini, il quale utilizzava ancora il concetto di risultato in funzione descrittiva, al fine di spostare l'attenzione dal momento del provvedimento amministrativo a quello dell'attività amministrativa; una inclinazione, quella verso una concezione dinamica della funzione amministrativa, che avrebbe poi trovato definitiva conferma nell'evoluzione del pensiero dottrinale – penso ad esempio ai contributi di Franco Gaetano Scoca – e nella stagione di riforme che hanno ampliato l'ambito di attenzione della scienza del diritto amministrativo alle innumerevoli variazioni e alle complessità del contatto tra amministrazione e cittadino nel procedimento e alle forme di tutela risarcitoria che si sono aggiunte a quelle tradizionali di tipo demolitorio.

Ancor più importante, tuttavia, per le scelte fatte dal legislatore è stato quel corposo dibattito che si è svolto nella seconda metà degli anni '90 dello scorso secolo e che è proseguito nei primi anni del nuovo millennio. La dottrina, dovendo allora registrare nella scarsa efficienza dell'azione amministrativa uno dei più visibili problemi all'attenzione degli operatori, era tornata a riflettere sull'importanza del risultato, forte dell'ormai piena consapevolezza del carattere precettivo del principio costituzionale di buon andamento. I contributi in quegli anni si sono spinti quindi decisamente più avanti, proponendo in primo luogo che il risultato potesse essere un parametro idoneo a misurare la responsabilità dei funzionari e in secondo luogo addirittura ipotizzando che la commisurazione al risultato potesse divenire strumento per la valutazione della legittimità dell'atto amministrativo. Si è cercato in quella stagione di dimostrare che il principio di legalità non richiedeva un ossequio assoluto e cieco al dettato del diritto positivo, anche

perché, a sua volta, la legge o non riusciva a individuare in maniera puntuale il fine da raggiungere e il tipo di azione affidata all'amministrazione ovvero – come poi soprattutto nell'epoca della codificazione sarebbe accaduto – si esprimeva attraverso una pluralità di precetti sovente sovrapposti e non ben coordinati. In sostanza, sarebbe stato possibile ritagliare uno spazio al risultato al fine di armonizzare il principio di legalità con quello di buon andamento: il risultato si sarebbe mosso così nel confine tra l'ambito della discrezionalità e quello dell'azione vincolata dalla legge.

Si possono ricordare in proposito, tra i molti, i contributi di Antonio Romano Tassone, il quale ebbe a ragionare sulla possibilità di utilizzare il risultato amministrativo sia come criterio interpretativo sia come nucleo normativo dell'azione amministrativa. A parte l'idea di ancorare la responsabilità dirigenziale al risultato, divenuta diritto positivo pur se, forse, con incerto successo pratico, uno degli esiti concreti di quel dibattito è stato, come tutti ricordano, l'introduzione nell'art. 21 *octies*, comma 2, della legge n. 241 del 1990 di una forma di sanatoria dei vizi meramente formali e procedurali allorché la scelta (non discrezionale) dell'amministrazione al risultato fosse stata conforme e fosse stata comunque intrinsecamente giusta.

3. Se questo dibattito è stato un prezioso punto di riferimento per il legislatore del 2023, è indubbio che gli accadimenti più recenti abbiano avuto un peso decisivo nell'assumere una scelta che è apparsa da subito importante e soprattutto ambiziosa.

Potremmo riassumere due principali ragioni ispiratrici di questa scelta.

La prima è legata ad un concorso di fenomeni, intrecciati fra loro, che hanno molto condizionato l'operato delle stazioni appaltanti e contribuito ad amplificare la crisi che ha investito il settore dei contratti pubblici.

Si tratta in primo luogo di ricordare quel che ho definito in altre occasioni l'attacco alla discrezionalità amministrativa, vale a dire un atteggiamento, assunto sia dal legislatore sia talora dalla giurisprudenza, intesa questa volta in senso romanistico, di aperta ostilità verso la discrezionalità amministrativa. Si era infatti sviluppata una tesi, talora esplicitamente affermata e talora celata in modo carsico dietro l'una o l'altra norma o indicazione istituzionale di un'autorità indipendente o della stessa giurisprudenza, secondo la quale la discrezionalità amministrativa è bene che sia limitata e dunque, ove possibile, anche penalizzata. Potrà esser sufficiente in proposito ricordare l'impatto delle politiche e della legislazione che miravano e che tuttora mirano alla prevenzione in via amministrativa della corruzione e la scelta legislativa, fatta nel 2014, di far confluire nell'autorità competente a vigilare sui contratti pubblici le funzioni amministrative di prevenzione della corruzione e attuazione della trasparenza e la sua ridenominazione come autorità nazionale anticorruzione. Questo era lo sbocco di un lungo percorso che specie nel campo dei contratti pubblici non si liberava dal pregiudizio coltivato verso

l'amministrazione decidente e verso la discrezionalità, appunto. Un secondo esempio potrebbe esser quello della revisione regolatoria dell'istituto dell'offerta economicamente più vantaggiosa: considerato dal diritto comunitario e dell'UE come efficace manifestazione di una discrezionalità che sapesse premiare il concorrente più efficiente, veniva dall'allora Autorità di vigilanza sui contratti pubblici e dalle successive interpretazioni invece corredato di una serie di parametri aggiuntivi per la valutazione delle voci tecniche e di parametri numerici che avrebbero avuto proprio la funzione di comprimere al massimo le facoltà di scelta della stazione appaltante, predeterminando in modo puntuale i punteggi e sostanzialmente così trasformando un'attività amministrativa tipicamente discrezionale (appunto l'offerta economicamente più vantaggiosa come criterio di aggiudicazione contrapposto al prezzo più basso) in attività vincolata.

Accanto a questo dato, in secondo luogo, si registrava un'elevata complessità del dato normativo, alimentata da direttive in verità fin troppo ampie e dalla codificazione nazionale, contraddistinta anch'essa da un imponente fluire del diritto positivo, amplificato dalle varie novelle ai testi del codice previgente. Questo assetto ha reso molto spesso difficile non soltanto il coordinamento tra l'una e l'altra norma e la possibilità stessa di una loro lettura sistematica, ma talora addirittura la stessa individuazione dell'articolo o del comma che fosse davvero pertinente alla soluzione del caso concreto. Nasceva così un'inedita forma di discrezionalità: quella dell'interprete incerto e confuso, che è chiamato a muoversi in questa messe di disposizioni normative, linee guida, orientamenti delle varie autorità indipendenti competenti e massime della giurisprudenza.

La combinazione di questi fattori ha inevitabilmente alimentato quel fenomeno, ormai ampiamente studiato e dimostrato, definito sinteticamente come della "paura della firma" ovvero classificato sotto la formula della "burocrazia difensiva". Sicché nei casi dubbi l'amministrazione e in via generale lo stesso interprete, piuttosto che guardare all'obiettivo dell'affidamento ed efficace attuazione del contratto pubblico, hanno sovente preferito una scelta di tipo "etico" per così dire, la quale spesso finiva per coincidere con un appesantimento procedimentale e con un allontanamento dagli scopi che l'interesse pubblico chiedeva fossero raggiunti. Rifugiarsi negli obblighi di gara, se possibile sempre più articolata e complessa, e nell'arricchimento degli oneri procedurali, rifiutando nel contempo quei modelli che richiedessero uno sforzo discrezionale più accentuato (valga per tutti il riferimento al dialogo competitivo), significava nei fatti per il funzionario autoprotettersi dalle varie forme di responsabilità, specie quella contabile e penale, che altrimenti incombevano sulle sue scelte.

Il principio del risultato si propone di invertire questo ordine di cose e di frenare un pericoloso processo di inerzia che è stato alimentato dalla cosiddetta cultura del sospetto, attraverso il rilancio della discrezionalità amministrativa e la citata qualificazione del risultato come criterio prioritario

per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto.

Nei casi dubbi, nelle difficoltà di coordinamento, nella difficile lettura delle disposizioni di diritto dell'Unione europea, di quelle nazionali e delle interpretazioni fatte da autorità indipendenti e dalla giurisprudenza, la stazione appaltante potrà e dovrà sciogliere i nodi guardando al risultato e potrà farlo perché è il legislatore che indica questa strada attraverso un principio che ha un esplicito valore precettivo. Non è un caso che il comma 4, lett. a), si preoccupi di specificare anche che il principio del risultato serve a valutare la responsabilità del personale amministrativo.

Da questo punto di vista, è agevole percepire il collegamento tra principio della di risultato e principio della fiducia di cui all'articolo 2 del codice e che abbiamo già anticipato.

Se, da un lato, si chiede alla stazione appaltante di adoperare la discrezionalità amministrativa e di sciogliere le questioni di interpretazione del diritto positivo nel segno del risultato, dall'altro lato il legislatore manifesta la sua fiducia nell'operato dell'amministrazione, sancendo in modo espresso l'abbandono della cultura del sospetto e aggiungendo al comma 3 dell'art. 2 alcune previsioni che hanno lo scopo di circoscrivere, in particolare, la responsabilità contabile di chi assume decisioni in questo campo. Potremmo dire in proposito che se è vero che il principio della fiducia, al di fuori di tali ultime specificazioni, potrebbe sembrare collocato su un piano meramente programmatico e privo di un'immediata cogenza, peraltro proprio il suo saldarsi col principio del risultato fa sì che la forza precettiva di quest'ultimo si possa trasmettere anche al concetto della fiducia.

4. Veniamo adesso alla seconda ragione ispiratrice dell'art.1.

E' a tutti noto che le direttive comunitarie hanno iniziato ad occuparsi di questo settore per un'esigenza che nasce dai caratteri fondativi dei Trattati istitutivi delle comunità europee e quindi dell'Unione europea: garantire in un segmento di speciale rilievo economico, sia per quantità sia per qualità, il buon funzionamento del mercato interno, evitando che le libere scelte delle amministrazioni dei singoli Stati membri potessero discriminare le imprese di nazionalità diversa benché stabilite entro i confini comunitari.

Per questi motivi è diventata comune l'affermazione che il diritto comunitario è dunque l'imposizione di un modello procedimentale di gara per la selezione dell'appaltatore avesse come obiettivo la tutela della concorrenza.

Nel corso degli ultimi decenni la dottrina italiana e la giurisprudenza hanno però attribuito a questa finalità un significato forse eccessivo e fin troppo assorbente, spostando l'asse di riferimento della disciplina dalla stazione appaltante agli operatori economici concorrenti, fin quasi a considerare la concorrenza come un fine anziché come un mezzo e finendo per oscurare quell'interesse di fondo alla realizzazione dei fini amministrativi

che in verità inevitabilmente doveva restare contrassegno di fondo di questa disciplina, al pari di quanto riguardava gli altri Stati membri.

Quel che è accaduto in Italia è che, probabilmente, una così forte enfasi sul principio di concorrenza è stata alimentata dalla ben nota tradizione culturale che, sin dal secondo dopoguerra, si è preoccupata di delimitare il potere dell'amministrazione e di cercare un corretto equilibrio fra autorità e libertà; beninteso un compito, questo, essenziale del diritto amministrativo. Sennonché, appunto, l'idea che la disciplina sulla selezione degli appaltatori e sull'esecuzione dei contratti non fosse più ispirata dalla logica contabilistica e dall'interesse della stazione appaltante – che poi coincide con l'interesse pubblico e quindi rimane esattamente l'interesse di tutti noi – e che fosse invece finalizzata alla tutela degli operatori economici, nel voler comprimere il potere della stazione appaltante ha assunto dei tratti fin troppo marcati.

Lo sviluppo del diritto vivente ha infatti registrato tre conseguenze principali: si è inteso qualificare la stazione appaltante, più che come amministrazione pubblica incaricata del raggiungimento di un fine di interesse generale, come mero regolatore di una competizione; si è pensato che il compito principale dell'ordinamento fosse quello di apprestare l'arena nella quale la competizione avrebbe dovuto svolgersi e tale luogo è stato visto nel procedimento amministrativo, che è stato concepito ed arricchito di sempre maggiori oneri procedimentali e vissuto come un valore in sé, quasi intoccabile; si è infine dato spazio alla tutela dei più disparati interessi che gli operatori economici potessero vantare in nome dei loro “diritti”, provocando la nascita di un contenzioso davvero imponente. Di fronte alla domanda che frequentemente si poneva all'interprete “più gara o meno gara?” ovvero “più oneri procedimentali o meno oneri?”, la risposta era pressoché sempre la seguente: più gara e più oneri perché è così che meglio si tutela la concorrenza. Quasi che la concorrenza tra gli operatori sfumasse del tutto quando l'amministrazione avesse avuto la facoltà di scegliere più liberamente, magari in situazioni di urgenza, a chi affidare il contratto. Questo atteggiamento non risparmiava neppure le stazioni appaltanti aventi natura imprenditoriale, pubblica (organismi di diritto pubblico e imprese pubbliche) o privata (privati titolari di diritti di esclusiva) che indubbiamente hanno uno spiccato interesse a scegliersi il miglior appaltatore o concessionario. E' in questo corso di cose che l'affidamento mediante procedura negoziata senza bando veniva pressoché demonizzato, relegato a un rango prossimo all'illiceità *tout court*, e che l'affidamento *in house providing*, benché perfettamente legittimo, diveniva un'eccezione da colpire e reprimere quanto più possibile, e ciò sempre in nome della concorrenza.

E' nella natura delle cose che la concorrenza venga protetta nei fatti anche predisponendo un confronto competitivo tra gli operatori che aspirano all'aggiudicazione di un appalto e resta ovviamente confermato anche nella vigenza dell'articolo 1 che questa esigenza stia a cuore del diritto dell'Unione europea e del Codice stesso dei contratti pubblici (si veda l'art. 3 sul principio

di accesso al mercato). Tuttavia, la concorrenza è nulla più che uno strumento che si accompagna al confronto competitivo e non è un fine e soprattutto 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, né la tutela della concorrenza suggerisce una riduzione della discrezionalità amministrativa e della stessa logica del risultato lì dove l'una e l'altro possono ben trovare attuazione.

Del resto, la relazione al nuovo codice, proprio nel commento all'art. 1, menziona in maniera puntuale alcuni indirizzi della Corte di giustizia dell'Unione europea i quali confermano che le direttive non hanno inteso affatto assumere la tutela della concorrenza in senso meccanicistico e fideistico come incrollabile baluardo dei modelli procedurali più gravosi. Il principio di non aggravamento del procedimento è principio di diritto italiano, ma non è certo incompatibile né con le tradizioni comuni agli ordinamenti degli Stati membri né con le direttive che anche nel pacchetto del 2014 valorizzano la discrezionalità amministrativa. La Corte di giustizia sia in materia di offerte economicamente più vantaggiosa sia in materia di offerte anomale sia in materia di affidamenti *in house providing* ha assunto posizioni che sono favorevoli ad un equilibrato riconoscimento della discrezionalità amministrativa ed a forme semplificate di affidamento dei contratti. Del resto, il diritto UE fa anche tesoro del principio di autonomia procedurale, che implica che gli obblighi di gara pubblica vengano sempre coordinati con le esigenze concrete dell'amministrazione; e il principio posto all'articolo 7 del codice, che sceglie di occuparsi soprattutto del c.d. *in house providing* verticale ed orizzontale valorizzandone la funzionalità senza più accogliere pregiudizi preventivi (ed abolendo il sistema della necessaria previa iscrizione nel registro ANAC previsto dal Codice del 2016) non a caso viene intitolato alla auto-organizzazione della stazione appaltante.

La scelta fatta dal nuovo Codice, da questo punto di vista, è stata anche favorita da alcune recenti sentenze della Corte costituzionale, le quali hanno effettuato un ragionevole contemperamento del principio di concorrenza con altri principi che potevano con esso porsi in contrasto, come quello della sussidiarietà orizzontale, a proposito degli affidamenti diretti ad associazioni di volontariato dei servizi di assistenza (Corte cost. n. 131 del 2020), e come quello che tutela l'iniziativa economica privata del concessionario, a proposito dei vincoli che l'articolo 177 del Codice del 2016 gli imponeva ai fini della c.d. esternalizzazione delle proprie componenti aziendali (Corte cost. n. 218 del 2021).

Quindi, possiamo dire che il principio del risultato ha l'obiettivo di correggere la ricorrente affermazione secondo la quale questa disciplina ha l'esclusivo fine di tutelare i diritti degli operatori economici anziché quelli della stazione appaltante. Non è così, perché il principale obiettivo di essa è invece quello di tutelare l'interesse pubblico a che i contratti siano efficacemente e tempestivamente affidati ed eseguiti. La concorrenza, per altro verso, rimane

un valore fondante, ma essa non postula in ogni caso procedure più complesse, non è affatto incompatibile con i modelli semplificati di gara pubblica e non giustifica una visione fideistica della gara pubblica come bene in sé.

5. Mi sembra adesso opportuno farsi carico di alcune difficoltà che sia dal punto di vista della teoria generale del diritto sia dal punto di vista pratico possono opporsi alla positiva applicazione del principio di risultato.

La prima considerazione mi riporta ancora agli iscritti di Antonio Romano, il quale vedeva il principale ostacolo all'applicazione della teoria del risultato nella circostanza che il fenomeno giuridico presuppone e si alimenta soprattutto di certezze. Tale presupposto, a sua volta, richiede, per un verso, che sia possibile individuare dati e categorie formali sui quali commisurare la legittimità dell'azione amministrativa e, per altro verso, la possibilità di utilizzare dati preesistenti o comunque prevedibili in maniera ragionevolmente sicura senza affidare il giudizio di legittimità ad un elemento soltanto futuro e per definizione imponderabile, come appunto invece la logica del risultato postula. In altre parole, l'amministrazione di risultato sfuggiva entrambe le esigenze: non si sarebbe ancorata a un dato formale e non avrebbe avuto un dato preliminare di orientamento in base al quale giudicare della validità del provvedimento. Il compianto studioso si sforzava quindi di individuare dei parametri che consentissero preventivamente, rispetto all'azione amministrativa futura, di identificare il risultato, perlomeno in alcuni casi. In questa ricerca, ad esempio, egli pensava di poter trarre un utile appiglio nel principio che distingue tra l'elaborazione dell'indirizzo politico rimesso alla politica rappresentativa e l'attività di gestione amministrativa rimessa al ceto della dirigenza. Se vi è un'effettiva indicazione di indirizzo politico, egli osservava, sarebbe possibile dare spazio ad un'amministrazione di risultato, perché essa avrebbe un dato preliminare col quale confrontarsi e sulla base del quale l'interprete potrebbe a sua volta valutare sin dal momento dell'emanazione del provvedimento se esso possa dirsi legittimo o meno anche secondo la logica del risultato.

Queste riflessioni appaiono particolarmente utili perché oggi disponiamo, proprio nella fase più importante di prima applicazione del codice, di uno strumento assai prezioso a questi fini: mi riferisco ovviamente al PNRR, che è un atto di pianificazione, a mio parere legificato sin dal d.l. n. 77 del 2021, il quale identifica puntualmente una serie di risultati da raggiungere, minuziosamente indicando anche i tempi entro i quali devono essere conseguiti.

Il piano offre così un programma di azione che potrebbe essere esattamente ciò che serve a risolvere i problemi di teoria generale che si sono poc'anzi indicati: ci fornisce il dato formale e ci enuncia in via preventiva il risultato da perseguire. Inoltre, forte della sua provenienza dall'Unione europea oltre che della sua oggettiva e cruciale importanza storica, potrebbe

contribuire a rilanciare la discrezionalità amministrativa. Esattamente ciò che l'articolo 1 si propone di fare in termini più generali. Passando attraverso l'esperienza applicativa del PNRR il principio del risultato potrebbe allora via via consolidarsi nell'ordinamento e diventare persino un principio generale utilmente applicabile anche in campi dell'azione amministrativa diversi dai contratti pubblici, nel segno di una tradizione interpretativa propria del diritto amministrativo, che come sappiamo ha sovente costruito i suoi principi vitali canonizzandoli nel richiamo all'una o all'altra legge speciale e trasferendoli all'azione amministrativa come fenomeno giuridico in sé.

Una seconda obiezione al principio del risultato potrebbe forse venire da una considerazione di carattere generale che mi veniva opposta da un brillante studioso esponente della scuola palermitana in un dialogo svoltosi non molto tempo fa (mi riferisco a Marco Mazzamuto): il diritto amministrativo non è chiamato a occuparsi dell'efficienza amministrativa ma deve porre la sua attenzione all'esistenza e qualità delle garanzie che l'ordinamento appresta nei confronti del potere pubblico a protezione del cittadino; non deve cioè scostarsi dal suo principale obiettivo, che rimane la fissazione del corretto equilibrio nella dialettica tra autorità e libertà. Svolgendo questo argomentare, forse il principio del risultato potrebbe quindi rappresentare, da questo punto di vista, un pericoloso allontanamento dell'ordinamento dai suoi principali obiettivi in un settore così importante come quello dei contratti pubblici.

Si ritiene tuttavia che a questa possibile obiezione si debba rispondere osservando che essa è sì corretta in linea di principio, ma non è più condivisibile se calata nel contesto storico e ordinamentale che ci offre il diritto vivente.

L'attacco alla discrezionalità amministrativa è stato imponente, è maturato su terreni convergenti ed ha così generato un'evidente dequotazione e destrutturazione del potere pubblico inteso nella sua migliore manifestazione, come indispensabile cerniera tra il livello politico e quello di realizzazione degli obiettivi che allo Stato-apparato sono affidati. Solo dopo che le amministrazioni avranno pienamente e nuovamente acquisito la capacità di utilizzare con efficacia la loro discrezionalità potremo forse dire che un'enfasi normativa sul principio del risultato non sia più necessaria.

Tuttavia, chi scrive ritiene che questo obiettivo sia lungi dall'esser conseguito e che comunque la fase di attuazione del PNRR costituisca una straordinaria occasione sul piano storico e sul piano culturale.

Infine, voglio tener conto di una obiezione che nell'ambito di quel dibattito della fine degli anni 90 veniva garbatamente mossa, questa volta dall'illustre guida della scuola palermitana di diritto amministrativo (mi riferisco ovviamente a Guido Corso), verso coloro i quali proponevano di utilizzare la formula del risultato come parametro di valutazione della legittimità amministrativa. Si faceva osservare che certamente la considerazione del risultato costituisce un criterio per l'esercizio della

discrezionalità e che quindi in presenza di più alternative il risultato che si intende conseguire è un criterio orientativo della scelta. Tuttavia, questo criterio non sarebbe stato diverso da quello dell'intenzione della parte di cui parla l'articolo 1362 codice civile come canone di interpretazione del contratto. È dato che all'intenzione delle parti nel contratto corrisponde la volontà del legislatore espressa nella legge, in realtà la logica del risultato forse non aggiungerebbe nulla rispetto a ciò che l'ordinamento già consente all'interprete e all'amministrazione cui è affidato l'esercizio del potere discrezionale.

Il principio del risultato, svolgendo questo tipo di obiezione, potrebbe allora risultare superfluo.

Ad essa si potrebbe però rispondere oggi – e forti degli accadimenti di questi ultimi vent'anni – che la legge non è sempre e non è sovente più in grado di esprimere l'intenzione del legislatore, sia perché direttive e processi di codificazione hanno come si è già detto non poco complicato il quadro positivo, sia perché questa produzione normativa non sempre ha manifestato una puntuale visione teleologica, apparendo spesso occasionale e contingente e fors'anche – per quanto attiene al diritto derivato UE – talora frutto di un'imperfetta traduzione in italiano del testo francese delle direttive.

In altre parole, se è vero che esiste la discrezionalità dell'interprete incerto e confuso che deve districarsi tra norme contraddittorie, norme non ben coordinate e norme quasi celate all'interno di un amplissimo diritto positivo, allora non potremo dire che non ci sia bisogno di enunciare il risultato come criterio prioritario per la scelta dell'interprete. Egli ne ha davvero bisogno, oggi, assai più dell'ennesima e dettagliata previsione normativa in novella dell'uno o dell'altro codice che, pur da questa richiesta a fini di chiarimento e rassicurazione, finisce per essere avvolta nel tessuto così difficile da armonizzare al quale abbiamo più volte fatto cenno; e che così non fa altro che generare altri dubbi e incertezze interpretative, con una rincorsa all'infinito.

Del resto, non possiamo fare a meno di tornare alle ragioni ispiratrici della norma e dunque a un diritto vivente che è stato in questi ultimi decenni contrassegnato sia dalla burocrazia difensiva, sia dall'attacco alla discrezionalità amministrativa, sia dall'invocazione meccanica della tutela della concorrenza, magari per sciogliere questioni come quella dell'esclusione dalla gara di un'impresa per la colpa di non aver dichiarato che un componente del consiglio di amministrazione avesse commesso e patteggiato un modesto abuso edilizio alcuni anni prima con l'applicazione di una irrilevante sanzione pecuniaria.

L'articolo 1 ha dunque un significato che segna il piano della politica legislativa e che si propone di rivolgere all'ordinamento e a tutti gli operatori un messaggio di tipo culturale che, come si è detto, lega insieme principio del risultato e principio della fiducia.

6. È evidente, come si è già osservato, che questo valore di carattere generale del principio non deve oscurarne il contenuto precettivo e soprattutto l'ampiezza dei casi nei quali potrà trovare applicazione.

Nei limiti di questo contributo potrà esser fatto un esempio riferibile alla disciplina sulle varianti, contenuta nell'articolo 120 del nuovo codice e intitolato alla modifica dei contratti in corso di esecuzione.

Questa norma, che recepisce fedelmente la corrispondente disposizione della direttiva del 2014, pone soprattutto una regola di fondo: la modifica del contratto potrà esser considerata una vera e propria variante e dunque non renderà necessaria la celebrazione di una nuova gara per l'affidamento di un nuovo appalto solo quando si possa dire che l'operazione economica sottesa al contratto si possa ritenere inalterata. Siamo di fronte ad un concetto giuridico indeterminato e dunque ad una previsione che richiede una discrezionalità, se vogliamo, di carattere tecnico rimessa alla stazione appaltante. Ebbene molto spesso, come insegna l'esperienza, il caso concreto si porrà al limite di tale concetto, perché sarà oggettivamente dubbio se si possa dire che con una certa modifica l'operazione economica sottesa rimanga davvero inalterata o meno. In tale situazione se si ritenesse che l'operazione economica è alterata dalla modifica contrattuale, ne conseguirebbe la qualificazione di tale modifica nei termini di un contratto nuovo e ne deriverebbe la necessità di celebrare una nuova gara con l'ovvia possibilità che l'appalto sia affidato ad un operatore diverso dal precedente. Il che, oltre a dover scontare i tempi e le complicazioni di un secondo procedimento di gara, comporterebbe la difficoltà ulteriore di affidare la prosecuzione della "operazione economica" di cui al primo contratto, benché unitaria, ad un nuovo appaltatore chiamato a proseguire l'opera altrui, con verosimili effetti negativi, disorganizzazione e conflittualità.

Qualora la stazione appaltante fosse ispirata dalla logica che predilige, sempre e comunque, la celebrazione della gara e lo stimolo alla concorrenza (procedimentale) e fosse dunque motivata da quella scelta di tipo "etico" che servisse soprattutto ad evitare l'assunzione di eccessive responsabilità, è verosimile che essa sarebbe indotta a concludere che la modifica sia tale da alterare l'operazione economica sottesa. Ispirandosi invece al principio del risultato quale criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto, la stazione appaltante potrebbe, anzi dovrebbe, propendere per la soluzione contraria e dunque ritenere che l'operazione economica sottesa non sia alterata configurando la modifica in questione come una vera e propria variante.

Non si dica in proposito che la logica del risultato si presta a conseguire abusi o che possa in questo modo sovvertire il principio di legalità. La legalità nell'esempio che si è fatto si è espressa attraverso un concetto giuridico indeterminato, che ha voluto lasciare uno spazio di valutazione all'amministrazione. Quanto agli abusi, essi non costituiscono un corretto esercizio della discrezionalità in nome del risultato ma sono l'effetto di una

scelta non ragionevole ed evidentemente elusiva del dettato normativo, ciò che resta estraneo alla portata del principio di cui discutiamo.

7. La portata precettiva del principio del risultato e, in definitiva, il suo successo dipenderanno comunque soprattutto dalla sua concreta applicazione. Merita attenzione, per sospingerne il successo, la proposta recente di istituire una agenzia ministeriale incaricata di presidiare il risultato, monitorando tempi delle gare, aggiudicazioni, stato di esecuzione dei contratti ed effettuando solleciti e richiami ad amministrazioni e aggiudicatari al fine di rispettare obiettivi e tempistiche (lo ha proposto Giulio Napolitano).

Resta fermo che, sarà decisivo l'atteggiamento della giurisprudenza

In primo luogo, il giudice contabile e il giudice penale saranno chiamati a dare applicazione effettiva a quanto prevede il comma 4 dell'art. 1, escludendo la responsabilità personale di chi all'interno della stazione appaltante abbia effettuato una scelta che segue il principio del risultato quale criterio prioritario non solo per l'esercizio del potere discrezionale ma anche per l'individuazione della regola del caso concreto. Potrebbe infatti trattarsi di un caso nel quale una discrezionalità in senso stretto non vi sia, perché la fattispecie è regolata da una o addirittura da più norme, ma che ciò abbia luogo in modo tale da provocare incertezza sull'identificazione della disposizione applicabile. Anche in tal caso, sarebbe possibile – anzi doveroso – utilizzare il principio del risultato e ispirarsi ad esso per ricavare dalle norme in questione la regola del caso concreto.

Per quanto riguarda, in particolare, il giudice contabile, esiste una previsione specifica all'art. 2, comma 3, a proposito del principio della fiducia che potrebbe indubbiamente contribuire a limitare l'ambito della responsabilità e a contenere il fenomeno della burocrazia difensiva. Per quanto riguarda invece il giudice penale, l'auspicio è che l'applicazione del principio del risultato possa evitare di configurare delle responsabilità rispetto a scelte che, pur risultando sul piano formale distoniche rispetto all'una o all'altra norma, siano comunque il frutto di una ragionevole ponderazione dell'insieme delle disposizioni e nel contempo effettivamente orientata al raggiungimento del risultato.

A questo proposito diventerà ancor più importante il ruolo della motivazione, perché la stazione appaltante dovrà saper individuare sia gli elementi che manifestano una situazione di dubbio sia le circostanze che la inducono a individuare il risultato secondo certi contenuti.

In secondo luogo, il giudice amministrativo dovrà muoversi secondo una linea di equilibrio che sappia, per un verso, sindacare la legittimità dei provvedimenti tenendo conto del principio del risultato e dunque confermandone la validità quando possa dirsi che il risultato nei termini predetti abbia correttamente ispirato la scelta amministrativa e, per altro verso, comunque esercitare la sua funzione senza incrinare la portata del principio di effettività della tutela giurisdizionale.

Se infatti esiste il rischio che la sottovalutazione del principio del risultato possa dar luogo a decisioni che giudichino invalido un provvedimento soltanto per violazioni che non dovrebbero assumere un rilievo viziante alla luce del modo in cui il principio in questione fosse stato correttamente applicato, non di meno esiste anche il pericolo opposto, sul quale è bene richiamare l'attenzione: il pericolo di un troppo drastico uso della logica del risultato, tale da appiattire il sindacato giurisdizionale sulle scelte fatte dall'amministrazione.

Per evitare il primo rischio sarà sufficiente valorizzare ciò che il principio del risultato intende ottenere, sia dal punto di vista degli spazi riservati alla discrezionalità amministrativa, sia dal punto di vista delle tecniche interpretative concesse alla stazione appaltante e quindi facciamo rinvio a quanto già esposto nei paragrafi precedenti. Per evitare il secondo rischio sarà sufficiente che il giudice amministrativo valorizzi la tradizione storica che ha contraddistinto il suo ruolo: esercitare il sindacato sull'eccesso di potere, anche con le valvole della ragionevolezza, logicità e proporzionalità, rispettando i margini concessi alla discrezionalità amministrativa e dunque alla logica del risultato nel corretto equilibrio con i principi di legalità e trasparenza. Il risultato, d'altra parte, specie quando esplicitato nel PNRR, potrà corroborare e sostituire quel fine dell'azione pubblica che, a seguito della crisi del principio di legalità, la legge non è più in condizioni di enunciare come accadeva in tempi ormai molto lontani.

Fabio Cintioli

Pubblicato il 18 maggio 2023