

PAPER – 6 NOVEMBRE 2024

L'attività e le strutture della
committenza pubblica negli obiettivi
del PNRR: un bilancio ad un anno dal
Codice dei contratti

di Roberto Garofoli
Presidente di Sezione del Consiglio di Stato



L'attività e le strutture della committenza pubblica negli obiettivi del PNRR: un bilancio ad un anno dal Codice dei contratti*

di Roberto Garofoli

Presidente di Sezione del Consiglio di Stato

La riforma del Codice dei contratti costituiva un obiettivo qualificante del Piano nazionale di ripresa e resilienza.

Vi era, infatti, consapevolezza del carattere cruciale dell'attività di committenza pubblica, per il suo rilievo economico (muove oltre il 10% del PIL nazionale, con 283 miliardi del 2023), per la sua incidenza sui livelli di benessere sociale (con essa si affidano a privati prestazioni necessarie non solo per lo sviluppo infrastrutturale del Paese, ma anche per il soddisfacimento di fondamentali bisogni sociali, per esempio nei settori della sanità o della mobilità), per l'impatto che la stessa ha nell'assicurare adeguati livelli di investimenti anche privati in settori ad avanzata innovazione.

Erano al contempo noti gli affanni del settore, dovuti ai tempi lunghi delle procedure e alla debolezza tecnica delle stazioni appaltanti. Quest'ultima è oggi un fattore con cui fare ancor più i conti se si considera che l'attività di committenza pubblica -oltre a caratterizzarsi per indubbe difficoltà tecniche (esigendo una conoscenza profonda dei settori di mercato, dei fornitori, delle prestazioni da acquistare) - è regolata, dopo il Codice del 2023, da una legislazione a maggiore complessità applicativa. Il nuovo Codice, infatti, con l'intento di riassegnare valore agli spazi di discrezionalità e valutazione dell'Amministrazione, riconosce rilievo decisivo a principi non privi di una certa elasticità e da bilanciare di frequente tra loro. È necessaria sempre più un'amministrazione all'altezza, un'amministrazione di qualità, indispensabile non solo nel settore degli appalti, ma anche (e ancor più) nell'utilizzare quei modelli di partenariato pubblico-privato cui sarà necessario ricorrere per coinvolgere risorse e competenze dei privati in investimenti ad elevato tasso di innovazione. Il Piano nazionale di ripresa e resilienza -e quindi il Codice- non hanno del resto affatto trascurato i cruciali profili di organizzazione del settore, pretendendo una riduzione quantitativa e un innalzamento qualitativo delle stazioni appaltanti.

Quale è il bilancio ad un anno dall'efficacia del Codice?

Quanto alla disciplina dell'attività di committenza, la novità che ha destato il maggiore fermento nel dibattito scientifico - legata all'enunciazione, in apertura del testo, di alcuni principi generali- ha costituito oggetto di ripetute applicazioni in giurisprudenza. Nell'escludere il carattere innovativo del principio del risultato, inferendone la sua invocabilità in sede di risoluzione di controversie ratione temporis assoggettate al previgente Codice del 2016, la giurisprudenza lo ha valorizzato

* Il testo riproduce la Relazione tenuta al Convegno *Il nuovo Codice dei contratti pubblici. Luci e ombre*, Palazzo Spada, 8 ottobre 2024, organizzato in occasione della presentazione del volume A. BOTTO e S. CASTROVINCI ZENNA, *Commentario alla normativa sui contratti pubblici*, Torino, 2024.

per dequotare il rilievo delle regole formali (ferme quelle che in alcun modo possono essere considerate espressione di un “rigido e cavilloso formalismo”) e per giustificare un controllo giurisdizionale più penetrante delle scelte dell’amministrazione. Ulteriore aspetto sul quale la giurisprudenza è già intervenuta attiene al centrale nodo dei rapporti tra risultato e concorrenza e alle regole da seguire nel bilanciarli. Un punto centrale nella logica del nuovo Codice che -secondo un approccio diffuso in dottrina- ha inteso rifocalizzare il rapporto tra i due principi per superare tendenze applicative emerse in passato. In giurisprudenza stanno tuttavia emergendo prime divergenze interpretative.

Quanto, invece, ai profili organizzativi, in applicazione della nuova disciplina della qualificazione, le stazioni appaltanti qualificate si sono ridotte a 4353 (al primo maggio 2024). Nel 2020 erano attive in Italia 38.393 stazioni appaltanti, in crescita peraltro rispetto alle 36.784 del 2017. Già al 31 dicembre 2023, inoltre, 8.492 stazioni appaltanti avevano delegato lo svolgimento delle procedure tramite convenzione a una struttura qualificata. In qualche modo, si sta raggiungendo il primo degli obiettivi perseguiti dal Piano nazionale di ripresa e resilienza, quello della riduzione quantitativa.

Il sistema di qualificazione ruota, tuttavia, attorno al riscontro di requisiti a carattere prevalentemente formale, non pienamente idonei ad attestare una sicura e reale professionalità e specializzazione. Quella diretta alla riduzione quantitativa delle stazioni appaltanti deve essere allora intesa come prima fase di un processo più lungo ed ambizioso diretto a superare le fragilità che molte strutture, pure con qualificazione conseguita, continuano a presentare, perché sottodimensionate e non pronte ad assicurare la necessaria ricognizione preventiva dei fabbisogni, l’adeguata pianificazione, la corretta progettazione e gestione delle gare, il puntuale controllo su quel che accade a contratto concluso.

Sommario: **1.** Il fermento attorno ai principi generali del Codice. **2.** Il Codice e il PNRR. Le ragioni della riforma e le debolezze del settore. **2.1.** Il rilievo economico del settore del *public procurement*. Valore degli appalti, partenariato pubblico-privato e prospettive. **2.2.** Le debolezze del settore: i tempi, gli obiettivi del PNRR e il contenuto del principio del risultato. **2.3.** Amministrazione di qualità e risultato. **3.** La funzione dei principi. **3.1.** Hanno reale portata innovativa? **4.** Il principio del risultato: “ovvio”, ma rilevante in chiave storica e sistematica. **4.1.** Le diverse posizioni dottrinali sull’effettivo rilievo del principio: svolta, principio immanente, priorità gerarchica, argine ad una tendenza interpretativa. **4.2.** Gli ulteriori contenuti dell’art. 1. **4.3.** Le applicazioni pretorie. **4.3.1.** Principio “immanente” nel sistema. **4.3.2.** La consistenza del principio. Il superamento di inutili formalismi. **4.3.3.** I rapporti tra risultato e concorrenza: le prime dispute giurisprudenziali. **4.3.4.** Risultato e sindacato. **5.** Il principio della fiducia. **5.1.** Il rilievo sistematico del principio di fiducia e di risultato: le novità introdotte dal Codice in applicazione dei due principi. **5.2.** Risultato, fiducia e criteri di opzione per *l’in house*. **6.** Risultato e aspetti organizzativi. **6.1.** La polverizzazione delle stazioni appaltanti: troppe e troppo poco preparate. **6.2.** Il Piano nazionale di ripresa e resilienza e il Codice dei contratti pubblici del 2023. **6.3.** I risultati raggiunti: la riduzione del numero delle stazioni appaltanti tra il 2023 e il 2024. **6.4.** La fase 2 del processo di qualificazione: la strada da percorrere.

1. Il fermento attorno ai principi generali del Codice

In questo primo anno di efficacia del Codice dei contratti pubblici approvato con D.Lgs. 31 marzo 2023, n. 36, la novità che ha destato il maggiore fermento nel dibattito scientifico è stata quella legata all’enunciazione, in apertura del testo, di alcuni principi generali.

Il Codice previgente (d.lgs. n. 50 del 2016) non conteneva, infatti, una parte iniziale dedicata ai principi generali. Il suo Titolo I, rubricato “*Principi generali*”, infatti, si limitava a delineare l’ambito di applicazione



del Codice (art. 1), le competenze legislative tra Stato e Regioni (art. 2) e a introdurre un corposo elenco di definizioni (art. 2).

Il nuovo Codice dei contratti pubblici, invece, dedica una parte introduttiva (Parte I - Libro I) alla codificazione dei principi generali che riguardano l'intera materia dei contratti pubblici.

Tra questi, l'art. 4 assegna ai soli principi del risultato, della fiducia e dell'accesso al mercato il ruolo di guida nell'interpretazione e applicazione dell'intero Codice.

A oltre un anno dall'efficacia del nuovo Codice è utile verificare in che modo in giurisprudenza è stata data applicazione ad alcuni di questi principi, in particolare i primi due della c.d. triade di governo della nuova disciplina (risultato e fiducia).

Alcune preliminari considerazioni di contesto utili ad inquadrare i principi in una prospettiva più ampia.

2. Il Codice e il PNRR. Le ragioni della riforma e le debolezze del settore

La riforma del codice dei contratti costituiva un obiettivo qualificante del Piano nazionale di ripresa e resilienza. Era tra le c.d. riforme abilitanti.

Sono note le criticità del settore e le ragioni per le quali, in sede di stesura del PNRR, si ritenne di innovare in tale ambito.

2.1. Il rilievo economico del settore del *public procurement*. Valore degli appalti, partenariato pubblico-privato e prospettive

Quanto alle ragioni, quello del *public procurement* è un settore cruciale per il nostro sistema economico.

In primo luogo, per le sue dimensioni.

Con i 283 miliardi del 2023, il valore degli appalti è oltre il 10% del PIL nazionale, un dato peraltro in crescita nel raffronto con gli ultimi anni, di circa il 65,9% rispetto al 2019, del 36,4% rispetto al 2021.

Una crescita che si era registrata già negli ultimi anni, ma che ha avuto un balzo in avanti soprattutto tra il 2022 e il 2023, coincidente con il periodo nel quale si è dovuto provvedere all'affidamento della gran parte degli appalti finanziati dal PNRR, in linea con la relativa tabella di marcia ¹.

¹ Nel primo anno di efficacia del nuovo Codice dei contratti pubblici (luglio 2023-giugno 2024), soprattutto nel settore dei lavori, si è registrato un calo, per numero e per dimensioni economiche, rispetto al periodo luglio 2022-giugno 2023. In termini complessivi, considerando cioè tutti i settori, si è passati da 291.151 procedure di appalto di valore superiore ai 40.000 euro, per una complessiva dimensione di valore di 324,23 miliardi (luglio 2022-giugno 2023) a 263.492 procedure per un valore complessivo di 220,53 miliardi di euro (luglio 2023-giugno 2024). Un calo probabilmente influenzato anche dal fatto che nel periodo successivo alla prima parte del 2023 si sono ridotte le procedure legate al PNRR, essendo il Piano stesso entrato ormai temporalmente nella fase realizzativa, dell'esecuzione cioè delle iniziative progettuali. In ogni caso, nel condurre una corretta analisi di impatto del nuovo Codice sull'andamento del settore dei contratti pubblici, sul numero e sulle dimensioni economiche delle procedure gestite, è utile non trascurare, da un lato, che nel periodo successivo all'efficacia del Codice 2023 una quota di procedure ha avuto ancora ad oggetto appalti ancora finanziati dal PNRR (come noto, almeno in parte sottratti all'operatività del nuovo Codice), dall'altro, che, per



Il solo dato relativo al valore complessivo delle procedure di appalto non è tuttavia sufficiente a dare atto del rilievo economico e sociale del settore.

In primo luogo -e si tratta di constatazione scontata- attraverso il sistema della committenza pubblica si affidano a privati prestazioni necessarie per lo sviluppo infrastrutturale del Paese, così come il soddisfacimento di fondamentali bisogni sociali, per esempio nei settori della sanità o della mobilità.

Il corretto funzionamento del settore, la tempestività delle procedure, la qualità delle prestazioni ottenute attraverso il sistema di committenza pubblica, sono già per questo decisivi: in gioco non è la sola competitività economica, ma i livelli di benessere sociale del Paese.

È utile, soprattutto in prospettiva, considerare -ed è la considerazione meno ovvia- che abbiamo già e avremo sempre più bisogno nei prossimi anni di utilizzare istituti e modelli giuridici che consentano di innalzare i livelli quantitativi e qualitativi degli investimenti nel perseguire rilevanti obiettivi di rilancio dell'economia, soprattutto laddove sono in gioco le esigenze dell'avanzata innovazione.

In questa prospettiva, il modello concessorio e, più in generale il partenariato pubblico-privato, ha del resto già consentito allo Stato o agli enti territoriali di avvalersi non solo delle risorse economiche dei privati -chiamati a realizzare investimenti talvolta rilevanti, per esempio relativi alla realizzazione, manutenzione e tenuta in sicurezza di alcune tratte autostradali, di metropolitane, ospedali, parcheggi, termovalorizzatori, ecc.- ma anche di competenze manageriali, tecniche, gestionali specializzate, utili soprattutto per progetti a contenuto altamente innovativo.

Lo stesso Piano nazionale di ripresa e resilienza, oltre ad indicare il partenariato pubblico-privato come modello da seguire per specifici progetti appositamente finanziati (ad esempio, il Polo Strategico Nazionale, la Piattaforma nazionale Telemedicina), lo cita come potenziale strumento “per operare un effetto leva”, in grado di aumentare l'impatto del Piano stesso e di agevolare la realizzazione di interventi di pubblica utilità².

Se ben usati, il modello concessorio e il partenariato possono quindi aiutare l'Italia a superare -almeno in parte- le difficoltà di spesa per investimento che da tempo si registrano, non dovute a ragioni solo finanziarie.

Senonché, tra le criticità che si sono registrate, non è secondaria quella costituita dalla debolezza delle Amministrazioni.

Il partenariato pubblico-privato è, infatti, uno strumento complesso. Se non gestito correttamente, può determinare esiti insoddisfacenti quanto agli interventi infrastrutturali affidati al privato, oltre che rischi non trascurabili per le finanze pubbliche.

effetto della disciplina delle soglie, due appalti su tre nel 2024 sono stati aggiudicati con affidamento diretto, senza una gara aperta e pubblica.

² M. LEONARDI, *Il governo ha una carta segreta sul Pnrr. Si chiama "PPP". È ora di usarla*, *Il Foglio*, 2 novembre 2023.



È necessaria, a monte, la capacità di valutare correttamente la fattibilità tecnica del progetto e la sua sostenibilità finanziaria, così come quella di concludere accordi contrattuali non sbilanciati in favore del privato: errori progettuali o contrattuali possono comportare oneri inattesi e ingenti in capo all'Amministrazione pubblica.

È poi richiesta la capacità di scegliere il concessionario, controllare che lo stesso svolga correttamente l'attività affidatagli, verificare che realizzi gli investimenti programmati per la sicurezza dell'opera o per la qualità del servizio

Ci sarebbe bisogno di meno frammentazione e di alcuni centri di eccellenza (si rinvia al successivo par. 6).

2.2. Le debolezze del settore: i tempi, gli obiettivi del PNRR e il contenuto del principio del risultato

Erano da tempo note, peraltro, le principali criticità del settore.

In primo luogo, i tempi.

Non a caso il Piano nazionale di ripresa e resilienza prevede, tra gli obiettivi più significativi, quello della riduzione dei tempi tra pubblicazione del bando e aggiudicazione dell'appalto, oltre che di quelli che intercorrono tra aggiudicazione e realizzazione dell'infrastruttura.

In particolare, il PNRR ha previsto -come obiettivi da raggiungere entro dicembre 2023- la riduzione a meno di 100 giorni del tempo medio che intercorre tra l'ultimo giorno utile per la presentazione delle offerte e l'aggiudicazione dell'appalto, nonché la riduzione del lasso temporale tra l'aggiudicazione dell'appalto e l'esecuzione dei contratti pubblici. Obiettivi sui quali è proseguito il lavoro anche dopo la scadenza concordata, non essendone stato accertato il pieno conseguimento.

La rapidità della procedura di gara è quindi un espresso obiettivo PNRR e non è dunque un caso che il tempo, in uno al buon rapporto qualità-prezzo della prestazione da affidare, concorra a dare contenuto al principio di apertura del nuovo Codice del 2023, quello di risultato.

2.3. Amministrazione di qualità e risultato

Nel testo del PNRR, peraltro, sono state indicate alcune delle cause degli affanni che si registrano nel settore della committenza pubblica.

Sono diverse per vero.

Ve ne è una, tuttavia, il cui rilievo, già preminente, potrebbe persino crescere a fronte di una *legislazione a maggiore complessità applicativa*³, quale è quella del nuovo Codice laddove, con l'intento di riassegnare il giusto valore agli spazi di discrezionalità e valutazione dell'Amministrazione, riconosce rilievo decisivo (come di qui a poco dirò) a principi non privi di una certa elasticità, quali guida nell'esercizio della discrezionalità, oltre che come criteri di interpretazione ed applicazione della disciplina di dettaglio.

Una legislazione per principi, e ancor prima la complessità tecnica e economica dell'attività di committenza pubblica -che, come è noto, richiede una conoscenza profonda dei settori di mercato, dei fornitori, delle prestazioni da acquistare- presuppongono un'amministrazione all'altezza, un'amministrazione di qualità. Formazione e qualificazione delle Amministrazioni coinvolte diventano, in questa prospettiva, decisive.

Riferire principi come risultato e fiducia alla sola attività amministrativa, disinteressandosi dell'organizzazione, è un errore nel quale non si deve cadere.

Il Codice -nei limiti di quanto un Codice può fare- non lo ha fatto, come si dirà in chiusura a proposito delle norme in tema di qualificazione delle stazioni appaltanti e, più in generale, di implementazione applicativa del Codice tutto.

Nella gran bella sentenza n. 132 del 2024, in questo errore non è caduta la Corte, laddove ha valorizzato la *fatica di amministrare* -assieme alla *fame di norme* e al *contesto istituzionale e sociale*- nel pervenire alla dichiarazione di infondatezza della questione di costituzionalità sollevata in merito alla disciplina temporanea di parziale limitazione della responsabilità erariale.

La fatica di amministrare, dovuta alla debolezza organizzativa e tecnica dell'amministrazione, concorre con altri fattori -dice la Corte- a "*rendere più difficili le scelte amministrative in cui si estrinseca la discrezionalità e più facile l'errore, anche grave*"; giustifica entro certi limiti, pertanto, "*la ricerca legislativa di nuovi punti di equilibrio che riducano la quantità di rischio dell'attività che grava sull'agente pubblico, in modo che il regime della responsabilità, nel suo complesso, non funga da disincentivo all'azione*".

Se è corretto che la constatata debolezza amministrativa giustifichi una definizione di un certo tipo del regime della responsabilità, con quella debolezza non si può non fare i conti perché è inevitabilmente destinata a compromettere il raggiungimento del risultato, tanto più se le amministrazioni di settore sono chiamate ad applicare una disciplina non rigida, connotata dall'enunciazione di principi da contorni elastici, da bilanciare peraltro gli uni con gli altri.

Certo, il raggiungimento dei risultati è precluso da atteggiamenti inutilmente formalistici, così come da un approccio che considera subvalente rispetto agli obiettivi della committenza l'osservanza talvolta

³ La definizione è tratta da B.G. MATTARELLA e S. CASTROVINCI ZENNA, *Commento all'art. 1*, in A. BOTTO e S. CASTROVINCI ZENNA, *Commentario alla normativa sui contratti pubblici*, Torino, 2024, 17.



formale del principio di concorrenza, da una esasperata riduzione degli spazi valutati e decisionali delle stazioni appaltanti dovuto ad una crescente sfiducia nei confronti dell'Amministrazione, da una correlata tendenza ad assumere atteggiamenti burocratici in funzione difensiva.

Ben venga allora la valorizzazione dei principi del risultato e della fiducia e la nuova collocazione agli stessi data dal Codice.

Senonché, anche se si riuscisse a superare tutto questo -e la disciplina del Codice può andare in questa direzione- il raggiungimento del risultato continuerebbe a restare precluso in assenza di decisi passi in avanti nella direzione di un'Amministrazione di qualità (si rimanda al successivo par. 6 per una ricognizione delle tendenze in atto).

3. La funzione dei principi

Molto si è discusso in merito alla funzione dei principi.

La Relazione chiariva, al riguardo, che gli stessi sono introdotti in “*funzione ordinante e nomofilattica*”.

Più in generale, a monte della loro formulazione e della stessa collocazione in apertura dell'intero apparato normativo vi è stata la scelta legislativa di passare da un sistema connotato da una *disciplina rigida e dettagliata*, a sua volta giustificata da una sfiducia per l'iniziativa delle stazioni appaltanti e dei funzionari, ad uno che viceversa intende valorizzare gli spazi valutativi dell'amministrazione e quindi la sua discrezionalità, in un quadro di rinnovata fiducia⁴.

In questa prospettiva, i principi generali dovrebbero concorrere ad assicurare completezza e sistematicità della disciplina, oltre che fungere da criteri interpretativi delle disposizioni di dettaglio.

3.1. Hanno reale portata innovativa?

Quanto alla portata realmente innovativa dei singoli principi, le reazioni dottrinali a questa indubbia novità sono state diverse.

In prevalenza si è parlato di radicale innovazione dell'impostazione di fondo della contrattualistica pubblica, di “sistema ispirato a principi nuovi”; con specifico riguardo ai principi generali contenuti nei primi dodici articoli, si è detto che «[s]ono tutti principi importantissimi e palesemente innovativi⁵».

Altra parte della dottrina, pure riconoscendo che la funzione dei principi in esame differisce da quella dei principi dei precedenti codici (volti in sostanza a perimetrare l'ambito di applicazione del testo normativo e a fornire le definizioni) e che l'obiettivo del Codice del 2023 è stato di formulare una scala di valori

⁴ E' quanto ben messo in evidenza da M. CAFAGNO E G. CAVALIERI, *Commento all'art. 2*, in A. BOTTO e S. CASTROVINCI ZENNA, *Commentario alla normativa sui contratti pubblici*, cit, 20.

⁵ S. PERONGINI, *Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo di codice dei contratti pubblici*, in www.lamministrativista.it, 2 gennaio 2013, § 1.



idonea a orientare l'interpretazione del Codice nella sua interezza, non ha mancato di osservare che, in disparte alcuni (in particolare i primi 3), molti altri si limitano in realtà a recepire principi generali dell'attività amministrativa o principi già elaborati in sede giurisprudenziale e già quindi applicabili nel settore dei contratti pubblici: per esempio, quelli di buona fede e di legittimo affidamento⁶.

4. Il principio del risultato: “ovvio”, ma rilevante in chiave storica e sistematica

Tra i principi enunciati e disciplinati in apertura del Codice, quelli di risultato e fiducia assumono una posizione di indubbia centralità, come peraltro dimostrato dal fatto che sono i soli (in uno a quello dell'accesso al mercato di cui all'art. 3) che l'art. 4 considera quali criteri di cui tener conto in sede di interpretazione e applicazione dell'intera disciplina del Codice. Si è parlato di *super principi*.

L'art. 1 del nuovo Codice, al comma 1, codifica il *principio del risultato*, inteso come affidamento ed esecuzione del contratto con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, pur sempre nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza.

Cosa enuncia questo principio?

Fondamentalmente che le amministrazioni che gestiscono le procedure di affidamento di appalti e concessioni devono perseguire il risultato dell'acquisizione delle migliori prestazioni possibili in termini di rapporto qualità-prezzo e nel minor tempo possibile, fermo ovviamente il rispetto della legge, inclusa quella che impone obblighi di concorrenza e trasparenza.

Si tratta di un'enunciazione che, di per sé considerata, pare persino “ovvia”⁷.

Neanche granché nuova, se si considera che la legge Merloni (n. 109 del 1994), all'art. 1, prevedeva che *“In attuazione dell'articolo 97 della Costituzione l'attività amministrativa in materia di opere e lavori pubblici deve garantirne la qualità ed uniformarsi a criteri di efficienza e di efficacia, secondo procedure improntate a tempestività, trasparenza e correttezza, nel rispetto del diritto comunitario e della libera concorrenza tra gli operatori”*.

Come è stato da più parti messo in risalto, l'importanza dell'affermazione del principio del risultato va apprezzata in chiave in primo luogo storica⁸.

Diversamente dall'originaria disciplina interna (r.d. n. 2440 del 1923 e suo regolamento di attuazione del 1924) che, nel regolamentare il procedimento di evidenza pubblica, mirava essenzialmente a garantire che l'amministrazione affidataria potesse formare correttamente la propria volontà contrattuale ottenendo peraltro le condizioni economiche più vantaggiose (cd. *logica contabilistica*), la disciplina europea ha avuto, infatti, per prioritario obiettivo il perseguimento della tutela della libera concorrenza, essendo

⁶ F. SAITTA, *I principi generali del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in www.giustiziainsieme.it

⁷ Lo evidenziano B.G. MATTARELLA e S. CASTROVINCI ZENNA, *cit.*, 4.

⁸ Per una dettagliata ricostruzione, M. CAFAGNO, *Funzioni delle gare e principi nel nuovo Codice dei contratti pubblici. Dalla giustapposizione al bilanciamento*, in *Giornale di diritto amministrativo* 1/2024

primariamente diretta ad evitare che la stazione appaltante operante in uno degli Stati membri possa favorire, nell'affidare la commessa pubblica, l'impresa nazionale, così discriminando le altre imprese europee⁹ e ponendo ostacoli alla realizzazione del mercato comune, come è noto uno dei fondamenti su cui la stessa Unione è costruita.

È stato così detto che *“il primato della funzione di committenza pubblica ... si è smarrito nell'ordinamento italiano”*¹⁰ e che, nella prospettiva del diritto europeo, la concorrenza è finita per essere tutelata come valore-*fine*. In tale logica -si è soggiunto- il ruolo dello Stato è stato concepito come quello dello “Stato banditore”¹¹, *“come se il compito primario dello Stato fosse diventato quello di indire e gestire le gare per garantire la concorrenza e promuovere il mercato. Si è così finito talora per dimenticare che la gara, per quanto in molti casi doverosa per il diritto europeo e quindi italiano, è un mezzo, non un fine, e che lo Stato banditore dovrebbe pur sempre operare al servizio dello Stato committente”*¹².

Con il nuovo Codice del 2023, invece, come chiarito nel comma 2 dell'art. 1, il ruolo del principio di concorrenza è oggetto di ripensamento essendone valorizzato il suo legame strumentale rispetto al raggiungimento del risultato. La concorrenza, quindi, non è più considerata come fine primario da perseguire, bensì come mezzo funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti, nell'ottica della migliore soddisfazione dell'interesse della collettività.

In dottrina, è stata quindi messa in luce la logica innovativa del nuovo Codice che ha elevato il principio del risultato a “principio-guida” dell'intera contrattualistica pubblica.

4.1. Le diverse posizioni dottrinali sull'effettivo rilievo del principio: svolta, principio immanente, priorità gerarchica, argine ad una tendenza interpretativa

Per vero, anche sulla portata realmente innovativa del principio del risultato ci si è in parte divisi.

Taluni hanno sostenuto che il principio rappresenta la “svolta”, la principale bussola della disciplina dei contratti pubblici.

A quest'approccio entusiasta, si è contrapposto chi ha messo in luce come lo stesso principio sia in fondo espressione della c.d. amministrazione «di risultato», non una novità per il diritto amministrativo, correlato ai criteri di efficienza, efficacia e economicità, peraltro richiamati al comma 3 dell'art. 1. Si è

⁹ GRECO, *L'adeguamento dell'ordinamento italiano alle direttive comunitarie in materia di appalti di lavori pubblici*, in A.A.V.V., *Gli appalti dei lavori pubblici nel diritto amministrativo comunitario e italiano*, Milano, 1990, 12.

¹⁰ G. NAPOLITANO, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 3, 1° maggio 2023, p. 287.

¹¹ M. CAFAGNO, *Lo Stato banditore. Gare e servizi locali*, Milano, 2001. Dello stesso autore in tema anche *Funzioni delle gare e principi nel nuovo Codice dei contratti pubblici. Dalla giustapposizione al bilanciamento*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1/2024, p. 96

¹² G. NAPOLITANO, *cit.*

quindi sostenuto che la vera novità non sta tanto nel principio di risultato astrattamente considerato, quanto nella priorità che il Codice gli assegna rispetto alla garanzia delle procedure.

La vera novità sarebbe nella nuova gerarchia tra principi, attestata dalla formula “*criterio prioritario*” contenuta nel comma 4 dell’art. 1. Nell’prescrivere che il principio del risultato costituisce criterio prioritario per l’esercizio della discrezionalità il Codice riconoscerebbe, cioè, il primato logico della funzione di committenza pubblica, sicché le amministrazioni concludono contratti con il fine di approvvigionarsi al meglio di beni, servizi e opere, non già per altri obiettivi (concorrenza, trasparenza, sociali), per quanto gli stessi ben possono integrare un più ampio quadro di finalità dell’azione pubblica e della stessa regolamentazione¹³.

Per vero, anche sulla effettiva portata della relazione gerarchica tra risultato e concorrenza sono emerse sfumature nel dibattito dottrinale.

La circostanza che il risultato vada perseguito “*nel rispetto della trasparenza e della concorrenza*” finisce per sfumare l’apparente gerarchia prefigurata dal legislatore. La novità sarebbe allora nell’aver voluto marcare “*un argine a quella tendenza interpretativa*” che assegnava al principio di concorrenza “*il ruolo di fine assoluto*”¹⁴.

4.2. Gli ulteriori contenuti dell’art. 1

Certo è che l’art. 1 non si limita ad enunciare il principio (co. 1) e a definire i rapporti tra lo stesso e quelli di concorrenza e trasparenza (co. 2), ma gli assegna (come si è visto) una ben precisa valenza quale *criterio prioritario per l’esercizio del potere discrezionale* (co. 4), oltre che quale *elemento da valutare*, in coerenza con il principio della fiducia declinato nell’art. 2, in sede di *accertamento della responsabilità* del personale impiegato nei delicati e complessi compiti che vengono in rilievo nella gestione del contratto pubblico, dalla programmazione fino alla sua completa esecuzione; oltre che nell’attribuzione degli incentivi.

In tale ultima prospettiva, il principio del risultato mostra la sua inestricabile connessione con quello di fiducia di cui al successivo art. 2. Ne tratterò di qui a poco, dopo aver dato atto di alcune applicazioni che la giurisprudenza ha fatto del principio di risultato.

¹³ G. NAPOLITANO, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 3, 1° maggio 2023, p. 287.

¹⁴ In tal senso, B.G. MATTARELLA e S. CASTROVINCI ZENNA, op. cit., 20, che richiamano S. PERONGINI, *Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo di codice dei contratti pubblici*, in *Scritti in onore di F. Salvia*, Editoriale scientifica, 2023 e M.R. SPASIANO, *Codificazione per principi e rilevanza del risultato*, in C. CONTESSA e P. DEL VECCHIO (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, Editoriale scientifica, 2023.



4.3. Le applicazioni pretorie

L'opera compiuta sinora dalla giurisprudenza amministrativa di interpretazione e applicazione sistematica del principio del risultato è stata “equilibrata”¹⁵.

Diversi gli aspetti esaminati in questo primo anno di efficacia del Codice.

4.3.1. Principio “immanente” nel sistema

Innanzitutto, la giurisprudenza ha dovuto, sia pure incidentalmente, esaminare la questione della portata innovativa o ricognitiva del principio nel risolvere la questione della sua attitudine a fungere da criterio risolutivo di dispute interpretative relative al previgente Codice dei contratti pubblici, approvato con d.lgs. 50 del 2016.

Al riguardo, aderendo al richiamato orientamento dottrinale che ravvisa l'elemento di novità nella posizione “gerarchica”¹⁶ o nel rilievo primariamente interpretativo del principio¹⁷, la giurisprudenza ne ha escluso la portata innovativa. Nel riconoscere l'efficacia retroattiva del principio del risultato, è stato infatti sostenuto che lo stesso costituisce valore “*immanente al sistema della cd. amministrazione di risultato*”, in base al quale la tutela della concorrenza e del mercato non deve trasmodare in un pregiudizio per la causa finale e per l'oggetto diretto e principale della tutela approntata dalla disciplina di settore, costituiti “*dall'affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza*”¹⁸.

4.3.2. La consistenza del principio. Il superamento di inutili formalismi

Quanto alla consistenza del principio, lo si è di frequente utilizzato per “dequotare” le illegittimità dal sapore formale.

La prevalenza degli aspetti sostanziali rispetto a quelli puramente formali nell'ambito delle procedure di gara era stata per vero riconosciuta in più occasioni in giurisprudenza, ben prima del nuovo Codice approvato con d.lgs. n. 36/2023.

È quel che è accaduto nei casi in cui si è dovuto procedere al bilanciamento tra il principio di massima partecipazione e l'applicazione delle clausole della *lex specialis* che prescrivono adempimenti formali a

¹⁵ B.G. MATTARELLA e S. CASTROVINCI ZENNA, *cit.*, 4. Negli stessi termini si esprime, L. CARBONE, *Il Codice dei contratti pubblici: un anno di applicazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 4/2024, 443, il quale rileva che “*I giudici amministrativi, insomma, sembrano recepire positivamente il cambio di paradigma e prestare una maggiore attenzione al risultato rispetto al processo, agli aspetti sostanziali rispetto a quelli formali. Ma ciò avviene, fortunatamente, senza scardinare il sistema, escludendo interpretazioni che portino il risultato tout court a prevalere su ogni altro aspetto, anzi ribadendo sempre che il risultato trova quale limite esterno il rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza*”.

¹⁶ G. NAPOLITANO, *Committenza pubblica e principio del risultato*, in www.astrid-online.it.

¹⁷ B.G. MATTARELLA e S. CASTROVINCI ZENNA, *cit.*.

¹⁸ Cons. St., Sez. III, 15 novembre 2023, n. 9812; Cons. St., Sez. III, 26 marzo 2024, n. 2866. In termini, Cons. St., Sez. V, 9 giugno 2023, n. 5665; Cons. St., Sez. V, 27 febbraio 2024, n. 1924; Cons. St., Sez. V, 25 settembre 2024, n. 7798.

carico dei partecipanti alla gara, a garanzia della *par condicio* tra gli stessi. In siffatte ipotesi, nel dare prevalenza a un principio rispetto ad un altro sono state in passato valorizzate la portata e la rilevanza che ciascuno di essi assume *nel caso concreto*. Così, è stata data prevalenza al principio della massima partecipazione su quello di parità di trattamento, in presenza di clausole di gara ambigue e non univoche¹⁹ o laddove la violazione di clausole escludenti non rechi con sé la compromissione di un interesse pubblico effettivo e rilevante²⁰. In passato, a guidare il giudice amministrativo nel bilanciamento tra gli antagonisti principi di massima partecipazione, da un lato, e di *par condicio*, dall'altro, è stato, in particolare, il canone della proporzionalità.

L'enfasi espressa dal nuovo Codice del 2023 per il principio del risultato pare avere indotto la giurisprudenza amministrativa a far pendere in modo ancor più netto le operazioni di bilanciamento per la prevalenza del dato sostanziale sul dato formale, con una tendenza marcata alla dequotazione delle regole formali cui non sono sottesi gli obiettivi sostanziali connessi alla necessità di perseguire, per l'appunto, il miglior "risultato".

Al riguardo, [TAR Trento, 15 dicembre 2023 n. 181](#), nel disattendere il ricorso avverso provvedimento di aggiudicazione, valorizzando la circostanza per cui l'offerta dell'aggiudicataria è tecnicamente ed economicamente più conveniente di quella della ricorrente, ha osservato che il principio del risultato rappresenta il criterio interpretativo a cui ricorrere per risolvere i casi di contrasto tra il "dato formale" del pedissequo rispetto del disciplinare di gara e il "dato sostanziale" della idoneità dei prodotti offerti dall'operatore economico.

In termini, [TAR Catania, 12 dicembre 2023 n. 3738](#), ha sostenuto che *"ogni stazione appaltante ha la responsabilità delle gare e deve svolgerle non solo rispettando la legalità formale, ma tenendo sempre presente che ogni gara è funzionale a realizzare un'opera pubblica (o ad acquisire servizi e forniture) nel modo più rispondente agli interessi della collettività. Trattasi quindi di un principio che amplia i poteri valutativi e la discrezionalità della p.a., in chiave di funzionalizzazione verso il miglior risultato possibile"*. È stato quindi ritenuto dal Collegio che rientra nella discrezionalità dell'amministrazione individuare le qualifiche professionali ritenute più adeguate allo svolgimento del servizio, *"in un'ottica protesa al miglior risultato possibile per il soddisfacimento dell'interesse pubblico perseguito dall'affidamento"*.

I giudici amministrativi, insomma, sembrano valorizzare il cambio di paradigma, dando priorità gli aspetti sostanziali rispetto a quelli formali.

Senonché, come chiarito da *Cons. St.*, [Sez. III, 29 dicembre 2023 n. 11322](#), non tutti i requisiti richiesti dalla *lex specialis* possono essere intesi come espressione di un *"rigido e cavilloso formalismo"*, essendo talvolta

¹⁹ Cons. St., Sez. V, 18 gennaio 2006, n. 127.

²⁰ Cons. St., Sez. V, 10 novembre 2003, n. 7134.



funzionali a garantire che ci sia quella corrispondenza sostanziale tra quanto offerto a quanto domandato che costituisce, essa stessa estrinsecazione del principio del risultato, considerato non solo come tempestività della procedura, ma anche come qualità della prestazione conseguita all'esito della stessa²¹.

4.3.3. I rapporti tra risultato e concorrenza: le prime dispute giurisprudenziali

Altro aspetto sul quale la giurisprudenza è già intervenuta attiene al centrale nodo dei rapporti tra risultato e concorrenza e alle regole da seguire nel bilanciarli.

Un punto, come si è visto, centrale nella logica del nuovo Codice, sul quale peraltro emergono prime divergenze interpretative.

La prevalenza della sostanza sulla forma è enunciata, quale precipitato del principio del risultato, in un'altra sentenza che introduce, tuttavia, un *discrimen* su cui non è escluso che si dovrà tornare.

In particolare, *Cons. St., 5 novembre 2023 n. 9812*, ha sostenuto che la prevalenza del “formalismo” delle procedure di gara va garantita sempre quando è in discussione la partecipazione delle imprese del settore ad armi pari al concorso per conseguire le commesse pubbliche, non anche quando “*si controverte esclusivamente sull'attribuzione di punteggi aggiuntivi per la qualità dei prodotti offerti*”²²: un *discrimen* che, come si dirà, non ha persuaso la giurisprudenza successiva.

Ad avviso della terza Sezione, “*quando si disputa della corretta attribuzione del punteggio, ossia della corretta valutazione della qualità del prodotto offerto, l'idea che il giudizio debba accertare la spettanza della commessa all'impresa che, se tutte le regole procedurali fossero state puntualmente applicate, sarebbe risultata aggiudicataria (e che dunque tale debba essere considerato il risultato “giusto” da perseguire), trascura la strumentalità delle forme e la considerazione che il risultato formalisticamente “corretto” non sempre e necessariamente si identifica con il risultato sostanzialmente giusto, che è soprattutto quello che correttamente riconosce e premia il prodotto oggettivamente migliore, che dunque può assicurare il risultato del migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo del prodotto acquistato*”.

Di diverso avviso si è mostrato, più di recente, *Cons. St., Sez. V, 25 settembre 2024, n. 7798*, intervenuto in relazione ad una procedura per la quale la *lex specialis* prevedeva criteri premiali, finalizzati all'attribuzione

²¹ Lo mette in luce L. CARBONE, *cit*, il quale richiama gli arresti con cui è stato affermato che, se la stazione appaltante si è autovincolata con l'indicazione di specifici requisiti tecnici dell'offerta, il principio del risultato non è invocabile per giustificare la scelta di un'offerta economica che, pur se conveniente, non vi corrisponde (T.A.R. Emilia Romagna, Parma, 29 aprile 2024, n. 98). Analogamente, pur se i principi di risultato, fiducia e accesso al mercato “indubbiamente portano a circoscrivere le esclusioni dalla procedura”, essi non consentono di superare il divieto di modificazione del contenuto dell'offerta, di cui il costo della manodopera costituisce parte integrante (T.A.R. Veneto, Sez. I, 9 febbraio 2024, n. 230).

²² Soggiungono i giudici della terza Sezione che “*per quanto, in qualche modo del tutto indiretto, anche la mancata presentazione, da parte dell'impresa aggiudicataria, della certificazione controversa, certificazione invece presentata dall'appellante, potrebbe aver inciso sulla par condicio, si tratta tuttavia di un aspetto marginale, che non tocca direttamente la partecipazione, il mercato e la concorrenza, ma attiene esclusivamente alla fisiologica contesa tra privati per l'acquisizione della fornitura. Certamente la predetta circostanza non ha inciso in alcun modo sul conseguimento del risultato utile per la collettività e per l'amministrazione, in termini di massima tempestività e di migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo del prodotto acquistato*”.



di un punteggio aggiuntivo sull'offerta tecnica (nello specifico, l'utilizzo, per l'espletamento del servizio, di mezzi "ecologici", ammessi alle agevolazioni di cui all'art. 3 del Decreto del Ministero delle Infrastrutture del 12.7.2022).

Ad avviso del Consiglio di Stato, *“l'enfaticizzazione del principio del risultato non può portare a massimizzare il valore oggettivo della prestazione offerta sin dall'inizio dall'originario aggiudicatario della commessa”*.

L'applicazione dei principi di risultato e fiducia, soggiunge il Consiglio di Stato, non può consentire all'Amministrazione di violare i criteri che rappresentano il sestante delle procedure di gara, ossia la tutela della concorrenza e la *par condicio competitorum*. In particolare, se è vero che l'Amministrazione deve tendere al miglior risultato possibile, in difesa dell'interesse pubblico, tale risultato deve essere comunque il più 'virtuoso' e va raggiunto selezionando gli operatori che dimostrino, fin dalle prime fasi della gara, diligenza e professionalità, quali espressione di una affidabilità che su di essi dovrà essere riposta al momento in cui, una volta aggiudicatari, eseguiranno il servizio oggetto di affidamento.

4.3.4. Risultato e sindacato

Con riguardo, infine, agli effetti della positivizzazione del principio sul sindacato giurisdizionale, *Cons. St., Sez. III, 26 marzo 2024, n. 2866*, ha invocato il principio del risultato per giustificare un controllo più penetrante delle scelte dell'amministrazione con la precisazione che lo stesso *“non va riguardato ponendo tale valore in chiave antagonista rispetto al principio di legalità, rispetto al quale potrebbe realizzare una potenziale frizione: al contrario, successivamente all'entrata in vigore del d.lgs. n. 36 del 2023, il risultato concorre ad integrare il paradigma normativo del provvedimento e dunque ad ampliare il perimetro del sindacato giurisdizionale piuttosto che diminuirlo, facendo transitare nell'area della legittimità, e quindi della giustiziabilità, opzioni e scelte che sinora si pensava attenessero al merito e fossero come tali insindacabili”*.

5. Il principio della fiducia

Come anticipato, il principio del risultato è fortemente correlato a quello della fiducia, sancito nell'art. 2. Con il Codice si è inteso superare il *“sillogismo gara-concorrenza-efficienza”* e, in particolare l'assunto secondo cui occorre comprimere la libertà di iniziativa delle amministrazioni per evitare distorsioni concorrenziali e rischi di favoritismi; si è quindi voluto riconoscere spazi di discrezionalità, da esercitare considerando il risultato quale scopo primario da perseguire. Il riconoscimento di spazi di iniziativa e di autonomia valutativa presuppone e implica una rinnovata fiducia quale base dell'attribuzione e dell'esercizio del potere (art. 2, co. 1 e 2)²³.

Il comma 2 dell'art. 2, in particolare, collega il principio della fiducia a quello del risultato.

²³ In termini, M. CAFAGNO E G. CAVALIERI, *Commento all'art. 2*, cit, 21.



La fiducia riconosciuta ai pubblici funzionari non è, infatti, incondizionata, ma costituisce una sorta di contropartita di quel che l'ordinamento si aspetta dall'azione amministrativa, ossia la realizzazione del risultato declinato dall'art. 1.

Evidente la correlazione con quanto previsto al comma 4 dell'art. 1 in ordine al principio del risultato, inteso quale «*criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto*». Sempre in questa direzione, il comma 3 contiene una perimetrazione del concetto di *colpa grave* rilevante ai fini della responsabilità amministrativa dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti. Si prevede che nell'ambito delle attività svolte nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti, ai fini della responsabilità amministrativa «*costituisce colpa grave la violazione di norme di diritto e degli auto-vincoli amministrativi, nonché la palese violazione di regole di prudenza, perizia e diligenza e l'omissione delle cautele, verifiche ed informazioni preventive normalmente richieste nell'attività amministrativa, in quanto esigibili nei confronti dell'agente pubblico in base alle specifiche competenze e in relazione al caso concreto. Non costituisce colpa grave la violazione o l'omissione determinata dal riferimento a indirizzi giurisprudenziali prevalenti o a pareri delle autorità competenti?*».

5.1. Il rilievo sistematico del principio di fiducia e di risultato: le novità introdotte dal Codice in applicazione dei due principi

Risultato e fiducia sono quindi due principi tra loro intimamente connessi.

Assieme, i due principi sembrano ispirare alcune non secondarie scelte che il nuovo Codice compie in altre norme²⁴.

Tra queste, le novità di cui:

- all'art. 110, laddove rimette alla stazione appaltante l'individuazione del *metodo di calcolo dell'anomalia* più adeguato al caso specifico,
- all'art. 16, che, innovando rispetto alla previgente disciplina del *conflitto di interessi*, dispone al comma 2, in dichiarata applicazione del principio della fiducia, che la percepita minaccia all'imparzialità e indipendenza deve essere provata da chi invoca il conflitto sulla base di presupposti specifici e documentati e deve riferirsi a interessi effettivi, la cui soddisfazione sia conseguibile solo subordinando un interesse all'altro;
- all'art. 101, laddove, in tema di *soccorso istruttorio*, dispone l'obbligo per la stazione appaltante di attivarlo, sia per *integrare la documentazione trasmessa*, sia allo scopo di *sanare eventuali omissioni, inesattezze ed irregolarità* (senza distinzione tra irregolarità essenziali e non essenziali), al contempo prevedendo la possibilità per l'operatore economico di rettificare un proprio errore materiale in

²⁴ Una completa rassegna in M. CAFAGNO E G. CAVALIERI, *Commento all'art. 2*, cit, 24 ss.



cui sia incorso nella elaborazione dell'offerta (ad es. una incongruenza tra importi unitari e importo complessivo dell'offerta economica) prima che la stessa sia esaminata e, in particolare, fino al giorno fissato per l'apertura delle buste contenenti l'offerta²⁵;

- all'art. 96, laddove disciplina la “nuova” versione allargata del *self cleaning*, prevedendo che lo stesso può riguardare anche eventi verificatisi nel corso della procedura e dopo la presentazione delle offerte. Si tratta di novità importante se si considera che, vigente il vecchio codice, si sosteneva operasse il principio di *continuità nel possesso dei requisiti in forza del quale gli stessi dovevano essere posseduti dall'inizio alla fine della procedura di gara con esclusione, pertanto, della possibilità di sanare la perdita dei requisiti durante la gara.*

Quelli indicati sono del resto istituti centrali nell'economia della procedura di gara, la cui differente disciplina e applicazione può senza dubbio condizionarne l'esito.

Il che conferma l'importanza del complessivo quadro di novità che il Codice introduce in dichiarata applicazione dei due principi.

5.2. Risultato, fiducia e criteri di opzione per l'*in house*

Ancor prima, i principi del risultato e della fiducia trovano esplicitazione a monte della gara, nel momento in cui l'amministrazione è chiamata a scegliere se ricorrere al mercato ovvero all'auto-produzione.

In omaggio a quei principi e all'esigenza agli stessi sottesa di ampliare gli spazi valutativi e decisionali dell'Amministrazione, il Codice ridisegna in parte le regole cui le amministrazioni soggiacciono nell'effettuare la scelta tra esternalizzazione e auto-organizzazione.

In qualche modo allenta i vincoli della disciplina precedente.

L'art. 7, co. 1, del nuovo Codice recepisce il tradizionale principio di *auto-organizzazione amministrativa*, ribadito anche nell'art. 2 della direttiva 2014/23/UE, in forza del quale le pubbliche amministrazioni scelgono autonomamente di organizzare l'esecuzione di lavori o la prestazione di beni e servizi attraverso il ricorso a *tre modelli fra loro alternativi* e posti su un piano di tendenziale parità: autoproduzione; esternalizzazione; cooperazione con altre pubbliche amministrazioni.

²⁵ In giurisprudenza, Cons. St., 21 agosto 2023, n. 7870, chiarita la distinzione dell'istituto nelle 4 tipologie del soccorso integrativo o completo, soccorso sanante, soccorso istruttorio in senso stretto, soccorso correttivo, ha sostenuto “*la non soccorribilità (sia in funzione integrativa, sia in funzione sanante) degli elementi integranti, anche documentalmente, il contenuto dell'offerta (tecnica od economica): ciò che si porrebbe in contrasto con il superiore principio di parità dei concorrenti. Restano, per contro, ampiamente sanabili le carenze (per omissione e/o per irregolarità) della documentazione c.d. amministrativa*”. In altri termini, è confermato che mediante il soccorso istruttorio sono emendabili le carenze o le irregolarità che attengono ai requisiti di ordine generale (poiché soggettivamente riferiti all'operatore economico in quanto tale), non quelle inerenti ai requisiti di ordine speciale (in quanto atti a strutturare i termini dell'offerta, con riguardo alla capacità economica, tecnica e professionale dell'operatore economico richiesta per l'esecuzione delle prestazioni messe a gara).

Certo, anche in base alla nuova disciplina, la parità tra ricorso al mercato e autoproduzione resta solo tendenziale, in quanto la scelta per l'affidamento *in house* deve essere sempre *motivata* (a differenza di quanto accade per il ricorso al mercato, che non richiede specifica motivazione) dando conto dei vantaggi per la collettività, delle connesse esternalità e della congruità economica della prestazione, anche in relazione al perseguimento di obiettivi di universalità, socialità, efficienza, economicità, qualità della prestazione, celerità del procedimento e razionale impiego di risorse pubbliche (art. 7, co. 2).

Nel complesso, tuttavia, il nuovo Codice alleggerisce la consistenza dell'onere motivazionale.

In primo luogo, non è più richiesto di dimostrare il *fallimento di mercato* nell'esplicitare le ragioni che hanno comportato l'esclusione del ricorso al mercato.

È invece necessario, anche con la disciplina del nuovo Codice, che nel provvedimento siano indicati gli specifici *vantaggi per la collettività* connessi all'opzione per l'affidamento *in house*, nonché la *congruità economica della prestazione*.

Con particolare riguardo al parametro della *congruità economica*, *Cons. St., sez. V, 26 gennaio 2024, n. 843*, sia pure intervenendo con riferimento all'art. 192 del previgente codice dei contratti, ha peraltro fornito chiarimenti utili in sede di interpretazione ed applicazione dell'art. 7, co. 2, del nuovo Codice del 2023, nella parte in cui conferma il riferimento a quello stesso parametro. Ad avviso del Consiglio di Stato, la congruità economica non impone un *risparmio in termini puramente finanziari* del modello *in house* rispetto al modello concorrenziale (che soltanto per i costi del personale risulterebbe sempre più conveniente, almeno in termini strettamente finanziari), ma va oltre, accordando pregio ad altri fattori più qualitativi quali i *benefici per la collettività* (misurabili non solo in termini monetari ma anche di positivo impatto sociale, sulla base dei metodi propri della analisi costi-benefici), nonché la *efficienza ed economicità del servizio* (laddove il termine "economicità" deve essere inteso in termini .. non meramente finanziari, ma aziendalistici, ossia come gestione che sinteticamente coniuga l'efficienza e l'efficacia del modello direzionale). In particolare, la congruità economica deve essere valutata sia in termini puramente interni all'organismo *in house* (congruità economica endogena), sia in termini esterni, ossia nei rapporti tra quest'ultimo e l'ente controllante (congruità economica esogena).

La motivazione è stata, inoltre, semplificata nel caso di "*prestazioni strumentali*" (nozione dagli ampi confini di cui tuttavia né il nuovo Codice, né i relativi allegati contengono una definizione) per le quali l'affidamento *in house* si intende sufficientemente motivato qualora l'amministrazione dia conto dei vantaggi in termini di economicità, celerità e perseguimento degli interessi strategici.



6. Risultato e aspetti organizzativi

In conclusione, e riprendendo uno spunto iniziale, il principio di risultato, per quanto esplicitamente riferito dall'art. 1 all'attività, rischia di essere vanificato in assenza di un salto di qualità nell'organizzazione e nella capacità tecnica dell'Amministrazione.

In questa direzione la relazione allo schema del Consiglio di Stato aveva avvertito che sarebbero state tre le condizioni essenziali “non legislative”, indispensabili per il buon funzionamento della riforma:

- formazione;
- qualificazione;
- digitalizzazione.

6.1. La polverizzazione delle stazioni appaltanti: troppe e troppo poco preparate

Numero delle stazioni appaltanti e dotazione informatica, quindi, oltreché competenze tecniche dei dipendenti.

Il principale problema è senza dubbio la polverizzazione e la debolezza delle stazioni appaltanti: sono troppe e molte non hanno le competenze adeguate.

In passato non sono mancati i tentativi di razionalizzazione del settore.

Fondamentalmente, tra il 2014 e il 2016 il legislatore ha scelto due strade per porre ordine nella giungla degli appalti pubblici: la *centralizzazione degli acquisti* e la *qualificazione delle migliaia di stazioni appaltanti*.

Nel 2016 – con il Codice dei contratti pubblici precedente a quello del 2023– era stato già in astratto compreso che per gestire gli appalti fossero necessari alcuni *standard* minimi di qualità delle amministrazioni.

Una qualità che presuppone ancora una volta molti requisiti: primo, la professionalità dei dipendenti preposti al settore e la loro capacità quindi di progettare, gestire gare complesse, monitorare la corretta esecuzione del contratto; secondo, la disponibilità di piattaforme telematiche nella gestione delle procedure di gara; terzo, un'esperienza specifica nel condurre gare in taluni settori, anziché in altri.

In particolare, l'art. 38 del Codice dei contratti pubblici del 2016 prevedeva che un decreto del Presidente del Consiglio avrebbe dovuto definire, per l'appunto, i requisiti di capacità che gli uffici appaltanti delle amministrazioni devono possedere; quelle che ne fossero risultate prive avrebbero dovuto rivolgersi, quindi, agli uffici appalti delle amministrazioni “qualificate” (o alle centrali di committenza, tra le quali la legge inseriva anche i provveditorati per le opere pubbliche, per estendere il meccanismo agli appalti di lavori).

L'intento era di fare in modo che a gestire gli appalti fossero le sole realtà amministrative “capaci” di farlo.



Senonché, il decreto non è stato mai adottato dai Governi successivi, le stazioni appaltanti non si sono ridotte, anzi sono aumentate ed è così fallito l'obiettivo virtuoso del rafforzamento strutturale del settore.

6.2. Il Piano nazionale di ripresa e resilienza e il Codice dei contratti pubblici del 2023

Le cose sono in parte cambiate negli ultimi tre anni.

Il Piano nazionale di ripresa e resilienza ha indicato, quale punto qualificante della riforma del settore, quello della riduzione del numero e della qualificazione delle stazioni appaltanti.

Il nuovo Codice dei contratti pubblici disciplina la riorganizzazione delle stazioni appaltanti prevedendo che le gare possono essere indette e gestite dalle sole stazioni appaltanti qualificate dall'Anac, l'Autorità Nazionale anticorruzione.

Salve alcune strutture che il Codice considera qualificate per legge, senza dunque una valutazione dell'ANAC, tutte le altre devono conseguire un atto con cui l'ANAC, verificato il possesso di alcuni requisiti, le dichiara qualificate, abilitate cioè a gestire gare per l'affidamento di contratti pubblici.

Il Codice distingue, peraltro, tre fasce di importo ai fini della qualificazione, richiedendo requisiti crescenti a seconda che si debba gestire gare per affidare servizi e forniture fino alla soglia di 750.000 euro o lavori fino a 1 milione di euro (qualificazione di primo livello), servizi e forniture fino a 5 milioni di euro o lavori fino alla più alta soglia europea (qualificazione intermedia o di secondo livello), servizi, forniture o lavori senza limiti di importo (qualificazione avanzata o di terzo livello).

6.3. I risultati raggiunti: la riduzione del numero delle stazioni appaltanti tra il 2023 e il 2024

Sta funzionando questo sistema di qualificazione?

In parte sì. I primi risultati sono stati positivi.

Al primo maggio 2024 -stando ai dati forniti dalla stessa ANAC- le stazioni appaltanti qualificate si erano ridotte a 4353.

Una notevole riduzione se si considerano i numeri del passato. Nel 2020 erano attive in Italia 38.393 stazioni appaltanti, in crescita peraltro rispetto alle 36.784 del 2017.

Delle 4353 stazioni qualificate quasi 2000 hanno ottenuto il più alto livello di qualificazione, potendo quindi gestire gare senza alcun limite di importo.

Già al 31 dicembre 2023, inoltre, 8.492 stazioni appaltanti avevano delegato lo svolgimento delle procedure tramite convenzione a una struttura qualificata.

Il sistema sta in qualche modo raggiungendo il primo degli obiettivi perseguiti, quello della riduzione quantitativa.



6.4. La fase 2 del processo di qualificazione: la strada da percorrere

Nel valutare l'effettivo successo del percorso verso la qualificazione delle strutture amministrative chiamate a gestire il fondamentale settore dei contratti pubblici, non devono tuttavia sfuggire alcuni dati, da un lato, una considerazione più di sistema, dall'altro.

Quanto ai dati, se certo quella descritta è una riduzione non trascurabile per dimensioni, occorre tener conto di alcune deroghe introdotte, a partire da quelle per gli appalti PNRR e per i lavori al di sotto dei 500.000 euro, gli uni e gli altri sottratti alle regole in tema di qualificazione.

Soprattutto, venendo alla considerazione di sistema, non va trascurato che il sistema di qualificazione ruota attorno al riscontro di requisiti a carattere prevalentemente formale, non sempre idonei ad attestare una sicura e reale professionalità e specializzazione, in particolare se si tratta di gestire operazioni contrattuali di una certa complessità.

Quella diretta alla riduzione quantitativa delle stazioni appaltanti deve essere allora intesa come prima fase di un processo più lungo ed ambizioso diretto anche a superare le fragilità che molte strutture, pure con qualificazione conseguita, continuano a presentare, perché sottodimensionate e non pronte, quindi, ad assicurare la necessaria ricognizione preventiva dei fabbisogni, l'adeguata pianificazione, la corretta progettazione e gestione delle gare, il puntuale controllo su quel che accade a contratto concluso, in particolare sul rispetto degli obblighi assunti dal contraente privato.