

Una nuova cornice di principi per i contratti pubblici

Anna Maria Chiariello

SOMMARIO: 1. Ancora un nuovo Codice dei contratti pubblici. – 2. Una nuova cornice di principi. – 3. I “nuovi” principi. – 4. Il principio del risultato. – 5. Il principio della fiducia. – 5.1. Il rapporto tra il principio della fiducia e i principi di buona fede e di tutela dell'affidamento. – 6. Il rapporto tra i principi. Considerazioni conclusive.

1. *Ancora un nuovo Codice dei contratti pubblici*

Il diritto dei contratti pubblici si appresta ad avere un altro nuovo volto. Dopo le esperienze del Codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 – in cui per la prima volta «il mondo dei contratti pubblici ha conseguito il bene incommensurabile di un Codice organico»¹ – e del Codice dei contratti pubblici attualmente vigente², il legislatore è in procinto di adottare un nuovo testo unitario e omogeneo per disciplinare la materia. Non si tratta dunque di modifiche singole e puntuali o per singoli settori, ma di un intervento di sistema in grado di operare un radicale riordino della normativa che governa i contratti pubblici.

Anche questa volta la nuova codificazione nasce su impulso europeo. In effetti, se il Codice di cui al d.lgs. n. 163/2006 è stato redatto per recepire le direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE e il Codice vigente è stato adottato per implementare le direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, il nuovo Codice trae la sua origine da un'ennesima spinta europea. Come indicato dalla legge 21 giugno 2022, n. 78 di delega al Governo, la delega è stata infatti conferita anche al fine di adeguare la disciplina dei contratti pubblici al diritto europeo e ai principi espressi dalla giurisprudenza delle giurisdizioni superiori sovranazionali (oltre che delle giurisdizioni interne e della Corte costituzionale), di evitare l'avvio di

¹ F. Caringella, M. Protto, *Codice dei contratti pubblici*, Roma, 2012, Presentazione.

² Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, profondamente modificato subito dopo la sua adozione con il decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56. In merito F. Cardarelli, M.A. Sandulli, M. Lipari (a cura di), *Il correttivo al codice dei contratti pubblici*, Milano, 2017.

procedure di infrazione da parte della Commissione europea e di giungere alla risoluzione delle procedure avviate³. La normativa comunitaria in questo settore, forse più che in altri, sembra dunque ancora una volta condizionare in modo determinante la nostra legislazione, incidendovi fortemente e inducendo il nostro legislatore ad acquisire una piena consapevolezza di quanto il legame tra l'Italia e l'Unione europea in materia sia stretto⁴.

Con la menzionata legge di delega sono stati affidati al Governo sei mesi per redigere le nuove regole sugli appalti e sono stati individuati trentuno principi per declinare il nuovo Codice dei contratti pubblici⁵. Questo deve entrare in vigore entro il 31 marzo 2023, mentre entro il successivo mese di giugno devono entrare in vigore tutte le leggi, i regolamenti e i provvedimenti attuativi per la revisione del sistema degli appalti pubblici ed entro dicembre dello stesso anno il sistema nazionale di *e-procurement* deve essere pienamente funzionante. Si tratta di una tempistica serrata dettata dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR)⁶ e la relativa osservanza è particolarmente stringente in quanto l'approvazione del nuovo Codice rientra nel quadro delle riforme c.d. "abilitanti" promosse dal PNRR stesso. In effetti l'adozione del nuovo Codice è una delle grandi riforme strategiche richieste dall'Unione europea per continuare a versare le risorse del *Next Generation Eu*⁷ in quanto costituisce un prerequisito, un elemento abilitante, appunto, per tutti gli investimenti, specie per il corretto ed efficace uso degli ingenti fondi europei nell'arco temporale che si concluderà nel 2026.

In attuazione della menzionata delega il Governo, avvalendosi della facoltà attribuitagli dalla legge di delega⁸, ha affidato al Consiglio di Stato il compito di redigere il progetto del decreto legislativo recante la disciplina dei contratti pubblici. In adempimento di tale compito, il 20 ottobre 2022 la Commissione speciale del Consiglio di Stato, composta da magistrati amministrativi, avvocati ed esperti, ha trasmesso la bozza provvisoria dello "Schema preliminare di Codi-

³ Art. 1 legge 21 giugno 2022, n. 78. Inoltre, la normativa adottata in attuazione della delega deve perseguire obiettivi di stretta aderenza alle direttive europee (art. 1, co. 2).

⁴ A. Maggio, G. Steri (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2009, 11. Sui contratti pubblici, *ex multis*: C. Franchini (a cura di), *I contratti di appalto pubblico*, in P. Rescigno, E. Gabrielli (diretto da), *Trattato dei contratti*, Torino, 2010.

⁵ Art. 1 l. n. 78/2022.

⁶ Come noto, il PNRR è il documento predisposto dal Governo italiano per illustrare alla Commissione europea come l'Italia intende investire i fondi in arrivo nell'ambito del programma *Next Generation Eu*, descrivendo quali progetti si intende realizzare grazie a tali fondi, delineando come tali risorse saranno gestite e presentando un calendario di riforme collegate finalizzate in parte all'attuazione del piano e in parte alla modernizzazione del Paese.

⁷ Il *Next Generation Eu* è uno strumento temporaneo di 750 miliardi di euro approvato nel luglio del 2020 dal Consiglio europeo per sostenere gli Stati membri dell'Ue colpiti dalla pandemia di Covid-19 e indirizzarli verso la ripresa. In merito, *ex multis*, E. Picozza, *The Next Generation EU: un passo decisivo verso l'unificazione europea*, in *Dir. e proc.*, 2022.

⁸ Art. 1, co. 4, l. n. 78/2022.

ce dei contratti pubblici” al Governo, tenuto a valutare lo schema e le eventuali modifiche o integrazioni.

La bozza del nuovo Codice consta di cinque libri e comprende importanti novità, tra cui quella di dedicare l'intera Parte I del Libro I alla codificazione dei principi che governano la materia e di includervi nuovi principi, annunciando una svolta che vorrebbe essere rivoluzionaria dell'impostazione delle norme sugli appalti.

2. *Una nuova cornice di principi*

La Parte I del Libro I della bozza del nuovo Unico Testo dei contratti pubblici traccia un'ampia nuova cornice dei principi generali che dovranno orientare i soggetti nell'applicazione delle disposizioni del Codice. Tali principi sono tesi a rendere intellegibile il disegno armonico, organico e unitario sotteso al Codice rispetto alla frammentarietà delle sue parti e a permettere al contempo una migliore comprensione di queste, connettendole al tutto. Come noto, infatti, i principi stabiliti dal Codice assolvono il compito di «tracciare i binari lungo i quali il legislatore stesso conduce poi tutti gli istituti di applicazione e di attuazione di dettaglio delle procedure di evidenza pubblica»⁹. In effetti ogni regola e istituto del Codice è riconducibile alle esigenze emergenti dall'interpretazione dei principi generali, i quali dunque compongono un ampio inquadramento, che vorrebbe essere solido e sicuro, della materia dei contratti pubblici.

La codificazione positiva nelle disposizioni del Codice attribuisce ai principi degli appalti pubblici carattere normativo. Tale carattere tuttavia non esclude che i principi in parola siano norme a contenuto indeterminato, che per essere applicate abbisognino di essere declinate nel caso concreto. In effetti i principi sono ricompresi all'interno di disposizioni a contenuto generale che indicano criteri interpretativi e non regole concrete. Essi non indicano la regola specifica di condotta e non sono volti a prescrivere, ma a indirizzare le valutazioni delle condotte e le conseguenti valutazioni giuridiche¹⁰.

In modo analogo ai principi delle precedenti versioni del Codice, i principi indicati dalla bozza in esame appaiono dunque svolgere una triplice funzione: di interpretazione, di integrazione delle norme e di indirizzo. La loro applicazione sarà funzionale all'interpretazione della normativa esistente, a colmare le lacu-

⁹ M. Cafagno, A. Fari, *I principi e il complesso ruolo dell'amministrazione nella disciplina dei contratti per il perseguimento degli interessi pubblici*, in M. Clarich (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, Torino, 2019, 203.

¹⁰ S. Dettori, *Il ruolo dei principi nella disciplina dei contratti pubblici*, in questa Rivista, Anno XXI, Nuova serie 2012, 2, 295.

ne dell'ordinamento, nonché a produrre norme a contenuto specifico e puntuale e più in generale precetti.

Sia la collocazione dei principi nel *corpus* normativo sia la loro consistenza danno evidenza dell'importanza che la bozza del nuovo Codice intende conferire ai principi stessi.

Per quanto riguarda la collocazione, a differenza del d.lgs. n. 50/2016, in cui i principi per l'aggiudicazione e l'esecuzione di appalti e concessioni sono enunciati nella Parte I, Titolo IV, e in particolare nell'art. 30, la bozza del nuovo Codice colloca la nuova cornice di principi nel suo *incipit*, e segnatamente nella Parte I, Titolo I, artt. 1-11. Si tratta di una scelta significativa, più simile a quella adottata dal d.lgs. n. 163/2006, in cui i principi in materia di affidamento ed esecuzione di opere e lavori pubblici, servizi e forniture erano pure collocati nel Titolo I della Parte I, ma rimanevano circoscritti al solo art. 2.

Quanto alla consistenza, i principi di cui alla bozza del nuovo Codice appaiono più numerosi e declinati in maniera più esaustiva. In effetti il Codice attuale e quello previgente si limitano a menzionare i principi, per così dire "classici", di economicità, efficacia, tempestività e correttezza per le fasi di affidamento e di esecuzione di appalti di opere, lavori, servizi, forniture e concessioni, e quelli di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché di pubblicità per la sola fase dell'affidamento, individuati dalla giurisprudenza in materia e in ogni caso originanti da consolidate regole europee. La bozza del futuro Codice comprende invece numerosi "nuovi" principi – intendendo per tali quelli che non compaiono nelle precedenti versioni del Codice nelle disposizioni specificamente relative ai principi –, alcuni del tutto inediti, che influenzano notevolmente il *corpus* normativo del Codice stesso, incidendovi in maniera originale. Inoltre, mentre la formulazione dei principi di cui alle precedenti edizioni del Codice è circoscritta sostanzialmente alla loro enunciazione, rinviando semmai ad altre parti del Codice per le modalità di rispetto degli stessi, quella di cui al testo in esame è più estesa. Questo infatti dedica a ciascun principio (o quasi) un apposito articolo, composto da più commi, che lo declinano in ottica esplicativa.

Nella bozza del nuovo Codice la considerazione dei principi "classici" appare diversa, anche rispetto ai principi "nuovi". In effetti nelle precedenti versioni del Codice i primi sono considerati a sé stanti e sono affermati in relazione alle fasi di affidamento ed esecuzione degli appalti o solo a quella di affidamento. Nella versione oggi proposta dal Consiglio di Stato, invece, i principi "classici" vengono citati, anche più volte, non a sé, ma per spiegare i "nuovi" principi o per indicare le modalità con cui questi devono essere attuati. Conferma quanto precede che i principi "classici" non sono destinatari di un apposito articolo, che li enunci nella propria rubrica, ma sono compresi negli articoli (uno o più) dedica-

ti ai “nuovi” principi. I primi insomma sembrerebbero presupposti dei secondi, il che non vuole dire che sono di minore importanza. Essi infatti sono imprescindibili e sottesi alla disciplina dei contratti pubblici.

3. *I “nuovi” principi*

Come menzionato, nel Titolo I della Parte I la bozza del nuovo Codice dei contratti pubblici declina un’articolata serie di principi “nuovi”¹¹, in genere adottati in recepimento della giurisprudenza interna ed europea e della normativa europea.

Tra i “nuovi” principi alcuni rivestono singolare rilevanza per la loro portata innovatrice. In particolare quelli che forse più degli altri vorrebbero marcare un cambio di passo rispetto alla tradizionale impostazione degli appalti pubblici sono i principi del risultato e della fiducia (rispettivamente artt. 1 e 2). Questi assumono speciale rilevanza anche in quanto, come si vedrà più avanti, insieme al principio dell’accesso al mercato (art. 3)¹² vengono espressamente considerati quali criteri di interpretazione e di applicazione delle altre norme del Codice (art. 4).

Rientrano tra i “nuovi” principi anche quelli di buona fede e di tutela dell’affidamento (art. 5), che recepiscono la giurisprudenza dell’Adunanza plenaria¹³. In particolare, nella procedura di gara le stazioni appaltanti, gli enti concedenti e gli operatori economici si devono comportare reciprocamente nel rispetto dei principi di buona fede e di tutela dell’affidamento (co. 1). In tale contesto è stata introdotta una norma che legittima la pubblica amministrazione a instaurare l’azione di rivalsa nei confronti dell’operatore economico che abbia conseguito l’aggiudicazione illegittima con una condotta contraria ai doveri di buona fede (co. 4).

Trovano spazio nella cornice di principi di cui allo schema del nuovo Codice anche i principi di solidarietà e di sussidiarietà orizzontale (art. 6), i quali appaiono effettiva applicazione dell’art. 2 della Costituzione. Nel disciplinare anche i rapporti con gli enti del Terzo settore, recependo la sentenza 26 giugno 2020, n. 131 della Corte costituzionale, la bozza del nuovo Unico Testo sancisce la coesistenza di due modelli organizzativi alternativi per l’affidamento dei servizi sociali,

¹¹ Di nuovo, si intendono qui per tali quei principi che non compaiono nelle precedenti versioni del Codice nelle disposizioni specificamente relative ai principi (art. 2 d.lgs. n. 163/2006 e art. 30 d.lgs. n. 50/2016).

¹² Ai sensi dell’art. 3 della bozza del nuovo Codice, gli enti committenti favoriscono l’accesso al mercato degli operatori economici nel rispetto dei principi di concorrenza, imparzialità e non discriminazione, pubblicità, trasparenza e proporzionalità. Tra i tre principi che assumono rilevanza prioritaria ai sensi del successivo art. 4, quello di cui al menzionato art. 3 appare il meno incisivo, risolvendosi in un’elencazione – in funzione dell’accesso al mercato – di altri principi che da sempre disciplinano il settore dei contratti pubblici e che non introducono elementi innovativi rispetto all’attuale cornice normativa.

¹³ Cons. Stato, ad. plen. 29 novembre 2021, n. 21.

l'uno fondato sulla concorrenza, l'altro sulla solidarietà e sussidiarietà orizzontale, dove il secondo non costituisce una deroga, da interpretare restrittivamente, al modello generale basato sulla concorrenza, bensì uno schema a sua volta generale da coordinare con il primo.

La bozza del nuovo Codice introduce altresì nella cornice dei principi il principio di auto-organizzazione amministrativa (art. 7), o anche principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche, secondo cui le pubbliche amministrazioni organizzano autonomamente l'esecuzione di lavori o la prestazione di beni e servizi attraverso l'auto-produzione, l'esternalizzazione e la cooperazione nel rispetto della disciplina del Codice e del diritto dell'Unione. Con tale principio la citata bozza colloca dunque l'auto-produzione e l'esternalizzazione su un piano di parità, superando la scelta restrittiva di cui al Codice vigente, e allinea maggiormente il diritto nazionale con quello europeo, in cui il principio in parola è già presente nell'art. 2 della direttiva 2014/23/UE¹⁴.

Ancora, il testo oggetto di studio sancisce il principio di autonomia negoziale delle pubbliche amministrazioni (art. 8), che possono concludere qualsiasi contratto, anche gratuito, salvi i divieti espressamente previsti dal Codice e da altre disposizioni di legge. A tale principio viene accostato, in relazione ai professionisti, il divieto di prestazione intellettuale a titolo gratuito, prevedendo che la pubblica amministrazione debba garantire in ogni caso l'applicazione del principio dell'equo compenso.

In conseguenza degli squilibri contrattuali manifestatisi con drammatica evidenza in occasione della pandemia e della guerra in Ucraina e della conseguente crisi economica e sociale con annessa inflazione, la cornice di principi di cui al progetto nel nuovo Codice comprende anche il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale (art. 9), fino a ora enunciato solo a proposito delle concessioni. In particolare, viene immessa una disciplina generale in materia di rinegoziazione, affermando il sorgere, in capo alla parte svantaggiata, di un diritto di rinegoziazione secondo buona fede delle condizioni contrattuali in tutti i casi di sopravvenienze straordinarie e imprevedibili, tali da determinare una rilevante alterazione dell'equilibrio contrattuale.

Il disegno del nuovo Codice comprende altresì nella sua cornice iniziale i principi di tassatività delle cause di esclusione e di massima partecipazione (art. 10). Il primo è un principio di garanzia che esprime la scelta di riordinare all'interno del Codice tutte le cause di esclusione, coerentemente coi principi di qualità della regolazione e di coerenza sistematica. Caricandosi di valore precetti-

¹⁴ Introdotto nella bozza del nuovo Codice con l'evidente intento di favorire i soggetti pubblici, e nonostante assente nella legge di delega n. 78/2022, il principio di auto-organizzazione amministrativa può ritenersi un richiamo all'art. 36 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e all'art. 14 TFUE.

vo, esso vieta alle stazioni appaltanti e agli enti concedenti di introdurre cause di esclusione non espressamente definite dal Codice, ma da regolamenti o dalla *lex specialis* della gara¹⁵. Il secondo costituisce il criterio orientativo della discrezionalità della pubblica amministrazione in materia di requisiti speciali di capacità, affermando il *favor* per l'accesso al mercato e per la possibilità di crescita delle piccole e medie imprese, il quale deve essere bilanciato con l'esigenza di realizzare economie di scala funzionali alla riduzione della spesa pubblica e deve essere compatibile con le prestazioni da acquisire.

Secondo la proposta del Consiglio di Stato la cornice di principi del nuovo Codice dovrebbe fare spazio anche al principio di applicazione dei contratti collettivi nazionali di settore (art. 11). In tale modo lo specifico principio di delega verrebbe pienamente attuato e verrebbe imposta l'applicazione, per le prestazioni prevalenti oggetto dell'appalto, di un contratto collettivo nazionale e territoriale di settore di rilevanza nazionale, così escludendo i contratti non rappresentativi.

Infine, nel suo art. 12 la bozza del nuovo Codice contiene un rinvio "esterno" alla legge n. 241/1990 e al Codice civile. Si tratta di una norma di chiusura che integra la disciplina dettata dal Codice e che riprende quanto disposto dall'art. 2, co. 3 e 4, dell'abrogato d.lgs. n. 163/2006 e dall'art. 30, co. 8, d.lgs. n. 50/2016. Il rinvio alla legge sul procedimento amministrativo opera per quanto non espressamente previsto dal Codice con riguardo «alle procedure di affidamento e alle altre attività amministrative in materia di contratti pubblici». Il rinvio al Codice civile trova invece applicazione nella fase tipicamente negoziale, in quanto si riferisce alla stipula del contratto e alla fase di esecuzione¹⁶. In altri termini, viene ripresa la tradizionale distinzione tra formazione della volontà negoziale della pubblica amministrazione retta dai principi del diritto amministrativo e della l. n. 241/90, in quanto applicabile, fino al perfezionamento della volontà contrattuale ivi inclusa la competenza del giudice amministrativo a dichiarare l'inefficacia del contratto, da una parte, e fase di esecuzione del contratto retta dal diritto civile e dalla competenza quasi esclusiva del giudice civile competente, dall'altra.

¹⁵ Con una disposizione che solleva talune perplessità, l'art. 10, co. 2, della bozza del nuovo Codice, dopo avere affermato la tassatività delle clausole di esclusione, sancisce in modo contraddittorio da una parte l'annullabilità delle clausole difformi dunque, da impugnare a pena di decadenza dai termini di pubblicazione del bando, dall'altra la nullità delle clausole nuove, le quali dunque sono impugnabili entro 180 giorni ai sensi dell'art. 31 c.p.a.

¹⁶ La fase di scelta del contraente, che termina con l'aggiudicazione, è nettamente distinta da quella di stipula ed esecuzione del contratto. La fase che termina con l'aggiudicazione infatti ha carattere pubblicistico, poiché retta da poteri amministrativi attribuiti alla stazione appaltante per la scelta della migliore offerta nel rispetto dei principi e nella tutela della concorrenza. La fase negoziale, invece, comincia con la stipula del contratto e prosegue con l'adempimento delle relative obbligazioni il quale è retto dalle norme del diritto privato ed è caratterizzato dalla parità delle parti (Cons. Stato, ad. plen. 20 giugno 2014, n. 14). *Ex multis*, D. Vaiano, *Art. 30 Principi per l'aggiudicazione e l'esecuzione di appalti e concessioni*, in R. Garofoli, G. Ferrari, *Codice dei contratti pubblici*, Molfetta, 2017, 613.

Non potendo in questa sede approfondire tutti i principi menzionati, ci si limiterà ad analizzare quelli che forse più degli altri segnano una svolta rispetto alle edizioni precedenti del Codice e si caratterizzano – o si vorrebbero caratterizzare – per maggiori innovatività e originalità. Si tratta in particolare dei principi del risultato e della fiducia, la cui pregnanza è confermata, oltre che dall'art. 4, dalla scelta topografica di collocarli all'inizio della cornice di principi.

4. *Il principio del risultato*

Conferendo priorità al risultato più che alle procedure, la bozza del nuovo Codice si apre con il principio del risultato. Tale principio è rivolto essenzialmente alle stazioni appaltanti e agli enti concedenti, richiedendo che questi perseguano il risultato dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione, che ciò venga compiuto con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, e che ciò avvenga nel rispetto di tre ulteriori ma già radicati principi, ossia quelli di legalità, trasparenza e concorrenza.

Adoperando la tecnica “esplicativa” sopra menzionata, in relazione a tali ultimi principi, il co. 2 dell'art. 1 chiarisce – salvo per il principio di legalità, probabilmente perché troppo ovvio – il motivo per cui essi sono necessari ai fini della piena soddisfazione del principio del risultato.

In particolare, la concorrenza tra gli operatori economici deve essere rispettata in quanto è funzionale a conseguire il migliore risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti. In effetti già da tempo la (libera) concorrenza è riconosciuta quale principio guida e *ratio* ispiratrice a fondamento dell'intera disciplina dei contratti pubblici¹⁷ in quanto opera nel duplice senso di accrescere la possibilità di ottenere la migliore prestazione al miglior prezzo, da una parte, e di ampliare il novero degli operatori economici cui è consentita la partecipazione e dunque la possibilità di aggiudicazione dell'appalto, dall'altra. La concorrenza degli appalti pubblici richiama e richiede a sua volta il rispetto di ulteriori principi. Segnatamente, essa è effettivamente rispettata soltanto allorché la gara sia svolta correttamente, ossia quando l'azione amministrativa rispetta i principi di trasparenza, parità di trattamento, *par condicio competitorum*, non discriminazione e massima partecipazione. Tali principi – che si ritrovano menzionati in ordine sparso nell'articolato del Titolo I della bozza del Codice – sono corollari della concorrenza, la declinano e ne garantiscono l'effettività. Ciò è confermato dall'abbondante giurisprudenza amministrativa in materia di appalti pubblici, la quale ricorre costantemente all'uso congiunto dei principi in questione per esprimere

¹⁷ Cons. Stato, ad. plen. 13 novembre 2015, n. 10.

la necessità della correttezza della procedura in termini di garanzia sia della contendibilità della prestazione oggetto di gara, sia dell'adeguatezza delle regole della procedura rispetto alla finalità pubblica dell'approvvigionamento di cui l'amministrazione pubblica ha bisogno¹⁸.

Circa il principio di trasparenza, la bozza del Codice afferma che esso deve essere rispettato in quanto la trasparenza è funzionale alla massima semplicità e celerità nella corretta applicazione delle regole del Codice e ne assicura la piena verificabilità. In effetti esso attiene al bisogno di conoscibilità e accessibilità dell'azione amministrativa. In particolare, fondata nella più generale esigenza connessa al buon andamento e all'imparzialità dell'operato delle amministrazioni pubbliche, l'esigenza di trasparenza si esplica nella garanzia, in favore di ogni potenziale offerente, di procedure conoscibili e accessibili, in modo da eliminare i rischi di favoritismo e arbitrio da parte dell'amministrazione aggiudicatrice. In considerazione di quanto precede, il principio di trasparenza richiede la formulazione chiara, precisa e univoca, nel bando o nel capitolato d'oneri, di tutte le condizioni e le modalità della procedura di aggiudicazione, in modo da consentire a tutti gli offerenti ragionevolmente informati e ordinariamente diligenti di coglierne l'esatta portata e di interpretarle ugualmente e all'amministrazione aggiudicatrice di verificare effettivamente se le offerte dei concorrenti rispettino i criteri disciplinanti l'appalto¹⁹.

Il testo proposto dal Consiglio di Stato connette esplicitamente il principio del risultato con altri principi ancora, rendendolo il perno attorno al quale deve girare la fase dell'affidamento del contratto e quella della sua esecuzione. Segnatamente il co. 3 dell'art. 1 afferma che il principio del risultato costituisce attuazione, nel settore dei contratti pubblici, del principio del buon andamento e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità. Il principio del risultato viene dunque ancorato a uno dei principi fondamentali dell'azione amministrativa, ossia appunto il buon andamento (art. 97), «vero cardine della vita amministrativa»²⁰, parametro di legittimità delle scelte discrezionali effettuate dal legislatore nell'organizzazione degli apparati e dell'attività amministrativa, canone regolativo che orienta l'amministrazione al raggiungimento del suo fine primario.

La scelta della bozza del nuovo Codice di riferirsi al buon andamento (e ai tre principi correlati) conferma che il principio del risultato è la traduzione di quella tendenza per cui, in conseguenza delle esigenze di razionalizzazione della spesa

¹⁸ Cons. Stato, sez. IV, 30 maggio 2016, n. 2976; sez. V, 4 marzo 2008, n. 889. Si vedano L.R. Perfetti (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, Milano, 2017, 294; M. D'Alberti, *Interesse pubblico e concorrenza nel Codice dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2008, 299; A. Zito, *Il Codice dei contratti pubblici: i soggetti ed i principi*, in *Guida pratica per i contratti pubblici di servizi e forniture*, I, *Il mercato degli appalti*, Presidenza del Consiglio dei ministri, Dipartimento per l'informazione e l'editoria, Roma, 2010, 10-19.

¹⁹ Corte giust. UE, 6 novembre 2014, C-42/13.

²⁰ Corte cost., 4 dicembre 1968, n. 123.

pubblica e di un suo migliore utilizzo, si è andata attuando una profonda rivoluzione del modo di concepire l'azione del potere pubblico. Tale azione, da esercizio di attività meramente conforme alla legge, è andata via via rispondendo a esigenze diverse, definibili «di attenzione al risultato»²¹, lasciando emergere la «amministrazione di risultato»²² e attribuendo al buon andamento nuovi significati.

Forma di espressione del buon andamento e termine che rinvia a logiche aziendalistiche, il risultato è «la capacità degli enti di soddisfare le esigenze in vista della cui tutela essi sono stati istituiti»²³. La rilevanza del «risultato amministrativo» è il portato di quella riflessione per cui il perseguimento da parte della pubblica amministrazione dei fini predisposti dalla legge richiede che il risultato prefigurato da quest'ultima sia conseguito sollecitamente, secondo un nuovo schema norma-atto-risultato, da intendersi in termini giuridici²⁴. In particolare, ben lontana dall'idea di «risultato a tutti i costi» e da quella della necessaria soddisfazione della pretesa del cittadino, la logica del risultato amministrativo richiede di considerare tempestivamente gli interessi, ponderarli rapidamente e tutelarli efficacemente nel rispetto dei termini e delle logiche di ciascun ambito di attività pubblica.

In altri termini il principio del risultato è teso a migliorare il buon andamento dell'amministrazione e – segnatamente per quanto riguarda la materia dei contratti pubblici – dell'attività delle stazioni appaltanti e degli enti conceden-

²¹ M.R. Spasiano, *Il principio del buon andamento*, in M. Renna, F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 133.

²² Il fenomeno dell'amministrazione di risultato è emerso nella legislazione successiva alla l. n. 241/1990 (ad esempio, art. 21 d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165; art. 25 d.l. 28 novembre 2008, n. 185; artt. 1 e 79 d.l. 25 giugno 2008, n. 112) e si avvale degli apporti della scienza economica, in particolare considerando l'efficienza quale criterio direttivo dell'organizzazione e dell'azione amministrativa. Sull'amministrazione di risultato, *ex multis*: L. Iannotta, *La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo: dall'interesse legittimo al buon diritto*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 299 ss.; Id., *Previsione 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 ordinamenti*, Atti del Convegno di Macerata, 21 e 22 maggio 1999, Milano, 2000, 37 ss.; Id. (a cura di), *Economia, diritto e politica nell'amministrazione di risultato*, Torino, 2003, 1 ss.; G. Corso, *Amministrazione di risultati*, in *Annuario AIPDA 2002*, Milano, 2003, 127 ss.; R. Ferrara, *Procedimento amministrativo, semplificazione e realizzazione del risultato*, in *Dir. e società*, 2000, 1, 101 ss.; A.R. Tassone, *Sulla formula <<Amministrazione per risultati>>*, in *Scritti in onore di Elio Casetta*, Napoli, 2001, 816; Id., *Analisi economica del diritto e 'amministrazione di risultato'*, in *Dir. amm.*, 2007, 1, 63 ss.; M.R. Spasiano, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003, 1 ss.; M. Immordino, A. Police (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Atti del Convegno (Palermo, 27-28 febbraio 2003), Torino, 2004; S. Cassese, *Che cosa vuol dire «amministrazione di risultati?»*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 941; M. Cammelli, *Amministrazione di risultato*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, Napoli, 2005, 556 ss. In giurisprudenza ad esempio Cons. Stato, sez. V, 12 settembre 2017, n. 4307.

²³ M.R. Spasiano, *Il principio del buon andamento*, cit., 134.

²⁴ Da tale riflessione emerge come il risultato amministrativo faccia parte della norma, conferendo al principio di legalità un significato più coerente con l'esigenza di effettività della tutela degli interessi pubblici, e traducendo la rilevanza di tale risultato nella «innovazione più profonda del modo di concepire giuridicamente l'attività amministrativa [...] tale da modificare il modo stesso di amministrare, il modo cioè in cui i funzionari intendono la loro azione». In merito F.G. Scoca, voce *Attività amministrativa*, in *Enc. del dir.* (VI agg.), Milano, 2002, 10.

ti, ossia l'efficienza, l'efficacia e l'economicità della loro azione nell'affidamento e nell'esecuzione dei contratti pubblici, identificandosi in quell'effettività dell'esercizio dell'azione amministrativa che si concretizza in una risposta certa, chiara e tempestiva e in un'offerta di garanzie di tutela concreta²⁵.

I principi "correlati" al buon andamento – efficienza, efficacia ed economicità – e che ne sono espressione sono volti a garantire che l'amministrazione, mediante il corretto ricorso all'evidenza pubblica, scelga l'operatore economico che sia in grado di garantire il migliore approvvigionamento di beni rispetto alle esigenze di cui alla *lex specialis* di gara. In particolare, il principio di efficacia consiste nella necessità che la stazione appaltante agisca in modo tale che i propri atti risultino idonei rispetto allo scopo cui sono preordinati, ossia nella capacità di ottenere migliori risultati in base agli obiettivi stabiliti²⁶. Il principio di economicità impone l'uso ottimale delle risorse impiegate nell'appalto e il divieto dell'inutile eccedenza di utilizzo di risorse nello svolgimento della gara ovvero nell'esecuzione del contratto²⁷. Infine, il principio di efficienza si sostanzia nel raffronto tra le risorse impiegate ed i risultati ottenuti²⁸. A differenza della versione attuale del Codice (art. 30) e di quella precedente (art. 2), in cui non compare, nella bozza proposta dal Consiglio di Stato esso è accostato ai principi di economicità ed efficacia. Ciò appare significativo, se si considera che l'accostamento avviene all'interno dell'articolo dedicato al principio del risultato. In effetti al principio in parola può attribuirsi anche una definizione aziendalistica, come detto considerata applicabile a un'amministrazione di risultato e secondo cui il principio di efficienza è la misura del massimo raggiungimento di prodotti all'utenza (*output*) dato un certo livello di risorse²⁹.

In considerazione di quanto precede si potrebbe sollevare il dubbio che il principio del risultato sia realmente innovativo della materia dei contratti pub-

²⁵ A tale fine sarebbe stato forse utile pensare di introdurre un *auditor* esterno alle parti, con funzioni effettive di controllo e di collaborazione, tali da non lasciare sulla carta l'obiettivo del raggiungimento dei risultati.

²⁶ A. Zito, *Il Codice dei contratti pubblici*, cit., 20; S. Dettori, *Il ruolo dei principi*, cit., 299; R.E. Ianigro, *Art. 2*, in R. Garofoli, G. Ferrari (a cura di), *Codice degli appalti pubblici*, Roma, 2012, 19-20; R. Cavallo Perin, G.M. Racca, *Art. 2*, in L.R. Perfetti (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, Milano, 2013, 28.

²⁷ R. Cavallo Perin, voce *Validità del provvedimento e dell'atto amministrativo*, in *Digesto IV delle discipline pubblicistiche*, XV, Torino, 2020, 614; F. Caringella, M. Protto, *Il Codice dei contratti pubblici dopo il correttivo*, Roma, 2017, 154-155; R.E. Ianigro, *Art. 2*, cit., 19-20. Per un commento sui principi dell'azione amministrativa: A. Police, *Principi e azione amministrativa*, in F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, VII ed., 2021, 195 ss.

²⁸ Sul principio di efficienza, *ex multis*, M.S. Giannini, *Lezioni di diritto amministrativo (1959-1960)*, vol. I, Milano, 1950, 52; R. Bettini, *Il principio della efficienza nella pubblica amministrazione*, Milano, 1969; O. Sepe, *L'efficienza dell'azione amministrativa*, Milano, 1975; F. Tramontano, *Brevi notazioni in tema di efficienza della P.A.*, in *Nuova rass.*, 1979, 295 ss.; P. Calandra, voce *Efficienza e buon andamento della pubblica amministrazione*, in *Enc. giur.*, vol. XII, Roma, 1988, 1 ss.

²⁹ R. Cavallo Perin, voce *Validità del provvedimento e dell'atto amministrativo*, cit., 613.

blici. Si è detto infatti che esso appartiene al concetto generale della c.d. amministrazione di risultato e che questo trova i suoi cardini nell'efficienza, nell'efficacia e nell'economicità. Queste però sono ben lungi dall'essere sconosciute alla materia suddetta. Esse in effetti sono da tempo scolpite nella legge sul procedimento amministrativo³⁰, che è richiamata non solo dall'art. 12 della bozza del nuovo Codice, ma anche dalle due precedenti edizioni dello stesso (art. 2, co. 4, d.lgs. n. 163/2006 e art. 30, co. 8, d.lgs. n. 50/2016). Queste ultime, inoltre, affermano la necessità di rispettare i principi di economicità ed efficacia nell'affidamento e nell'esecuzione di opere e lavori pubblici, servizi e forniture (art. 2, co. 1, d.lgs. n. 163/2006 e dall'art. 30, co. 1, d.lgs. n. 50/2016). Di conseguenza, nello schema del Codice qui oggetto di studio il principio del risultato sembrerebbe trovare solamente un'espressa (forse sovrabbondante) enunciazione, laddove era già implicitamente sotteso alla disciplina dei contratti pubblici.

Procedendo nell'analisi del principio del risultato come declinato dalla bozza del nuovo Codice dei contratti pubblici, esso appare finalisticamente orientato. Tale principio infatti deve essere perseguito nell'interesse della comunità e per il raggiungimento degli obiettivi dell'Unione europea (co. 4). Questa specificazione, se da un lato non è necessaria in quanto l'amministrazione deve in ogni caso perseguire, oltre all'interesse pubblico primario cui è preposta, l'interesse della comunità e gli obiettivi europei, dall'altra appare richiamare implicitamente quegli interessi – esigenze sociali, tutela della salute, dell'ambiente, del patrimonio culturale e promozione dello sviluppo sostenibile, anche dal punto di vista energetico – menzionati nelle precedenti edizioni del Codice, pur se solo con riferimento al principio di economicità, quali fonti di ispirazione dei criteri cui quest'ultimo può essere subordinato³¹, e che sono certamente obiettivi delle politiche europee.

Al principio del risultato viene attribuita primaria rilevanza. Oltre a essere menzionato tra i criteri interpretativi e applicativi del Codice (art. 4), tale principio viene specificamente indicato quale criterio³² prioritario da seguire in una serie di circostanze, ossia: (i) per l'esercizio del potere discrezionale, (ii) per l'in-

³⁰ L'art. 1 l. n. 241/1990 include l'efficacia e l'economicità tra i criteri (e non principi) che reggono l'attività amministrativa. Inoltre, l'art. 3-bis menziona l'obiettivo delle amministrazioni pubbliche di conseguire maggiore efficienza nella loro attività.

³¹ Art. 30 d.lgs. n. 50/2016 e art. 2 d.lgs. n. 163/2006.

³² L'indicazione del principio del risultato quale criterio potrebbe suggerire che il risultato sia più che un principio, un criterio orientativo del Codice dei contratti pubblici. Allo stesso modo, anche l'economicità, l'efficacia e l'efficienza, che sono espressione del buon andamento di cui il principio del risultato costituisce attuazione, potrebbero essere ritenute non principi, ma criteri. Così d'altra parte l'economicità e l'efficacia sono qualificate nella legge sul procedimento (art. 1, co. 1). La scelta dell'uno o dell'altro termine può essere non di poco conto. In effetti mentre il termine "criterio" può esprimere una regola indicativa e parzialmente elastica, il termine "principio" assume un significato senza dubbio più pregnante. In questo senso V. Italia, *Le disposizioni di principio stabilite dal legislatore*, Milano, 1970, 310.

dividuaione della regola del caso concreto, (iii) per valutare la responsabilità del personale che svolge funzioni amministrative o tecniche nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti³³ e (iv) per attribuire gli incentivi secondo le modalità previste dalla contrattazione collettiva (art. 1, co. 4). In altri termini, il principio del risultato sembra essere considerato quale nuova principale bussola della disciplina dei contratti pubblici, della sua applicazione e delle relative conseguenze, incidendo sui comportamenti concreti delle stazioni appaltanti.

Infine, in coerenza con la “nuova” logica del risultato scelta dalla schema del nuovo Codice e con la priorità ad essa attribuita in sostituzione di quella relativa alla garanzia delle procedure, si possono osservare alcune altre novità.

Innanzitutto, ai funzionari delle stazioni appaltanti viene attribuita una nuova denominazione. In effetti, mentre nel Codice attualmente vigente essi vengono indicati quali responsabili unici *del procedimento*, la bozza del nuovo Codice attribuisce loro la denominazione di responsabili unici *del progetto*, incaricati delle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione di ciascuna procedura soggetta al Codice (art. 15)³⁴. Si tratta di un tentativo di imitare il *project manager* dell’impresa, che tuttavia, a differenza del RUP, lavora secondo le logiche e le norme del diritto privato. Nell’ambito della supervisione affidata al RUP rientra infatti ad esempio anche il controllo della legittimità formale delle procedure di gara. Il tentativo sembrerebbe dunque semmai più conciliabile con la fase dell’esecuzione della gara piuttosto che con quella dell’affidamento.

Ancora, con l’intento di porre fine alla malsana prassi di gare della durata di anni, la bozza del nuovo Codice introduce il principio per cui le stazioni appaltanti e gli enti concedenti devono concludere le procedure di affidamento entro termini predeterminati, stabiliti da un allegato al decreto legislativo. L’effettiva attuazione della disposizione viene garantita dalla duplice previsione per cui il superamento dei termini integrerà la fattispecie di silenzio inadempiamento e sarà valutato anche al fine della verifica del rispetto del dovere di buona fede. Tale regola vale anche nel caso di pendenza di contenzioso, con ciò impedendo a un’altra deplorabile prassi, quella dei ricorsi al giudice amministrativo, di servire da giustificazione per bloccare l’azione amministrativa e superare le scadenze (art. 17, co. 3 e 10)³⁵.

³³ Occorre leggere tale indicazione in coordinamento con il successivo principio della fiducia.

³⁴ Ai sensi dell’art. 15, co. 4, della bozza del Codice, tuttavia, ferma l’unicità del RUP e se il RUP lo richiede, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono nominare un responsabile di procedimento per le fasi di programmazione, progettazione ed esecuzione e un responsabile di procedimento per la fase di affidamento, salve in ogni caso le funzioni di supervisione, indirizzo e coordinamento del RUP.

³⁵ Tuttavia, rimane fermo il potere di sospensiva del giudice amministrativo.

5. *Il principio della fiducia*

Come menzionato, lo schema del nuovo Codice introduce all'art. 2 un ulteriore nuovo principio nella materia dei contratti pubblici, ossia il principio della fiducia, anche in questo caso declinandolo in maniera estesa.

Il principio della fiducia indica una relazione, la quale deve svolgersi in via "reciproca", tra l'amministrazione e i suoi funzionari, da una parte, e gli operatori economici, dall'altra. L'oggetto della reciproca fiducia è l'azione legittima, trasparente e corretta dei predetti soggetti. Secondo una disposizione dalla valenza più programmatica che concreta, tale principio viene indicato quale fondamento dell'attribuzione e dell'esercizio del potere nel settore dei contratti pubblici (co. 1).

Ricorrendo di nuovo a una disposizione simile a una dichiarazione di intenti, al principio di fiducia viene attribuita una duplice funzione, che riguarda specialmente i funzionari pubblici. Esso infatti favorisce e valorizza l'iniziativa e l'autonomia decisionale di questi ultimi, con particolare riferimento alle valutazioni e alle scelte per l'acquisizione e l'esecuzione delle prestazioni secondo l'appena menzionato principio del risultato (co. 2).

Al fine di rendere maggiormente effettive l'iniziativa e l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici, la bozza del nuovo Codice definisce puntualmente e delimita in senso restrittivo i casi di colpa grave suscettibili di dare luogo alla responsabilità amministrativa dei funzionari pubblici. In particolare, nell'ambito delle attività svolte nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti, costituiscono colpa grave ai fini della responsabilità amministrativa solo la violazione di norme di diritto e degli auto-vincoli amministrativi, e la palese violazione di regole di prudenza, perizia e diligenza e l'omissione delle cautele, verifiche ed informazioni preventive normalmente richieste nell'attività amministrativa, in quanto esigibili nei confronti dell'agente pubblico in base alle specifiche competenze e in relazione al caso concreto.

Espressamente viene invece esclusa la colpa grave nei casi di violazione o omissione che sia stata determinata dal riferimento a indirizzi giurisprudenziali prevalenti o a pareri delle autorità competenti (co. 3). Chiaro scopo di tale previsione è sottrarre alle ipotesi di colpa grave – e dunque alla responsabilità erariale, che non opera in caso di colpa lieve – tutte quelle condotte non palesemente ascrivibili a violazioni di norme o a regole di ordinaria cautela. Pur se tale previsione mantiene comunque rilevanti margini di interpretazione discrezionale su ciò che può essere considerato palese violazione e ciò che non lo è, tuttavia la bozza del Codice intende dare un segnale per smorzare i timori, più o meno giustificati a seconda dei casi, che sovente bloccano l'attività amministrativa dei funzionari pubblici, costantemente preoccupati di eventuali azioni di responsabilità erariale.

A garanzia e promozione della fiducia nell'azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti adottano azioni per la copertura assicurativa dei rischi per il personale, nonché per riqualificare le stazioni appaltanti e per rafforzare e dare valore alle capacità professionali dei dipendenti, compresi i programmi di formazione specialistica del personale di cui all'articolo 15, comma 7 (co. 4).

Tutto ciò posto, pur se operata con l'obiettivo di restituire fiducia alle stazioni appaltanti e agli operatori economici, in parte logorata nella più recente evoluzione della disciplina pervasa da invasive preoccupazioni anticorruzione, l'introduzione del principio della fiducia solleva tuttavia talune perplessità. Si potrebbe innanzitutto obiettare che il principio della fiducia sia in realtà scarsamente innovativo. Una sua declinazione è infatti già presente nella legge sul procedimento amministrativo, la quale menziona la buona fede quale principio cui devono essere improntati i rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione (art. 1, co. 2-*bis*). Buona fede e legittimo affidamento sono inoltre già affermati dalla bozza del Codice (art. 5), quali principi da rispettare nella procedura di gara³⁶. Tuttavia il principio della fiducia appare riferirsi sia alla fase dell'affidamento che a quella dell'esecuzione, facendo esso tra l'altro riferimento alle valutazioni e alle scelte dei funzionari «per l'acquisizione e l'esecuzione delle prestazioni» e, riguardo alla responsabilità amministrativa, alle fasi di «programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti». Le difficoltà sono evidenti, soprattutto di fronte all'indeterminatezza del contenuto normativo del principio. Ciò nonostante occorre riflettere prima di cedere alla tentazione, ricorrente di fronte all'indeterminatezza del contenuto normativo dei principi e delle clausole generali, di limitarne, in nome della certezza del diritto, il più possibile l'utilizzazione negli ordinamenti positivi³⁷.

Come noto, l'elemento fiduciario non è estraneo al nostro ordinamento. Valore giuridico o normativo, e ancora prima "fatto" senza il quale non si può dare ordine sociale, la fiducia, derivante dal latino "*fides*", è congenita nel diritto³⁸. La dottrina giuridica non distingue compiutamente tra "fiducia" e "fede" ("buona fede"). Ciò spiega perché uno dei luoghi di elezione per una riflessione giusteoria sulla

³⁶ Si noti che la giurisprudenza amministrativa si mostra sempre più orientata a riconoscere una responsabilità precontrattuale in capo alla stazione appaltante la quale durante la fase formativa del contratto infranga i doveri di lealtà e correttezza, ponendo in essere condotte che non salvaguardano l'affidamento della controparte in modo da compromettere la sua fiducia sulla conclusione del contratto (Cons. Stato, sez. VI, 1° febbraio 2013, n. 633). Sul rapporto tra principio della fiducia e principi di buona fede e tutela dell'affidamento si rinvia al paragrafo successivo.

³⁷ A. Corsale, *Certezza del diritto (profili teorici)*, in *Enc. giur.*, VI, Roma, 1988, 5.

³⁸ G. Greco, *Il diritto della fiducia*, in A. Petrucci (a cura di), *I rapporti fiduciari: temi e problemi*, Torino, 2020, 215. Sulla fiducia e la sua nozione all'interno del diritto: N. Luhmann, *La fiducia*, 1968, trad. a cura di R. De Giorgi (a cura di), Bologna, 2002, 45 e 54.

“fiducia” è la scienza del diritto privato laddove ricostruisce e commenta la disciplina contrattuale, in particolare l’interpretazione del contratto che, come indicato dall’art. 1366 del Codice civile, deve «essere interpretato secondo buona fede».

Se nel diritto privato l’elemento fiduciario caratterizza quel rapporto *intuitu personae* tra le parti private, nel diritto dei contratti pubblici tale elemento può suscitare alcune perplessità. In particolare queste potrebbero destarsi in relazione alla fase dell’affidamento, in cui il rapporto tra operatori privati, da una parte, e l’amministrazione e i suoi funzionari, dall’altra, non appare costruito sulla base della fiducia personale reciproca e non appare potersi definire compiutamente appartenente ai rapporti *intuitu personae*. In effetti nella fase di affidamento l’amministrazione e i pubblici funzionari, nell’esercizio dei loro poteri amministrativi, sono chiamati a selezionare – e non liberamente scegliere – il contraente sulla base non di un rapporto *intuitu personae*, ma delle regole dell’evidenza pubblica da applicare con imparzialità. L’amministrazione e i funzionari agiscono seguendo i canoni del potere rispetto al quale gli operatori economici sono in posizione di subordinazione, e non di parità. Gli operatori economici, dall’altra parte, godono del legittimo affidamento, sufficiente per generare quella “fiducia” nel diritto innanzitutto e nell’azione corretta e legittima della pubblica amministrazione.

Se dunque il principio della fiducia potrebbe non apparire conforme al modello prescelto per la fase dell’affidamento (potere e interesse legittimo) in quanto nel rapporto tra stazione appaltante e privati concorrenti manca quella relazione paritaria di cui il principio stesso sembra necessitare, diverso invece può ritenersi riguardo alla fase dell’esecuzione. A conferma di quanto precede, come visto, la bozza del Codice, non diversamente dalle edizioni precedenti, prevede che, per quanto dallo stesso non espressamente previsto, l’attività contrattuale si svolge nel rispetto delle disposizioni stabilite dal Codice civile (e non dalla legge n. 241/1990, applicata invece per la fase dell’affidamento).

Ciò posto, l’elemento fiduciario tuttavia non può ritenersi del tutto estraneo alla fase dell’affidamento. In effetti, considerato che tale fase costituisce il momento genetico del rapporto contrattuale tra la pubblica amministrazione e l’operatore economico, essa è chiamata ad assicurare la sussistenza dell’elemento fiduciario necessario nella successiva fase contrattuale. In tale prospettiva, ad esempio, la giurisprudenza amministrativa ha più volte affermato che l’esclusione dalla gara d’appalto – che avviene nella fase dell’affidamento – si fonda sulla necessità di garantire l’elemento fiduciario nei rapporti contrattuali della pubblica amministrazione fin dal momento genetico³⁹. Seguendo tale ragionamento,

³⁹ Tale giurisprudenza si è sviluppata con riferimento alla causa di esclusione di cui all’art. 38, co. 1, lett. f), d.lgs. n. 163/2006, la cui *ratio* risiede nella volontà di consentire alla stazione appaltante di valutare globalmente l’affidabilità di un’impresa. Si vedano Cons. Stato, sez. V, 13 luglio 2017, n. 3444; sez. IV, 11 luglio 2016, n. 3070; sez. V, 22 febbraio 2011, n. 1107; sez. V, 27 gennaio 2010, n. 296.

l'elemento fiduciario può dunque trovare luogo anche nella fase dell'affidamento, entrando dalla finestra, in quanto fase che costituisce il momento genetico di quei rapporti contrattuali in cui la presenza del predetto elemento è necessaria.

5.1. *Il rapporto tra il principio della fiducia e i principi di buona fede e di tutela dell'affidamento*

L'analisi del principio della fiducia richiede un raffronto coi principi di buona fede e di tutela dell'affidamento, sanciti nell'art. 5 della bozza nel nuovo Codice, al fine di individuare quale rapporto sussiste tra di essi.

Partendo dal dato normativo, si è già osservato che mentre il principio della fiducia appare riferirsi sia alla fase dell'affidamento che a quella dell'esecuzione, i principi di buona fede e di tutela dell'affidamento sono riferiti alla sola fase della gara. Quanto al dato soggettivo, il principio della fiducia viene riferito all'amministrazione, ai suoi funzionari e agli operatori economici, concentrandosi in particolare sui funzionari, che appaiono i veri "beneficiari" della norma (art. 2, co. 2, 3 e in definitiva anche 4)⁴⁰. I principi di buona fede e di tutela dell'affidamento invece sono riferiti alle stazioni appaltanti, agli enti concedenti e agli operatori economici e sono declinati in particolare in relazione a questi ultimi, che appaiono da una parte "beneficiari" (art. 5, co. 2) della norma, dall'altra da questa "limitati" (art. 5, co. 3 e 4).

Passando al dato etimologico, "fiducia" deriva dal latino "*fides*", termine che compone la "*bona fides*", rivelando la stretta connessione tra i due concetti. Ugualmente può dirsi sotto il profilo storico-giuridico. In effetti la buona fede ha le sue radici nella "*fides*", istituto del diritto romano⁴¹. In particolare, alle origini di tale diritto la "*fides*" veniva applicata nelle relazioni fondate su situazioni di diseguaglianza tra le parti⁴², sia nei rapporti tra singoli che tra popoli diversi.

⁴⁰ La rilevanza attribuita ai funzionari (oltre che in generale all'amministrazione) appare peraltro coerente con la ricostruzione dell'elemento fiduciario quale elemento da garantire nei rapporti contrattuali della pubblica amministrazione fin dal momento genetico. Si veda in merito il paragrafo precedente.

⁴¹ P. Frezza, *Fides Bona*, in Aa.Vv., *Studi sulla buona fede*, Milano, 1975, 3 ss. ora in *Scritti*, III, Roma, 2000, 661 ss. e anche L. Lombardi, *Dalla «fides» alla «bona fides»*, Milano, 1961. Sulla buona fede, *ex multis*, E. Guicciardi, *Recensione a K.H. Schmitt, Treu und Glauben im Verwaltungsrecht. Zugleich ein Beitrag zur juristischen Methodenlehre*, Berlino, 1935, in *Archivio giuridico di diritto pubblico*, 1936, 556 ss., che aveva ritenuto irrilevante la buona fede nel diritto pubblico; F. Manganaro, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995; F. Merusi, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970; Id., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, Milano, 2001; C. Grassetti, *L'interpretazione del negozio giuridico con particolare riguardo ai contratti*, Padova, 1983, 197; G. Tulumello, *La tutela dell'affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione fra ideologia e dogmatica*, in *Giustamm.it*, n. 5/2022.

⁴² In questi casi, il richiamo alla *fides* assumeva un aspetto etico, poiché il soggetto più debole del rapporto si affidava all'altro, certo che il potere di supremazia sarebbe stato esercitato in modo tale da non compor-

Essa comportava l'affidamento di un soggetto (individuo o popolo) in posizione di minorità a un altro, che esercitava nei suoi confronti un potere di disposizione. Al soggetto sottoposto non restava che richiamarsi alla *fede* e alla buona volontà dell'altro (vincitore) affinché, in nome di superiori principi etici o religiosi, non inferisse con obblighi troppo gravosi. Solo in un secondo momento la *fides* iniziò a rilevare anche nei rapporti paritari, costituendo elemento necessario delle obbligazioni, soprattutto di quelle in cui l'esecuzione poteva essere differita nel tempo o comunque avvenire con una certa discrezionalità delle parti. Sviluppatesi in particolare nei rapporti sinallagmatici, la *fides* cominciò ad assumere una funzione più propriamente giuridica, individuando nel concetto di *bona fides* il corretto criterio di comportamento del *bonus vir* e dunque introducendo nell'ordinamento una sorta di standard valutativo dell'adempimento delle obbligazioni⁴³.

In considerazione di quanto precede, è possibile svolgere due osservazioni.

La prima è che la buona fede (*bona fides*) non è che un'evoluzione e una specificazione della fiducia (*fides*), la quale dunque ne costituisce il "ceppo" principale. Come il principio di tutela dell'affidamento è la principale ipotesi dell'applicazione del principio di buona fede nel diritto amministrativo e particolare manifestazione di tale principio⁴⁴, così la buona fede appare applicazione e particolare e forse principale manifestazione del principio di fiducia. In effetti, se l'affidamento è una situazione giuridica soggettiva caratterizzata da un'aspettativa generata dall'altrui comportamento (o inerzia) e tutelata dal principio di *buona fede* che prescrive che il successivo comportamento dell'affidante sia coerente con quello che, in precedenza, ha generato l'altrui *fiducia*⁴⁵, allora può dirsi che la buona fede, che tutela l'affidamento, proviene dalla fiducia e comporta la tutela di quella fiducia generata dal precedente comportamento altrui⁴⁶.

La seconda è che il principio di fiducia, declinato nei rapporti tra amministrazione/funzionari e operatori economici, sembra (soprattutto per quanto riguarda la fase dell'affidamento)⁴⁷ riportare l'istituto fiduciario all'originaria *fides* romana, applicata come visto nelle relazioni fondate su situazioni di disegualianza tra le parti e avente tratti più marcatamente etici. Il principio in esame appa-

tare un aggravio dell'obbligazione.

⁴³ Per una ricostruzione delle origini della buona fede: F. Manganaro, *Principio di buona fede*, 14 ss.

⁴⁴ F. Merusi, *Buona fede e affidamento*, cit., 2.

⁴⁵ Ivi, 127.

⁴⁶ Sulla fiducia generata dal precedente comportamento della pubblica amministrazione: F. Merusi, *Buona fede e affidamento*, cit., 139, secondo cui «si intende parlare di applicabilità della buona fede all'attività amministrativa con riferimento alla buona fede in senso oggettivo e, in particolare, [...] a quella manifestazione della buona fede che comporta la tutela della fiducia generata da un precedente comportamento della pubblica amministrazione».

⁴⁷ Si veda il paragrafo precedente sulla distinzione tra fase dell'affidamento e fase dell'esecuzione in relazione all'elemento fiduciario.

re infatti inserito in una norma a contenuto elastico tesa a introdurre nell'ambito giuridico un principio più precipuamente appartenente all'etica⁴⁸.

Alla luce di tutto quanto sopra, tra il principio della fiducia da una parte e i principi di buona fede e tutela dell'affidamento appare instaurarsi un rapporto di *genus a species*, in cui il primo è origine e categoria più generale e ampia rispetto ai secondi. Quanto precede appare coerente con l'art. 4 della bozza del nuovo Codice, da cui non si può prescindere per delineare il rapporto esistente tra principio della fiducia e principi di buona fede e di tutela dell'affidamento. Come menzionato e come si vedrà meglio nel séguito, l'art. 4 qualifica infatti il principio della fiducia quale criterio applicativo e interpretativo di tutte le norme del Codice, tra cui anche quella relativa ai principi di buona fede e tutela dell'affidamento. Questi dunque, come tutte le altre norme del Codice, devono essere interpretati, applicati e ricondotti al principio di fiducia, che quindi ne costituisce una sorta di principio-ombrello e bussola orientatrice.

6. *Il rapporto tra i principi. Considerazioni conclusive*

Illustrata la cornice di principi disegnata dalla bozza del nuovo Codice dei contratti pubblici, e messo in luce come i principi del risultato e della fiducia, pur inediti con riguardo alla loro enunciazione, potrebbero risolversi in affermazioni di carattere generale con circoscritto effetto pratico, occorre ora domandarsi quale sia il rapporto tra di essi.

Come accennato, l'art. 4 sancisce che le disposizioni del Codice si interpretano e si applicano in base ai (soli) principi di cui agli artt. 1, 2 e 3. A tali tre principi, in altri termini, devono essere ricondotte le altre disposizioni del Codice in sede di applicazione e interpretazione delle stesse. L'art. 4 sembrerebbe dunque suggerire una differenza di peso tra i principi di cui ai primi tre articoli – i principi del risultato, della fiducia e dell'accesso al mercato – rispetto agli altri principi di cui agli articoli successivi, tracciando una linea di demarcazione tra i primi e i secondi, e suscitando talune perplessità. In effetti i principi di diritto relativi a uno stesso settore dovrebbero tutti fungere da criteri di interpretazione e applicazione delle norme di quel settore (è proprio questa la loro funzione precipua), senza necessità di una specificazione particolare al riguardo. Infatti, pur se nelle precedenti edizioni del Codice non vi è una disposizione analoga all'art. 4, i principi ivi menzionati sono ritenuti comunque tutti dotati di una funzione interpretativa tale per cui le disposizioni del Codice devono essere sempre lette coerente-

⁴⁸ In F. Manganaro, *Principio di buona fede*, cit., 118, il dovere di buona fede viene definito quale norma a contenuto elastico che intende introdurre nell'ambito giuridico un principio etico.

mente con essi⁴⁹. In conseguenza di quanto precede, la differenziazione tra le due “categorie” di principi che la bozza del nuovo Codice propone (ossia quella relativa agli artt. 1, 2 e 3 e quella relativa agli articoli successivi) rischia di diminuire, se non di mortificare, la funzione dei principi non specificamente indicati come criteri interpretativi e applicativi.

Ciò posto, pur se la bozza del Codice dei contratti pubblici delinea la predetta distinzione tra i principi di cui ai primi tre articoli e gli altri principi, essa tuttavia non appare necessariamente affermare una gerarchia tra i principi. In altri termini, il testo provvisorio del nuovo Codice non indica una maggiore dignità di taluni principi rispetto ad altri, ma esplicita meramente, con riferimento a taluni, la natura di criteri interpretativi e applicativi del Codice per rimarcare come le norme di questo devono in ogni caso essere infine ricondotte ai principi di cui agli artt. 1, 2 e 3. D'altronde, da una parte, i principi, proprio in quanto tali, dovrebbero avere come detto pari dignità e valore, dall'altra, è propria dei principi la loro attitudine a rendersi relativi per potersi conciliare reciprocamente⁵⁰. Sarebbe dunque che – non diversamente da quanto accaduto fino a ora nelle esperienze delle precedenti edizioni del Codice, in cui tra i principi non vi è gerarchia – possa spettare all'eventuale interprete desumere la maggiore dignità di uno o di un altro principio a seconda dei casi, sulla base di una valutazione in concreto, che tenga in considerazione anche la fonte di provenienza nazionale o comunitaria dei principi da applicare⁵¹.

Alla luce di tutto quanto sopra, la bozza del terzo Codice dei contratti pubblici, nel disegnare una nuova cornice di principi, costituisce una via di mezzo tra continuità e cambiamento, affiancando elementi e schemi tradizionali ad altri innovativi. Nonostante l'apparente patina di novità, questi ultimi tuttavia non sempre appaiono pienamente originali. Inoltre gli stessi lasciano talvolta sorgere il sospetto di non essere destinati ad avere un esteso effetto pratico, rimanendo in ogni caso ferma la consapevolezza che al fine della comprensione della loro effettiva portata applicativa, ossia di quanto gli stessi siano capaci effettivamente di incidere sull'interpretazione e sull'applicazione delle norme dettate negli articoli successivi e quanto invece si risolvano in affermazioni di carattere generale con un circoscritto effetto pratico, l'analisi astratta non è sufficiente, ma occorre attendere l'eventuale prassi applicativa.

⁴⁹ G. Morbidelli, *Art. 2*, in G.F. Ferrari, G. Morbidelli (diretto da), *Commentario al Codice dei contratti pubblici, Artt. 1-120*, Milano, 2013, 10.

⁵⁰ G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 171.

⁵¹ Considerato il primato del diritto comunitario, i principi provenienti da tale diritto si pongono in una posizione sovraordinata e devono prevalere rispetto alle previsioni di diritto nazionale degli Stati membri.

Una nuova cornice di principi per i contratti pubblici

Dopo il decreto legislativo n. 163/2006 e il decreto legislativo n. 50/2016, è oramai prossima l'adozione di un terzo Codice dei contratti pubblici. A tale fine l'apposita Commissione speciale del Consiglio di Stato ha di recente redatto una bozza del nuovo testo del Codice. Tale bozza comprende una serie di novità, tra cui l'introduzione di una nuova e articolata cornice di principi della disciplina dei contratti pubblici. Tra gli elementi più innovativi, o che vorrebbero essere tali, della predetta cornice vi sono il principio del risultato e quello della fiducia, su cui lo studio specificamente si sofferma. Obiettivo del presente studio è dunque svolgere le prime riflessioni e fornire le prime indicazioni in merito alla nuova cornice di principi di cui alla bozza del Codice, e in particolare in merito ai due principi suddetti, in modo da fare fronte all'eventuale applicazione della nuova disciplina.

A new framework of principles for public contracts

After the Legislative Decree No. 163/2006 and the Legislative Decree No. 50/2016, the adoption of a third Public Contracts Code is now imminent. To this end, the special Commission of the Council of State has recently drawn up a draft of the new text of the Code. This draft includes a series of innovations, including the introduction of a new and articulated framework of principles for the regulation of public contracts. Among the most innovative elements, or which would like to be such, of the aforementioned framework are the principle of result ("principio del risultato") and the principle of trust ("principio della fiducia"), on which the study specifically focuses. The aim of this study is therefore to carry out the first reflections and provide the first indications regarding the new framework of principles referred to in the draft of the Code, and in particular regarding the two aforementioned principles, in order to deal with the possible application of the new discipline.

