

**CONTRATTI PUBBLICI E INNOVAZIONI  
NEL NUOVO CODICE**

TRASFORMAZIONI SOSTANZIALI E PROCESSUALI

A CURA DI

ROBERTO CAVALLO PERIN MARCO LIPARI GABRIELLA M. RACCA

*estratto*

 JOVENE

DIRITTI D'AUTORE RISERVATI

© Copyright 2024

ISBN 978-88-243-2852-4

JOVENE EDITORE

Via Mezzocannone 109 - 80134 NAPOLI - ITALIA  
Tel. (+39) 081 552 10 19 - Fax (+39) 081 552 06 87  
web site: [www.jovene.it](http://www.jovene.it) e-mail: [info@jovene.it](mailto:info@jovene.it)

Printed in Italy Stampato in Italia

## INDICE

<i>Prefazione</i> .....	p. XI
-------------------------	-------

LUGI MARUOTTI

### INTRODUZIONE

1. Il Codice dei contratti pubblici in attuazione della delega e i vincoli europei: il divieto di <i>gold-plating</i> .....	» 1
2. La qualificazione delle stazioni appaltanti e degli operatori economici, l'inversione procedimentale (principio " <i>winner only</i> ") e l'invio unico del dato (principio " <i>once-only</i> ") .....	» 3
3. Le innovazioni digitali e l'effettività della tutela .....	» 5

GABRIELLA M. RACCA

### TRASFORMAZIONI E INNOVAZIONI DIGITALI NELLA RIFORMA DEI CONTRATTI PUBBLICI

1. Trasformazioni digitali e nuova politica industriale nella contrattazione pubblica .....	» 7
2. Il necessario superamento del Documento Unico di gara Europeo e degli oneri di autocertificazione .....	» 12
3. La qualificazione delle stazioni appaltanti nella prospettiva della cooperazione amministrativa transfrontaliera .....	» 16
4. Il Fascicolo Virtuale dell'Operatore Economico e la reputazione delle imprese .....	» 20
5. La fiducia digitale come nuovo paradigma del sistema dei contratti pubblici .....	» 21
6. Le responsabilità delle organizzazioni pubbliche per la violazione della fiducia digitale .....	» 22

CLAUDIO CONTESSA

### I PRINCIPI DEL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI:

ALCUNI SPUNTI DI RIFLESSIONE .....	» 33
------------------------------------	------

ROBERTO CAVALLO PERIN  
PRINCIPI E AUTONOMIA  
NELLA DISCIPLINA DEI CONTRATTI PUBBLICI

1. I principi generali nell'ordinamento giuridico nazionale e il rapporto con la giurisprudenza ..... p. 41
2. I principi espressi dal nuovo Codice dei contratti pubblici ..... » 44
3. Il principio di ragionevolezza a temperamento dell'astrattezza della disciplina sui contratti ..... » 48
4. Il ruolo complementare della scienza giuridica e della giurisprudenza nell'applicazione dei principi ..... » 52

FRANCESCO DECAROLIS  
LA REPUTAZIONE DELL'IMPRESA:  
IL SISTEMA DIGITALE DI MONITORAGGIO  
DELLE PRESTAZIONI DEGLI OPERATORI ECONOMICI  
NEL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

1. La problematica da affrontare e la peculiarità del sistema di reputazione come risposta ..... » 57
2. Le esperienze nazionali e non di impiego della reputazione d'impresa ... » 60
  - 2.1. Le esperienze internazionali e la Direttiva europea del 2014 ..... » 60
  - 2.2. Alcune esperienze nazionali: Acea Spa e Cassa Depositi e Prestiti » 63
3. Le differenze tra la normativa del 2023 e quella del 2016 ..... » 67
4. Conclusioni e discussione delle maggiori criticità del sistema ..... » 71

FRANCESCO DE PEPPO  
LE INNOVAZIONI PER LA QUALIFICAZIONE  
DEGLI OPERATORI ECONOMICI.  
L'IMPATTO DELLE *BEST PRACTICES*  
ADOTTATE DALLE STAZIONI APPALTANTI

1. Le trasformazioni legate alla diffusione delle piattaforme telematiche ... » 77
2. L'inversione procedimentale (cenni) ..... » 79
3. Fideiussioni digitali e prodotti *blockchain* ..... » 81
4. Impatti derivanti dalla qualificazione della "domanda" sul mercato dei contratti pubblici ..... » 84

MARCELLO CLARICH  
LE INNOVAZIONI PER LA QUALIFICAZIONE  
DEGLI OPERATORI ECONOMICI ..... » 87

ANNA CORRADO  
LE INNOVAZIONI DIGITALI  
E LA QUALIFICAZIONE DELLE STAZIONI APPALTANTI » 93

ROSA MEO  
 ESPERIENZE E PROSPETTIVE  
 DI APPLICAZIONE DELL'INTELLIGENZA ARTIFICIALE  
 AI CONTRATTI PUBBLICI

1. Interoperabilità tra sorgenti informative .....	p. 99
2. Problematiche di qualità dei dati .....	» 101
3. Le tipologie di analisi dati .....	» 102
4. Alcuni risultati delle analisi dati più avanzate .....	» 102
5. Un caso di studio: analisi degli appalti di forniture e servizi in materia di vigilanza .....	» 103
6. Conclusioni .....	» 105

MARCO LIPARI  
 EFFETTIVITÀ DELLA TUTELA GIURISDIZIONALE  
 E INNOVAZIONI TECNOLOGICHE  
 NEL NUOVO CODICE N. 36/2023

1. Le innovazioni tecnologiche nel nuovo codice dei contratti e il rafforzamento della Giustizia amministrativa .....	» 107
2. La tecnologia nel processo: il ruolo del PAT .....	» 112
3. I contratti a contenuto innovativo e il sindacato del giudice amministrativo .....	» 114
4. La maggiore discrezionalità delle stazioni appaltanti, l'accelerazione delle procedure e la digitalizzazione .....	» 119
5. L'accelerazione delle procedure e la tutela degli interessi pubblici .....	» 120
6. La digitalizzazione e le modalità procedurali innovative delle gare ...	» 122
7. I possibili rischi del <i>formalismo digitale</i> .....	» 123
8. Procedure innovative telematiche e attività materiali della stazione appaltante .....	» 125
9. La digitalizzazione e il tema della decorrenza del termine di proposizione del ricorso di primo grado .....	» 126
10. La decorrenza del termine e la "messa a disposizione degli atti" .....	» 128
11. La soppressione del testuale riferimento alla "conoscenza effettiva" come fatto idoneo a determinare la decorrenza del termine di ricorso ...	» 130
12. La decorrenza del termine di ricorso in presenza di atti secretati, ai sensi dell'art. 35 del Codice n. 36/2023. L'incompleto coordinamento con l'art. 120 e la previsione dell'art. 36, comma 9 .....	» 131
13. Conclusioni: il giudice amministrativo e la sfida aperta dell'innovazione. L'opportunità di limitati interventi correttivi del codice .....	» 135

ARISTIDE POLICE  
 LA TERRA, L'ARIA E IL FUOCO.  
 SPIGOLATURE SULLE INNOVAZIONI  
 PER L'EFFETTIVITÀ DELLA TUTELA

1. Premessa sui fisiologici limiti di ogni riforma legislativa .....	» 137
2. L'equilibrio di diversi elementi per il raggiungimento del "risultato" ....	» 138

3. La terra, ovvero della complessità del reale, della inutilità delle misure di semplificazione e della rilevanza della legalità di risultato ..... p. 139
4. L'aria, ovvero della innovatività della tecnica come strumento di semplificazione della realtà ..... » 141
5. Il fuoco, ovvero della energia nella spinta riformatrice e dei suoi incentivi ..... » 144

CARMINE VOLPE

CONCLUSIONI ..... » 145

*Bibliografia* ..... » 151

*Notizie sugli Autori* ..... » 171

ROBERTO CAVALLO PERIN

PRINCIPI E AUTONOMIA  
NELLA DISCIPLINA DEI CONTRATTI PUBBLICI

SOMMARIO: 1. I principi generali nell'ordinamento giuridico nazionale e il rapporto con la giurisprudenza. – 2. I principi espressi dal nuovo Codice dei contratti pubblici. – 3. Il principio di ragionevolezza a temperamento dell'astrattezza della disciplina sui contratti. – 4. Il ruolo complementare della scienza giuridica e della giurisprudenza nell'applicazione dei principi.

1. *I principi generali nell'ordinamento giuridico nazionale e il rapporto con la giurisprudenza*

La comparsa dei principi dell'ordinamento giuridico ha sollevato ogni qualvolta accese discussioni che hanno dovuto sciogliere difficili questioni di sistema, talora epocali, con questioni teoriche che non sempre hanno avuto un riscontro pratico in giurisprudenza, la quale ha manifestato piuttosto una ritrosia verso i principi come norme da affiancare a quelle di dettaglio<sup>1</sup>. Certo già a fine Ottocento non sono mancate sentenze che hanno utilizzato i principi per decidere il caso concreto<sup>2</sup> e più di re-

---

<sup>1</sup> A. MASSERA, *I principi generali*, in *Dir. amm.*, n. 3/2017, 427 ss.; F. DE LEONARDIS, *I principi generali dell'azione amministrativa* in A. ROMANO, *L'azione amministrativa*, Torino, 2016, 59 ss.; G. DELLA CANANEA, C. FRANCHINI, *I principi dell'azione amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2010, spec. 51 s.; R. CAVALLO PERIN, *I principi come disciplina giuridica del pubblico servizio tra ordinamento interno e ordinamento europeo*, in *Dir. amm.*, n. 1/2000, 41 ss. e in *Scritti in onore di Elio Casetta*, Napoli, Jovene, 2001, 961-1007; ID., *Potere di ordinanza e principio di legalità. Le ordinanze amministrative di necessità e urgenza*, Giuffrè, Milano, 1990, 17 e 91 ss.; C. PINELLI, *Principi, regole, istituti*, in *Diritto Pubblico*, n. 1/2015, 35 ss.; G. ALPA, *I principi generali, una lettura giusrealistica*, in *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, nuova serie, 2014, num. Spec. *I principi nell'esperienza giuridica*, Atti del Convegno presso la Facoltà di Giurisprudenza della Sapienza, Roma 14 e 15 novembre 2014, 77 e ss. M. MAZZAMUTO, *I principi costitutivi del diritto amministrativo come autonoma branca del diritto*, in M. RENNA, F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2012, 3 ss.; G.P. ROSSI, *Principi di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2010, 103 ss. E. GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho en el Derecho administrativo*, in *Revista de administración pública*, 1963, 189-224.

<sup>2</sup> R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità. Le ordinanze amministrative di necessità e urgenza*, cit., 27 ss.

cente è crescente vedere i principi come strumento di un “bilanciamento” di posizioni soggettive del pari tutelate dalla legge o dalla Costituzione<sup>3</sup>.

Una ritrosia si è avuta in Italia sia per le prospettazioni teoriche che hanno individuato i principi non scritti come strumento giuridico che nei primi anni del XX secolo si è ritenuto idoneo a definire l'autosufficienza del nuovo ordinamento (art. 12, preleggi cod. civ.) – con chiusura di ogni aporia verso le precedenti culture giuridiche (diritto tradizionale, diritto naturale, ecc.) – sia verso quei principi che sono stati *scritti* dal legislatore per infondere nuovi indirizzi ad un ordinamento preesistente, che si vuole perciò rinnovato (1940; 1948, ecc.)<sup>4</sup>.

Una spiegazione può essere ritracciata nella circostanza che in entrambi i casi la giurisprudenza ha – per così dire – subito i principi come strumento di soggezione della giurisdizione al diritto positivo: nel primo episodio storico perché si nega la possibilità di ricorrere al diritto naturale; nel secondo perché si vuole repentinamente imporre all'ordinamento giuridico un tratto innovativo e ideologicamente orientato. Non sempre la giurisdizione si è comportata così in altri Stati e in periodi analoghi.

Di favore è invece stato l'atteggiamento della giurisprudenza che abbia dovuto affrontare i tempi di crisi della legge, quando una scelta del legislatore manchi e sia necessaria (*non liquet*) un'interpretazione che – pel tramite dei principi – dia soluzione con un *bilanciamento* a quei conflitti tra posizioni soggettive del pari tutelate, che non trovino una soluzione generale e astratta nella disciplina dettata dal legislatore, sicché alla medesima debba provvedervi la giurisdizione pel tramite del ricorso ai principi con una decisione idonea a risolvere quel caso concreto<sup>5</sup>.

Decisione che – è noto – nel nostro ordinamento non è *stare decisis*, perché la stessa si afferma sempreché o fintantoché il legislatore non intervenga – anche retroattivamente – dando soluzione interpretativa al conflitto, discostandosi dalla sentenza precedente in tutto o in parte, o al contrario assumendo la medesima come soluzione generale e astratta<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Einaudi, Torino, 1992; R. BIN, *Diritti e argomentazioni. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1992.

<sup>4</sup> R. CAVALLO PERIN, *I principi come disciplina giuridica del pubblico servizio tra ordinamento interno e ordinamento europeo*, cit., 966; G. BERTI, *Principi del diritto e sussidiarietà*, in *Quad. fiorentini*, I, 31, 2002, 382 ss.

<sup>5</sup> R. ALEXY, *Concetto e validità del diritto* (1992-2020), Carocci, Roma, 2022, 87 e s., spec. 90.

<sup>6</sup> E. FOLLIERI, *L'introduzione del principio dello stare decisis nell'ordinamento italiano, con particolare riferimento alle sentenze dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 4/2012, 1237 ss.

Il bilanciamento è dunque offerto nel nostro ordinamento dall'opera creatrice della giurisprudenza come interpretazione (pel tramite dei principi) che vale solo per *quel* caso concreto, perché fonte del diritto per altri casi resta il legislatore in via generale e astratta, ma anche la soluzione di quel caso resta *sub legislationis*, ove intervenga con norma interpretativa il legislatore.

In questo contesto assume rilievo il posizionamento nella gerarchia delle fonti, ancor prima il riparto di competenza tra le medesime, da cui s'intende derivare il principio (regionale, statale, europeo, di altri Stati, ecc.) che la pluralità degli ordinamenti giuridici consente di richiamare per quel caso concreto<sup>7</sup>, aumentando non poco gli spazi di creatività della giurisdizione, ove sia stata lasciata sola – per così dire – ad affrontare le controversie<sup>128</sup>. Gerarchia o competenza sono principi che segnano gli ambiti delle autonomie pubbliche e private, di enti pubblici o privati<sup>9</sup>.

L'idea prevalente è che anche agli enti pubblici spetti l'autonomia privata<sup>10</sup> (art. 1322, cod. civ.) seppure da tempo assoggettata ad una disciplina particolare (legge di contabilità di Stato; poi Ue) che nel nostro ordinamento è stata a vario titolo imposta come funzionalizzazione anche per le trattative dell'amministrazione pubblica di scelta del contraente e del contenuto del contratto<sup>11</sup>. Si tratta di una funzionalizzazione che nel tempo ha visto crescere norme generali e astratte prima nazionali, poi locali, infine dell'Unione europea, di definizione di standard di procedura che hanno progressivamente ridotto l'area di autonomia lasciata alla pubblica amministrazione per ciascuna gara<sup>12</sup>.

---

<sup>7</sup> S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Pisa, 1917 (ma 1918), rist. in A. ROMANO (a cura di), *L'ultimo Santi Romano*, Giuffrè, Milano, 2016; A. ROMANO, "L'ordinamento giuridico" di Santi Romano, *il diritto dei privati e il diritto dell'amministrazione*, in *Dir. amm.*, n. 2/2011, 241 ss.; R. CAVALLO PERIN, *Ordinamenti giuridici paralleli e necessità come fonte del diritto*, in R. CAVALLO PERIN, G. COLOMBINI, F. MERUSI, A. ROMANO, *Attualità e necessità del pensiero di Santi Romano Pisa 14-15 giugno 2018*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019, 45.

<sup>8</sup> G. ZAGREBELSKY, *Diritto per: valori, principi e regole*, in *Quad. fiorentini*, II, 31, 2002, 865 ss., spec. 890. L. DE LUCIA, *Il diritto amministrativo e la società democratica europea*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3/2023, 955 ss.; R. CAVALLO PERIN, *Pandemia 2020: decreti e ordinanze d'emergenza*, in *Giustizia Insieme*, 2020 e Id., *2020 Pandemic: Emergency decrees and ordinances*, in *Ius Publicum Network Review*, 2/2019; A. PAJNO, *Amministrazione e ricostruzione dopo il coronavirus*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2020.

<sup>9</sup> B. SORDI, *Un garantismo di segno nuovo: diritto e legge nel crepuscolo dell'assolutismo giuridico*, in *Quad. fiorentini*, II, 52, 2023, 929 ss.

<sup>10</sup> Cfr. A. AMORTH, *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1938, 463 ss.

<sup>11</sup> G.M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Jovene, Napoli, 2000, 98 ss.

<sup>12</sup> R. CAVALLO PERIN, G.M. RACCA, voce *Cooperazione amministrativa europea*, in *Dige-*

In diritto privato la standardizzazione dei contratti si è affermata attraverso una articolata tipicità del contenuto dei contratti posta dal codice civile e da leggi speciali, con la nota distinzione tra norme imperative (inderogabili) e norme dispositive (efficaci ove non sia stato diversamente disposto dalle parti): le prime come limite invalicabile all'autonomia privata, le seconde come disciplina standard di ciascun tipo che è sempre derogabile da quest'ultima. Si tratta dei due capisaldi della standardizzazione che ha accompagnato l'autonomia contrattuale di diritto privato, una standardizzazione per tipi (contratti tipici) che invece parrebbe mancata per i contratti della pubblica amministrazione.

La tipicità del diritto privato non solo non ha trovato specificazione per tali tipi di contratti ma non ha neppure riguardato le trattative che ne precedono la stipulazione. La legislazione nazionale o europea riguarda infatti – oltre le norme generali – essenzialmente tre grandi modalità di trattativa (lavori, servizi e forniture), fondando una definizione a larghissimo spettro – forse adeguata per alcune trattative, eccessiva per altre – con norme solitamente considerate inderogabili, salvo eccezioni (es. casi di trattativa privata; potere di ordinanza di necessità e urgenza; art. 21 *octies*, co. 2°, l. n. 241 del 1990, ecc.)<sup>13</sup>.

## 2. *I principi espressi dal nuovo Codice dei contratti pubblici*

Per i contratti pubblici italiani alcuni principi scritti (artt. 1-3, d.lgs. n. 36 del 2023) sono stati espressamente disciplinati in funzione delle successive norme di dettaglio, per favorire un'applicazione dell'amministrazione e un'interpretazione del giudice delle norme di dettaglio in ragione dei principi proposti dal legislatore medesimo (art. 4).

La scrittura italiana dei principi – se non può escludere che altri principi pari ordinati o che al nostro ordinamento s'impongono, per scelta costituzionale o di altri ordinamenti, siano enucleati in via interpretativa dai giudici, o enunciati da altri corpi normativi pari ordinati al co-

---

*sto delle discipline pubblicistiche*, Torino, Utet, 2017, 191-208; R. CAVALLO PERIN, *La validità dell'atto amministrativo tra legge, principi e pluralità degli ordinamenti giuridici*, in *Dir. amm.*, n. 4/2017, 641-642. M. PIGNATTI, *The Principles of Public Contracts in Italy*, in S. DE LA ROSA, P. VALCARCEL FERNANDEZ (a cura di), *Les principes des contrats publics en Europe / Principles of public contracts in Europe*, Bruylant, Bruxelles, 2022, 299-324.

<sup>13</sup> Cfr. M. COZZIO, N. PARISI, *L'emergenza sanitaria causata dal COVID-19: l'impatto (attuale e futuro) sul sistema nazionale dei contratti pubblici*, in *Il diritto dell'economia*, 1/2021, 37 ss.

dice dei contratti pubblici<sup>14</sup> (Cad) – occorre riconoscere che l'ipotesi più probabile è che dei principi scritti dal legislatore italiano possa essere offerto un sostegno interpretativo in norme costituzionali o dell'Ue, che porti a una interpretazione di preferenza conforme a tali testi, con obliterazione di quelle contrastanti, assegnando all'amministrazione pubblica un potere rispettivamente d'applicazione adeguatrice o di disapplicazione delle norme di dettaglio<sup>15</sup>.

Più in generale la migliore definizione dei principi scritti o non scritti consente di liberare le amministrazioni pubbliche da quelle interpretazioni delle norme di dettaglio che con tali principi si ritengano in contrasto, secondo i normali canoni interpretativi del rapporto tra tali norme, in cui quelle di principio sono ritenute più resistenti rispetto agli effetti delle norme di dettaglio (con uno schema rovescio rispetto al rapporto tra norma generale e speciale in cui a cedere è la prima)<sup>16</sup>.

I principi scritti sono l'indicazione del legislatore di favore per applicazioni che possano consentire all'amministrazione di liberarsi dagli eccessi dell'astrazione delle sue norme di dettaglio, cioè tra l'applicazione della norma di dettaglio e l'applicazione della norma di principio il legislatore ha scelto di imporre all'amministrazione di preferire nel conflitto la seconda, del pari per il giudice che nell'interpretazione della norma di dettaglio e nell'interpretazione di una norma di principio deve preferire la seconda, sicché nel conflitto tra dettaglio e principio – amministrazioni e giudici – non possono non dare o convalidare interpretazioni di favore per quest'ultimi<sup>17</sup>.

---

<sup>14</sup> Come il Codice dell'amministrazione digitale di cui al d.lgs. 7 marzo 2005 n. 82, recante "principi e diritti digitali" in parte richiamati dallo stesso nuovo Codice dei contratti pubblici: artt. 19 ss.

<sup>15</sup> Prospetta una futura incidenza sulla "funzione nomofilattica" dei principi ispiratori del nuovo Codice: G. MONTEDORO, *La funzione nomofilattica e ordinante e i principi ispiratori del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *giustizia amministrativa.it*, giugno 2023. Cfr. *Relazione del Consiglio di Stato al Codice dei Contratti pubblici*, 7 dicembre, 2022, p. 11: "I principi generali di un settore esprimono, infatti, valori e criteri di valutazione immanenti all'ordine giuridico, che hanno una "memoria del tutto" che le singole e specifiche disposizioni non possono avere, pur essendo ad esso riconducibili. I principi sono, inoltre, caratterizzati da una prevalenza di contenuto deontologico in confronto con le singole norme, anche ricostruite nel loro sistema, con la conseguenza che essi, quali criteri di valutazione che costituiscono il fondamento giuridico della disciplina considerata, hanno anche una funzione genetica ("nomogenetica") rispetto alle singole norme". Si veda anche: A. MASSERA, «*Giustizia nell'amministrazione*» e «*ingiustizie amministrative*» tra passato e presente, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1/2020, 33 ss.

<sup>16</sup> G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, 1980.

<sup>17</sup> G. MONTEDORO, *Il diritto pubblico tra ordine e caos i pubblici poteri nell'età della responsabilità*, Cacucci, Bari, 2018, 112 ss.

L'art. 4 del nuovo codice dei contratti si afferma perciò come canone interpretativo voluto dal legislatore che in via speciale per i contratti pubblici integra con nuova norma la disciplina generale sull'interpretazione della legge (art. 12, disp. prel. al cod. civ.).

I tre principi cui il codice assegna il ruolo di norma sull'interpretazione delle disposizioni generali e astratte sono – come è noto – il principio del risultato (art. 1)<sup>18</sup> e della fiducia (art. 2)<sup>19</sup>, cui si aggiunge quello sull'accesso al mercato (art. 3)<sup>20</sup><sup>21</sup>.

<sup>18</sup> Art. 1, d.lgs. 36/2023, cit., Principio del risultato. “1. Le amministrazioni perseguono il risultato dell'affido e dell'esecuzione del contratto con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza. 2. La concorrenza tra operatori economici è funzionale al miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti. La trasparenza è funzionale alla massima semplicità e celerità nella corretta applicazione delle regole del presente decreto, di seguito denominato «codice» e ne assicura la piena verificabilità. 3. 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. Esso è perseguito nell'interesse della comunità e per il raggiungimento degli obiettivi dell'Unione europea. 4. Il principio del risultato costituisce criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto, nonché per: a) valutare la responsabilità del personale che svolge funzioni amministrative o tecniche nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti; b) attribuire gli incentivi secondo le modalità previste dalla contrattazione collettiva”.

<sup>19</sup> Art. 2, d.lgs. 36/2023, cit., Principio della fiducia. “1. L'attribuzione e l'esercizio del potere nel settore dei contratti pubblici si fonda sul principio della reciproca fiducia nell'azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione, dei suoi funzionari e degli operatori economici. 2. Il principio della fiducia favorisce e valorizza l'iniziativa e l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici, con particolare riferimento alle valutazioni e alle scelte per l'acquisizione e l'esecuzione delle prestazioni secondo il principio del risultato. 3. Nell'ambito delle attività svolte nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti, ai fini della responsabilità amministrativa costituisce colpa grave la violazione di norme di diritto e degli auto-vincoli amministrativi, nonché la palese violazione di regole di prudenza, perizia e diligenza e l'omissione delle cautele, verifiche ed informazioni preventive normalmente richieste nell'attività amministrativa, in quanto esigibili nei confronti dell'agente pubblico in base alle specifiche competenze e in relazione al caso concreto. Non costituisce colpa grave la violazione o l'omissione determinata dal riferimento a indirizzi giurisprudenziali prevalenti o a pareri delle autorità competenti. 4. Per promuovere la 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 piani di formazione di cui all'articolo 15, comma 7”.

<sup>20</sup> Art. 3, d.lgs. 36/2023, cit., Principio dell'accesso al mercato. “1. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti favoriscono, secondo le modalità indicate dal codice, l'accesso al mercato degli operatori economici nel rispetto dei principi di concorrenza, di imparzialità, di non discriminazione, di pubblicità e trasparenza, di proporzionalità”.

<sup>21</sup> Sottolineano l'importanza della gerarchia fra i principi del nuovo Codice: L.R. PERFETTI, *Sul nuovo Codice dei contratti pubblici. In principio*, in *Urb. e app.*, 2023, 5 ss.; F. SAITTA, *I principi generali del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *www.giustiziasieme.it*, 8 giugno 2023, il quale tuttavia dubita della loro innovatività.

Si precisa esattamente che il principio del risultato costituisce non solo “criterio prioritario per l’esercizio del potere discrezionale”, ma anche “per l’individuazione della regola del caso concreto” (art. 1, co. 4°), sicché nel conflitto applicativo la preferenza è data al conseguimento del principio del risultato ogni qualvolta l’applicazione della norma di dettaglio – per la sua formulazione astratta – osti in quel caso concreto ad una tempestiva stipulazione (tempo del contratto) o al conseguimento del migliore rapporto qualità prezzo (contenuto del contratto), consentendo di realizzare la trasparenza dei contratti, cioè la massima semplicità e celerità nella corretta applicazione delle norme del codice (art. 1, co. 2°)<sup>22</sup>.

L’effetto di sistema è di una sostanziale attenuazione del brocardo *dura lex, sed lex*, cioè di un’astrattezza che cede ai principi ogniqualvolta la stessa raggiunga nel caso concreto risultati inintelligenti. L’affermazione è rilevante ma occorre precisarne la portata. Non si tratta di un’antinomia tra cultura del risultato e cultura della legalità<sup>23</sup>, che invece è espressamente enunciata, con la trasparenza e la concorrenza, nella stessa norma come limite modale alla ricerca della massima tempestività e del migliore rapporto qualità prezzo (art. 4). Non si tratta neppure di norme che – rettammente intese – possano legittimare una giurisprudenza di messa in discussione “del valore della certezza del diritto” (così la Relazione al Codice), abbandonando quel settore dell’attività economica che è in rapporto con la pubblica amministrazione (trattative per la stipulazione ed esecuzione dei contratti pubblici) alla mercé dell’interpretazione giurisdizionale, che con l’enunciazione dei principi non troverebbe più limite nella legalità e nella soggezione del giudice alla legge (art. 101, Cost.).

Si tratta piuttosto di una norma di chiusura che legittima un potere dell’amministrazione e un potere del giudice rispettivamente di sottrarsi

---

<sup>22</sup> S. PERONGINI, *Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo di codice dei contratti pubblici*, in *Diritto e società*, n. 3/2022, 551 ss. Cfr. M. RAMAJOLI, *I principi generali*, in C. CONTESSA, P. DEL VECCHIO, *Codice dei Contratti pubblici, annotato articolo per articolo*, Napoli, Ed. Scientifica, 2023, 45 e ss. M.R. SPASIANO, *Codificazione di principi e rilevanza del risultato*, *ivi*, 49 e ss.

<sup>23</sup> B. SORDI, *Un garantismo di segno nuovo: diritto e legge nel crepuscolo dell’assolutismo giuridico*, cit., 938 ss.; M. CAMMELLI, *Amministrazione e mondo nuovo: medici, cure, riforme*, in *Dir. amm.*, 1-2/2016, 9 ss.; M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Giappichelli, Torino, 2004. Di recente: F. MERUSI, *Discrezionalità, tempo e decadenza del potere nell’età della rivoluzione economica comunicativa. nuove prospettive per la discrezionalità nel quando*, in *Dir. amm.*, 2/2023, 215 ss.; M.A. SANDULLI, *Procedure di affidamento e tutele giurisdizionali: il contenzioso sui contratti pubblici nel nuovo Codice*, in *federalismi.it*, 8/2023, V ss.

e convalidare un'applicazione e un'interpretazione delle norme generali e astratte escludendo quelle che nel caso concreto possano risultare odiose, inintelligenti, impossibili, in una parola irragionevoli (*sine*, o *contra*, *ultra ratio legis*), con grave pregiudizio per l'essenza stessa del nostro sistema costituzionale, per come lo stesso è percepito nel suo concreto manifestarsi con l'amministrare pubblico, poi con la giurisdizione, che non può tollerare di convalidare consimili applicazioni e interpretazioni sol perché costrette da enunciati generali e astratti neppure immaginabili da chi a suo tempo li ha formulati. È il richiamo più volte invocato nella cultura giuridica di uno *jus a temperamento*, correzione della *lex*, che in materia di contratti e di atti amministrativi che precedono e seguono l'aggiudicazione assume un significato particolare<sup>24</sup>.

### 3. *Il principio di ragionevolezza a temperamento dell'astrattezza della disciplina sui contratti*

L'idea di introdurre temperamenti alle rigidità delle norme generali e astratte dell'amministrare pubblico non è nuova, ma è stata largamente anticipata alcuni anni or sono dalla legge generale sul procedimento amministrativo (art. 21 octies, co. 2°, l. 7 agosto 1990, n. 241) ove si è cominciato a stabilire che non è annullabile il provvedimento per violazione di norme sul procedimento qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.

L'operare di preferenza dei principi sulle norme di dettaglio si configura invece come applicazione del principio di ragionevolezza<sup>25</sup> in concreto, che anzitutto libera l'amministrazione e impone al giudice di riconoscere che in quel caso il perseguimento del risultato è precluso da un'irragionevole osservanza di una o più norme generali e astratte, sicché l'amministrazione può disapplicarla e il giudice deve convalidare quell'interpretazione ricavata per tramite dei principi, giustificandola *ex post*.

<sup>24</sup> G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit.

<sup>25</sup> F. ASTONE, *Il principio di ragionevolezza*, in M. RENNA, S. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2012, 371 ss.; F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2007; P.M. VIPIANA, *Introduzione allo studio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, Cedam, Padova, 1993. M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Roma, Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, Palazzo della Consulta 24-26 ottobre 2013, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)

Irragionevole in sé perché l'applicazione in quel caso particolare si palesa contraria alla stessa *ratio legis* della norma, rivelandone il limite, oltre il quale lo standard può produrre un effetto opposto a quello per cui è stato istituito. Irragionevole perché l'applicazione in quel caso concreto sarebbe inutile, cioè non soddisfa la ragione per il quale è stato istituito, in ogni caso è irragionevole perché preclusiva del risultato, il quale nel bilanciamento degli interessi è affermato come prevalente.

La questione è di rilievo non solo – come sinora prospettato – perché libera l'amministrazione da interpretazioni odiose, inutili o inconcludenti, ma perché eleva il principio a norma di responsabilizzazione dell'amministrazione nelle scelte nel caso concreto (art. 97, co. 2°, Cost.), ove la presenza degli standard non deve essere intesa come negazione, o rinuncia, ad un intelligente amministrare, come del pari ad un *jurisdicere* intelligente, poiché lo standard si afferma e va seguito al netto di soluzioni odiose, inutili o inconcludenti, sicché occorre per ragioni di sistema dare prevalenza nell'interpretazione alla norma di principio ove risulti in conflitto con quella di dettaglio, per irragionevolezza dell'applicazione di quest'ultima in un caso concreto.

Il principio del risultato<sup>26</sup> è criterio prioritario per l'amministrazione pubblica sia nei rapporti con i terzi, sia nei rapporti interni alla sua organizzazione, non solo per gli incentivi (secondo modalità definite dalla contrattazione collettiva) ma per una responsabilità del personale (amministrativi o tecnici) nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti. Di ciò si ha conferma nel principio di fiducia (art. 2) che “favorisce e valorizza l'iniziativa e l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici, con particolare riferimento alle valutazioni e alle scelte per l'acquisizione e l'esecuzione delle prestazioni secondo il principio del risultato” (art. 2, co. 2°)<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup> S. PERONGINI, *Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo di codice dei contratti pubblici*, in *Diritto e società*, 3/2022, 551-569; G. ZAGREBELSKY, *Diritto per: valori, principi e regole*, cit. 872.

<sup>27</sup> Per l'interpretazione del principio di risultato in giurisprudenza, si veda a titolo esemplificativo: Cons. Stato, Sez. V, 15 novembre 2023, 9790: nel caso di specie il Collegio afferma che, in ossequio al principio del risultato “ora consacrato nell'art. 1 del nuovo codice dei contratti (decreto legislativo n. 36 del 2023)” ma da ritenersi già presente nell'ordinamento dei pubblici appalti anche in costanza del precedente regime normativo (decreto legislativo n. 50 del 2016), nel perseguimento del “principio di buona amministrazione di cui all'art. 97 Cost.”, la stazione appaltante ha legittimamente affidato all'impresa prima classificata un appalto per la manutenzione ed il controllo su accessi dei varchi ZTL, zone pedonali e corsie preferenziali, in ragione dell'offerta presentata, maggiormente innovativa e volta a garantire impianti il più possibile moderni ed efficienti.

L'enunciato normativo è evidente ma forse non riesce a cogliere nel segno, contando troppo sulla "santità" o sull'eroismo dei singoli, non invece sull'organizzazione e sugli effetti di sistema che i principi possono esprimere verso un ente pubblico<sup>28</sup>.

L'osservanza del principio di adeguatezza dell'organizzazione di un ente (art. 118, co. 1, Cost.) richiama per i contratti la rilevanza delle norme sulle centrali di committenza, sulla qualificazione delle stazioni appaltanti e la legittimazione di taluni enti alla stipulazione dei contratti (artt. 62 e 63, Codice Contratti)<sup>29</sup>.

A ciò si aggiunga la natura di norme destinate all'obsolescenza che si deve riconoscere caratterizzi le norme speciali sui procedimenti amministrativi che, come tutte le standardizzazioni, sono destinate ad una crescente inattualità nel tempo, per il variare – più o meno repentino – della realtà in ragione della quale sono state a suo tempo dettate. Ciò si verifica particolarmente per effetto o a seguito di innovazioni tecniche (fatti) o di mutamenti nei valori prevalenti di un determinato ordinamento (es. principio della certezza del diritto, oppure principio del risultato).

---

<sup>28</sup> G.M. RACCA, *La responsabilità delle organizzazioni pubbliche nella trasformazione digitale e i principi di collaborazione e buona fede*, in *Dir. amm.*, 3/2022, 601-639; R. CAVALLO PERIN, *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni e l'integrazione europea*, in *A 150 anni dall'unificazione amministrativa europea*, a cura di L. FERRARA, D. SORACE, vol. I, Firenze University Press, 2016, 3-36. In giurisprudenza: Cons. Stato, Sez. III, 13 dicembre 2023, n. 10744

<sup>29</sup> G.M. RACCA, *La digitalizzazione dei contratti pubblici: adeguatezza delle pubbliche amministrazioni e qualificazione delle imprese*, in R. CAVALLO PERIN, D.U. GALETTA (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, Giappichelli, Torino, 2020, 321 ss.; EAD., *La Corte di Giustizia e le scelte nazionali per una efficiente e trasparente aggregazione dei contratti pubblici: una sfida per l'evoluzione digitale della "funzione appalti" nazionale, regionale e locale*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2/2021, 185-215. Sul fondamento costituzionale della qualificazione delle amministrazioni aggiudicatrici e della domanda pubblica: G.M. RACCA, S. PONZIO, *La scelta del contraente come funzione pubblica: in modelli organizzativi per l'aggregazione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 1/2019, 33-82. M. IMMORDINO, A. ZITO, *Aggregazione e centralizzazione della domanda pubblica di beni: stato dell'arte e proposte di migliorie al sistema vigente*, in *Nuove autonomie - Rivista Quadrimestrale di Diritto Pubblico*, 2/2018, 371; F. DE LEONARDIS, *I principi generali dell'azione amministrativa*, cit., 59, sul principio di efficacia come fonte di un potere-dovere attribuito alla p.a. di adeguare la propria struttura organizzativa per il migliore perseguimento dell'interesse pubblico. G.M. RACCA, *Le centrali di committenza nelle nuove strategie di aggregazione dei contratti pubblici*, in *Italiadecide*, Rapporto 2015, *Semplificare è possibile: come le pubbliche amministrazioni potrebbero fare pace con le imprese*, Bologna, Il Mulino, 489; D. SORACE (a cura di), *Amministrazione pubblica dei contratti*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013; B.G. MATTARELLA, *La centralizzazione delle committenze*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 5, 613; A. MASSERA, *Lo Stato che contratta e che si accorda, Vicende della negoziazione con le PPAA, tra concorrenza per il mercato e collaborazione con il potere*, Pisa University Press, 2011; G.L. ALBANO, C. NICHOLAS, *The Law and Economics of Framework Agreements*, Cambridge University Press, 2016.

In tal senso assume rilievo la prospettata idea che la disciplina in esame consenta di elaborare nei prossimi anni una tipicizzazione dei contratti pubblici che segua i settori merceologici o di mercato rilevante, con riferimento almeno a quelli più frequentemente utilizzati dalla pubblica amministrazione. Una tipicità dei contratti della pubblica amministrazione che va costruita selezionando e cristallizzando in norme, anche solo di natura dispositiva, le “migliori prassi” contrattuali, rendendo noti (pubblicità) e consentendo la generalizzazione dei modelli che si sono manifestati relativamente più efficienti, efficaci e economici, in fase di contrattazione e di stipulazione (testi contrattuali), o nell’esecuzione contrattuale, con avvertenze, analisi dati e tipi di vigilanza sperimentata<sup>30</sup>.

Un’opera di adattamento delle norme generali e astratte sui contratti pubblici che non è nuova e che già si è affermata nei disciplinari di gara e nei capitolati speciali; un’opera che agli inizi del secolo scorso era parsa più significativa, forse in ragione di una autonomia dell’amministrazione pubblica che si presentava meno costretta dalle più recenti norme sui contratti di lavori, servizi e forniture, lasciando al bando di gara e ai documenti che lo corredano quell’opera di definizione che si è meritato il *nomen juris* di “legge della gara”.

L’operare dei principi – in particolare di quello del risultato – nell’applicazione dell’amministrazione e poi nell’interpretazione delle disposizioni di dettaglio da parte della giurisdizione, può anzitutto porsi come norma di chiusura del sistema capace di restituire quell’autonomia contrattuale all’amministrazione che appare necessaria, anche in deroga – si è detto – a quelle disposizioni di legge che nel caso concreto di una gara possano risultare odiose, inutili o inconcludenti.

L’amministrazione può anticipare sin dal bando di gara, con il disciplinare o nel capitolato, quella “legge di gara” che – anche in deroga a disposizioni di legge – sappia garantire di quel contratto la disciplina idonea a dare soddisfazione alle necessità del caso (principio del risultato), senza rinunciare così alla nostra cultura d’amministrazione nella conclusione ed esecuzione contrattuale, formalizzando leggi di gara che potreb-

---

<sup>30</sup> In questo senso potrebbe essere valorizzata la competenza riconfermata all’Autorità nazionale anticorruzione di emanazione di bandi-tipo, capitolati-tipo, contratti-tipo e altri atti amministrativi generali al fine di garantire “la promozione dell’efficienza, della qualità dell’attività delle stazioni appaltanti, cui fornisce supporto anche facilitando lo scambio di informazioni e la omogeneità dei procedimenti amministrativi e favorisce lo sviluppo delle migliori pratiche”: art. 222, comma 2 del Codice. Sui capitolati di appalto come atti di integrazione dei bandi nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici: S. PONZIO, *I capitolati negli appalti pubblici*, Napoli, Jovene, 2006.

bero favorire – per tipi di contratto – quella utilità pratica e quella certezza del diritto che appaiono indispensabili.

L'effetto di sistema è vedere restituito alla autonomia pubblica (art. 11, disp. prel.) e privata (art. 1322, cod. civ.) della pubblica amministrazione la disciplina di gara sulla base dell'esperienza maturata in centinaia e centinaia di conclusioni e esecuzioni contrattuali, molte delle quali periodicamente ripetitive, aggiornando *standard* contrattuali che l'IA consente di monitorare e valutare utilmente, con la collaborazione di un sindacato giurisdizionale sugli atti preliminari di gara che ne fondano la disciplina speciale<sup>31</sup>.

#### 4. *Il ruolo complementare della scienza giuridica e della giurisprudenza nell'applicazione dei principi*

La dedizione ai principi – normalmente marginale – assume perciò un particolare significato di sistema, sia nel senso di essere una finestra di dialogo importante tra coloro che all'elaborazione e applicazione del diritto contribuiscono da tempo, sia nel senso di evitare la caduta di autorevolezza della pubblica amministrazione per ineffettività crescente delle norme che la disciplinano.

Quanto al primo è noto che i principi sono da tempo, oltre che uno strumento di dialogo tra le corti<sup>32</sup>, anche un modo di mettere fortemente in relazione l'opera della giurisprudenza con l'elaborazione della scienza giuridica, per dare alla prima conforto teorico e dunque fondamento e protezione alle proprie decisioni, evitando alla seconda di perdere i caratteri propri della scienza giuridica che è una scienza pratica, nel senso che molto della sua affermazione è demandato a coloro che si trovino nella necessità di doverla utilizzare. Ciò consente di restituire nuovi elementi alla riflessione teorica, pur nella consapevolezza che le elabora-

---

<sup>31</sup> R. CAVALLO PERIN, *La digitalizzazione e l'analisi dati*, in R. CAVALLO PERIN, M. LIPARI, G.M. RACCA (a cura di), *Contratti pubblici e innovazioni per l'attuazione della legge delega*, Jovene, Napoli, 2022, 119 ss.

R. CAVALLO PERIN, *Pubblica amministrazione e data analysis*, in *L'amministrazione pubblica con i big data: da Torino un dibattito sull'intelligenza artificiale*, a cura di R. Cavallo Perin, Torino, Quaderni del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino, 2021, 11-18; Id., *Ragionando come se la digitalizzazione fosse data*, in *Diritto Amministrativo*, 2/2020, 305-328.

<sup>32</sup> M. CARTABIA, *Convergenze e divergenze nell'interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Roma, Palazzo della Consulta, 25 maggio 2017, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it). M.R. SPASIANO, *Codificazione di principi e rilevanza del risultato*, cit., 51 e 52.

zioni teoriche non sempre hanno il dono di essere anche *relevant* per gli operatori del diritto, ma nella convinzione di potere formulare un *thesaurus* di idee di riserva per il tempo di crisi delle idee che sono state dominanti<sup>33</sup>.

Quanto al pericolo di ineffettività e al pericolo di marginalizzazione delle istituzioni che sono chiamate ad applicarle o interpretarle è sufficiente ricordare che le norme sui contratti riguardano ben 27 Stati membri dell'Unione europea e la comparazione tra gli Stati non è più solo un fatto culturale o "accademico", come talora si dice in tono spregiativo, ma assume un carattere squisitamente istituzionale di relazioni con le istituzioni europee, che potrebbero anche questa volta non capire perché le norme sui contratti siano un problema del nostro ordinamento, soprattutto ora che ci troviamo a utilizzare fondi Ue per conseguire i *risultati* promessi (PNRR)<sup>34</sup>.

---

<sup>33</sup> Si consenta il rinvio a R. CAVALLO PERIN, *Il contributo italiano alla libertà di scienza nel sistema delle libertà costituzionali*, in *Dir. amm.*, 3/2021, 587 ss.

<sup>34</sup> F. GOISIS, P. PANTALONE, *La revisione dei prezzi negli appalti pubblici come condizione per l'attuazione del PNRR, tra principi eurounitari e vischiosità normative nazionali*, in *Dir. amm.*, 1/2023, 27 ss.