



12 GIUGNO 2024

Contratti pubblici e principio del
risultato. Profili sostanziali e
processuali

di Giuliano Taglianetti
Ricercatore in Diritto amministrativo
Università degli Studi di Napoli Federico II



Contratti pubblici e principio del risultato. Profili sostanziali e processuali*

di Giuliano Taglianetti

Ricercatore in Diritto amministrativo
Università degli Studi di Napoli Federico II

Abstract [It]: Il contributo analizza il contenuto e le declinazioni del principio di risultato nel contesto dei contratti pubblici, sia sul versante sostanziale sia su quello processuale. L'analisi muove dal primo articolo del d.lgs. n. 36/2023, che, da un lato, enuncia il principio del risultato (comma 1) e, dall'altro, funzionalizza la discrezionalità delle stazioni appaltanti e degli enti concedenti alla realizzazione di tale principio (comma 4). Si tratta, ad avviso dell'Autore, di una normativa poco incisiva in quanto non reca una precisa definizione di risultato e, soprattutto, non pone una chiara e predeterminata gerarchia di prevalenza tra il principio di risultato e altri principi con esso potenzialmente confliggenti. Di converso, si evidenzia come il principio del risultato trovi la sua più compiuta realizzazione nella speciale disciplina processuale dei contratti pubblici, soprattutto alla luce di alcune novità introdotte dalla normativa emergenziale.

Title: Public Contracts and the Result Principle. Substantive and procedural profiles

Abstract [En]: The essay analyzes the content and declinations of the result principle in the context of public contracts, on the substantive and processual side. The analysis starts from the first article of Legislative Decree No. 36/2023, which directs the discretion of public administration to the principle of result. This is, in the author's view, an ineffective regulation because it does not provide a precise definition of result and, more importantly, does not set a clear and predetermined hierarchy of precedence between the principle of result and other principles potentially conflicting with it. On the contrary, it is pointed out that the principle of the result finds its most accomplished realization in the administrative trial, especially in light of some new features introduced by the emergency legislation.

Parole chiave: principio del risultato, contratti pubblici, normativa sostanziale, normativa processuale, criterio interpretativo

Keywords: principle of result, public contracts, substantive administrative law, administrative trial, interpretative criterion

Sommario: 1. Premessa, oggetto e scopo dell'indagine. 2. La rilevanza giuridica del risultato nell'ordinamento amministrativo (cenni generali). 3. Principio del risultato e normativa sostanziale. Il principio del risultato nel d.lgs. n. 36/2023. Il risultato quale «criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale»: una vera novità? 3.1. Le possibili ricadute della codificazione del principio del risultato e della sua qualificazione come «criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale». 4. Principio del risultato e normativa processuale. La centralità del risultato nella speciale disciplina processuale in materia di contratti pubblici. 5. Conclusioni: il principio del risultato quale criterio interpretativo e applicativo sussidiario.

1. Premessa, oggetto e scopo dell'indagine

Nell'impianto complessivo del “nuovo” codice dei contratti pubblici (decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36) sembra rivestire un ruolo centrale il principio del risultato, enunciato all'art. 1 (recante, appunto, «principio del risultato»).

* Articolo sottoposto a referaggio.

In base al primo comma del citato articolo, «le stazioni appaltanti e gli enti concedenti perseguono il risultato dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività».

Inoltre, ai sensi del successivo comma quarto, il principio del risultato costituisce «criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale» nell'organizzazione e gestione delle procedure di gara preordinate all'affidamento di contratti pubblici.

La codificazione del principio del risultato è stata salutata con favore da una parte della dottrina, che l'ha definita come «una delle più significative novità del codice dei contratti pubblici del 2023», o, addirittura, come «il segnale di un cambiamento profondo»¹.

La stessa relazione al Codice ha definito «fondamentale» l'introduzione del principio del risultato per segnare «un cambio di passo rispetto al passato»²: l'intento perseguito dal legislatore (anche tramite l'enunciazione esplicita dell'evocativo principio della fiducia, di cui al successivo art. 2³) è quello di responsabilizzare le amministrazioni aggiudicatrici attraverso il rilancio della discrezionalità correlata all'organizzazione e alla gestione delle procedure di gara nel settore dei contratti pubblici.

La logica del risultato ha ispirato anche la recente normativa processuale in materia di contratti pubblici, che ha introdotto misure (forse oltremodo) limitative dell'effettività della tutela giurisdizionale, al fine di favorire la realizzazione degli obiettivi previsti dal PNRR e dal PNC: il riferimento è, in particolare, al d.l. 21 maggio 2021 n. 77, che ha esteso il perimetro applicativo dell'art. 125 c.p.a. a procedure diverse da quelle relative alle infrastrutture strategiche.

L'obiettivo della presente indagine è, dunque, quello di analizzare la funzione del principio di risultato e il ruolo che esso riveste nella disciplina sostanziale e processuale dei contratti pubblici⁴, proponendosi, in

¹ Così, rispettivamente, F. CINTIOLI, *Il principio del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2023 e A. MASSARI, *Verso un nuovo anno ... e un nuovo codice ...*, in *Appalti & Contratti*, n. 12/2022. Altri Autori hanno parlato in proposito di «rivoluzione copernicana» (F. CARINGELLA, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: riforma o rivoluzione?*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2023) e di «cambio di paradigma» (L. CARBONE, *La scommessa del codice e il suo futuro*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2023). Come rileva in proposito F. SAITTA, *I principi generali del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in www.giustiziainsieme.it, 2023, § 4, la Parte I, dedicata ai principi generali, è ritenuta, pressoché unanimemente, la novità più significativa del “nuovo” Codice.

² La relazione illustrativa del Consiglio di Stato è consultabile in www.giustizia-amministrativa.it.

³ In merito alla stretta correlazione esistente tra il principio del risultato e quello della fiducia, cfr. F. CINTIOLI, *op. cit.*, *passim*; R. GRECO, *Principio del risultato e tutela della legalità nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2023, spec. § 3, ove si sottolinea come tali principi siano sinergicamente volti a favorire l'iniziativa e l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici.

⁴ Non saranno analizzate le implicazioni contabili e penalistiche del principio del risultato, essendo queste ultime meritevoli di un apposito approfondimento, non possibile in questa sede per ragioni di organicità. Con riferimento al primo dei due profili menzionati, ci si limita a rilevare, tuttavia, che già antecedentemente all'entrata in vigore del d.lgs. n. 36/2023 la rispondenza dei risultati dell'attività amministrativa agli obiettivi prestabiliti costituiva parametro di valutazione della responsabilità amministrativo-contabile del pubblico dipendente (v., in part., l'articolo 1, comma 1-*bis*, della legge 14 gennaio 1994, n. 20, in base al quale nel giudizio di responsabilità deve tenersi conto dei vantaggi comunque conseguiti dall'amministrazione o dalla comunità amministrata in relazione al comportamento degli amministratori o dei dipendenti pubblici soggetti al giudizio di responsabilità); sicché, l'art. 1, comma 4, lett. a) del d.lgs. n. 36/2023 sembra avere confermato l'impostazione normativa preesistente e positivizzato un consolidato orientamento del giudice erariale, con il chiaro intento di scoraggiare quella che viene definita “burocrazia difensiva”. D'altronde, anche il legame tra

tal modo, un parallelismo tra la disciplina prevista nel d.lgs. n. 36/2023 (codice dei contratti pubblici) e quella presente nel d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (codice del processo amministrativo).

2. La rilevanza giuridica del risultato nell'ordinamento amministrativo (cenni generali)

Il tentativo di valorizzare il principio del risultato non rappresenta di certo una novità assoluta per il nostro ordinamento.

L'interesse al risultato⁵, pur non rinvenendo una precisa esplicitazione nella Costituzione, trae fondamento dalla stessa, configurandosi come corollario e diretta declinazione del principio di buon andamento⁶.

Quest'ultimo, com'è noto, conferma l'attività della pubblica amministrazione al criterio dell'efficacia (oltre che a quello dell'efficienza), che indica appunto la capacità di perseguimento del risultato in funzione della concreta soddisfazione dell'interesse pubblico⁷.

Il principio del risultato è insito in numerose disposizioni che disciplinano l'attività amministrativa.

risultati e retribuzione incentivante preesisteva rispetto alla sua odierna cristallizzazione a opera dell'art. 1, comma 4, lett. b del d.lgs. n. 36/2023, poiché è da decenni che la contrattazione collettiva nel pubblico impiego vincola la retribuzione incentivante (che non a caso si chiama "di risultato") al raggiungimento degli obiettivi posti dall'ente pubblico-datore di lavoro ai suoi dirigenti e dipendenti aventi le maggiori responsabilità (sull'argomento, in generale, v., *ex mutis*, E. VILLA, *La retribuzione di risultato nel lavoro privato e pubblico: regolazione ed esigibilità*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2013). Un impatto sicuramente maggiore ha generato ed è destinata a generare la normativa emergenziale che, al fine di attenuare il rischio di rallentamenti o interruzioni dell'attività amministrativa, ha temporaneamente limitato la responsabilità contabile alle sole condotte attive connotate da dolo e alle condotte omissive dolose realizzate con dolo o colpa grave (per una riflessione sulla recente normativa limitativa della responsabilità per danno erariale, cfr. M.R. SPASIANO, *Riflessioni in tema di nuova (ir)responsabilità erariale e la strada della tipizzazione della colpa grave nella responsabilità erariale dei pubblici funzionari*, in *Dir. e proc. amm.*, 2021, 279 ss.; F. ALBO, *Limitazione della responsabilità amministrativa e anticorruzione: il PNRR è adeguatamente protetto?*, in *www.dirittoconti.it*, 2021).

⁵ Sul concetto di risultato amministrativo cfr., almeno, L. IANNOTTA, *La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo: dall'interesse legittimo al buon diritto*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 299 ss.; Id., *Previsioni e realizzazione del risultato nella pubblica amministrazione: dagli interessi ai beni*, in *Dir. amm.*, 1999, 57 ss.; Id., *Principio di legalità e amministrazione di risultato*, in C. PINELLI (a cura di) *Amministrazione e legalità. Fonti normative e ordinamento*, Milano, 2000, 38 ss.; R. FERRARA, *Procedimento amministrativo, semplificazione e realizzazione del risultato: dalla "libertà dall'amministrazione" alla "libertà dell'amministrazione"*, in *Dir. soc.*, 2000, 101 ss.; M. CAMMELLI, *Amministrazione di risultato*, in *Annuario Aipda*, Milano, 2002, 107. ss.; M.R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003; A. ROMANO TASSONE, *Analisi economica del diritto e "amministrazione di risultato"*, in *Dir. amm.*, 2007, 63 ss.

⁶ Il collegamento tra il principio del risultato e quello del buon andamento è esplicitato dallo stesso d.lgs. n. 36/2023, al terzo comma dell'art. 1. Tale legame appare ancor più evidente se si tiene conto dell'orientamento di autorevole dottrina che propone e valorizza una legalità strumentale al buon andamento, intesa come "legalità di risultato": cfr., almeno, A. ROMANO TASSONE, *I controlli sugli atti degli enti locali nelle leggi n. 59 e n. 127/1997*, in *Dir. amm.*, 1998, 57 ss.; L. IANNOTTA, *Previsione e realizzazione del risultato nella Pubblica Amministrazione: dagli interessi ai beni*, cit., 57 ss.; M.R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, cit., *passim*.

⁷ Sulla correlazione tra buon andamento ed efficacia, cfr. M. IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino, 1999, 79 ss. e M. TRIMARCHI, *Decisione amministrativa di secondo grado ed esaurimento del potere*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2017, 195-196, che qualificano il principio di efficacia dell'azione amministrativa previsto dall'art. 1, l. n. 241/1990, come un immediato corollario del principio di buon andamento. Si veda, altresì, P. TANDA, *Principio di legalità ed efficienza amministrativa*, in *www.giustamm.it*, n. 4/2010, § 4, il quale osserva come la legge sul procedimento amministrativo (anche per effetto delle modifiche apportate dalla l. n. 15/2005 e dalla l. n. 69/2009) abbia impresso «sul piano dinamico dell'attività, un'impronta ben precisa al principio costituzionale di buon andamento, configurandolo come dovere di efficacia, efficienza ed economicità cui deve tendere tutta l'azione amministrativa».

Esso è presente nella legge 241 del 1990, in ragione dello stretto legame con il canone dell'efficacia di cui all'art. 1, che attesta, appunto, la capacità della pubblica amministrazione di raggiungere gli obiettivi programmati nel rispetto del fondamentale principio della funzionalizzazione dell'attività amministrativa («l'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge»).

Da tale norma sembra potersi desumere che l'attività complessiva dell'amministrazione debba essere orientata al conseguimento del risultato e dell'utilità finale oggetto del potere amministrativo: buon andamento significa anche congruità dell'azione rispetto all'interesse pubblico perseguito.

Pure la *ratio* del successivo art. 21-*octies* sembra essere ispirata al canone costituzionale del buon andamento e ai suoi corollari di non aggravamento dell'azione amministrativa e di raggiungimento del risultato⁸.

La norma, infatti, disciplinando i c.d. “vizi non invalidanti” del provvedimento, prevede la possibilità per il giudice, in presenza di determinate condizioni, di non procedere all'annullamento dell'atto nonostante la violazione di norme sul procedimento o sulla forma.

In effetti, in tal modo, si consente al giudice di accertare di ufficio la “tollerabilità” dell'inadempimento procedimentale, cioè la non rilevanza dell'illegittimità formale, o procedurale, dell'atto amministrativo, e quindi di ricondurlo alla categoria della mera irregolarità⁹.

La disposizione in esame si basa, quindi, sul presupposto che la mera irregolarità non è in grado di per sé di impedire al provvedimento di raggiungere il risultato prestabilito¹⁰.

⁸ In tal senso, V. CERULLI IRELLI, *Considerazioni in tema di sanatoria di vizi formali*, in V. PARISIO (a cura di), *Vizi formali, procedimento e processo amministrativo*, Milano, 2004, 101, secondo il quale l'eccessiva dilatazione dell'area di invalidità degli atti amministrativi, a prescindere dalla loro effettiva e concreta rispondenza all'interesse pubblico perseguito, rischia di porre l'azione amministrativa in uno stato di perenne precarietà e di dar luogo a quella “caccia all'errore” sotto numerosi profili in contrasto con il principio costituzionale di buon andamento. Sul collegamento tra il canone costituzionale del buon andamento e l'art. 21-*octies* della legge n. 241 del 1990 v., altresì, M. DE DONNO, *Riflessioni sulla “motivazione in diritto” del provvedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, 629 ss.

⁹ Sulla distinzione tra vizi “sostanziali” e “formali” cfr., *ex multis*, A. POLICE, *L'illegittimità dei provvedimenti amministrativi alla luce della distinzione tra vizi c.d. formali e vizi sostanziali*, in *Dir. amm.*, 2003, 735 ss.; G. MORBIDELLI, *Invalidità e irregolarità*, in *Annuario AIPDA 2002*, Milano, 2003, 79 ss.; P. PROVENZANO, *I vizi nella forma e nel procedimento amministrativo. Fra diritto interno e diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2015, il quale afferma la necessità di una lettura restrittiva di entrambi i periodi di cui si compone l'art 21-*octies* per non incorrere nella violazione dei principi dettati dall'art. 41 della Carta di Nizza, per il quale le disposizioni in tema di garanzie partecipative sono inquadrate come fine e non come mezzo per il corretto esercizio dell'attività amministrativa.

¹⁰ Sul rischio, connesso alla dequotazione dei vizi formali, che la logica del risultato possa essere confusa con visioni anarchiche del diritto, si vedano le riflessioni di E. MICETTI, *Lo schema conformativo ed il futuro della giurimetria*, Roma, 2015, spec. 35-36: «una amministrazione inefficiente, lenta ed inconcludente, esposta frequentemente alla sanzione del giudice, costretta a continue riaperture del procedimento, appare destinata a determinare l'insuccesso della sua missione. Ciò non significa che l'amministrazione chiamata ad agire, con celerità, in vista della realizzazione di risultati concreti, sia libera di non osservare la legge... Il fatto che l'amministrazione agisca sulla base di un impulso funzionale, il cui fulcro è costituito dallo svolgimento utile e rapido dell'azione in vista del raggiungimento del risultato ottimale, non si traduce de plano nell'insofferenza da parte della amministrazione all'applicazione di regole di comportamento alle quali essa è tenuta a conformarsi per rendersi legittima ... In questa ottica poche ma forti regole procedimentali paiono compatibili con la tensione efficientistica dell'azione amministrativa, rappresentando queste regole presidio essenziale dello svolgimento legittimo della funzione amministrativa».

Essa, contrapponendo le ragioni della legalità a quelle dell'efficienza amministrativa¹¹, risponde alla logica dell'«amministrazione di risultato»¹², in cui il parametro di legittimità della decisione finale è costituito dalla concretizzazione dell'interesse pubblico più che dal rispetto delle regole procedurali che presiedono lo svolgersi del potere¹³.

Finanche il recente potenziamento degli istituti di risoluzione alternativa delle controversie può essere inquadrato come un mezzo per favorire il raggiungimento del risultato amministrativo: nelle intenzioni del legislatore la «de-giurisdizionalizzazione» dovrebbe assumere un ruolo strategico per la realizzazione del PNRR poiché essa è volta ad evitare che dispute o controversie vengano portate e decise in sede giurisdizionale, ritardando o compromettendo il raggiungimento dei risultati programmati¹⁴.

Talvolta, è la giurisprudenza che, pur in assenza di copertura legislativa, ovvero di una chiara e specifica indicazione normativa, attribuisce un rilievo centrale al risultato amministrativo.

Questa propensione è chiaramente rinvenibile, ad esempio, nell'orientamento giurisprudenziale che in sede cautelare – nonostante l'art. 55 c.p.a. sia interamente incentrato sulla valutazione del pregiudizio allegato dal ricorrente, oltre che sul *fumus boni iuris* – non esita a dare spazio, spesso determinante e prevalente, alla valutazione degli obiettivi di interesse pubblico perseguiti dall'attività amministrativa, enfatizzando la risarcibilità del pregiudizio che potrebbe essere ristorato all'esito della pronuncia di merito.

Nella maggioranza dei casi, a trasparire maggiormente dalle decisioni dei giudici della cautela è stato il timore che la sospensione dell'efficacia dell'atto potesse frustrare il raggiungimento del risultato a cui mirava il provvedimento impugnato¹⁵.

¹¹ In argomento, v., in particolare, A. ROMEO, *Dalla forma al risultato: profili dogmatici ed evolutivi della decisione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2018, 551 ss.

¹² Sulla formula «amministrazione di risultato» e su ciò che essa denota si è costruito un significativo dibattito scientifico. In tema, si segnalano, in particolare, M.R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, cit.; S. CASSESE, *Cosa vuol dire amministrazione di risultati?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 941 ss.; R. URSI, *Le stagioni dell'efficienza. I paradigmi giuridici della buona amministrazione*, Santarcangelo di Romagna, 2016., spec. 337 ss.

¹³ Anche la valutazione in sede giudiziaria della fondatezza della pretesa vantata in ipotesi di silenzio-inadempimento, così come, sempre in ambito processuale, l'ampliamento della giurisdizione da giurisdizione dell'atto a giurisdizione sul rapporto, sono considerati da un certo indirizzo dottrinario espressione della logica del risultato: v. M.R. SPASIANO, *Codificazione di principi e rilevanza del risultato*, in C. CONTESSA, P. DEL VECCHIO (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2023, 71.

¹⁴ Sul punto, v. F. FRANCIOSI, *Il Collegio consultivo tecnico, organismo atipico di mediazione e di conciliazione in ambito pubblicistico*, in www.giustizia-insieme.it, 2023, § 1, secondo il quale la «de-giurisdizionalizzazione» della soluzione dei conflitti è volta a garantire, «in un'ottica di risultato, la celere ed efficace conclusione dei procedimenti e la stabilità delle decisioni».

¹⁵ La lettura delle pronunce cautelari adottate dai giudici amministrativi – anche al di fuori dei casi regolati da speciali norme processuali – evidenzia che continua ad essere utilizzato, senza particolari esitazioni, il criterio dell'interesse pubblico e della sua possibile prevalenza sulle ragioni di urgenza rappresentate dal ricorrente, quale filtro, spesso determinante, della decisione di accoglimento o di rigetto, anche a discapito del *fumus*. Si veda, a titolo di significativo esempio, l'ordinanza cautelare 4 giugno 2020, n. 4160, in www.giustizia-amministrativa.it, con cui la seconda sezione del TAR del Lazio, all'esito della comparazione degli interessi pubblici e privati coinvolti nella fattispecie, ha considerato prevalente, «rispetto all'interesse particolare del ricorrente volto a riavviare la propria iniziativa economica, parzialmente sospesa, in un settore pur rilevante quale il gioco pubblico», l'obiettivo di interesse pubblico perseguito dal

La tesi invalsa nella giurisprudenza, nel solco tracciato dalla dottrina amministrativistica, è che la sospensione degli effetti dell'atto non possa prescindere dal contemperamento discrezionale, appannaggio del giudice, di tutti gli interessi in causa, direttamente o indirettamente lambiti dalla decisione cautelare, ivi incluso quello al raggiungimento del risultato amministrativo.

Difatti, nella fase cautelare il giudice è (implicitamente¹⁶) chiamato a compiere una vera e propria valutazione comparativa tra gli interessi particolari delle parti (ricorrente e controinteressato) e gli interessi pubblici rilevanti dell'amministrazione e della collettività, soppesando, di volta in volta, la "qualità" degli interessi implicati secondo il suo "prudente apprezzamento"¹⁷.

provvedimento impugnato, «diretto a salvaguardare la salute individuale e collettiva». Dunque, l'interesse pubblico rappresenta un elemento di valutazione ineludibile e imprescindibile per il giudice amministrativo in sede cautelare. Su tale aspetto cfr. G. LEONE, *Legittimazione ed interesse ad agire tra giurisdizione soggettiva e oggettiva del giudice amministrativo*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 2/2019, 81-82: «da tempo, il giudice amministrativo non si limita a valutare il pregiudizio grave ed irreparabile allegato dal ricorrente (comma 1 dell'art. 55), ma esamina e compara anche gli interessi confliggenti e contrapposti dell'amministrazione e del controinteressato, che potrebbero essere lesi dalla decisione della domanda cautelare favorevole al ricorrente, ancorché la norma di riferimento (il citato art. 55) formalmente sia 'tarata' sulla sola posizione soggettiva del ricorrente»); M. RICCIARDO CALDERARO, *La comparazione degli interessi nel giudizio cautelare amministrativo*, in *www.federalismi.it*, n. 27/2020: «dall'esame della giurisprudenza del Consiglio di Stato, la comparazione degli interessi sembra propendere, nella quasi generalità dei casi, per la prevalenza dell'interesse generale». Questa tendenza giurisprudenziale è stigmatizzata da quanti evidenziano che «il giudice amministrativo non può considerare l'esigenza concreta dell'amministrazione come un parametro di riferimento o un valore da tutelare al di là di quanto il legislatore non abbia previsto allorché ha dettato la disciplina positiva dell'esercizio di potere e dei rapporti tra amministrazione e cittadino»: così, C.E. GALLO, *Servizio e funzione nella giustizia amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, 87. In tal senso, è stato altresì rilevato che il criterio dell'interesse pubblico non rileva perché l'art. 55 c.p.a. non lo richiama: in questo senso, v. Corte di Cassazione, Sez. Un., 24 giugno 2004, n. 11750, in *Giust. civ.*, 2005, I, 1591, secondo cui la legge «prende in considerazione le sole ragioni del ricorrente, in funzione del pregiudizio che potrebbe subire dalla esecuzione del provvedimento impugnato, senza alcun richiamo al bilanciamento tra questo pregiudizio e quello derivante all'amministrazione, originariamente contemplato, dalla giurisprudenza amministrativa».

¹⁶ Come si è già detto, l'art. 55 c.p.a. non richiama esplicitamente il criterio dell'interesse pubblico. La giustificazione sistematica della valutazione cautelare dell'interesse pubblico è rinvenibile nell'idea dell'interesse legittimo come posizione dialetticamente correlata all'esercizio di una funzione pubblica. Anche dalle norme in materia di cauzione (artt. 55, 56, 61 c.p.a.) sembra potersi desumere quantomeno la generale rilevanza di una valutazione degli effetti e delle conseguenze della richiesta misura cautelare che vada oltre la sfera giuridica della sola parte richiedente. Su tale problematica v. M. LIPARI, *La nuova tutela cautelare degli interessi legittimi: il "rito appalti" e le esigenze imperative di interesse generale*, in *www.federalismi.it*, 5/2017, 17, secondo il quale «la decisione della domanda cautelare non rimane circoscritta alla prospettiva unilaterale del ricorrente e del pregiudizio da questi paventato, ma impone di considerare sempre, e in modo unitario, la complessa rete di interessi giuridici dedotti in causa». In tale contesto, conclude l'Autore, «le finalità pubbliche perseguite dalla amministrazione resistente costituiscono elemento essenziale di tale rapporto».

¹⁷ Il rapporto tra le tendenze della giurisprudenza cautelare e l'interesse pubblico, fino agli anni 2000, è ben rappresentato da A. ROMANO TASSONE, *Risarcibilità del danno e tutela cautelare amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2001, 26 ss., che classifica le diverse posizioni «a seconda dello spessore che si dia all'interesse pubblico (con)tutelato dal giudice della cautela». Secondo quest'ultimo Autore, «si possono infatti prospettare tre visioni principali di tale interesse: a) l'interesse generale della collettività alla legalità in quanto tale; b) l'interesse specifico curato dall'amministrazione nel caso concreto; c) l'interesse generale della collettività alla corretta definizione degli interessi, soggettivamente pubblici e privati, coinvolti nella decisione», con il risultato di avvalorare «il carattere prevalentemente oggettivo e non soggettivo della tutela amministrativa nel suo complesso e della cautela in particolare». L'esigenza di una valutazione attenta anche degli interessi pubblici è stata evidenziata più recentemente anche da A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2021, 294: «il giudice, ai fini dell'accoglimento dell'istanza cautelare, deve effettuare una valutazione "comparata" di tutti gli interessi in gioco, secondo criteri non codificati puntualmente dalla legge, e quindi, in definitiva, sulla base del suo prudente apprezzamento»; G. LEONE, *Elementi di diritto processuale amministrativo*, Padova, 2019, 240: «il giudice deve valutare anche il pregiudizio che dalla sospensione dell'efficacia del provvedimento deriverebbe all'amministrazione

Tale potere valutativo è lo strumento attraverso il quale il giudice verifica le possibili ricadute della misura cautelare sull'azione amministrativa e sugli interessi pubblici perseguiti attraverso la stessa.

Si tratta di un potere valutativo assai ampio, dato che il legislatore non ha codificato un criterio generale per il confronto tra i summenzionati interessi; non ha, cioè, differenziato il grado di rilevanza degli interessi coinvolti nel processo cautelare.

In tale fase, attraverso lo strumento della comparazione, il giudice amministrativo non prende in considerazione soltanto l'interesse del ricorrente, ma tutela anche l'interesse al risultato amministrativo riferibile a esigenze della collettività e che potrebbe essere irrimediabilmente compromesso dall'adozione della misura cautelare¹⁸.

Dunque, l'amministrazione di risultato, dopo aver inciso, in maniera più o meno netta, su molti istituti e sull'interpretazione degli stessi in sede giurisprudenziale sembra avviarsi a vivere una nuova stagione ispirando i più recenti tentativi di riforma in materia di contratti pubblici, sia sul versante sostanziale sia su quello processuale.

3. Principio del risultato e normativa sostanziale. Il principio del risultato nel d.lgs. n. 36/2023.

Il risultato quale «criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale»: una vera novità?

Quello del risultato è, pertanto, un obiettivo perseguito da tempo dal legislatore, sia sul piano sostanziale sia su quello processuale.

Esso ha ispirato anche numerose disposizioni in materia dei contratti pubblici.

In linea generale, il Codice del 2006 e la legge Merloni del 1994 postulavano anch'essi la centralità del risultato (ovvero di una sua peculiare declinazione), ponendosi come obiettivo comune la «qualità delle

titolare dell'interesse rappresentato nel provvedimento impugnato o alla collettività ... Ancora, oltre alla valutazione e comparazione degli interessi privati con quelli pubblici, va effettuato dal giudice anche il confronto tra più interessi pubblici eventualmente confliggenti».

¹⁸ Il questa prospettiva il risultato amministrativo è indubbiamente favorito dalla regola generale in base alla quale la sola proposizione del ricorso non determina l'automatica sospensione degli effetti dell'atto, occorrendo, viceversa, un'apposita misura cautelare rilasciata dal giudice: il legislatore non prende in considerazione soltanto l'interesse alla tutela delle situazioni giuridiche soggettive, ma salvaguarda anche gli interessi pubblici perseguiti dal provvedimento che potrebbero essere irrimediabilmente compromessi dalla sospensione automatica dello stesso. È interessante osservare come nell'ordinamento tedesco, di stampo marcatamente soggettivista, sia invece prevista la regola della sospensione automatica del provvedimento amministrativo in seguito alla proposizione del ricorso (*Suspensiveeffekt*, § 80 *Code of Administrative Court Procedure – VwGO*). Cfr. G. ADAMO, *La tutela cautelare nel giudizio amministrativo anche nella comparazione con il processo tedesco*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2019 la quale osserva che in Germania «la presentazione di un *Widerspruch* [vale a dire di un ricorso amministrativo in opposizione, ndr] o di un ricorso per l'annullamento ha come effetto automatico la sospensione dell'efficacia dell'atto amministrativo (*vorläufiger Rechtsschutz*)», pur rilevando come le eccezioni a questo automatismo si siano gradualmente moltiplicate. Sulla disciplina delle misure cautelari nell'ordinamento tedesco cfr. *funditus* F. SCHOCH, *Aufschiebende Wirkung und verwaltungsgerichtliches Aussetzungsverfahren*, in D. EHLERS, F. SCHOCH (a cura di), *Rechtsschutz im Öffentlichen Recht*, Berlin, 2009, 785 ss.; H. PUNDE, A. KLAFKI, *Administrativelaw in Germany*, in R. SEERDEN (a cura di), *Comparative administrative law. Administrative Law of the European Union, Its Member States and the United States*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2018, 49 ss., i quali, nel sottolineare la peculiarità del *suspensiveeffekt*, lo definiscono come «a very distinct feature of German administrative law» (94).

prestazioni»: l'art. 2, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 disponeva, infatti, che l'affidamento e l'esecuzione di opere e lavori pubblici, servizi e forniture dovessero «garantire la qualità delle prestazioni e svolgersi nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza ... di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, pubblicità»; l'art. 1, comma 1, l. 11 febbraio 1994, n. 109, a sua volta, stabiliva che l'attività amministrativa in materia di opere e lavori pubblici dovesse «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»¹⁹.

Più nello specifico, tra gli istituti che sono considerati attuazione del principio del risultato può annoverarsi, ad esempio, il soccorso istruttorio, che svolge una vera e propria funzione economica, rispondendo a «una logica proattiva rispetto alla necessità del perseguimento di quello che è qualificabile in termini di risultato economico “migliore”»²⁰.

In questa prospettiva, la giurisprudenza ha riconosciuto che nelle procedure ad evidenza pubblica l'istituto in parola è strumentale alla realizzazione del principio di massima partecipazione (ora consacrato nell'art. 10 del “nuovo” Codice), che costituisce, a sua volta, una preconditione necessaria per assicurare alla stazione appaltante la più ampia concorrenza tra imprese e, quindi, «il miglior risultato economico»²¹, inteso come «miglior risultato sostanziale» dell'operazione contrattuale²².

Anche la connessione teleologica tra discrezionalità amministrativa e risultato, rinvenibile nel quarto comma dell'art. 1 del d.lgs. n. 36/2023, non rappresenta una novità per la contrattualistica pubblica.

¹⁹ Sulla tendenza a identificare il buon andamento di cui all'art. 97 Cost. con la qualità del prodotto amministrativo v., in particolare, R. URSI, *Le stagioni dell'efficienza*, cit.; Id., *La giuridificazione del canone dell'efficienza della pubblica amministrazione*, in B. MARCHETTI, M. RENNA (a cura di), *La giuridificazione*, III, in L. FERRARA, D. SORACE (a cura di), *A 150 anni dall'Unificazione amministrativa italiana*, Firenze, 2016, 445 ss.

²⁰ E. FREDIANI, *Il soccorso istruttorio della stazione appaltante tra fairness contrattuale e logica del risultato economico*, in *Dir. amm.*, 2018, 660 ss., spec. 627. Sul collegamento tra principio del risultato e soccorso istruttorio si v. pure T. BONETTI, *La partecipazione strumentale*, Bologna, 2022, 166 ss. In tal senso, v. Cons. Stato, Sez. V, 21 agosto 2023, n. 7870, in www.giustizia-amministrativa.it: «l'istituto del soccorso istruttorio obbedisce, per vocazione generale (cfr. art. 6, l.n. 241/1990), ad una fondamentale direttiva antiformalistica che guida l'azione dei soggetti pubblici ed equiparati e, in particolare «con riguardo alle procedure di evidenza pubblica, esso si fa carico di evitare, nei limiti del possibile, che le rigorose formalità che accompagnano la partecipazione alla gara si risolvano – laddove sia garantita la paritaria posizione dei concorrenti – in disutile pregiudizio per la sostanza e la qualità delle proposte negoziali in competizione e, in definitiva, del risultato dell'attività amministrativa».

²¹ Cons. Stato, Sez. V, 24 luglio 2017, n. 3641, in www.giustizia-amministrativa.it.

²² Cons. Stato, Sez. V, 11 settembre 2015, n. 4249, in www.giustizia-amministrativa.it. In tal senso, più recentemente, cfr. Cons. Stato, Sez. V, 21 agosto 2023, n. 7870, in www.giustizia-amministrativa.it: «l'istituto del soccorso istruttorio obbedisce, per vocazione generale (cfr. art. 6, l.n. 241/1990), ad una fondamentale direttiva antiformalistica che guida l'azione dei soggetti pubblici ed equiparati e, in particolare «con riguardo alle procedure di evidenza pubblica, esso si fa carico di evitare, nei limiti del possibile, che le rigorose formalità che accompagnano la partecipazione alla gara si risolvano – laddove sia garantita la paritaria posizione dei concorrenti – in disutile pregiudizio per la sostanza e la qualità delle proposte negoziali in competizione e, in definitiva, del risultato dell'attività amministrativa».

Al riguardo, appare opportuno rilevare preliminarmente e in via generale, che le scelte discrezionali sono, per definizione, scelte finalisticamente orientate, in quanto tese alla realizzazione di obiettivi di interesse pubblico (e, quindi, di un risultato)²³.

In proposito, viene in mente l'insegnamento risalente, ma pur sempre attuale, di Barone, secondo il quale la «funzionalizzazione della discrezionalità alla realizzazione di un'attività efficiente» comporta la garanzia che «l'amministrazione non possa essere interamente spogliata del potere discrezionale». Invero, «se amministrare vuol dire risolvere problemi concreti, vari e mutevoli, l'operatore pubblico deve essere dotato di poteri duttili, capaci di adattarsi al caso concreto e di portare a quella scelta che di volta in volta sembrerà più opportuna».

Ma ciò, conclude l'illustre autore, «può essere assicurato soltanto dall'attribuzione del potere discrezionale»²⁴.

La propensione verso il risultato è, dunque, caratteristica di ogni azione amministrativa (anche di quella vincolata e tecnico-discrezionale), perché ogni potere amministrativo presuppone un interesse pubblico da realizzare.

Sicché, la conclamata funzionalizzazione della discrezionalità amministrativa alla realizzazione di specifici interessi pubblici rende tautologica l'enfasi posta dal legislatore sulla rilevanza del risultato.

Con specifico riferimento al settore dei contratti pubblici, la funzionalizzazione della discrezionalità amministrativa al conseguimento di specifici obiettivi (o, se si preferisce, risultati) è chiaramente rinvenibile, ad esempio, nell'art. 2 della direttiva 2014/23/UE (cd. "direttiva concessioni"), che ha espressamente riconosciuto la «libertà» (*rectius*, discrezionalità) delle autorità pubbliche nell'organizzazione e nella gestione dei servizi, onerando queste ultime della connessa responsabilità di

²³ Sul principio di funzionalità dell'azione amministrativa, si rinvia a F. BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per eccesso della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, ora anche in *Scritti giuridici*, II, Milano, 2006, 991 ss.; Id., *Funzione amministrativa, procedimento e processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, ora anche in *Scritti giuridici*, II, cit., 1117 ss. Sul collegamento tra attività e funzione si veda, in particolare, C. MORTATI, *Discrezionalità*, in *Noviss. dig. it.*, V, Torino, 1960, 1100, secondo il quale presupposto della discrezionalità è, «in primo luogo, il carattere funzionale del potere (intendendo il termine funzione in quello dei suoi significati in cui si esprime del potere con interessi non propri del soggetto agente, potere che perciò assume il carattere di *munus*) da cui deriva l'obbligo che il suo esercizio si effettui in modo da soddisfare la funzione». Accanto a questa linea di pensiero non si possono poi trascurare gli studi di Massimo Severo Giannini, il quale, in uno dei suoi maggiori contributi alla scienza giuridica e alla sistematizzazione dei principali concetti e nozioni del diritto amministrativo, intuendo il ruolo fondamentale che riveste l'interesse pubblico nell'esercizio del potere discrezionale, descriveva appunto la discrezionalità come una ponderazione comparativa tra l'interesse «attribuito alla cura funzionale dell'autorità, che si può denominare "interesse essenziale", e altri interessi che di fronte al primo «hanno carattere secondario (e si possono denominare "interessi secondari")»: M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, 1939, 77 e, in termini simili, 101 («l'apprezzamento di opportunità della discrezionalità amministrativa consiste nella valutazione, compiuta dall'autorità, dell'interesse essenziale che forma oggetto della sua cura, al lume degli interessi secondari ad esso ordinati»). Dello stesso Autore v., altresì, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1993, 49, ove si riafferma la concezione della discrezionalità come una «ponderazione comparativa di più interessi secondari in ordine ad un interesse primario».

²⁴ G. BARONE, *Discrezionalità (Diritto amministrativo)*, in *Enc. giur.*, XI, Roma, 1989, 3.

assicurarne un'erogazione conforme a determinati valori, quali «un alto livello di qualità, sicurezza e accessibilità economica, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utenza».

Tale norma, da un lato, ha riconosciuto in capo alle amministrazioni aggiudicatrici un ampio potere discrezionale nell'organizzazione e nella gestione dei servizi pubblici e, dall'altro, ha indirizzato tale potere al perseguimento dei summenzionati obiettivi valoriali²⁵.

Nel declinare il «principio di libera amministrazione», sancito dall'art. 2 della direttiva 2014/23/UE, il previgente codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, all'art. 166 (rubricato, appunto, «Principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche») aveva espressamente ribadito la «libertà» (da intendersi come discrezionalità, dato che l'attività amministrativa è, per definizione, funzionalizzata) delle amministrazioni aggiudicatrici «di organizzare la procedura per la scelta del concessionario», nonché «di decidere il modo migliore per gestire l'esecuzione dei lavori e la prestazione dei servizi», definendo al contempo il risultato da perseguire, vale a dire «garantire un elevato livello di qualità, sicurezza ed accessibilità, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utenza nei servizi pubblici»²⁶.

Dunque, a ben vedere, anche nel d.lgs. n. 50 del 2016 era rinvenibile una certa funzionalizzazione della discrezionalità amministrativa al conseguimento di specifici risultati di interesse pubblico.

Questo vuol dire che già prima del varo del «nuovo» Codice il risultato costituiva un «criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale»²⁷, in particolare di quello concernente l'organizzazione delle procedure per la scelta dei concessionari.

Il collegamento teleologico tra discrezionalità amministrativa e risultato è stato riaffermato non soltanto, in maniera generica, nel citato quarto comma dell'art. 1 del d.lgs. n. 36/2023, ma, in modo più specifico, anche nel successivo art. 7, che riprende, in parte, la struttura e lo spirito del previgente art. 166: la disposizione, per un verso, proclama il «principio di auto-organizzazione amministrativa» nell'affidamento dei contratti di lavori, servizi e forniture e, per altro verso, orienta positivamente la

²⁵ Per un'analisi del potere discrezionale delle pubbliche amministrazione nella gestione dei servizi pubblici sia consentito rinviare a G. TAGLIANETTI, *Discrezionalità amministrativa e servizi pubblici locali. Contributo allo studio del potere decisionale degli enti locali nella gestione dei servizi pubblici*, Napoli, 2019. Da ultimo, in argomento, cfr. F. FIGORILLI, *Servizi pubblici e discrezionalità*, in *Annuario AIPDA 2022*, Napoli, 2023, 172 ss.

²⁶ La disposizione evoca il complicato concetto di responsabilità funzionale su cui v. A. CASSATELLA, *La responsabilità funzionale nell'amministrare. Termini e questioni*, in *Dir. amm.*, 2018, 677 ss. L'Autore, in particolare, ripercorre i fondamenti teorici della responsabilità *ex ante* della pubblica amministrazione, la quale implica «un'attribuzione di poteri di iniziativa e di intervento finalizzati alla realizzazione di specifici effetti giuridici, che vincolano funzionalmente la sua azione ad uno scopo, o ad un risultato, da realizzarsi in futuro».

²⁷ Di ciò sembra essere consapevole anche la giurisprudenza più recente, secondo cui il principio del risultato «poteva ritenersi ben presente nell'ordinamento dei pubblici appalti anche in costanza del precedente regime normativo (decreto legislativo n. 50 del 2016)»: così, Cons. Stato, sez. V, 15 novembre 2023, n. 9790, in www.giustizia-amministrativa.it.

discrezionalità riconosciuta agli enti pubblici verso il conseguimento di specifici «obiettivi di universalità, socialità, efficienza, economicità, qualità della prestazione, celerità del procedimento e razionale impiego di risorse pubbliche»²⁸.

Tale norma è importante ai fini della presente indagine in quanto individua gli obiettivi (prevalentemente economici e sociali) e, quindi, i risultati che l'azione amministrativa deve perseguire nell'esercizio del potere (discrezionale) di scelta tra l'esternalizzazione e l'«auto-produzione».

Da essa è, pertanto, desumibile in maniera implicita una peculiare declinazione di risultato nel contesto dei contratti pubblici, riconducibile alle ricadute positive sul piano sociale arretrate alla collettività amministrata dalla scelta gestionale²⁹.

È interessante notare che rispetto alla normativa previgente il principio di «auto-organizzazione» amministrativa è stato opportunamente esteso anche agli appalti pubblici (il previgente art. 166 era riferito alle sole concessioni); inoltre, nel novero degli obiettivi a cui deve tendere la discrezionalità delle stazioni appaltanti e degli enti concedenti sono stati inseriti quelli di «socialità» e di «celerità del procedimento».

Dunque, nel settore dei contratti pubblici, la discrezionalità amministrativa viene ancora una volta configurata come un indispensabile strumento per il conseguimento del risultato nell'interesse della collettività; viene ancora una volta in rilievo, cioè, l'idea di «amministrazione di risultato»³⁰, intendendosi per risultato «la capacità dell'organizzazione pubblica di produrre qualcosa di utile all'individuo ed alla collettività ad un tempo, investendo le risorse che la collettività medesima ha messo a disposizione in funzione del conseguimento di quella utilità»³¹.

3.1. Le possibili ricadute della codificazione del principio del risultato e della sua qualificazione come «criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale»

Da quanto sopra è emerso come il d.lgs. n. 36/2023 abbia riconosciuto in maniera espressa un principio, quello del risultato, già implicito in numerose disposizioni del nostro ordinamento e, in particolar modo, nella disciplina dei contratti pubblici.

Occorre adesso verificare quali sono le possibili ricadute derivanti dalla codificazione del principio del risultato e, in particolare, dalla sua qualificazione come «criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale».

²⁸ Come osserva G. NAPOLITANO, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2023, 295 si tratta di una previsione coerente con il «principio di libera amministrazione» che apre la citata direttiva 2014/23/EU in materia di concessioni.

²⁹ Il collegamento esistente tra l'art. 7 del d.lgs. n.36/2023 e il principio del risultato è colto anche dal Consiglio di Stato nella relazione illustrativa al Codice: «La disposizione si ricollega ai principi della fiducia e del risultato, che orienta[no] la scelta dell'Amministrazione anche nella scelta tra mercato e autoproduzione ... ».

³⁰ V, *retro*, nt. 12.

³¹ R. URSI, *Le stagioni dell'efficienza*, cit., 339.

A tal fine, è doveroso soffermarsi principalmente sul quarto comma dell'art. 1, in base al quale il principio del risultato «costituisce criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto».

Per comprendere appieno la portata di tale disposizione occorre preliminarmente individuare le scelte discrezionali che le stazioni appaltate compiono nell'ambito delle procedure di gara.

Al riguardo, come si è avuto modo di osservare altrove³², le decisioni discrezionali attinenti all'organizzazione delle procedure di gara per l'affidamento di contratti pubblici possono riguardare una molteplicità di aspetti, quali, ad esempio, la scelta tra esternalizzazione e auto-produzione, la scelta del modello contrattuale a cui ricorrere (appalto o concessione), la scelta dei requisiti di partecipazione dei concorrenti, ovvero dei criteri di aggiudicazione e di valutazione delle offerte.

Tali scelte sono espressione di discrezionalità eminentemente amministrativa, «dato che l'individuazione dei mezzi più idonei per la miglior cura dell'interesse pubblico involge una scelta di opportunità»³³.

In questa fase l'attribuzione di poteri discrezionali alla pubblica amministrazione si ripropone come essenziale rispetto all'efficace svolgimento delle procedure di gara preordinate all'affidamento di lavori, servizi e forniture: per tale ragione la dottrina ha sostenuto che «la limitazione della discrezionalità amministrativa, soprattutto nel caso di contratti complessi, è fonte di inefficienza, dal momento che impedisce la costruzione di procedure di affidamento esattamente calibrate sul contratto da aggiudicare e eseguire»³⁴.

Come sostenuto costantemente dalla giurisprudenza, nell'esercizio del predetto potere discrezionale l'amministrazione è tenuta al rispetto dei principi di buon andamento, proporzionalità, ragionevolezza e non discriminazione³⁵.

³² G. TAGLIANETTI, *Discrezionalità amministrativa e servizi pubblici locali*, cit., 134 ss.

³³ Cons. Stato, sez. V, 21 novembre 2007, n. 5911, in *Foro amm. C.d.S.*, 2007, 3153; nello stesso senso v. altresì 16 febbraio 2009, n. 837, *Ivi*, 2009, 452; 16 giugno 2010, n. 3806, *Ivi*, 2010, 1275.

³⁴ G. FIDONE, *La corruzione e la discrezionalità amministrativa: il caso dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 332.

³⁵ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 11 gennaio 2006, n. 28, in *Giur. it.*, 2006, V, 1053: «l'attribuzione di uno specifico punteggio che miri a valorizzare in maniera differenziale un determinato nesso di collegamento con il territorio di riferimento dell'amministrazione indicente può considerarsi ammissibile soltanto se non preponderante rispetto agli altri criteri di selezione e, soprattutto, se funzionale all'esigenza di migliorare l'erogazione dei servizi affidati»; Cons. Stato, sez. V, 10 novembre 2009, n. 7259, in *Foro amm. C.d.S.*, 2009, 2604: «la scelta da parte dell'amministrazione dei criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, pur essendo connotata da ampia discrezionalità, deve avvenire nel rispetto dei principi di proporzionalità, ragionevolezza e non discriminazione, dovendo in ogni caso i singoli criteri essere riferiti direttamente ed esclusivamente alle prestazioni che formano oggetto specifico dell'appalto ed essere pertinenti alla natura, all'oggetto ed al contenuto del contratto»; TAR Calabria, Catanzaro, 20 marzo 2017, n. 467, in www.giustizia-amministrativa.it: «anche per la determinazione dei criteri da individuare per selezionare i concorrenti, l'amministrazione è dotata di un'ampia discrezionalità, tale da consentire la sindacabilità da parte dell'autorità giudiziaria nelle sole ipotesi in cui ciò si traduca in illogicità o irragionevolezza della stessa».

In tale contesto la discrezionalità deve, invero, esplicitarsi «... alla luce degli interessi da perseguire e delle circostanze specifiche della singola procedura»³⁶, in funzione «... delle peculiarità specifiche dell'appalto, e dunque dell'importanza che, nel caso concreto, ha il fattore prezzo o l'elemento qualità»³⁷; di talché, «la giusta combinazione tra gli elementi qualitativi ed il prezzo, ai fini di una corretta ponderazione, va ricercata non in un apprezzamento arbitrario dell'amministrazione appaltante, ma nella relazione tra bilanciamento dei criteri e caratteristiche del servizio, posto che da esse può ricavarsi se siano o meno prevalenti gli elementi legati ad aspetti qualitativi rispetto al dato puramente economico»³⁸.

Ciò premesso, non sembra che l'enunciazione del principio del risultato possa esercitare una specifica incidenza sulle decisioni discrezionali concernenti l'organizzazione e la gestione delle procedure di gara preordinate alla stipula di contratti pubblici.

Questo per due ordini di ragioni strettamente interconnesse: come già detto, il Codice non reca una precisa definizione di risultato e, inoltre, non pone una chiara e predeterminata gerarchia di prevalenza tra il principio di risultato e altri principi con esso potenzialmente confliggenti quali, ad esempio, quelli di legalità, trasparenza, pubblicità, imparzialità, non discriminazione.

In proposito, si osserva che la nozione di risultato amministrativo presenta un'accezione assai ampia e complessa nel contesto della contrattualistica pubblica³⁹.

³⁶ Cons. Stato, sez. V, 22 giugno 2010, n. 3890, in *Foro amm. C.d.S.*, 2010, 1284: in tale controversia, relativa all'affidamento del servizio di distribuzione del gas naturale, il giudice ha ritenuto ragionevole e proporzionata la scelta di attribuire un peso prevalente (due terzi circa) all'elemento economico, in ragione del fatto che «l'elemento qualitativo non viene marginalizzato in modo da perdere ogni rilievo al fine di influenzare la scelta dell'aggiudicatario» e della ulteriore considerazione che «il riconoscimento di un rilievo significativo al dato economico appare giustificato (...) dalla decisione dell'amministrazione di farsi integralmente carico dell'onere di rimborso spettante al gestore uscente ai sensi dell'art. 14, comma 8, d.lgs. n. 164 del 2000, esonerando così i partecipanti dall'obbligo di sostenere il relativo costo».

³⁷ Cons. Stato, sez. VI, 4 settembre 2006, n. 5100, in *Foro amm. C.d.S.*, 2006, 2567, con cui il giudice ha ritenuto ragionevole la scelta della pubblica amministrazione di dare prevalenza all'elemento del prezzo rispetto a quello qualitativo, in considerazione della «semplicità» del servizio oggetto dell'appalto (trasporto marittimo dall'isola d'Elba all'isola di Pianosa a fini turistici, con una serie di servizi aggiuntivi, quali trekking, snorkeling e simili).

³⁸ Cons. Stato, sez. 9 giugno 2008, n. 2848, in *www.giustizia-amministrativa.it*, con cui il giudice ha ritenuto irragionevole l'«appiattimento» (o, se si preferisce, la «dequotazione») dell'elemento prezzo, in considerazione delle caratteristiche del servizio oggetto della procedura a evidenza pubblica, giacché quest'ultimo si riferiva «alla «gestione totale quinquennale (conduzione, fornitura combustibile, manutenzione ordinaria) e manutenzione straordinaria per il ripristino funzionale degli impianti termici al servizio degli edifici scolastici e varie dipendenze comunali», cioè ad un servizio di tipo ordinario, non caratterizzato da un particolare valore tecnologico, ma con una forte connotazione di fornitura di beni fungibili, che qualsiasi offerente, ovviamente dotato di una adeguata organizzazione, sarebbe in grado di fornire secondo la qualità richiesta dall'amministrazione» (pt. 4). Lo sviluppo del ragionamento e la giurisprudenza citata sono tratti da D. SENZANI, *Discrezionalità della pubblica amministrazione ed offerta economicamente più vantaggiosa*, in *Riv. trim. app.*, 2013, 901 ss., a cui si rinvia per una compiuta ricostruzione del contenuto della discrezionalità amministrativa nella organizzazione delle procedure di gara preordinate all'affidamento di contratti pubblici. In argomento, si veda pure C. PASUT, *La discrezionalità nella scelta dei criteri di aggiudicazione per gli appalti pubblici (gli orientamenti del giudice amministrativo e della Corte di giustizia)*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2005.

³⁹ Su tale aspetto, v. S. PERONGINI, *Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo di codice dei contratti pubblici*, in G. CORSO, M. IMMORDINO (a cura di), *Studi in onore di Filippo Savia*, Napoli, 2022, 517 ss., ove si evidenzia opportunamente come la nozione di «risultato amministrativo» abbia natura relazionale e sia destinata a mutare con il modificarsi del termine di riferimento.

È ovvio che il principio del risultato non si risolve nella sola tempestività dell'azione amministrativa, ossia nel fornire alla collettività in tempi rapidissimi l'opera, la fornitura o il servizio.

Non sembra, cioè, che tale principio possa ritenersi pienamente soddisfatto laddove i lavori non siano realizzati dal migliore operatore economico alle migliori condizioni possibili e, a maggior ragione, a fronte di aggiudicazioni condizionate da fatti corruttivi o da fatti illeciti che possono aver turbato la genuinità della procedura di gara⁴⁰.

L'obiettivo di garantire il tempestivo espletamento delle procedure di gara non può essere scisso da quello di assicurare la qualità delle opere pubbliche e la regolarità delle stesse procedure; tali obiettivi, al contrario, vanno ricondotti ad unità superando ogni possibile antinomia.

Dunque, ciò che più si rileva è che il legislatore non specifica quale di queste distinte declinazioni del risultato debba essere perseguita in via prioritaria dall'amministrazione; né, tantomeno, chiarisce fino a che punto le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono spingersi per favorire il principio del risultato rispetto ad altri principi.

Al riguardo, le concrete ricadute della esplicita enunciazione del principio del risultato sono attenuate dalla proclamazione, nello stesso articolo 1, di altri principi, quali quelli di legalità e trasparenza, potenzialmente confliggenti con lo stesso⁴¹.

Pertanto, il raggiungimento del risultato, pur rappresentando il primo indirizzo che il legislatore assegna alla stazione appaltante, deve pur sempre esser coniugato con la congerie di principi e obiettivi che il Codice mira a perseguire (non dimentichiamo tra gli altri, oltre a quelli già menzionati, gli obiettivi dell'Unione europea, *ex art. 1, comma 3*, quelli sociali e ambientali, menzionati agli artt. 7 e 57).

Per essere ancor più chiari, questo vuol significare in concreto che la stazione appaltante non potrebbe, in nome del risultato (o di un risultato, quale può essere la rapida realizzazione di un'opera pubblica), decidere "discrezionalmente" (*recte*: arbitrariamente) di "sorvolare" su alcuni vizi di offerte considerate particolarmente convenienti, di eludere lo svolgimento di una gara oppure, durante la fase esecutiva del contratto, di autorizzare varianti o procedere a rinegoziazioni al di fuori dei casi in cui ciò sia espressamente consentito dalla legge⁴².

⁴⁰ Come evidenziato da M.A. SANDULLI, *Prime considerazioni sullo Schema del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in www.giustiziasieme.it, 2022, § 2, «la certezza e la prevedibilità delle regole è invero un principio e un canone ermeneutico irrinunciabile, che non può essere sacrificato in nome della rapidità ad ogni costo dell'affidamento e dell'esecuzione di prestazioni che, deviando dal rispetto delle regole, non assicurino la qualità soggettiva del contraente e contenutistica dell'offerta».

⁴¹ Sul problematico rapporto tra risultato e legalità si vedano, in particolare, i contributi pubblicati in M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, 2004.

⁴² In merito al pericolo che in nome del raggiungimento del risultato possano trovare giustificazione scelte autoritarie della pubblica amministrazione lesive degli interessi degli operatori economici, v., in particolare, D. CAPOTORTO, *I rischi di derive autoritarie nell'interpretazione del principio del risultato e l'indissolubilità del matrimonio tra buon andamento e imparzialità dell'amministrazione*, in www.federalismi.it, 2023.

La circostanza che l'amministrazione sia chiamata ad agire con celerità, in vista della realizzazione di risultati concreti, non implica che essa sia libera di non osservare la legge: il principio di legalità non può essere attenuato, o addirittura compresso, in nome di un' indefinita idea di "risultato a tutti i costi"; detto altrimenti, «il fine e cioè il raggiungimento del risultato non giustifica i mezzi ove questi siano in contrasto con le norme»⁴³.

Alla stessa stregua, si ritiene che l'enunciazione del principio del risultato non potrebbe mai legittimare un sindacato giurisdizionale più flebile nei confronti di un atto che abbia comunque conseguito certi obiettivi⁴⁴.

Una diversa interpretazione comporterebbe, infatti, un indebito sacrificio dei principi di legalità e di concorrenza (anch'essi, peraltro, proclamati nel primo articolo del d. lgs. n. 36/2023)⁴⁵.

A questo proposito, è importante chiarire che quando il d.lgs. n. 36/2023, al secondo comma dall'art. 1, comma 2, stabilisce che «la concorrenza tra gli operatori economici è funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti», esso in realtà non subordina il principio di concorrenza a quello del risultato, ma si limita prendere atto del fatto che il rispetto delle regole concorrenziali è funzionale al buon andamento delle amministrazioni nazionali, ossia che il risultato non può prescindere dal rispetto della normativa a tutela della concorrenza⁴⁶.

L'art. 1, cioè, non fa altro che ribadire che concorrenza e legalità non bastano perché si possa parlare di «buona amministrazione»⁴⁷.

Alla luce di quanto sinora esposto, dunque, il d.lgs. n. 36/2023 non sembra idoneo a realizzare i propositi di rilancio della discrezionalità amministrativa enunciati dal legislatore.

In realtà, l'assenza di una chiara e specifica definizione di risultato lascia intatta la discrezionalità delle amministrazioni aggiudicatrici nella selezione degli interessi da tutelare in via prioritaria e nella definizione

⁴³ D. IARIA, *I super principi generali: risultato, fiducia e accesso al mercato*, in G.F. CARTEI, D. IARIA (a cura di), *Commentario al nuovo Codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2023, 8.

⁴⁴ Come osserva in proposito D. IARIA, *op. cit.*, 15, v'è da sperare che il principio del risultato «non venga impropriamente richiamato da qualche giudice per giustificare provvedimenti illegittimi il cui annullamento recherebbe pregiudizio all'amministrazione; in tal caso il risultato dell'applicazione del principio del risultato sarebbe solo la generazione di ulteriore incertezza del diritto se non la legittimazione del fatto (illegittimo) compiuto».

⁴⁵ Come avverte opportunamente S. CASSESE, *op. cit.*, 9, sarebbe del tutto erroneo ritenere che «l'agire efficace possa sacrificare quello legale» e che «ciò che è efficace possa per ciò solo essere legale».

⁴⁶ D'altronde, tale assunto era già stato enunciato dalla giurisprudenza prima dell'entrata in vigore del "nuovo" Codice: «l'interesse pubblico alla tutela della concorrenza portato dalla normativa sui contratti pubblici è funzionale comunque alla tutela dell'interesse dell'amministrazione all'acquisizione di beni o servizi destinati a soddisfare le specifiche esigenze della collettività di cui essa è tributaria, come definite nella *lex specialis* di gara. [...] La natura del procedimento di evidenza pubblica come sede nella quale vengono create artificialmente le condizioni di concorrenza non deve infatti far perdere di vista la funzione del procedimento medesimo, che è quella, pur in un contesto concorrenziale, di acquisire beni e servizi maggiormente idonei a soddisfare l'interesse pubblico specifico portato dall'amministrazione aggiudicatrice»: così, Cons. Stato, Sez. III, 25 giugno 2020, n. 4086, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴⁷ In tal senso, v. F. SAIITA, *op. cit.*, § 6.

degli obiettivi concreti da raggiungere in termini di economicità, tempestività, trasparenza, qualità (e, quindi, anche di sostenibilità ambientale)⁴⁸.

In questa prospettiva, la discrezionalità si conferma uno strumento indispensabile per bilanciare e cercare di equilibrare nel modo più ragionevole, a seconda dei diversi contesti, le molteplici esigenze sottese alle procedure preordinate alla stipula di contratti pubblici.

4. Principio del risultato e normativa processuale. La centralità del risultato nella speciale disciplina processuale in materia di contratti pubblici

Dalle pagine precedenti è emerso come l'enunciazione del principio del risultato a opera del “nuovo” Codice configuri la riproposizione formale di un principio immanente alla disciplina dei contratti pubblici, già in vario modo enunciato e declinato nella legislazione previgente, seppure in via indiretta⁴⁹.

La previsione - di cui all'art. 1, comma 1, d.lgs. n. 36/2023 - in base alla quale le stazioni appaltanti e gli enti concedenti debbono perseguire obiettivi di tempestività, qualità ed economicità, appare un'affermazione di principio tanto generica quanto tautologica.

In questa prospettiva, il “nuovo” Codice non sembra apportare sostanziali novità rispetto alla previgente normativa, dato che esso non reca una precisa definizione di risultato e, soprattutto, non pone una chiara e predeterminata gerarchia di prevalenza tra il principio di risultato e altri principi con esso potenzialmente confliggenti.

Al contrario, il d.lgs. n. 36/2023 accenna a un timido ritorno al passato: alla visione “pro-concorrenziale” sembra voler sostituire una visione “neo-contabilistica” nella quale la disciplina dell'evidenza pubblica è principalmente funzionale all'interesse del committente pubblico a realizzare opere, assicurare servizi e acquisire forniture a beneficio della collettività⁵⁰.

⁴⁸ È pur vero che l'attenuazione dell'obbligo di gara e la conseguente semplificazione di alcune procedure di affidamento possono essere letti come interventi normativi attuativi del principio del risultato, volti a valorizzare la discrezionalità degli amministratori pubblici. Sul punto, v. F. CINTIOLI, *Il principio del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, cit., § 4, ove si osserva che la tutela della concorrenza non suggerisce una riduzione della discrezionalità amministrativa e non richiede necessariamente la previsione di procedimenti di gara complessi. Sulla tendenza legislativa a velocizzare le procedure di gara attraverso l'ampliamento della possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di ricorrere all'affidamento diretto ovvero alla procedura negoziata v. A. MASSARI, *Gli appalti pubblici, tra strategie emergenziali, PNRR e riforme sistemiche*, in *App. contr.*, n. 12/2021.

⁴⁹ In proposito, v. F. SAIITTA, *op. cit.*, § 6, secondo cui «il principio del risultato – che a detta di tutti è quello che dovrebbe rappresentare la “svolta”, la “nuova principale bussola della disciplina dei contratti pubblici” – è in fondo espressione della c.d. amministrazione «di risultato», che non rappresenta certo una novità per il diritto amministrativo, al pari dei correlati criteri dell'efficienza, dell'efficacia e dell'economicità, di cui parlavano già i precedenti codici dei contratti pubblici e, prim'ancora, la legge n. 241 del 1990: tale principio poteva, pertanto, già ritenersi implicitamente sotteso alla disciplina della contrattualistica pubblica».

⁵⁰ Com'è noto, per molti decenni la base normativa fondamentale del sistema dei “pubblici incanti” era contenuta nel r.d. 18 novembre 1923, n. 2440 (recante «Nuove disposizioni sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato») e nel regolamento attuativo approvato con r.d. 23 maggio 1924, n. 824. Tali norme miravano principalmente ad assicurare le condizioni economiche più favorevoli per l'amministrazione, mettendo in concorrenza

Tanto premesso in merito ai profili sostanziali del principio del risultato, occorre adesso analizzare il ruolo che il medesimo principio riveste nella normativa processuale.

A questo proposito, ad avviso di chi scrive, è nella speciale disciplina processuale dei contratti pubblici che il principio in parola trova la sua più compiuta realizzazione, soprattutto alla luce di alcune importanti novità introdotte dalla normativa emergenziale.

Le disposizioni di carattere processuale attribuiscono un ruolo di assoluto rilievo a quello che è stato efficacemente definito l'«interesse realizzativo»⁵¹, vale a dire l'interesse dell'amministrazione a conseguire il risultato materiale finale consistente nella realizzazione di un'opera o nell'erogazione di un servizio.

Frammenti o prodromi del principio del risultato si colgono chiaramente nella previsione di cui all'art. 120, comma 10, che impone al giudice amministrativo di tenere conto, in sede di decisione sulla domanda cautelare, dell'«interesse generale all'esecuzione del contratto»: il potere valutativo che la norma in parola attribuisce al giudice è lo strumento attraverso il quale quest'ultimo verifica le possibili ricadute della misura cautelare sull'azione amministrativa e sui risultati perseguiti attraverso la stessa.

La comparazione da effettuare in sede di valutazione dell'istanza cautelare *ex* art. 120 non è dissimile da quella che il giudice amministrativo compie nella generalità dei casi⁵²: in materia di contratti pubblici, però, il giudice è maggiormente vincolato nel suo scrutinio essendo tenuto a fornire una congrua motivazione in merito alle ragioni per le quali reputa l'interesse individuale del ricorrente prevalente rispetto agli interessi pubblici coinvolti nella fattispecie.

L'obiettivo è quello di contenere i provvedimenti cautelari inibitori delle aggiudicazioni «per contrastare possibili sconfinamenti di quelle asimmetrie che in nome dell'effettività della tutela del ricorrente possono condurre alla compromissione degli obiettivi dell'intera azione amministrativa in cui si iscrive l'atto impugnato»⁵³.

Ulteriori tracce del principio di risultato possono cogliersi nell'art. 121 c.p.a. che garantisce la permanenza dell'efficacia del contratto nonostante il ricorrere di «gravi violazioni» «qualora venga accertato che il rispetto di esigenze imperative connesse a un interesse generale imponga che i suoi effetti siano

le imprese, e ad attenuare il rischio di fenomeni corruttivi. Sull'evoluzione della disciplina degli appalti pubblici e sull'impatto del diritto europeo con la conseguente emersione dell'interesse all'apertura alla concorrenza, cfr. M. D'ALBERTI, *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2008, 297 ss.; M. CLARICH, *Contratti pubblici e concorrenza*, in *Astrid rassegna*, n. 19/2015.

⁵¹ L.R. PERFETTI, *Art. 1*, in ID. (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, Milano, 2023, 3 ss., spec. 8.

⁵² V., *supra*, § 2.

⁵³ G. SEVERINI, *Tutela cautelare e interesse generale*, in M.A. SANDULLI, F. FRANCIARIO (a cura di), *Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa*, Napoli, 2017, 126. In linea con questa interpretazione è stato osservato come «il contesto processuale della tutela cautelare esprim[a] ancora le problematiche trasformazioni del processo e della protezione dell'interesse legittimo, che continua il suo incessante movimento, sospeso tra l'effettività della protezione del soggetto privato e la salvaguardia degli interessi pubblici»: M. LIPARI, *La nuova tutela cautelare degli interessi legittimi: il "rito appalti" e le esigenze imperative di interesse generale*, cit. 65.

mantenuti»: dato che tra tali esigenze rientrano espressamente quelle connesse alla circostanza che l'unico soggetto in grado di completare l'esecuzione dell'opera, del servizio o della fornitura sia l'originario aggiudicatario, è evidente che la norma non mira a realizzare soltanto la tutela processuale del ricorrente, ma prende in considerazione anche gli obiettivi di interesse pubblico sottesi all'esecuzione del contratto, soprattutto quando quest'ultimo rivesta una certa utilità sociale⁵⁴.

Nella stessa direzione, l'art. 122 c.p.a. attribuisce al giudice amministrativo il potere di non dichiarare l'inefficacia del contratto nonostante l'illegittimità dell'aggiudicazione: tale decisione deve prendere in considerazione - oltre all'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, allo stato di esecuzione del contratto e alla possibilità di subentrare nel contratto, nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara - gli «interessi delle parti» e, quindi, anche l'interesse della pubblica amministrazione al conseguimento degli obiettivi di interesse pubblico prefissati.

In tal modo, si consente al giudice amministrativo di limitare la tutela delle situazioni giuridiche soggettive qualora la declaratoria di inefficacia del contratto comprometta il raggiungimento dei suddetti obiettivi, in una logica di risultato e di efficacia dell'intera procedura di gara.

La norma in parola attribuisce al giudice amministrativo il compito di effettuare una complessa valutazione involgente una molteplicità di interessi contrapposti e di varia natura, tra cui l'interesse pubblico dell'amministrazione al conseguimento del risultato.

In tale conteso il ruolo della discrezionalità giudiziale⁵⁵ è amplificato dalla circostanza che il legislatore non differenzia il grado di rilevanza dei summenzionati interessi.

⁵⁴ Per un corretto inquadramento del concetto di «esigenze imperative connesse ad un interesse generale» v. M. LIPARI, *La nuova tutela cautelare degli interessi legittimi: il "rito appalti" e le esigenze imperative di interesse generale*, in www.federalismi.it, n. 5/2017, spec. 36 ss. Secondo quest'ultimo Autore per individuare i motivi imperativi di interesse generale occorre fare riferimento a quelli riconosciuti come tali dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, tra i quali rientrano, ad esempio, l'ordine pubblico, la sicurezza pubblica, l'incolumità pubblica, la sanità pubblica, il mantenimento dell'equilibrio finanziario del sistema di sicurezza sociale, la tutela dei consumatori, dei destinatari di servizi e dei lavoratori, la tutela dell'ambiente, incluso l'ambiente urbano, la salute degli animali, la conservazione del patrimonio nazionale storico e artistico, gli obiettivi di politica sociale e di politica culturale. Come osserva in proposito M.A. SANDULLI, *Nuovi limiti alla tutela giurisdizionale in materia di contratti pubblici*, in www.federalismi.it, n. 15/2017, «anche la direttiva Bolkestein (n. 2006/123/CE), per individuare i motivi imperativi di interesse generale, fa riferimento a quelli riconosciuti come tali dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, tra i quali: "l'ordine pubblico, la sicurezza pubblica, l'incolumità pubblica, la sanità pubblica, il mantenimento dell'equilibrio finanziario del sistema di sicurezza sociale, la tutela dei consumatori, dei destinatari di servizi e dei lavoratori, l'equità delle transazioni commerciali, la lotta alla frode, la tutela dell'ambiente, incluso l'ambiente urbano, la salute degli animali, la proprietà intellettuale, la conservazione del patrimonio nazionale storico ed artistico, gli obiettivi di politica sociale e di politica culturale" (art. 4, par. 1, n. 8)».

⁵⁵ Per un'approfondita analisi della discrezionalità nel campo giudiziario, cfr. F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano, 1965; A. RASELLI, *Studi sul potere discrezionale del giudice civile*, Milano, 1975; A. BARAK, *Judicial Discretion*, New Haven, 1989, trad. it. a cura di I. Mattei, *La discrezionalità del giudice*, Milano, 1995; R. GUASTINI, *Principi di diritto e discrezionalità giudiziale*, in *Dir. pubbl.*, 1998, p. 641 ss. Per una disamina della discrezionalità del giudice amministrativo si veda, per tutti, P. GOTTI, *Considerazioni su sorte del contratto di appalto pubblico e discrezionalità del giudice amministrativo*, in *Ann. Fac. Giur. Univ. Camerino*, n. 1/2012, a cui si rinvia anche per ulteriori e ampi richiami bibliografici di dottrina.

L'art. 122 c.p.a. appare sintomatico del mutamento della veste del giudice amministrativo, che dismette temporaneamente gli abiti di mero censore della legittimità dei provvedimenti per indossare quelli del “regolatore”, o “amministratore”, dei rapporti tra pubblica amministrazione e cittadini⁵⁶.

Il processo amministrativo diventa, di conseguenza, non più soltanto il mezzo per assicurare la protezione degli interessi legittimi, ma anche lo strumento per individuare e scegliere quale interesse (pubblico o privato) debba prevalere nel caso concreto⁵⁷; ossia lo strumento per la tutela dell'interesse pubblico concreto che l'amministrazione non ha potuto o saputo tutelare nel corso della sua azione.

Con riguardo a quest'ultimo aspetto, in dottrina è stata prospettata la tesi secondo la quale attraverso la giurisdizione di merito (nel novero della quale la dottrina prevalente riconduce la giurisdizione amministrativa in ordine alla sorte del contratto⁵⁸) il legislatore avrebbe inteso investire il giudice anche della cura dell'interesse pubblico⁵⁹.

Nelle fattispecie sopra richiamate il legislatore ha posto rilevanti limiti all'effettività della tutela giurisdizionale in nome di un risultato *ante litteram* che altro non è se non l'interesse pubblico concreto alla realizzazione dell'opera o alla prestazione del servizio nei tempi previsti⁶⁰.

⁵⁶ Per un esame in chiave diacronica del progressivo cambiamento delle funzioni del giudice amministrativo, cfr., in particolare, L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2001; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Le trasformazioni della giustizia amministrativa*, Milano, 2010; F.G. Scoca, *La genesi del sistema delle tutele nei confronti della pubblica amministrazione*, in Id. (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2011, 3 ss.; F. PATRONI GRIFFI, *Una giustizia amministrativa in perenne trasformazione: profili storico-evolutivi e prospettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, 115 ss.; F. MERUSI, *Incontri pericolosi... Crispi e la nascita della IV sezione del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 13 ss.

⁵⁷ D'altronde, come è stato riconosciuto anche da un'autorevole dottrina togata, se dall'attuale stato di degradazione delle fonti consegue che «l'assetto di interessi non è “dato” ma deve essere episodicamente forgiato dai pubblici poteri all'interno di una logica prettamente compositiva, ben si comprende il costante ricorso alla tecnica giudiziale del bilanciamento»: così, A. PAJNO, *La giustizia amministrativa nel 2018*, in *Giorn. dir. amm.*, 2018, 13.

⁵⁸ In proposito, occorre rilevare che la giurisdizione amministrativa in ordine alla sorte del contratto non è stata inserita tra i casi di giurisdizione di merito tassativamente elencati dall'art. 134 c.p.a. Nonostante ciò, la natura delle valutazioni che il giudice amministrativo è chiamato a compiere nel decidere la sorte del contratto, afferendo alla comparazione e alla ponderazione degli interessi pubblici e privati coinvolti nella fattispecie concreta, ha indotto alcuni Autori a ritenere che nella specie ci troviamo in presenza di una giurisdizione di merito: in questo senso cfr., tra gli altri, R. CAPONIGRO, *La valutazione giurisdizionale del merito amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2010; G. GRECO, *Illegittimo affidamento dell'appalto, sorte del contratto e sanzioni alternative nel d.lgs. 53/2010*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2010, 729 ss., spec. 735-737, passim; G. LEONE, *Elementi di diritto processuale amministrativo*, cit., 401-402. Altri Autori, invece, si sono espressi contro la ricostruzione della giurisdizione in questione in termini di giurisdizione di merito: tra questi M. LIPARI, *L'annullamento dell'aggiudicazione e gli effetti sul contratto: poteri del giudice*, in www.federalismi.it, n. 22/2010, spec. 7 ss.; F. CINTIOLI, *Le innovazioni del processo amministrativo sui contratti pubblici (ancora in difesa del processo delle parti)*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, spec. 22 ss. Quest'ultimo orientamento fa leva sul principio della tassatività dei casi di giurisdizione estesa al merito (come si è già avuto modo di rilevare, l'elenco delle tassative ipotesi di giurisdizione di merito, di cui all'art. 134 c.p.a., non fa alcun cenno alle controversie in materia di inefficacia del contratto): secondo tale prospettazione il giudice amministrativo è sì chiamato a compiere una ponderazione di interessi e una valutazione delle situazioni di fatto, ma non per sostituirsi all'amministrazione nell'individuazione della decisione amministrativa, bensì per scegliere il tipo di tutela (in forma specifica ovvero per equivalente; inefficacia del contratto *ex tunc* ovvero *ex nunc*, ecc.) migliore possibile da accordare in considerazione dei rapporti giuridici coinvolti nella controversia.

⁵⁹ A. POLICE, *Attualità e prospettive della giurisdizione di merito del giudice amministrativo*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, Napoli, 2011, II, 1437 ss., spec. 1449-1450.

⁶⁰ In linea con l'interpretazione prospettata D. IARIA, *op. cit.*, 9: «indubbiamente norme come quelle che da tempo limitano in questo settore la tutela giudiziale in sede cautelare oppure comportano la possibilità per il giudice

Da questo punto di vista, anche la previsione di costi di accesso alla giustizia amministrativa svolge di fatto, in modo surrettizio, una funzione di tutela dell'interesse alla stabilità dell'azione amministrativa e al raggiungimento degli obiettivi a essa sottesi: non è revocabile in dubbio, per un verso, che l'importo e la debenza o meno del contributo unificato incidano notevolmente sulla scelta di intraprendere un giudizio e che, per altro verso, la stabilità di un atto amministrativo è inversamente proporzionale alla sua suscettibilità di essere impugnato⁶¹.

Per questa ragione, si ritiene che un'«eccessiva disponibilità di protezione giurisdizionale» (tanto più se ogni lite è destinata a protrarsi per un arco temporale indeterminato) possa influire negativamente sull'efficienza amministrativa a causa dell'effetto di incertezza e di “blocco” che essa genera sulle decisioni amministrative e sulle iniziative economiche correlate alle stesse⁶².

Ciò vale a maggior ragione se si considera che non di rado la mera pendenza di un ricorso induce l'amministrazione a sospendere “prudenzialmente” il provvedimento amministrativo impugnato, pur in assenza di un fondamento normativo e senza che il giudice amministrativo abbia disposto in tal senso (c.d. “sospensiva impropria”)⁶³.

amministrativo di conservare in essere il contratto malgrado l'annullamento della presupposta aggiudicazione mirano alla realizzazione del risultato inteso come obiettivo finale della pubblica amministrazione e cioè come la più rapida esecuzione dell'opera ovvero del servizio o della fornitura a loro volta strumentali a perseguire in maniera ottimale lo svolgimento di funzioni pubbliche o l'erogazione di servizi pubblici vari, anche se potrebbe obiettarsi che non è poi un grande risultato consentire tale esecuzione ad un operatore economico che magari avrebbe dovuto essere addirittura escluso dalla gara in quanto privo dei requisiti soggettivi per parteciparvi».

⁶¹ Il contributo unificato e i vari incrementi di valore che esso ha subito nel corso degli anni hanno suscitato da sempre l'interesse della dottrina amministrativistica, che non ha mancato di rilevare i profili di contrasto della relativa disciplina con il principio di effettività della tutela giurisdizionale. In argomento, cfr. R. DE NICTOLIS, *Il nuovo con tributo unificato nel processo amministrativo*, in *Urb. app.*, 2007, 139 ss.; M.A. SANDULLI, *Le nuove misure di deflazione del contenzioso amministrativo: prevenzione dell'abuso di processo o diniego di giustizia?*, in *www.federalismi.it*, n. 20/2012; A. DAIDONE, *L'effettività della tutela giurisdizionale e la misura del contributo unificato nella materia dei contratti pubblici (nota a TRGA Trento, ordinanza 29 gennaio 2014, n. 23)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2014, 478 ss.; F.G. SCOCA, *Il “costo” del processo tra misura di efficienza e ostacolo all'accesso*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 1414 ss.; F. SATTA, *Appalti pubblici e infrastrutture: per una maggiore efficacia della giurisdizione amministrativa*, in *Foro amm.*, 2014, 1643 ss.; L. PRESUTTI, *L'incompatibilità del contributo unificato negli appalti pubblici con la direttiva ricorsi (nota a TRGA, Trento, ord. 29 gennaio 2014, n. 23)*, in *Urb. app.*, 2014, 708 ss. La problematica del contributo unificato è stata analizzata anche dagli studiosi del diritto costituzionale e comparato nell'ambito della più ampia tematica dell'accesso alla giustizia: cfr., in particolare, M. CAPPELLETTI, B. GARTH, *Access to Justice. A World survey*, Milano-Alphenaaandrenjin, 1978; R.G. RODIO, *Difesa giudiziaria e ordinamento costituzionale*, Padova, 1990; Id., *Alcuni rilievi costituzionali sul contributo unificato nel processo amministrativo*, in *www.osservatorioaic.it*, n. 3/2014.

⁶² G. NAPOLITANO, *Giustizia amministrativa e logica del diritto amministrativo (anche alla luce della pandemia)*, in *Giorn. dir. amm.*, 2022, § 1. Secondo quest'ultimo Autore, costi di accesso alla giustizia eccessivamente ridotti potrebbero lasciare spazio a comportamenti opportunistici dei privati, i quali, attraverso il ricorso in sede giurisdizionale o anche la sua semplice minaccia, potrebbero minare l'efficienza dell'azione amministrativa. D'altronde, gli attuali importi dei contributi unificati (e la previsione di contributi unificati multipli nell'ambito dello stesso giudizio) disincentivano soprattutto le cause di modesto valore, che pur potrebbero avere notevole valore sostanziale per il cittadino leso dall'illegittimo esercizio del potere amministrativo.

⁶³ Al fine di porre un argine al fenomeno della c.d. “sospensiva impropria”, l'art. 17, comma 10, del d.lgs. n. 36/2023 stabilisce che «la pendenza di un contenzioso non può mai giustificare la sospensione della procedura o dell'aggiudicazione»: l'obiettivo della norma evidentemente è quello di impedire ogni possibile valutazione discrezionale sull'opportunità di sospendere cautelativamente una procedura di gara a fronte della mera proposizione di un ricorso giurisdizionale.

La propensione del legislatore processuale verso il risultato emerge anche e soprattutto dalla normativa emergenziale e, segnatamente, dal d.l. n. 77/2021, che ha esteso l'ambito applicativo dell'art. 125 c.p.a. al contenzioso concernente l'impugnazione degli atti relativi alle procedure di affidamento afferenti agli investimenti pubblici finanziati, in tutto o in parte, con le risorse previste dal PNRR e dal PNC e dai programmi cofinanziati dai fondi strutturali dell'Unione europea.

Il predetto art. 125, prevedendo limiti eccezionali alla tutela cautelare e impendendo al giudice amministrativo di dichiarare l'inefficacia del contratto nei casi di "violazioni non gravi", attribuisce preminente rilievo al risultato, declinato come interesse «alla sollecita realizzazione» dell'infrastruttura strategica, a scapito dell'effettività della tutela giurisdizionale e della correttezza dell'espletamento della procedura di gara.

Ora, se l'eccezionale importanza delle infrastrutture strategiche appare idonea a giustificare le limitazioni all'effettività della tutela giurisdizionale imposte dall'art. 125 c.p.a., ciò che invece desta serie perplessità è l'estensione generalizzata del suo ambito applicativo ad opera del d.l. n. 77/2021, che prescinde dal valore e dalla specifica rilevanza economico-sociale del contratto oggetto di affidamento.

Invero, non è revocabile in dubbio che il depotenziamento del controllo giurisdizionale, inevitabilmente conseguente alla indiscriminata estensione dell'ambito applicativo dell'art. 125 c.p.a., comporta il rischio concreto di una proliferazione di irregolarità nell'esercizio dei poteri, da cui potrebbe discendere un incremento della spesa pubblica, oltre che una riduzione dei livelli di qualità delle opere, delle forniture e dei servizi acquistati dall'amministrazione⁶⁴.

La sostituzione della tutela caducatoria – essenziale ad assicurare l'attuazione del principio di effettività e a garantire la tutela della concorrenza e della legalità – con una tutela meramente risarcitoria si basa sull'assunto di fondo per cui la tempestività dell'azione amministrativa costituisce il valore supremo, che deve essere realizzato anche a costo di rinunciare a una quota di imparzialità dell'azione pubblica⁶⁵.

⁶⁴ Sui rischi connessi all'estensione dell'ambito applicativo dell'art. 125 c.p.a. ad appalti diversi da quelli relativi alle infrastrutture strategiche cfr. altresì G. GRECO, *Coronavirus e appalti (a proposito dell'art. 125 c.p.a.)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2020, 517 ss., a parere del quale l'idea che per dare impulso agli appalti si debba cancellare la tutela costitutiva – e, in particolare, il diritto del cittadino di chiedere l'annullamento dell'atto amministrativo illegittimo e il potere/dovere del giudice amministrativo di accordare tale forma di tutela – è «gravemente lesiva dell'assetto costituzionale e delle direttive europee» (517). Sul punto, si vedano altresì le osservazioni critiche di F. PATRONI GRIFFI, *Tutela dei diritti e organizzazione della giustizia nell'emergenza*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2020, secondo il quale la generalizzazione dell'art. 125 c.p.a., oltre a essere «assolutamente inidonea sul piano dell'effettività delle tutele e del corretto uso del potere pubblico», può comportare una "monetizzazione" delle illegittimità e, quindi, «costi maggiori di quelli preventivati nella realizzazione delle opere pubbliche». Il dibattito in merito alla possibilità di escludere del tutto la tutela costitutiva per lasciare spazio unicamente alla tutela risarcitoria è condensato nel convegno dedicato dall'Associazione Italiana Professori Diritto Amministrativo al tema "Poteri del giudice amministrativo ed efficienza della pubblica amministrazione in materia di appalti", tenuto in forma di webinar il 29 aprile 2020 e visibile sul sito dell'Associazione e in www.giustizjainsieme.it (21 maggio 2020).

⁶⁵ Inutile nascondersi che non di rado una tutela piena ed effettiva nei confronti della pubblica amministrazione viene percepita da parte dei pubblici poteri – e del potere esecutivo in particolare – come «un controllo invadente e limitante e che la frequenza con cui vi si ricorre produce, oltre che inevitabili ritardi nell'azione amministrativa, talvolta anche una

Sotto questo profilo, il d.l. n. 77/2021 ha imposto un notevole sacrificio al principio di effettività della tutela giurisdizionale, il quale, pur godendo di protezione costituzionale, tende chiaramente a recedere in favore dell'interesse all'affidamento del contratto e alla sua esecuzione con la massima tempestività⁶⁶.

L'approccio del legislatore emergenziale è criticabile in radice in quanto muove dall'idea per la quale il rimedio per tentare di risolvere il problematico rapporto tra giustiziabilità dell'azione amministrativa⁶⁷ e propensione al risultato consiste in un sacrificio quasi totale della prima⁶⁸.

Le politiche pubbliche che mirano a favorire il conseguimento degli obiettivi individuati nel PNRR, invece, non dovrebbero mai transitare per la rinuncia a diritti.

Sul punto è necessario essere chiari: in un sistema incentrato sull'effettività della tutela giurisdizionale, il rispetto dei termini stabiliti dal PNRR e dal PNC non può essere perseguito a ogni costo, ma richiede un attento bilanciamento, privo di semplicismi e presunzioni assolute, tra giustizia e logica del risultato.

molesta sensazione di incertezza in chi ha il compito di amministrare»: così, D. CORLETTI, *L'impugnazione degli atti amministrativi regionali innanzi al Giudice amministrativo*, in P. CAVALERI, E. GIANFRANCESCO (a cura di), *Lineamenti di diritto costituzionale della regione del Veneto*, Torino, 2013, 469. Cfr., al riguardo, le convergenti considerazioni di G. MONTEDORO, *Processo economico, sindacato giurisdizionale ed autonomia dell'amministrazione: la questione del merito amministrativo*, in www.apertacontrada.it, 2014, § 4: «occorre riequilibrare il rapporto fra giurisdizione ed amministrazione che rischia di essere squilibrato in forza della sola insistenza sul principio di effettività, riconsiderando i limiti esterni alla giurisdizione [...] La difesa dell'autonomia dell'amministrazione nasce dall'esigenza che l'azione di quest'ultima, se funzionale alla realizzazione degli interessi pubblici previsti dalla legge, non subisca indebite interferenze da alcun potere o soggetto ad essa estraneo». Per una lucida analisi dell'impatto («molto significativo e negativo») che una giurisdizione di annullamento di atti e decisioni amministrative può comportare sullo sviluppo economico del Paese cfr. altresì A. POLICE, *La cooperazione pubblico-privato nel governo dell'economia e l'instabilità delle decisioni pubbliche*, in *Nuove auton.*, 2016, 65 ss.

⁶⁶ Cfr. M.A. SANDULLI, *Addenda alla terza edizione del volume "Principi e regole dell'azione amministrativa"*, in www.lamministrativista.it, 2021, secondo la quale la legge n. 108/2021 può costituire «una ingiusta messa da requiem dell'effettività della tutela giurisdizionale contro le violazioni delle regole sull'affidamento dei contratti pubblici». In merito alle possibili ricadute applicative sul processo amministrativo delle riforme introdotte per l'attuazione del PNRR, in relazione ai canoni costituzionali del giusto processo e ai principi generali dell'azione amministrativa di imparzialità e buon andamento, v., altresì, M. INTERLANDI, *I paradigmi costituzionali del giusto processo amministrativo alla prova del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (e del nuovo schema del codice dei contratti)*, in www.federalismi.it, n. 8/2023.

⁶⁷ Sul fondamento e sul contenuto del principio di «giustiziabilità» dell'azione amministrativa, nonché sul suo rapporto con il principio di effettività, si rinvia a F. SAITTA, *Il principio di giustiziabilità dell'azione amministrativa*, in www.iudicium.it, 2011, spec. §§ 1 e 2.

⁶⁸ In merito all'esposizione del giudice amministrativo all'accusa di compromettere l'efficacia e l'efficienza dell'azione amministrativa con i suoi interventi, si vedano le valide considerazioni di A. PAJNO, *Giustizia amministrativa e crisi economica*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2013, 966: «quando la vicenda della crisi economica porta gli interpreti a lamentarsi della generale giustiziabilità delle scelte dell'amministrazione, che incarnano e danno corpo alle scelte di politica economica, c'è il rischio, accanto alla denuncia di difficoltà e di errori pure esistenti, di dimenticare i precetti di cui agli artt. 24 e 113 Cost., e dell'art. 6 della Carta dei diritti dell'uomo e di chiedere, per quanto paradossale possa sembrare, agli organi di giustizia amministrativa di comportarsi non come un giudice terzo, come impongono la Costituzione ed il diritto europeo, ma come i vecchi apparati del contenzioso amministrativo, tutti interni all'amministrazione ed alle sue ragioni, così negando le stesse origini del sistema italiano di giustizia amministrativa, che sull'abolizione del contenzioso amministrativo è fondato». Per analoghe riflessioni cfr. L. TORCHIA, *Il giudice amministrativo e l'amministrazione: controllo, guida, interferenza*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, in part. 190-191, ove si osserva come il giudice amministrativo – «visto di volta in volta come troppo vicino al potere o, al contrario, come troppo intrusivo rispetto all'esercizio del potere, come tutore degli interessi diffusi o come freno allo sviluppo economico, come troppo formalista o come troppo sostanza lista» – sia in realtà «soltanto il terminale di tensioni e conflitti che si creano altrove». Di conseguenza, conclude l'Autrice, «al giudice si finisce per chiedere un'opera di supplenza e di rimedio ad insufficienze altrui, che a volte può anche andare oltre i limiti del sindacato giurisdizionale».

La tutelabilità delle situazioni giuridiche soggettive non può essere del tutto sacrificata, anche qualora ciò si renda necessario per il raggiungimento degli obiettivi dell'azione amministrativa.

Al di là delle critiche (anche molto severe) che possono essere mosse verso l'estensione generalizzata e indiscriminata del summenzionato art. 125 c.p.a.⁶⁹, si tratta evidentemente di una chiara scelta politica volta a privilegiare l'interesse alla tempestiva esecuzione dei contratti pubblici nella prospettiva del raggiungimento di un certo risultato amministrativo.

L'intento del legislatore, in astratto condivisibile, è quello di procurare alla collettività in tempi rapidi le infrastrutture strategiche, nonché le opere, le forniture e i servizi finanziati tramite le risorse previste dal PNRR e dal PNC.

Nella normativa testé menzionata, a differenza di quanto si verifica nella normativa sostanziale, il risultato assume una precisa connotazione e prevale (nettamente) sul principio di effettività della tutela giurisdizionale e, quindi, sulle esigenze di tutela della concorrenza⁷⁰.

Nella prospettiva del risultato è inquadrabile anche il d.l. 16 giugno 2022, n. 68 che, al fine di attenuare il rischio di rallentamenti o interruzioni dell'attività amministrativa (e, quindi, di ritardi nel conseguimento dei risultati), ha imposto al giudice cautelare di prendere in considerazione, attraverso uno stringente onere motivazionale, lo specifico interesse pubblico al rispetto delle scadenze temporali stabilite dal PNRR⁷¹.

È stato, quindi, introdotto un nuovo elemento da valutare nel momento della comparazione degli interessi sottesi alla fattispecie dedotta in giudizio (elemento che potrebbe far propendere il giudice amministrativo verso il rigetto della domanda cautelare anche qualora quest'ultima appaia assistita dai requisiti del *fumus boni juris* e del *periculum in mora*).

⁶⁹ Su questo profilo, sia consentito ancora rinviare a G. TAGLIANETTI, *Il processo amministrativo tra giustizia e certezza*, cit., spec. 175 ss.

⁷⁰ Sul rapporto di strumentalità esistente tra salvaguardia dell'interesse dell'operatore economico a conseguire il contratto e tutela della concorrenza v. E. STICCHI DAMIANI, *Annullamento dell'aggiudicazione e inefficacia funzionale del contratto*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 262, secondo il quale non può dubitarsi che «la tutela della concorrenza si determini, sotto il profilo dei contenuti, nella misura più piena non solo allorché un'aggiudicazione illegittima faccia venir meno il contratto, ma soprattutto allorché in quell'aggiudicazione subentri chi aveva titolo a conseguirla così che la pronuncia giurisdizionale produca il massimo dei suoi effetti ricostruttivi».

⁷¹ Stando alla *littera legis*, la norma non è applicabile alle sole controversie che investano in via diretta le procedure preordinate alla realizzazione di opere e/o di servizi di pubblica utilità finanziate con i fondi derivanti dal PNRR, come quelle di esproprio o a evidenza pubblica. Essa, viceversa, ricomprende tutti i procedimenti che siano in qualsiasi modo collegati con i finanziamenti del Piano nazionale: pertanto, «non si può escludere che nel rito riformato debba ricadere, ad esempio, l'impugnazione degli esiti di un concorso universitario, se il posto a ruolo fosse in tal modo finanziato o che (sempre esemplificativamente) vi possa rientrare l'impugnazione da parte del terzo di un titolo edilizio o ambientale rilasciato a chi, per realizzare un impianto di produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili, abbia ottenuto un preventivo e analogo finanziamento, ancorché sulla scorta di una serie procedimentale distinta e indipendente» (così, F. VOLPE, *Il processo amministrativo sulle controversie PNRR e le sue criticità*, in www.giustiziasieme.it, 2022).

Il legislatore ha, cioè, imposto al giudice amministrativo il dovere di verificare che la concessione della misura cautelare non comporti la perdita dei fondi stanziati tramite il PNRR e non pregiudichi, quindi, il raggiungimento degli obiettivi previsti da quest'ultimo.

In tal modo, in sede cautelare, il risultato - declinato nell'interesse al conseguimento degli obiettivi previsti dal PNRR - prevale, per espressa previsione legislativa, sulle esigenze di effettività della tutela giurisdizionale.

Difatti, in una delle prime applicazioni della normativa emergenziale in sede cautelare, il Consiglio di Stato, nel confermare l'ordinanza di rigetto della domanda cautelare adottata dal giudice di prime cure, ha osservato come l'art. 12-*bis* del d.l. n. 68/2022 miri a «bilanciare le esigenze di tutela giurisdizionale con l'interesse alla realizzazione degli obiettivi e al rispetto dei tempi di attuazione del PNRR»⁷².

5. Conclusioni: il principio del risultato quale criterio interpretativo e applicativo sussidiario

Alla luce di quanto evidenziato, la declamata proiezione della discrezionalità amministrativa verso il risultato delineata dal nuovo codice dei contratti pubblici non rappresenta una novità dirimpente⁷³.

Essa non fornisce alle stazioni appaltanti e agli enti concedenti indicazioni operative concrete e univoche per lo svolgimento delle procedure di gara preordinate all'affidamento di contratti pubblici, stante il carattere polisenso, ed in qualche modo ambiguo, di risultato amministrativo e l'enunciazione da parte dello stesso codice di principi con esso potenzialmente confliggenti.

L'attuale impianto normativo lascia, cioè, immutata la discrezionalità delle amministrazioni aggiudicatrici nella selezione degli interessi da tutelare in via prioritaria e nella definizione degli obiettivi concreti da raggiungere in termini di economicità, tempestività, qualità e trasparenza.

La proclamazione del principio di risultato a opera dell'art. 1 del d.lgs. n. 36/2023 sembra, invece, rivestire una (più modesta) valenza ermeneutica, utile ad avvalorare, di volta in volta, tesi interpretative comunque desumibili da specifiche norme o da principi da tempo consolidati nel nostro ordinamento (*in primis* quello di buon andamento).

Tale ricostruzione trova conferma nel recente panorama giurisprudenziale, che di fatto ha relegato il principio del risultato al rango di strumento interpretativo sussidiario e secondario.

Particolarmente significativo appare, ad esempio, quanto sostenuto da una certa giurisprudenza, secondo cui «la decisione di non aggiudicare una gara costituisce esercizio del potere previsto dall'art. 95, comma

⁷² Cons. Stato, sez. VI, 7 ottobre 2022, ordinanza n. 4832, in www.giustizia-amministrativa.it. Più in particolare, prosegue la sesta sezione, «il complesso delle regole processuali relative ai giudizi aventi ad oggetto interventi PNRR impone al giudice di verificare con acribia il *fumus boni iuris* atteso che eventuali misure non sorrette da una simile valutazione rischiano, comunque, di incidere inutilmente sull'attività amministrativa e sulla relativa tempistica che è essenziale per la realizzazione delle varie misure previste dal Piano».

⁷³ V., *supra*, spec. § 3.

12, del codice dei contratti pubblici ... che conferisce alla stazione appaltante, una prerogativa ampiamente discrezionale ... radicata nel principio generale di buon andamento della pubblica amministrazione ed oggi ancor più rilevante alla luce del principio del risultato enunciato nel nuovo codice appalti»⁷⁴.

Altrettanto emblematico è un passaggio contenuto in una pronuncia del Consiglio di Stato ove, per un verso, è stato invocato il principio del risultato per giustificare l'ammissibilità, nell'ambito di una procedura a evidenza pubblica, di una proposta innovativa presentata da un'impresa, convalidando in tal modo un'interpretazione del bando di gara conforme agli obiettivi perseguiti in concreto dalla stazione appaltante; per altro verso, si è avuto cura di precisare che il principio del risultato, ora consacrato nell'art. 1 del nuovo codice dei contratti, «poteva ritenersi ben presente nell'ordinamento dei pubblici appalti anche in costanza del precedente regime normativo, in ossequio al principio di buona amministrazione di cui all'art. 97 Cost.»⁷⁵.

Che il principio del risultato abbia una valenza interpretativa sussidiaria è stato sostenuto altresì da quell'indirizzo giurisprudenziale che lo ha invocato per sostenere l'operatività dei decreti ministeriali concernenti i criteri ambientali minimi nelle procedure a evidenza pubblica anche in caso di un loro mero richiamo nella *lex specialis* di gara, precisando, al contempo, come tale principio sia «valevole quale criterio orientativo anche per le procedure di appalto non rette dal d.lgs. n. 36/2023»⁷⁶.

⁷⁴ TAR Napoli, sez. III, 10 ottobre 2023, n. 5528, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁷⁵ Cons. Stato n. 9790/2023 cit., secondo cui il principio del risultato «poteva ritenersi ben presente nell'ordinamento dei pubblici appalti anche in costanza del precedente regime normativo (decreto legislativo n. 50 del 2016)». Nella motivazione di detta sentenza si legge, in particolare, che «la componente di ammodernamento tecnologico è pressoché evidente dalla formulazione della legge di gara nella parte in cui si prevede che la metà esatta del punteggio destinato alla parte tecnica sia riservata proprio alle proposte innovative e di miglioramento». «Dunque», prosegue la V sezione, «se obiettivo precipuo della legge di gara è quella di garantire impianti il più possibile moderni ed efficienti, ecco che la sostituzione di telecamere a tecnologia desueta e superata con telecamere a tecnologia avanzata ... è in grado di assicurare un simile obiettivo e dunque il conseguente risultato cui tende la stazione appaltante».

⁷⁶ Il riferimento è a TAR Napoli, sez. I, 15 gennaio 2024, n. 377, in www.giustizia-amministrativa.it, secondo cui la surriferita conclusione si coniuga con il principio del risultato: «detto principio può essere declinato in termini che pongano l'accento sull'esigenza di privilegiare l'effettivo e tempestivo conseguimento degli obiettivi dell'azione pubblica, prendendo in considerazione i fattori sostanziali dell'attività amministrativa, escludendo che la stessa sia vanificata, in tutti quei casi in cui non si rinvergono obiettive ragioni che ostino al suo espletamento». Un'interpretazione «funzionalmente orientata» è rinvenibile anche in TAR Catania, sez. III, 12 dicembre 2023, n. 3738, in www.giustizia-amministrativa.it, che ha richiamato il principio del risultato per argomentare la legittimità di una clausola della *lex specialis* che stabiliva un termine perentorio per l'attivazione da parte della stazione appaltante del soccorso istruttorio. Secondo la III sezione del TAR siciliano, in virtù del principio del risultato, «l'amministrazione deve tendere al miglior risultato possibile, in "difesa" dell'interesse pubblico per il quale viene prevista una procedura di affidamento. Il miglior risultato possibile, che sia anche il più "virtuoso", viene raggiunto anche selezionando operatori che dimostrino, fin dalle prime fasi della gara, diligenza e professionalità, quali "sintomi" di una affidabilità che su di essi dovrà esser riposta al momento in cui, una volta aggiudicatari, eseguiranno il servizio oggetto di affidamento». In dottrina, la valenza ermeneutica del principio del risultato è posta in risalto da A. CIOFFI, *Prima lettura del nuovo Codice dei contratti e dei suoi tre principi fondamentali*, in www.apertacontrada.it, 2023, secondo cui il quarto comma dell'art. 1, d.lgs. n. 36/2023 può avere «sviluppi notevoli nel momento in cui si specificano i criteri di aggiudicazione, nella valutazione delle offerte e delle anomalie, nella conformazione degli avvisi e degli altri atti di gara»; G. NAPOLITANO, *Buona l'ultima? La terza codificazione del diritto dei contratti pubblici alla prova dei risultati*, in *Giorn. dir. amm.*, 2023, 285, secondo cui il principio del risultato, insieme a quello

Dunque, le prime sentenze successive all'adozione del "nuovo" Codice hanno adoperato il principio del risultato come criterio interpretativo, salvo poi ancorarlo al principio del buon andamento ed ai correlati principi di efficienza, economicità ed efficacia dell'azione amministrativa.

Ciò che emerge è che l'esplicita scelta legislativa di positivizzare il principio del risultato non apporta elementi di assoluta novità, essendo quest'ultimo principio strettamente embricato con un altro principio (quello del buon andamento) già immanente al nostro ordinamento; tale scelta sembra comunque essere destinata a divenire una coordinata di riferimento (utile, ma sicuramente non decisiva) per contribuire a orientare gli enti pubblici nella gestione delle gare e a dirimere alcuni dubbi ermeneutici della normativa in materia di contratti pubblici⁷⁷.

Il richiamo alla massima tempestività e al miglior rapporto possibile tra qualità e prezzo non pare, pertanto, possedere un contenuto sostanziale particolarmente innovativo e rilevante, a meno che non si voglia riconoscere una prevalenza - sconfessata però dallo stesso Codice - di tali elementi sui principi di legalità e trasparenza e sulla congerie di obiettivi che il Codice mira astrattamente a perseguire.

In un siffatto contesto, la scelta del legislatore sostanziale di legiferare attraverso principi generali, ampi, generici e indefiniti, come quello del risultato, esprime un atteggiamento di deresponsabilizzazione, che fa emergere ambiguità, contraddizioni e tensioni irrisolte; ma, soprattutto, porta a trasferire alle amministrazioni, prima, e al giudice, poi, scelte che dovrebbero essere, invece, compiute nella sede parlamentare.

Al contempo, è emerso come il principio del risultato (o meglio, una particolare declinazione di tale principio) trovi compiuta realizzazione nella speciale disciplina processuale dei contratti pubblici, soprattutto in seguito alle modifiche a essa apportate dalla normativa emergenziale⁷⁸.

La (pur criticabile) normativa processuale, infatti, a differenza di quella sostanziale, reca una precisa definizione di risultato - identificandolo, rispettivamente, nell'interesse a procurare alla collettività in tempi rapidi le infrastrutture strategiche (art. 125 c.p.a.) e nell'interesse al conseguimento degli obiettivi previsti dal PNRR (dd.ll. n. 77/2021 e n. 68/2022) - e pone una chiara e predeterminata gerarchia di prevalenza tra l'interesse a realizzare il risultato amministrativo e l'obiettivo di assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale⁷⁹.

della fiducia e di accesso al mercato, «assurgono a criteri ermeneutici per l'interpretazione e l'applicazione dell'intero corpo normativo».

⁷⁷ D'altronde, l'art. 4 del d.lgs. n.36/2023 attribuisce esplicitamente ai principi di cui agli articoli 1, 2 e 3 una funzione orientante e nomofilattica. In altre parole, il principio del risultato, il principio della fiducia reciproca tra le parti e il principio dell'accesso al mercato sono configurati dal Codice come chiavi di lettura ermeneutica dell'intera disciplina dei contratti pubblici, in grado di condizionare l'esercizio del potere amministrativo ogni qual volta siano individuabili spazi di esercizio di discrezionalità.

⁷⁸ V., *supra*, § 4.

⁷⁹ Con questa constatazione di fatto, sia ben chiaro, non si vuole esprimere un giudizio di valore positivo in merito alla normativa processuale e, in particolar modo, alla scelta legislativa di generalizzare l'ambito applicativo dell'art. 125 c.p.a.

È emblematico in proposito l'orientamento del Consiglio di Stato che ha considerato cedevoli le esigenze di tutela giurisdizionale rispetto all'interesse alla prosecuzione dell'opera pubblica, essendo quest'ultima «ulteriormente connotata da un forte interesse pubblico in quanto finanziata nell'ambito del PNRR»⁸⁰.

In questa prospettiva, l'interesse del ricorrente «si profila come recessivo rispetto all'interesse pubblico perseguito, vale a dire, il preminente interesse nazionale alla sollecita realizzazione dell'opera e la correlata esigenza di rispettare il cronoprogramma fissato nello stesso PNRR»⁸¹.

Sul versante processuale appaiono più nette e definite le scelte legislative, ponendosi una chiara e predeterminata gerarchia di prevalenza tra il principio di risultato e altri principi con esso potenzialmente confliggenti (*in primis* quelli di effettività della tutela giurisdizionale e di giustiziabilità dell'azione amministrativa).

In questo ambito la preoccupazione principale è che si possa affermare una pericolosa tendenza, anche culturale, a ritenere sempre e comunque lecito sacrificare l'effettività della tutela giurisdizionale qualora l'intervento giurisdizionale possa frenare o rallentare l'azione amministrativa, ovvero compromettere il raggiungimento dei risultati perseguiti tramite la stessa⁸².

Si teme, soprattutto, che le deroghe emergenziali al principio di effettività si trasformino in regole generali.

⁸⁰ Cons. Stato, sez. IV, 25 luglio 2022, ordinanza n. 3601, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁸¹ TAR Lazio, Roma, sez. I-bis, 2 agosto 2022, n. 4993, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁸² Vale la pena riportare le condivisibili preoccupazioni manifestate nell'articolo sottoscritto da G. CORSO, F. FRANCIARI, G. GRECO, M.A. SANDULLI, A. TRAVI, *In difesa di una tutela piena nei confronti della pubblica amministrazione*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2020 in merito alla possibile opzione di modificare il sistema attuale sostituendo la sospensione e/o l'annullamento degli atti di gara con una tutela meramente risarcitoria: «se una soluzione del genere venisse estesa rispetto a quanto già oggi ammesso, il cittadino perderebbe nei confronti del potere pubblico una tutela reale e in fondo la stessa amministrazione non avrebbe nulla da guadagnare. Si diffonderebbero iniziative basate su provvedimenti illegittimi e l'obbligo di risarcire il danno, a ben vedere, renderebbe ancora più gravoso il sacrificio per l'amministrazione – e quindi per la comunità – che finirebbe col dovere pagare due volte, il contraente per la prestazione affidatagli illegittimamente, e il ricorrente vittorioso per il risarcimento del danno causatogli. Per non dire delle facili “collusioni” e “accordi” incrociati tra i maggiori concorrenti per “spartirsi” le commesse, senza contestarne l'illegittimo affidamento, per chiedere poi altissimi risarcimenti. Senza dimenticare che il valore della legalità, della cui mancanza nell'amministrazione spesso ci lamentiamo, dovrebbe essere un valore irrinunciabile da noi tutti».