

MARIACONCETTA D'ARIENZO
Professore associato di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Napoli
"Parthenope"
mariaconcetta.dariento@uniparthenope.it

**DEMITIZZAZIONE DELLA CONCORRENZA E PRINCIPIO
DEL RISULTATO NELLA CONTRATTUALISTICA
PUBBLICA***

**COMPETITION DEMYSTIFICATION AND THE RESULT
PRINCIPLE IN PUBLIC CONTRACT REGULATION**

SINTESI

Nel D.Lgs. 36/20023 il risultato non si risolve nella soddisfazione di un unico interesse primario, ma va bilanciato con altri principi e valori codificati che rappresentano valori neutri della materia e nelle fattispecie in cui doverosità comportamentale e doverosità di risultato coesistono.

Su tale premessa l'indagine si focalizza sull'impatto del risultato nel bilanciamento tra solidarietà e concorrenza nelle procedure di affidamento dei servizi per "attività a spiccata valenza sociale" ove il "risultato" si declina non solo in chiave "concorrenziale", ma anche "solidaristica" responsabilizzando così l'Amministrazione nella scelta degli strumenti "equiordinati" da utilizzare per il raggiungimento del risultato e gli ETS su cui incombono precisi obblighi strutturali, formativi e competenziali e responsabilità per violazione del principio di buona organizzazione, il cui accertamento è oggetto di verifica nell'ambito di un sindacato di legittimità esteso al merito.

ABSTRACT

In Legislative Decree 36/20023 the result does not consist of a unique primary interest satisfaction. Rather, it has to be balanced with other codified and non-codified principles representing neutral values of the subject and in cases in which behavioral duty and result duty coexist.

On this premise, the investigation focuses on the impact of the result in the balance between solidarity and competition in the service award procedures devoted to “activities with strong social value” where the “result” is expressed not only in a “competitive” key, but also in a “solidaristic” one. Thus, the Administration is made responsible for choosing the “equiordinate” tools to be used to achieve the results and on the Third Sector bodies being charged with specific structural, training, and competence obligations and liabilities for violation of the principle of good organisation. The scrutiny on this principle is subject to verification in the ambit of a legitimacy review extended to opportunity and adequacy of the choice.

PAROLE CHIAVE: Tutela della concorrenza e principio del risultato – Le molteplici declinazioni del risultato nel Codice dei contratti pubblici - – Appalti “riservati” agli ETS: affidamenti in deroga alle regole dell’evidenza pubblica – Doverosità comportamentale, doverosità di risultato e obblighi organizzativi – Sindacato giurisdizionale.

KEYWORDS: Protection of competition and the principle of the result - The multiple declinations of the result in the Code of public contracts - Contracts "reserved" for the ETS: assignments in derogation of the rules of public evidence - Behavioral duty, result duty and organizational obligations - Jurisdictional review.

INDICE: 1. L'impostazione e il metodo della Riforma dei contratti pubblici tra tutela della concorrenza e obblighi di risultato – 2. Centralizzazione del risultato in chiave (non più solo concorrenziale bensì) solidaristica nell'elaborazione dottrinale e nell'interpretazione della giurisprudenza amministrativa – 3. L'affidamento dei servizi a spiccata valenza sociale e le “deroghe” alle regole dell’evidenza pubblica: spunti di riflessione per la ricerca di nuovi obiettivi ed equilibri tra fonti e principi – 4. Conclusioni.

1. L'impostazione e il metodo della Riforma dei contratti pubblici tra tutela della concorrenza e obblighi di risultato

Tra le riforme abilitanti previste dal PNRR quella del Codice dei contratti pubblici¹ è stata senza dubbio tra le più attese e per questo caricata di notevoli aspettative che hanno suscitato sensazioni contrastanti: curiosità, speranze, ma anche timori delle novità in parte ridimensionate da vecchie e nuove criticità.

¹Lo scritto costituisce una versione rielaborata, ampliata e annotata della relazione al Convegno “Concorrenza e politiche sociali nella nuova contrattualistica pubblica” TAR Campania – Napoli, 7 giugno 2024.

D.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 in attuazione della legge 21 giugno 2022, n. 78 recante “Delega al Governo in materia di contratti pubblici” in vigore dallo scorso aprile, ma le cui disposizioni ed allegati sono efficaci dal 1° luglio 2023 dopo una fase transitoria di perdurante vigenza del D.lgs. n. 50/2016 ss.mm.ii., formalmente abrogato applicabile ai soli procedimenti in corso.

Salutata con favore dai primi commentatori come antidoto contro la burocrazia e l'ipertrofia normativa – considerate, a ragione, tra le principali cause dell'insuccesso delle precedenti riforme in conseguenza della crisi della legge e del ruolo dell'amministrazione acuitesi nel corso dell'emergenza sanitaria, ad oggi la disciplina si mostra “fluida” e piuttosto instabile a causa della incertezza delle regole di un *corpus* normativo ancora “provvisorio” ed incompleto², ma non per questo anche parziale, superfluo e non durevole nel tempo.

Il Codice - definito “autoesecutivo” - vuole essere un supporto e una guida per le amministrazioni e gli operatori economici dalla fase iniziale della programmazione e progettazione sino all'aggiudicazione e all'esecuzione del contratto e per il G.A. chiamati ad orientarsi nella vasta materia attraverso i “Principi generali” vecchi e nuovi codificati nella prima parte del nuovo Codice e che costituiscono la prima vera novità per le implicazioni e/o potenzialità - per ora implicite o inesprese - della “prevalenza” di uno o alcuni di essi.

In una materia la cui disciplina è caratterizzata da elevato tecnicismo, come si avrà modo di chiarire in seguito, la formulazione espressa nel Codice di principi generali assume un significato esplicito ed espresso nei rapporti “con” e “tra” i principi della materia, con le disposizioni codicistiche e nell'attività dell'interprete vincolato alla qualificazione legislativa.

In generale, i principi codificati nella I parte del testo si integrano e si completano a vicenda al fine di garantire la correttezza dello svolgimento delle gare e del risultato (l'affidamento del contratto alle condizioni più favorevoli per la realizzazione dell'interesse pubblico, nel rispetto della cd. “regola del caso” concreto) a tutela degli interessi delle amministrazioni e delle imprese, in considerazione della importanza decisiva che il settore riveste nell'ambito del

² In attesa della pubblicazione delle nuove direttive europee e del recepimento statale (entro il 2026), nonché dell'adeguamento del testo alla giurisprudenza della CGUE e della Corte costituzionale al fine di «evitare l'avvio di procedure d'infrazione da parte della Commissione europea e di giungere alla risoluzione delle procedure avviate» (cfr., Legge delega del 21.6.2022, n. 78).

sistema economico nazionale ed europeo, e di superare la proverbiale diffidenza nei confronti dei funzionari e degli operatori economici.

Ciò al netto di alcune criticità della disciplina la quale – nel sottolineare che il risultato è sempre «*perseguito nell'interesse della comunità*» (art. 1, c. 3)³ – sollecita la discussione e la riflessione sulla diversa cognizione che può aversi dell'interesse pubblico (in quanto pertinente alla collettività, nella fase di gara ed alla parte pubblica nella fase esecutiva).

Ancora, analizzando l'art. 1, comma 4 e l'art. 2, comma 1 del Codice non si può fare a meno di rilevare che il legislatore per la prima volta ha fatto riferimento al potere facendo emergere, altresì, un'inedita correlazione che lega il risultato e la fiducia, configurati come criteri di esercizio e di attribuzione del (solo) potere.

E poiché risultato e fiducia non possono essere di certo costretti nella (sola) fase di affidamento, l'impianto codicistico parrebbe paventare «una sorta di unitarietà statutaria delle vicende contrattuali, non apparendo più certo che al potere (di regola), non possa essere concesso terreno anche nella fase esecutiva»⁴ (laddove la tradizione lo vuole invece costretto a sparute ed intermittenti comparizioni)⁵.

Ancora, la precisazione secondo la quale il principio di risultato «costituisce attuazione, nel settore dei contratti pubblici, del principio del buon andamento» (art. 1, c. 2) intercetta - senza fornire una chiave di lettura risolutiva - il dibattito sui reciproci rapporti e sul bilanciamento tra i principi di imparzialità e

3 Vedi sul punto, G. FALCON, *Le convenzioni publicistiche. Ammissibilità e caratteri*, Milano, Giuffrè, 1984, 228 ove afferma «l'amministrazione appare, fondamentalmente, come una organizzazione del tutto priva di interessi propri, attributaria invece di interessi altrui, denominati interessi pubblici in quanto imputati, quanto all'appartenenza sostanziale, all'intera collettività».

4 In questi termini, E. GUARNIERI, *Il principio di risultato nei contratti pubblici: alcune possibili applicazioni, tra continuità e innovazioni*, in *Dir. Amm.*, 4/2023, 829.

5 Id., *Funzionalizzazione e unitarietà della vicenda contrattuale negli appalti pubblici*, Bologna, BUP, 2022.

buon andamento⁶, omettendo di chiarire tuttavia se essi formano «un'endiadi rigorosamente equi ordinata»⁷, oppure, come è preferibile ritenere, gli stessi siano «abbastanza agevolmente componibili, tenendo conto del diverso dosaggio che può essere compiuto fra l'una e l'altra esigenza in rapporto alla diversa connotazione sostanziale-funzionale dei vari poteri amministrativi»⁸.

Ciò nonostante, il D.Lgs. n. 36/2023 persegue l'obiettivo primario di eliminare i fattori che hanno portato nel tempo alla costruzione di un sistema farraginoso dal punto di vista sia normativo che procedurale che si è rivelato inefficiente e foriero di contenzioso.

Da questo punto di vista, il Codice dei contratti pubblici, rinnovato nella forma e nella sostanza, realizza una vera e propria rivoluzione copernicana nella impostazione e di approccio alla materia del *public procurement* rispetto alla disciplina previgente improntata alla regola del sospetto a scapito della libertà di iniziativa, responsabilizzando le stazioni appaltanti, gli operatori economici e, in ultima istanza, il G.A., in una prospettiva diversa volta a rilanciare il Paese sfruttando le opportunità del PNRR.

Ed infatti, oltre al “programma di scopo o le dichiarazioni d'intenti” che permeano di sé l'impianto normativo e ai richiami ai principi già presenti nella disciplina previgente (cfr., art. 1, comma 1, legge n. 109/1994; artt. 4,5,29 e 30 D.Lgs. n. 50/2016 ss.mm.ii.), nel Codice il principio del risultato⁹ – gerarchica-

⁶ Sul rapporto tra imparzialità e buon andamento si rimanda al contributo di P. LAZZARA, *L'azione amministrativa ed il procedimento in cinquant'anni di giurisprudenza costituzionale*, in G. della Cananea, M. Dugato (a cura di), *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, 387 ss.

⁷ Così D. CAPOTORTO, *I rischi di derive autoritarie nell'interpretazione del principio del risultato e l'indissolubilità del matrimonio tra buon andamento e imparzialità dell'amministrazione*, in *Federalismi.it*, n. 14/2023, 47 ss., spec. 54.

⁸ G. PASTORI, *La disciplina generale del procedimento amministrativo. Considerazioni introduttive*, in *La disciplina generale del procedimento amministrativo. Contributi alle iniziative legislative in corso*, Milano, 1989, 29 ss., spec. 49.

⁹ Senza anticipare nulla di quanto si dirà in seguito, è tuttavia opportuno fin d'ora evidenziare che ai sensi dell'art. 1 del Codice il principio del (o interesse pubblico primario al) risultato, intimamente connesso al principio della fiducia e ai suoi corollari (considerati principi

mente sovraordinato al principio della fiducia e del libero mercato – segna un cambio di rotta decisivo che vuole essere uno sforzo di disciplinare l'assetto di tutti gli interessi in gioco e un tentativo di costruire un sistema più adeguato ad una realtà che muta rapidamente e che, soprattutto, presenta esigenze di effettività e di rapidità di tutela degli interessi.

L'onere e la responsabilità del risultato – finora per lo più affidata a soluzioni ermeneutiche a volte ardite, sovente originali e contestualizzate, di matrice prevalentemente giurisprudenziale¹⁰, stante la riconosciuta capacità dei giudici di leggere ed interpretare i mutamenti sociali cogliendo il senso e la portata delle dinamiche evolutive delle norme – grava innanzitutto sulla P.A. come la responsabilità delle scelte da cui dipende il grado di soddisfazione del cittadino-utente, specie di quelli più fragili e vulnerabili, per la tutela dei diritti e delle situazioni giuridiche soggettive che ad essi fanno capo, nel rispetto dei principi di imparzialità, trasparenza e non discriminazione.

L'indagine, propone una peculiare interpretazione del principio del risultato ed analizza i rapporti tra P.A. e gli ETS negli affidamenti degli appalti di opere, servizi e forniture allo scopo di fornire una chiave di lettura inedita alla luce dei principi, dei rapporti tra il Codice dei contratti pubblici e il Codice del Terzo Settore e dei riflessi dell'applicazione della disciplina sul sindacato del G.A.

complementari o ancillari della buona fede e dell'affidamento incolpevole), riguarda l'affidamento del contratto e la sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto tra qualità e prezzo nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza, rispetto al quale essi si pongono in rapporto di mezzo a fine (comma 2). Esso attua il principio del buon andamento rappresentando il criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto, nonchè il criterio di valutazione della responsabilità dei funzionari e dei tecnici in tutte le fasi di svolgimento della procedura e ai fini dell'assegnazione degli incentivi in base agli obiettivi raggiunti «nell'interesse della comunità e per il raggiungimento degli obiettivi dell'Unione europea».

10 M.R. SPASIANO, *Principi e discrezionalità nel nuovo codice dei contratti pubblici: primi tentativi di parametrizzazione del sindacato*, in *Federalismi.it*, n. 24/2023.

2. Centralizzazione del risultato in chiave (non più solo concorrenziale bensì) solidaristica nell'elaborazione dottrinale e nell'interpretazione della giurisprudenza amministrativa

Nel D.lgs. 36/2023 la scelta di una «legislazione per principi»¹¹ esprime una tendenza più generale che risponde all'esigenza di garantire l'interpretazione evolutiva della disciplina codicistica. Tale caratteristica, riferita al «principio» del risultato assume una valenza del tutto peculiare conformemente allo scopo perseguito ed al significato di esso che, infatti, tra tutti i principi si rivela quello più idoneo a coprire la distanza «tra mutamento sociale e sistema delle regole giuridiche»¹², colmando i «vuoti» e/o le «frammentazioni» della disciplina¹³.

11 Mutuando l'espressione utilizzata da M.R. SPASIANO, *Codificazione di principi e rilevanza del risultato*, in AA.VV., *Studi sui principi del codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2023, 11.

L. CARBONE, *La scommessa del "Codice dei contratti pubblici" e il suo futuro*, Relazione introduttiva al convegno «Il nuovo codice degli appalti – La scommessa di un cambio di paradigma: dal codice guardiano al codice volano?», Roma, 27 gennaio 2023, in www.giustizia-amministrativa.it, 2023.

Tale scelta non rappresenta una novità assoluta rispetto all'impostazione del D.Lgs. n. 163/2006 e del successivo D.Lgs. n. 50/2016 che tuttavia si limitavano a una mera enunciazione degli stessi apparentemente slegata dalla disciplina, circostanza questa che ha contribuito a rafforzare l'opinione generale circa l'inadeguatezza della normativa (V. CERULLI IRELLI, *Le innovazioni normative e i contratti pubblici*, in R. Cavallo Perin, M. Lipari, G.M. Racca, *Contratti pubblici e innovazioni per l'attuazione della legge delega*, Napoli, Jovene, 2022, 45).

Sulla portata innovativa dei principi anche in ragione della loro collocazione nella disciplina codicistica, cfr., R. CARANTA, *I principi del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Giur. it.*, 2023, 1950 ss.; L. R. PERFETTI, *Sul nuovo Codice dei contratti pubblici. In principio*, in *Urb e app.*, 1/2023, 5; M.A. SANDULLI, *Prime considerazioni sullo schema del nuovo codice dei contratti pubblici*, in www.giustiziainsieme.it (21 dicembre 2022) G. NAPOLITANO, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, in *Gior. dir. amm.*, 2023, 287 ss.; R. GRECO, *Principio del risultato e tutela della legalità nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in www.giustizia-amministrativa.it; G. MONTEDORO, *La funzione nomofilattica e ordinante e i principi ispiratori del nuovo codice dei contratti pubblici*, in www.giustizia-amministrativa.it

12 P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2001, 123.

13 Sebbene «tecnicamente non sia un principio né un interesse che costituisce il fondamento del diritto» (S. PERONGINI – B. MEROLA, *Il principio di concorrenza nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in AA.VV., *Studi sui principi del codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2023, passim), esso «esprime valori e criteri di valutazione immanenti all'ordinamento giuridico, che hanno una «memoria del tutto» che le singole e specifiche disposizioni non possono avere, pur essendo ad esse riconducibili» rappresentando, altresì, un criterio guida per l'interprete ai fini della individuazione della scelta più ragionevole, proporzionata e coerente soprattutto allorquando essa è frutto dell'esercizio di un potere discrezionale (cfr., Relazione agli articoli e agli allegati del Codice, nonché art. 1, comma 4, D.Lgs. n. 36/2023). Invero, sulla nozione è sorto un dibattito molto vivace che, sebbene di origini remote, è stato tramandato nel corso degli anni e di recente attualizzato dal Codice. Senza alcuna pretesa di esaustività si rinvia ai contributi di A. ROMANO TASSONE, *Sulla formula "amministrazione per risultati"*, in *Scritti in onore di Elio Casetta*, Napoli, 2001, 813 ss.; Id., *Analisi economica del diritto e "amministrazione di risultato"*, in *Dir. amm.*, 1, 2007, 63, ss.; Id., *Amministrazione "di risultato" e provvedimento amministrativo*, in AA.VV., *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, cit., 1 ss.; M. CAMMELLI, *Amministrazione di risultato*, in

Il risultato, in quanto espressione del principio di buon andamento e buona amministrazione, spicca per il suo carattere plurifunzionale e polisenso¹⁴ assurgendo, al contempo, a criterio prioritario di bilanciamento con altri principi (tra cui quello della proporzionalità e adeguatezza senza sovrapporsi né confondersi con essi) ai fini della individuazione del caso concreto e criterio interpretativo delle singole disposizioni del Codice, rispetto al quale il principio di concorrenza, trasparenza, ecc. assumono un ruolo strumentale pur condividendone la natura e la funzione¹⁵.

Emerge chiaramente, quindi, una considerazione assiologicamente “arricchita” del principio del risultato e la volontà di non confinarlo entro una declinazione valoristicamente spuria, ovverosia quale mero interesse all’esecuzione del contratto, al netto della qualità: si rifugge, pertanto, da una deplorabile sterilizzazione pratica del concetto di risultato.

Annuario AIPDA, Milano, 2002, 107 ss.; S. CASSESE, *Presentazione* del volume di D. OSBORNE – T. GAEBLER, *Dirigere e governare. Una proposta per reinventare la pubblica amministrazione*, Milano 1995; V. CERULLI IRELLI, *Invalità e risultato*, in AA.VV., *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, op. cit., 79 ss.; G. CORSO, *Amministrazione di risultati*, in *Annuario AIPDA*, 2002, 127 ss.; R. FERRARA, *Procedimento amministrativo, semplificazione e realizzazione del risultato: dalla “libertà dall’amministrazione” alla “libertà dell’amministrazione”*, in *Dir. soc.*, 2000, 101 ss.; M. IMMORDINO, *Certezza del diritto e amministrazione di risultato*, in AA.VV., *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, op. cit., 15 ss.; F. LEDDA, *Dal principio di legalità al principio di infallibilità dell’amministrazione*, in *Foro amm.*, 1997, 3303 ss.; F. MERUSI, *La certezza del risultato nell’amministrazione del mercato*, in AA.VV., *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, op. cit., 36 ss.; A. POLICE, *Amministrazione di “risultati” e processo amministrativo*, in AA.VV., *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, op. cit., 101 ss.; A. ZITO, *Il risultato nella teoria dell’azione amministrativa*, in AA.VV., *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, op. cit., 87 ss.

14 Il concetto di “risultato” rappresenta la “derivazione evoluta” del buon andamento, il criterio prioritario per l’esercizio del potere discrezionale e per l’individuazione della “regola del caso concreto”, oltretutto per valutare le responsabilità e per attribuire gli incentivi. Sulle origini e l’evoluzione del risultato quale declinazione del buon andamento, cfr., M. INTERLANDI, *Danno da disservizio e tutela della persona*, Napoli, 2014, 18 ss. Sulla esigenza di conformazione dell’uso della discrezionalità al caso concreto, cfr. L. MARUOTTI, *Discorso di insediamento quale Presidente del Consiglio di Stato*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2023.

15 Sulle declinazioni e la tutela del principio di concorrenza, cfr., M. RAMAJOLI, *Concorrenza* (tutela della), in B.G. Mattarella, M. Ramajoli (diretto da), *I tematici*, III-2022, *Funzioni amministrative*, Milano, 2022, 292 ss. A. BARONE – R. D’AGOSTINO, *Modalità di affidamento dei contratti pubblici (artt. 28-34 e artt. 44-58)*, in E. Follieri (a cura di), *Corso sul codice dei contratti pubblici* (aggiornato con il d.lgs. 19 aprile 2017 n. 56), Napoli, 2017, 273 ss. B. CARAVITA DI TORITTO, *Il fondamento costituzionale della concorrenza*, in *Federalismi.it*, n. 8/2017.

L'appalto pubblico progressivamente è stato oggetto di un processo di funzionalizzazione ad una tale molteplicità di interessi pubblici che il risultato non si risolve più nella soddisfazione di un solo ed unico interesse primario¹⁶.

A corredo dell'interesse primario si sono così integrati altri interessi (secondari per l'ente, ma altrettanto primari per lo strumento negoziale adottato) che, compendiandosi nell'interesse pubblico concreto, hanno unitariamente delineato scenari inediti di produzione di valore aggiunto sotto i profili ambientali e sociali.

L'appalto pubblico è quindi divenuto anche strumento di stabilità occupazionale (clausole sociali), di sostenibilità ambientale (criteri ambientali minimi) e di inclusione e democrazia, concretizzandosi un «mutamento della sua connotazione funzionale: da fattore decisivo per assicurare una concorrenza effettiva, sia per il mercato che nel mercato, a strumento per la tutela e la valorizzazione di altri interessi pubblici»¹⁷, come dimostrato dal fatto che anche nel momento di massima sollecitudine il legislatore ha comunque previsto clausole a favore dell'inclusione dei giovani e della promozione della parità di genere nel settore delle commesse pubbliche (cfr., art. 47, d.l. 77/2021).

Se ne deduce, quindi, che esso non va affatto massimizzato, tant'è vero che il bilanciamento risponde all'esigenza di evitare la sistematica soccombenza dell'uno a vantaggio dell'altro, ammettendo soltanto, a seconda dei casi, l'arretramento di uno dei due rispondente a «una logica chiaroscurale di applicazio-

¹⁶ Sul punto, si richiama l'interessante contributo di S. VINTI, *L'eterogenesi dei fini tradisce lo scopo ultimo e l'oggetto stesso della disciplina sui contratti pubblici*, in *Federalismi.it*, n. 12/2020, 252 ss.

¹⁷ Così, M.P. CHITI, *Principi*, in M.A. Sandulli, R. De Nictolis (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, I, *Fonti e principi. Ambito programmazione e progettazione*, Milano, Giuffrè, 2019, 285 ss., spec. 294 ss.; G. DELLA CANANEA, *Dalla concorrenza per il mercato alla concorrenza nel mercato: gli appalti pubblici nei servizi di comunicazione elettronica*, in Atti del convegno "Il partenariato pubblico-privato e il diritto europeo degli appalti e delle concessioni", Firenze, 2005. Sulla concorrenza quale metodo e strumento per il perseguimento di interessi pubblici e obiettivi di sviluppo sostenibile ambientale, culturale, sociale, ecc., cfr., M. RAMAJOLI, *Concorrenza (tutela della)*, cit., 294 ss.; E. CARUSO, *I contratti pubblici tra obiettivi di sostenibilità e finalità concorrenziali: alla ricerca di nuovi equilibri*, in *PA Persona e Amministrazione*, 1/2022, 302; A. MASSERA – F. MERLONI, *L'eterno cantiere del Codice dei contratti pubblici*, in *Dir. pubbl.*, 2/2021, 590. Sostenibilità sociale e ambientale sono gli obiettivi che devono guidare i processi decisionali delle PPAA. nei rapporti con gli ETS in base al principio del risultato.

ne, sebbene entro certi limiti»¹⁸, giustificando così l'enfasi sui principi che «oggi rappresentano valori neutri, forieri non più di assidue distinzioni, ma piuttosto di valide ricomposizioni entro la medesima materia»¹⁹, in cui doverosità comportamentale e doverosità di risultato, il cui fondamento costituzionale si rinviene negli artt. 54 e 97 Cost., costituiscono due facce della stessa medaglia.

La prima integra una situazione giuridica soggettiva primaria ed originaria in capo alle pubbliche amministrazioni; un *prius* logico rispetto all'esercizio della funzione amministrativa; una regola di comportamento vincolante per la P.A. quale che sia l'obiettivo da perseguire a garanzia del buon andamento e della buona amministrazione²⁰. La doverosità del risultato costituisce un corollario del principio generale di buona amministrazione ex art. 41 della Carta di Nizza vincolante per gli Stati membri²¹ che assurge a parametro di legittimità, anche costituzionale, della disciplina codicistica e valore aggiunto delle singole disposizioni sia dal punto di vista delle garanzie procedurali (imparzialità, ragionevole durata del procedimento, diritto al contraddittorio, diritto di accesso, obbligo di motivazione, risarcibilità dei danni da illegittimo esercizio della

¹⁸ CGUE, sentenza 10 luglio 2014 (in C-358/12).

¹⁹ Così, E. GUARNIERI, *Funzionalizzazione e unitarietà della vicenda contrattuale negli appalti pubblici*, Bologna University Press, 2022, 18.

²⁰ In argomento, senza alcuna pretesa di esaustività, si rinvia a completezza a A. ZITO, *Il "diritto ad una buona amministrazione" nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e nell'ordinamento interno*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2-3/2002, 425 ss.; D.U. GALETTA, *Il diritto ad una buona amministrazione europea come fonte di essenziali garanzie procedurali nei confronti della Pubblica Amministrazione*, *ivi*, 3-4/2005, 819 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *Il diritto ad una buona amministrazione*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, diretto da M.P. Chiti, G. Greco, tomo I, II ed., Milano, 2007, 49 ss.; D.U. GALETTA, *Diritto ad una buona amministrazione e ruolo del nostro giudice amministrativo dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, in *Dir. amm.*, 3/2010, 601 ss.; L.R. PERFETTI, *Diritto ad una buona amministrazione, determinazione dell'interesse pubblico ed equità*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 3-4/2010, 789 ss.; M. TRIMARCHI, *L'art. 41 della Carta Europea dei diritti fondamentali e la disciplina dell'attività amministrativa in Italia*, in *Dir. amm.*, 3/2011, 537 ss.; C. CELONE, *Il diritto alla buona amministrazione tra ordinamento europeo ed italiano*, in *Dir. econ.*, 3/2016, 669 ss.; P. PIVA, *Diritto ad una buona amministrazione*, in R. Mastroianni, O. Pollicino, S. Allegrezza, F. Pappalardo, O. Razzolini (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Milano, 2017, 756 ss.; E.N. FRAGALE, *Il diritto (europeo) alla buona amministrazione ed il problema dell'autonomia delle pretese partecipative*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2018, n. 5, 825 ss.

²¹ CGUE, Sez. IV, 8 maggio 2014 (in C-604/12), § 49; Sez. I, 22 settembre 2022 (C-159/21), § 35.

funzione amministrativa), che dal punto di vista contenutistico e/o dell'organizzazione.

In quest'ottica, infatti, l'una e l'altra seguono «un approccio unico alla fattispecie problematica che ponga al centro il cittadino destinatario della funzione e dunque del servizio»²². Il che indubbiamente vale a confermare lo stretto legame esistente tra i suddetti principi, che contribuiscono a definire i parametri del sindacato sull'uso della discrezionalità amministrativa, sottolineando che l'obiettivo dell'azione amministrativa non consiste (soltanto) nel rispetto di precetti normativi (quale strumento di garanzia di effettività della tutela), ma anche e soprattutto nel conseguimento del risultato utile in tutti i settori, specie in quelli in cui si imbatte più di frequente in diritti fondamentali e quelli propri delle discipline di materie sensibili rispetto alle quali l'ancoraggio al principio del risultato si rivela un fondamentale ed ineludibile riferimento giuridico²³ anche per l'interprete.

Una conferma in tal senso si evince dalla giurisprudenza di TAR e CdS formatasi all'indomani dell'entrata in vigore del nuovo Codice che – ponendosi sulla scia dell'interpretazione e dell'applicazione del risultato considerato pressoché unanimemente il principio ispiratore della materia, valore dominante dell'interesse pubblico e criterio ermeneutico-orientativo del G.A. per tutta la durata della vigenza del D.Lgs. n. 50/2016 ss.mm.ii. e anche oltre – conferma il carattere immanente al sistema della cd. amministrazione di risultato²⁴ nel signi-

22 S. DETTORI, *Doveri amministrativi di risultato e doveri amministrativi di comportamento (a proposito di un recente saggio di Massimo Monteduro)*, in *PA Persona e Amministrazione*, n. 1/2021.

23 In quest'ottica il Codice ha inteso promuovere di una nuova “cultura della responsabilità” e della “motivazione” e una diversa sensibilità giudiziaria che dovrebbero comportare «un “irrobustimento” della legalità intesa non solo come adeguamento alla legalità intesa non solo come adeguamento dell'attività amministrativa alla prescrizione normativa, ma anche come effettivo conseguimento del bene curato dall'amministrazione» (M.R. SPASIANO, op. cit.).

24 Cfr., Cons. Stato, Sez. III, 12 ottobre 2023, n. 8896; 15 novembre 2023, n. 9812; Sez. V, 27 febbraio 2024, n. 1924; Sez. III, 26 marzo 2024, n. 286. TAR Lazio – Roma, Sez. I, 20 novembre 2024, n. 20613. Il concetto esprime qualcosa di più e di diverso della mera amministrazione di risultato quale forma di aziendalizzazione della P.A., asseritamente votata ad un'efficienza esautorata dal principio di buon andamento, certamente non incline ad assecondare il baratto tra rapidità e qualità del risultato. M. CLARICH, *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici e concorrenza nel diritto europeo e nazionale*, in *Dir. amm.*, 1-2/2016, 74; F. SAITTA, *I principi generali del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *www.giustiziasieme.it* (8 giugno 2023)

ficato innanzi esposto, a prescindere dalla disciplina concretamente applicabile al caso di specie.²⁵

L'obiettivo dichiarato è il raggiungimento del miglior risultato nel più breve tempo possibile preservando il legame inscindibile con la concorrenza ed il mercato «da cui tutela (tuttavia) non deve trasmodare in un pregiudizio per la causa finale e per l'oggetto diretto e principale della tutela approntata dalla disciplina di settore, confermandone il carattere di strumentalità».²⁶

La codificazione del principio del risultato e il ricorso sempre più frequente da parte dell'interprete a tale criterio ermeneutico sancisce la netta prevalenza e priorità della sostanza sulla forma, ossia dell'efficienza, efficacia e tempestività del raggiungimento dell'obiettivo finale sul rispetto delle regole procedurali e formali quando esso non sia correlato ad una concreta ed effettiva esigenza di tutela.

Tale impostazione risponde all'esigenza di responsabilizzare soprattutto le stazioni appaltanti al fine di «educarle» alla rapidità, all'economicità, all'efficacia, all'efficienza e alla qualità delle prestazioni rese all'utenza²⁷ in base al risultato bilanciando tali esigenze con il principio di legalità, con l'effetto di «ampliare il perimetro del sindacato giurisdizionale piuttosto che diminuirlo», ma piuttosto trasferendo «nell'area della legittimità, e quindi della giustiziabilità,

sottolineano che nel passaggio dal D.Lgs. 50/2016 al nuovo Codice dei contratti pubblici il principio di concorrenza ha abdicato il ruolo di «principio guida su cui si basa l'intera disciplina degli appalti pubblici»; «valore ... bene ... fine da promuovere astenendosi dalle politiche che indebitamente escludono o limitano la concorrenza» in favore del risultato. L'espressione tra virgolette è di G. CORSO, *La tutela della concorrenza come limite della potestà legislativa (delle Regioni e dello Stato)*, in *Dir. pubbl.*, 3/2002, 985.

²⁵ TAR Campania – Napoli, Sez. I, 15 gennaio 2024, n. 377. Cons. Stato, Sez. V, 27 febbraio 2024, n. 1924; TAR Lazio – Roma, Sez. II, 12 marzo 2024, n. 5004. In precedenza TAR Lombardia – Milano, Sez. II, 28 settembre 2023, n. 2171.

²⁶ TAR Sicilia – Catania, Sez. III, 12 dicembre 2023, n. 3738 le cui statuizioni sono state successivamente riprese e sviluppate da Cons. Stato, Sez. V, 27 febbraio 2024, n. 1924, cit. Il virgolettato è tratto da Cons. Stato, Sez. III, 15 novembre 2023, n. 9812.

²⁷ Cfr., TAR Trento, 15 novembre 2023, n. 181. Cons. Stato, Sez. III, 15 novembre 2023, n. 9812, cit.; TAR Sicilia – Catania, 12 dicembre 2023, n. 3738, cit. TAR Campania – Napoli, Sez. I, 15 gennaio 2024, n. 377, cit.; 25 marzo 2024, n. 1910.

opzioni e scelte che sinora si pensava attenessero al merito e fossero come tali insindacabili»²⁸.

Così si spiega la proliferazione delle sentenze di accoglimento dei ricorsi per l'accertata illegittimità dei provvedimenti adottati in violazione o falsa (errata) applicazione degli artt. 1 e 2 del D.Lgs. n. 36/2023²⁹.

Invero, da diverso tempo ormai la giurisprudenza ha varcato la soglia del tradizionale vaglio di legittimità in termini di coincidenza tra fattispecie concreta ed astratta approdando ad un metodo nel quale «la quantificazione di invalidità dipenda più che dalla difformità rispetto a un parametro normativo, dalla devianza rispetto all'obiettivo il cui solo perseguimento legittima il potere dell'autorità»³⁰.

Il che è anche, se vogliamo, un monito per le stazioni appaltanti, auspicandosi per il futuro che l'uso opportuno, appropriato, responsabile e motivato della scelta operata (frutto di valutazioni delle circostanze di fatto legate al tipo di attività da svolgere ed al soggetto che eroga le prestazioni e i servizi acquisite nel corso dell'istruttoria)³¹ sindacabile alla luce del principio del risultato, conferisca all'azione amministrativa maggiore flessibilità e “resilienza”, a garanzia del risultato e delle ragioni giustificatrici dell'amministrazione, coniugando al meglio legalità e risultato per la cura più efficace degli interessi coinvolti.

28 Cons. Stato, Sez. III, 26 marzo 2024, n. 2866, cit. Da questo punto di vista, il nuovo Codice dei contratti pubblici piuttosto che una trasgressione dell'irrinunciabile principio di legalità dell'azione amministrativa è un commendevole tentativo di recuperare quote di discrezionalità amministrativa, attraverso un aggravamento della motivazione all'esito di un'istruttoria particolarmente approfondita. L.R. PERFETTI, *Sul nuovo Codice dei contratti pubblici. In principio*, in *Urb. e app.*, 1/2023, 9 ss.

29 TAR Reggio Calabria, 12 febbraio 2024, n. 122.

30 Cfr., TAR Campania – Napoli, Sez. V, 17 maggio 2019, n. 2616. Di conseguenza, «il giudice non è chiamato a dedurre, bensì a valutare solo se la decisione pubblica rientri o meno nella (ristretta) gamma delle risposte maggiormente plausibili e convincenti alla luce delle scienze rilevanti e di tutti gli altri elementi del caso concreto», verificando eventualmente la sussistenza delle condizioni che legittimino il giudice amministrativo ad affiancare alla tutela ripristinatoria quella riparatoria.

31 Per un approfondimento delle valutazioni rimesse al GA nella giurisdizione di legittimità e dell'esame delle applicazioni giurisprudenziali, cfr., F. LIGUORI, *La funzione amministrativa*, Napoli, ES, 2009.

Tale approccio valorizza il principio di legalità a fondamento dell'azione amministrativa che è stato messo a dura prova dalla crisi della legge e dall'incertezza delle regole le quali hanno favorito il protagonismo e il formante giurisprudenziale dimostratosi «più in grado di esprimere una regolazione del convivere civile conforme al pluralismo giuridico voluto dalla Costituzione»³² al punto da «acquisire ... un carattere “polifunzionale”».³³

Diversamente, esso rischierebbe di risultare recessivo e fungibile.

Ed infatti, a dispetto della (apparentemente chiara) previsione codicistica, la progressiva “erosione” della centralità del principio di legalità a favore del risultato amministrativo – su cui il D.Lgs. n. 36/2023 pone una particolare enfasi «divenendo la magnifica ossessione del legislatore»³⁴ nella prassi applicativa della nuova disciplina – potrebbe dar luogo a storture sistemiche e conseguenze imprevedibili dell'esercizio del potere amministrativo discrezionale se il principio di legalità non fosse più in grado di governarlo e controllarne gli effetti attraverso la funzione direttiva e garantista sua propria, ai sensi dell'art. 97 Cost. nel significato di buon andamento e buona amministrazione.

Interpretazioni relativizzanti che si rinvergono nelle indicazioni neanche troppo implicite della normativa (cfr., artt. 1, comma 1 e 2, comma 4 del Codice) e della giurisprudenza³⁵ finiscono per dequotare l'importanza del principio *de quo* svelando criticità persistenti sul piano della effettività e vincolatività dello stesso che invece occorre «valorizzare ... sul versante della sua consistenza e a monte della sua rilevanza»³⁶.

32 G. URBANO, *La legge “oscura” e il potere amministrativo*, in *Giur.comm.*, 3/2024, 623.

33 Mutuando l'espressione e l'aggettivo da S. Valaguzza, *La polifunzionalità delle sentenze del giudice amministrativo, orientamenti giurisprudenziali e scelte delle pubbliche amministrazioni*, in *Dir.proc.amm.*, 2/2024, 425.

34 A. GIUSTI, *Al centro del risultato: l'affidamento dei servizi globali nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2/2024, 557.

35 TAR Sicilia – Catania, Sez. III, 12 dicembre 2023, n. 3738.

36 G. URBANO, op. cit.

In quest'ottica, e sul presupposto che legalità sostanziale e risultato possono e devono coesistere³⁷ «sia per evitare ... zone franche nell'attività amministrativa *discrezionale*, sottratte cioè al vaglio di legalità»³⁸, sia perché «l'amministrazione di risultato procede all'interno di quanto stabilito dalla legge ma avendo presente l'obiettivo al quale deve giungere»³⁹, l'obbligo di motivazione rafforzata (ragionevole e trasparente) – riferita tanto all'attività quanto all'organizzazione amministrativa ed ai relativi atti espressione di scelte ben precise e l'istituzione della “regola del caso” – mira a favorire il ripristino del «clima di fiducia del sistema»⁴⁰ da parte del legislatore e dei cittadini.

37 D. CAPOTORTO, *I rischi di derive autoritarie nell'interpretazione del principio del risultato e l'indissolubilità del matrimonio tra buon andamento e imparzialità dell'amministrazione*, in *Federalismi.it* n. 14/2023. A. TRAVI, *Tipicità degli atti e potere “amministrativo”*, in *Jus*, 2-3/2020, passim.

38 F. VETRÒ, *Spunti introduttivi alla sistematica dei principi e delle regole dei contratti pubblici*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2/2024, 379.

39 C.E. GALLO, *Per una lettura attuativa dei principi del Codice dei contratti pubblici*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 4/2023, 767. Tra l'altro, com'è stato acutamente osservato in dottrina «l'appalto pubblico è stato via via funzionalizzato ad una tale molteplicità di interessi pubblici che il risultato non è più stato risolto nella soddisfazione di un solo ed unico interesse primario. A corredo dell'interesse primario si sono così integrati interessi (secondari per l'ente, ma altrettanto primari per lo strumento negoziale adoperato) che, compendiandosi nell'interesse pubblico concreto, hanno unitariamente delineato scenari inediti di produzione di valore aggiunto sotto i profili ambientali e sociali (E. GUARNIERI, *Il principio di risultato nei contratti pubblici: alcune possibili applicazioni, tra continuità e innovazioni*, in *Dir. amm.*, 4/2023, 829).

In tal modo un risultato positivo e apprezzabile è (o sarebbe) che «il diritto dei contratti pubblici (fosse o diventasse) un capitolo fondamentale del diritto amministrativo nazionale. Cura concreta degli interessi pubblici, non tutela della competition; felicità dei cittadini, non benessere degli operatori economici; realizzazione, non procedura; diritto sostanziale, non gergo procedimentale; anelito, non regolamentazione» (F. CARINGELLA, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: uno sguardo d'insieme*, in *www.italiapalti.it*).

40 Cfr., F. CINTIOLI, *Il principio del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *www.giustizia.amministrativa.it*. M.R. SPASIANO, op. cit.; R. SPAGNUOLO VIGORITA, *Il principio della fiducia nell'articolo 2 del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in AA.VV., *Studi sui principi del Codice dei contratti pubblici*, Napoli, ES, 2023. B.N. ROMANO, *L'inattesa evoluzione della buona fede: la “fiducia” nel nuovo Codice dei contratti pubblici. Prime riflessioni*, in *Nuove Autonomie*, 2/2023.

Infatti, come si è osservato, è ampia la discrezionalità in nome di una rinnovata fiducia nei pubblici uffici (M.R. SPASIANO, *Nuovi approdi della partecipazione procedimentale nel prisma del novellato preavviso di rigetto*, in *Riv. Dir. dell'econ.* 2021, 2, 25 ss.) valorizzandosi l'autonomia dell'amministrazione come stazione appaltante: del resto, l'autonomia è da considerarsi un postulato dell'azione del potere esecutivo e la discrezionalità amministrativa ne è «l'espressione più eclatante» (così, R. CAVALLO PERIN, *La tutela cautelare nel processo avanti al giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, § 6, 1165, in linea con la posizione assunta A. ROMANO, *Autonomia nel diritto pubblico*, in *Dig. disc. pubbl.*, II, Torino, 1987, 30; Id., *A proposito dei vigenti artt. 19 e 20 della l. 241 del 1990: divagazioni sull'autonomia dell'amministrare*, in *Dir. amm.*, 2006, p. 489) in netta controtendenza con una radicata avversione del legislatore verso la discrezionalità (cfr., S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Funzione, potere amministrativo e discrezionalità in un ordinamento liberaldemocratico*, in *Dir. pubbl.*, 2009, 478) che si estrinseca in una riduzione e sottrazione degli

Non è affatto escluso, tuttavia, che l'assolvimento degli obblighi riferiti tanto all'attività che all'organizzazione possa risultare particolarmente difficile e oneroso per la P.A. in assenza di un piano straordinario di formazione professionale per i funzionari addetti alle stazioni appaltanti comportando il collasso delle attività connesse all'affidamento degli appalti e all'esecuzione dei contratti.

Di conseguenza, dall'immediata precettività del principio del risultato nei confronti della funzione amministrativa e di quella giurisdizionale nel significato a suo tempo chiarito dal Consiglio di Stato⁴¹ si percepisce chiaramente il rischio di rallentamenti e/o inerzia suscettibili di innescare un vero e proprio "cortocircuito giurisdizionale", oltre a quello di abusi da parte dei funzionari della stazione appaltante che intanto potrebbero essere evitati solo con l'introduzione di meccanismi di verifica *ex post* dell'attività e dei risultati raggiunti che investino la convenienza dello stesso e la correttezza dell'esecuzione delle prestazioni da parte della ditta aggiudicataria.

Tale constatazione dovrebbe guidare il G.A. all'atto della verifica giurisdizionale compatibilmente con i tempi di attuazione del processo di digitalizzazione e di formazione dei funzionari, della interoperabilità delle banche dati e dell'operatività del fascicolo virtuale dell'operatore economico, a scopo di trasparenza, al netto di ulteriori ritardi ed errori che erano e restano le principali cause di contenzioso⁴².

spazi di bilanciamento tra interessi da compiersi a valle nel procedimento amministrativo, retrocedendo il tutto nella costruzione di fattispecie normative assorbenti dette ponderazioni tra i vari interessi in gioco (per un approfondimento sul tema, si rinvia al recente contributo di F. ZAMMARTINO, *Legge provvedimento e tutela dei diritti. Aspetti e problematiche nell'ordinamento costituzionale italiano*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023), considerata una delle principali cause dell'inefficienza amministrativa, della perdita di legittimazione e dell'incertezza rispetto ai mercati.

41 Di recente, Cons. Stato, Sez. III, 26 marzo 2024, n. 2866; TAR Campania – Napoli, Sez. V, 6 maggio 2024, n. 2959.

42 *Amplius*, sul tema, G. MONTEDORO, *Intervento dello Stato e trasformazioni dell'amministrazione*, in *www.giustiziainsieme.it* (4 maggio 2023).

3. L'affidamento dei servizi a spiccata valenza sociale e le “deroghe” alle regole dell'evidenza pubblica: spunti di riflessione per la ricerca di nuovi obiettivi ed equilibri tra fonti e principi

Al netto di tali criticità, ci si interroga sull'impatto del risultato nel bilanciamento tra solidarietà e concorrenza nelle procedure di affidamento dei servizi sociali per “attività a spiccata valenza sociale” ex art. 6 del Codice dei contratti pubblici (in luogo delle “attività di interesse generale” di cui all'art. 5 del CTS) in convenzione con gli Enti del Terzo Settore e, quindi, sulla relazione tra questi e la P.A.

Tali tematiche hanno catalizzato l'attenzione della dottrina prima dell'avvento dell'attuale disciplina nel tentativo di trasformare un'apparente dicotomia in complementarietà⁴³ superando le difficoltà di approccio al problema aggravate dall'indebita incursione da parte del Codice dei contratti «che entra(ndo) nel merito degli istituti di amministrazione condivisa (genera) notevole confusione e (dimostra) poca conoscenza dei termini della questione»⁴⁴.

Ciò anche a causa dell'infelice formulazione della norma che induce a confondere e a sovrapporre le attività di rispettiva pertinenza, benchè la nota sentenza della Corte costituzionale n. 131/2020 avesse chiarito in tempi non sospetti che il mercato da un lato e amministrazione condivisa, sussidiarietà, solidarietà e collaborazione dall'altro sono retti da logiche diverse che ne condizionano i reciproci rapporti⁴⁵, rimettendosi all'amministrazione la scelta tra le

43 G. ARENA, *Il diritto del Terzo settore preso sul serio. Una riflessione a tutto campo, partendo da una lettura critica del parere del Consiglio di Stato n. 2052 del 20 agosto 2018 sul Codice del Terzo settore*, in *nonprofitonline.it*, 2019. Id., *Su alcuni aspetti dell'autonomia del Terzo settore. Controllo, promozione, modelli di relazione con il potere pubblico*, in *AIC*, 3/2022, 36 ss. A. S. ALBANESE, *I servizi sociali nel Codice del Terzo settore e nel Codice dei contratti pubblici: dal conflitto alla complementarietà*, in *Munus*, 1/2019. Id., *La collaborazione fra enti pubblici e terzo settore nell'ambito dei servizi sociali: bilanci e prospettive*, in *Ist.fed.*, n. 3/2022, 635 ss.; M. RENNA, *La dimensione contrattuale nel Codice del Terzo settore italiano*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana* No 16, febrero 2022, pp. 1800-1817. M. INTERLANDI – L. TOMASSI, *L'amministrazione condivisa per l'attuazione dei principi di solidarietà e sussidiarietà orizzontale*, in AA.VV., *Studi sui principi del codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2023, 109.

44 Così, G. MAROCCHI, *Codice degli appalti: che confusione sull'amministrazione condivisa!*, in *www.rivistaimpresasociale.it*.

45 Di recente TAR Molise, Sez. I, 9 giugno 2023, n. 189 ha chiarito il concetto precisando che nelle procedure ad evidenza pubblica rette dal D.Lgs. n. 117/2017 e dalla legge n. 241/90 (art.1)se, indubbiamente, deve escludersi in favore delle organizzazioni qualsiasi forma di

due discipline codicistiche, sulla scorta delle indicazioni fornite dalle linee guida approvate con DM 31 marzo 2021, n. 72 e i chiarimenti forniti dall'ANAC nel luglio 2022. Soluzione, questa, che ribaltando il parere negativo del Consiglio di Stato dallo stesso successivamente superato⁴⁶ è stata confermata dall'art. 6 del D.Lgs. n. 36/2023 in attuazione dei principi di solidarietà sociale per il perseguimento delle finalità sociali ammette il ricorso a modelli di amministrazione condivisa (ovvero la chiamata in sussidiarietà) per l'affidamento dei servizi sociali e lo svolgimento di attività di interesse generale («nei settori definiti dall'art. 5 del Codice del Terzo Settore) «sempre che gli enti del Terzo settore contribuiscano al perseguimento delle finalità sociali in condizioni di parità di trattamento, in modo effettivo e trasparente e in base al risultato...»⁴⁷ e sia assicurata la parità di trattamento tra gli stessi.

remunerazione, anche indiretta, dei fattori produttivi (lavoro, capitale), è tuttavia ammissibile il rimborso delle «documentate spese vive, correnti incontrate dall'ente» dal momento che il «rimborso “a piè di lista” non costituisce una “overcompensation” della prestazione offerta e non muta la sostanza dell'affidamento e dell'assenza di utili», ma piuttosto consente di garantire «l'effettività» delle spese ammesse». (Sui rapporti tra le discipline codicistiche cfr., in precedenza, TAR Campania – Napoli, Sez. V, 2 maggio 2023, n. 2621. TAR Lazio – Latina, Sez. I, 28 marzo 2022, n. 280; TAR Toscana – Firenze, Sez. III, 4 ottobre 2021, n. 1260). Sulla partecipazione agli appalti pubblici da parte di ETS che svolgono attività non lucrative, cfr., TAR Emilia Romagna – Bologna, Sez. II, 12 maggio 2020, n. 311.

46 Cfr., Cons. Stato, parere 20 agosto 2018, n. 2052; 12 aprile – 3 maggio 2022, n. 802.

47 L'intento dichiarato è quello di «...attribuire portata generale a quanto già previsto dagli artt. 55 e 57 del codice del Terzo settore (d.lgs. n. 117 del 2017), chiarendo il rapporto di non conflittualità tra le norme considerate e il Codice dei contratti pubblici» portando a compimento il processo già avviato con il D.L. n.76/2020 conv. in L. n. 120/2020. Sulle origini e gli sviluppi che tale intuizione ha avuto nella disciplina dei contratti pubblici, B. GILIBERTI – L.R. PERFETTI, *Sub. Art. 6*, in L.R. Perfetti (cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato – D.Lgs. 31 marzo 2023, n. 36*, Milano, 2023, 47. Sul ricorso al modello partecipato per lo svolgimento delle attività connesse allo svolgimento di servizi di interesse generale che offre maggiori garanzie di conseguimento del risultato utile (*id est*: l'uguaglianza sostanziale ricostruita sul parametro dei livelli essenziali delle prestazioni) cfr., F. MANGANARO, *Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica in forma privatistica: fondazioni, associazioni e organizzazioni civiche*, in *Dir. Amm.*, 2014, spec. 53.

N. VETTORI, *L'amministrazione condivisa nel nuovo Codice dei contratti pubblici: matrici teoriche, disallineamenti sistematici e profili innovativi*, in *PA Persona e Amm.* 2/2023, spec. § 6, 837 ss., 842, nt. 91, sottolinea l'importanza della dimensione organizzativa e la peculiarità del modello e del rapporto di natura collaborativa basato sulla «comunione di scopo» in cui le parti condividono le modalità di esercizio della funzione di cui la P.A. era e resta titolare della stessa assumendo le decisioni sul «come», «quando» e «perché» procedere assumendo su di sé la responsabilità dell'ammissibilità, proporzionalità e adeguatezza della scelta, nonché insieme con i soggetti privati delle fasi di definizione, esecuzione e realizzazione del contratto di collaborazione.

Dal combinato disposto delle citate disposizioni sembrerebbero emergere le caratteristiche delle attività nei settori considerati, come pure la generale attitudine del Codice dei contratti pubblici a riconoscere e ad entrare in rapporto dialettico con il TS espressione di un dilatato concetto di sussidiarietà orizzontale e solidarietà, che sembrerebbe, tuttavia, del tutto slegato dal risultato nonostante l'esplicito richiamo ad esso nell'art. 6 cit.

E in effetti, il riferimento al risultato è stato considerato – a torto – addirittura inappropriato, laddove invece tale è sicuramente la tutela della concorrenza a tutti i costi (come pure del “risultato a tutti i costi”), risultando particolarmente delicata la concreta delimitazione e la verifica dei casi in cui il convenzionamento con gli ETS sia preferibile rispetto al ricorso al mercato che sovente si rivela recessivo. Non va affatto sottovalutata, infatti, l'onerosità dell'attività e la delicatezza della valutazione circa l'opportunità e l'efficacia del coinvolgimento degli ETS nella progettazione ed erogazione dei servizi alla persona in un'ottica di amministrazione condivisa (come ad esempio nell'analisi del fabbisogno al fine di individuare il contenuto prestazionale dell'attività da svolgere) che va condotta in base al principio della concorrenza e sulla scorta del “risultato” da ricondurre all'impatto sociale prodotto dal modello corrispondente.

Nel frattempo cresce la tensione originata da scelte governative poco avvedute e affatto lungimiranti – quale, ad esempio, l'emendamento sul Superbonus che di fatto potrebbe costringere gli ETS ad anticipare le spese per poter beneficiare del contributo penalizzando coloro che non avendo alle spalle un'organizzazione e competenze sufficienti saranno costretti a rinunciare ad interventi già programmati di riqualificazione ed efficientamento energetico o a dover scegliere tra questi e il finanziamento di altre attività sociali, di interesse collettivo.

Ove così fosse, infatti, gli ETS rischierebbero di essere esclusi da una misura che non è affatto inclusiva né competitiva tra gli offerenti difettando a monte la possibilità di un effettivo coinvolgimento di tutti gli interessati in at-

tuazione dei principi di imparzialità, pubblicità, trasparenza, partecipazione e parità di trattamento nelle procedure comparative ad essi riservate.⁴⁸

Ciò al netto dei limiti soggettivi imposti alla stipula delle convenzioni che concernono i rapporti tra P.A. ed Enti del Terzo Settore prediligendo quelli (Odv e Aps) che rivestono una «connotazione di tipo solidaristico più marcata rispetto agli altri (...)»⁴⁹.

La circostanza per cui in Italia il Terzo Settore (sotto forma di associazioni, riconosciute e non, ma anche cooperative sociali, fondazioni, senza dimenticare le “altre forme giuridiche” rappresentate da comitati, società di mutuo soccorso, istituzioni sanitarie o educative) rappresenta una realtà sempre più rilevante, sia dal punto di vista sociale, per la natura dei servizi svolti, che dal punto di vista occupazionale sembra non assumere un peso decisivo nelle scelte del Governo incompatibili con la volontà di «rendere sistematica [...] la collaborazione tra pubbliche amministrazioni e gli ETS, prevedendone la regolamentazione con specifico riferimento agli istituti della co-programmazione e della co-progettazione con l'obiettivo di sostenere le attività degli ETS, promuovendo lo sviluppo e il consolidamento della rappresentanza di settore e valorizzando il ruolo di questi soggetti come agenti attivi di sviluppo e coesione sociale delle comunità locali»⁵⁰.

48 Cons. Stato, Sez. V, 26 maggio 2023, n. 5217.

49 Cfr., Linee guida approvate con D.M. 31 marzo 2021, n. 72.

50 Sul ruolo preminente riconosciuto a tali enti nell'organizzazione giuridica del pluralismo sociale alla luce dei valori e dei principi della Costituzione, nei rapporti con i pubblici poteri e nei confronti dei cittadini per «essere essi, altresì, parte essenziale delle modalità con cui i diritti dei cittadini sono assicurati e protetti», cfr. L. GORI, *L'organizzazione delle libertà sociali e la sua peculiare natura di controlimite* (nota a Corte cost. 15 marzo 2022, n. 72), in *Giur. cost.*, 2/2022, 858. Specie nel settore degli appalti, il coinvolgimento e l'apporto dei soggetti privati oltre che opportuno è essenziale per le amministrazioni «che apprendono, dal contesto sociale in cui agiscono, le modalità specifiche con cui produrre l'interesse pubblico, interagendo con i soggetti sociali per la cura di beni di interesse comune» (F. MANGANARO, op. cit., 62). In tale contesto, quindi, non vi può essere spazio per interpretazioni e decisioni che lasciano poco spazio alla mediazione e alle condivisioni suscettibili di ridurre eccessivamente gli spazi di autonomia sociale (F. GIGLIONI, *L'amministrazione condivisa nel nuovo codice dei contratti*, in www.labsus.org). In argomento, R. PARISI, *Il coinvolgimento attivo del Terzo settore nella gestione dei servizi sociali*, in *Dir. e proc. amm.*, 1/2022; *Il sistema dei servizi sociali tra Stato, mercato e terzo settore*, Napoli, 2023, spec. 166 ha, tra l'altro, sottolineato che «La coprogettazione ... rappresenta uno strumento di coproduzione “dal basso” dei servizi, che supera il tradizionale rapporto

Per questa via si rischia di mortificarne il ruolo e obliterarne la funzione, rinunciando ai vantaggi del ricorso a un modello organizzativo socialmente responsabile basato sulla convergenza di obiettivi e l'aggregazione di risorse pubbliche e private nelle forme e alle condizioni previste dagli artt. 55 e 56 CTS, in grado di conciliare obiettivi plurimi (crescita economica, incremento occupazionale, inclusione e integrazione sociale) ed esigenze di garanzia dell'effettività dei diritti e delle libertà fondamentali connesse ai servizi pubblici essenziali «rispetto alle quali non è indifferente la natura del soggetto erogatore del servizio, (né il modello organizzativo prescelto)»⁵¹.

Non a caso, esso risulta particolarmente utilizzato dalle PP.AA. per l'affidamento di servizi alla persona⁵² ed è assoggettato a una disciplina del tutto peculiare che sottrae i servizi sociali svolti dagli ETS dal novero delle attività economicamente rilevanti e dalla correlativa disciplina, centrata sul principio di concorrenza⁵³.

A tale soluzione, com'è noto, si è giunti non senza difficoltà superando i dubbi e le perplessità fondate sulla nozione di impresa, sulla funzionalizzazione della stessa⁵⁴ e dell'attività economica che, anche a prescindere dalla ricerca del

pubblico-privato fondato sulla dinamica committenza/fornitura in favore di una relazione paritaria tra i partners idonea a valorizzare le capacità, l'esperienza e le sensibilità degli enti del Terzo settore per l'individuazione e la realizzazione di interventi innovativi e personalizzati».

51 A. D'ATENA, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, in *Quad. cost.*, 1/2001, 18.

52 F. MANGANARO, *Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica*, cit., 62 ss.

53 Tra i contributi più recenti in materia, cfr., E. FREDIANI, *La co-progettazione dei servizi sociali. Un itinerario di diritto amministrativo*, Torino, 2021. D. PALAZZO, *Pubblico e privato nelle attività di interesse generale. Terzo settore e amministrazione condivisa*, Torino, 2022, 381 ss., nonché da R. PARISI, *Il sistema dei servizi sociali*, cit. A. BERRETTINI, *La co-progettazione alla luce del Codice del Terzo settore e nella penombra del Codice dei contratti pubblici*, in *Federalismi.it*, n. 27/2022. Per un'ampia ricostruzione del dibattito sviluppatosi all'indomani del Codice del Terzo settore e nel vigore del D.Lgs. 50/2016 ss.mm.ii. si rinvia ai contributi e alle considerazioni di E. FREDIANI, *I rapporti con la pubblica amministrazione alla luce dell'art. 55 del Codice del Terzo settore*, in *Non profit*, n. 3/2017. F. SANCHINI, *La nuova disciplina dei rapporti fra pubblica amministrazione e terzo settore*, in F. Donati, F. Sanchini (a cura di), *Il Codice del Terzo Settore. Commento al d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117 e ai decreti attuativi*, Milano, 2019. S. PELLIZZARI, *La co-progettazione nelle esperienze regionali e nel Codice del terzo settore*, in S. Pellizzari, A. Magliari (a cura di), *Pubblica amministrazione e terzo settore: confini e potenzialità dei nuovi strumenti di collaborazione e sostegno pubblico*, Napoli, 2019. E. FREDIANI, *La co-progettazione dei servizi sociali. Un itinerario di diritto amministrativo*, Torino, 2021.

54 CGUE, 26 marzo 2009, causa C-113/07 P, Selex Sistemi Integrati/ Commissione e Eurocontrol.

profitto, è in grado di eliminare, restringere o distorcere la concorrenza, direttamente o indirettamente, come avviene nella gestione di attività di utilità sociale (mensa per i poveri, servizi di assistenza socio-sanitaria gestita da volontari, ecc.).

Muovendo dal presupposto che essi «costituiscono sul territorio una rete capillare di vicinanza e solidarietà, sensibile in tempo reale alle esigenze che provengono dal tessuto sociale»⁵⁵ la concezione di detti enti si trasforma radicalmente nel senso che essa – più che espressione delle esigenze di mercato – accede e aderisce al concetto di “risultato” da intendersi non solo in chiave “concorrenziale” nel significato che esso ha acquisito fino al D.Lgs. n. 50/2016 ss.mm.aa.ii.⁵⁶ e di quello che ha assunto nel D.Lgs. n. 36/2023 e che sarà chiarito, ma anche solidaristica per le finalità di carattere sociale, civile e culturale perseguite e in attuazione dei principi costituzionali di equità, giustizia ed uguaglianza⁵⁷.

Tali principi codificati e non, generalmente riferiti all'attività amministrativa in quanto destinati a regolare e limitare l'esercizio del pubblico potere⁵⁸, rilevano in questa sede e ai nostri fini quali elementi innovativi che vanno a con-

55 Corte cost. sentenza n. 131/2020, cit. commentata da G. ARENA, *L'amministrazione condivisa e i suoi sviluppi nel rapporto con i cittadini ed enti del Terzo Settore*, in *Giur. cost.*, 3/2020, 1449 ss.; M. GALDI, *Riflessioni in tema di terzo settore e interesse generale. Osservazioni a C. cost. 26 giugno 2020, n. 131*, in *Federalismi.it*, n. 32/2020. M. GALLO, *Esperienze e prassi operative nel rapporto fra pubbliche amministrazioni ed enti del terzo settore*, in A. Fici, L. Gallo, F. Giglioni (a cura di), *Dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 131 del 2020*, Napoli, 2020. E. ROSSI, *Il fondamento del Terzo settore è nella Costituzione. Prime osservazioni sulla sentenza n. 131 del 2020 della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, n. 3/2020; A. GUALDANI, *Il rapporto tra le pubbliche amministrazioni e gli enti del Terzo settore alla luce dei recenti interventi normativi*, in *Federalismi.it*, n. 21/2021.

56 M. D'ALBERTI, *La tutela della concorrenza in un sistema a più livelli*, in *Dir. amm.* 2004, 705 ss.; G. ROMANO, *Commento all'art. 113*, in A. Romano – R. Cavallo Perin (a cura di), *Commentario breve al testo unico sulle autonomie locali*, Padova, 2006; A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007. A. LOLLI, *Disciplina della concorrenza e diritto amministrativo*, Napoli, 2008. R. CAVALLO PERIN – G. RACCA, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2010, 325 ss. L. TORCHIA, *Il diritto antitrust di fronte al giudice amministrativo*, in *Mercato, concorrenza e regole*, 3/2013, 1 ss.; G. CORSO, *Riflessioni su amministrazione e mercato*, in *Dir. amm.*, 2016, 1 ss.; S. DETTORI, *Commento all'art. 30*, in L.R. Perfetti (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, Milano, 2017, 281.

57 M. LIBERTINI, *Concorrenza e coesione sociale*, in *Persona e mercato*, 2013, 117 ss.

58 L.R. PERFETTI, *Diritto a una buona amministrazione*, cit.

notare il contenuto del diritto della persona a una buona organizzazione strumentale al conseguimento del risultato utile⁵⁹.

Di conseguenza, se è vero come è vero che il risultato non può né deve essere concepito un'*empty box*, ma una culla di valori e di scelte costituzionalmente orientate, poste in correlazione con la vidimazione del peso della concorrenza, nel caso di specie esso potrebbe ritrovare nel principio di sussidiarietà un supporto talvolta più adeguato al raggiungimento dell'interesse pubblico (o degli interessi pubblici) in gioco.

Ciò in quanto, evidentemente, il modello antropocentrico, caratterizzato cioè da un'attenzione costante alla persona in conseguenza dell'assunzione di responsabilità da parte dell'Amministrazione nel rendere effettivo il diritto di accesso alle cure e ai servizi socio-assistenziali, specie dei soggetti vulnerabili⁶⁰, non sarebbe tale se non fosse aperto alla partecipazione da parte degli ETS in una prospettiva di rete sociale di prossimità per il perseguimento dei risultati negli appalti dei servizi sociali e alla persona di cui agli artt. 127 ss. D.Lgs. n. 36/2023.

Abbandonando quindi definitivamente approcci formalistici, ispirati al solo rispetto della legalità e/o a una tutela fideistica della concorrenza che si realizza mediante la sollecitazione pro-concorrenziale degli interessi economici delle imprese⁶¹, la disciplina responsabilizza l'Amministrazione caricandola del

59 A. ZITO, *Il "diritto ad una buona amministrazione"*, cit., 430 ss.

60 In argomento, cfr., A. PIOGGIA, *La cura nella costituzione*, in G. Arena, M. Bombardelli (a cura di) *L'amministrazione condivisa*, Napoli 2022, 57; M. BOMBARDELLI, *L'organizzazione dell'amministrazione condivisa*, ivi; G. ARENA, *La società della cura, un progetto fondato sull'empatia*, in <https://www.labsus.org/2018/01/la-societa-della-cura-un-progetto-fondato-sull-empatia>. M. INTERLANDI, *Protezione sociale ed equilibrio intergenerazionale*, in *Dir. e soc.*, n. 1/2022.

61 Sul significato del principio e l'oggetto della tutela, M. RAMAJOLI, *Concorrenza* (tutela della), in B.G. Mattarella, M. Ramajoli (diretto da), *I tematici*, III-2022, *Funzioni amministrative*, Milano, 2022, spec. 292 e 298 ss. e, nella vigenza del D.Lgs. n. 50/2016 A. BARONE – R. D'AGOSTINO, *Modalità di affidamento dei contratti pubblici (artt. 28-34 e artt. 44-58)*, in E. Follieri (a cura di), *Corso del codice dei contratti pubblici (aggiornato con il d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56)*, Napoli, 2017, 273 ss. S. PERONGINI, op. cit., 67 ha chiarito che «nello Stato costituzionale di diritto l'esigenza di conseguire determinate finalità sociali può imporre la necessità di contemperare la tutela della concorrenza con altri valori». Tale concetto è stato recepito nel nuovo Codice nel quale la disciplina della concorrenza è piuttosto eterogenea in quanto caratterizzata dalla compresenza di norme che attuano, limitano e bilanciano il principio.

peso della scelta degli strumenti “equiordinati” da utilizzare per il raggiungimento del risultato all’esito di una adeguata istruttoria⁶², e gli ETS i quali certamente non possono disattendere doveri giuridici e obblighi organizzativi ineludibili che impattano sull’esercizio della funzione amministrativa assicurando la sintesi tra organizzazione e funzione (che si misura con la capacità dell’ente di raggiungere gli obiettivi e il risultato) nei rapporti di collaborazione che intercorrono con la PA per non incorrere in responsabilità e conseguenze anche gravi in violazione del principio di buona organizzazione.

Da tale principio – che qui viene altresì in rilievo quale parametro interposto di legittimità (anche) costituzionale delle singole disposizioni e di tutta la disciplina codicistica e si declina come principio degli adeguati assetti strutturali, organizzativi ed amministrativi – discendono precisi obblighi e responsabilità da *deficit* organizzativo in conseguenza della violazione di una clausola generale ovvero di un principio di rango primario dotato di autonoma precettività che impegna gli amministratori di detti enti oltre che al rispetto dei loro doveri, anche allo svolgimento dell’attività organizzata in presidi operativi e informata a regole e criteri di efficienza ed efficacia per fini di interesse generale.

L’esigenza di soddisfare l’interesse generale è insito nella natura stessa dell’attività esercitata rispetto alla quale l’aspetto organizzativo ne costituisce l’essenza ed assume un rilievo centrale: l’obbligo di adozione di assetti adeguati al raggiungimento del risultato individua, al contempo, un obbligo specifico “*erga omnes*” che assurge, altresì, a criterio generale di condotta dell’azione (*rectius*: attività) ed elemento strutturale dell’ETS il quale, quindi, a prescindere dalle proprie dimensioni, dalla natura propria e dell’attività svolta non potrà

⁶² L’amministrazione ha la facoltà, nella ritrova centralità del decidere, di premiare l’obiettivo di maggiore inferenza sociale dell’azione amministrativa, da cui si traggono vantaggi circolari correlati alla sussidiarietà orizzontale, a discapito di un mero calcolo economico basato sul criterio concorrenziale.

In altre parole, nella motivazione con cui la P.A. delinea la regola del caso potrebbe decidersi di preferire l’opzione dell’amministrare condiviso dacché i benefici, anche esogeni al solo rapporto contrattuale, potrebbero superare le utilità derivanti da una regola del caso fissata sulla scorta di una mera visione utilitaristica.

prescindere dal “farsene carico”, nonché un requisito essenziale ai fini dell'affidamento e dell'espletamento dell'attività e/o del servizio.

Tale constatazione produce importanti riflessi sul ruolo e sulla funzione sociale “rafforzata” del G.A. in conformità con il dettato costituzionale che mira alla certezza del diritto, all'effettività della tutela e alla piena realizzazione della persona umana, escludendo quindi che vi possano essere spazi sottratti al controllo giurisdizionale.

Essa, quindi, sembrerebbe evocare un'ipotesi di *full jurisdiction*⁶³ per giustificare l'esercizio di un più pregnante controllo sull'esercizio del potere discrezionale e, quindi, sulle decisioni che incidono sui diritti fondamentali costituzionalmente tutelati, con conseguente estensione del sindacato al merito della scelta discrezionale nel suo contenuto intrinseco.

Tale affermazione ripropone la tradizionale distinzione tra sindacato di legittimità e di merito che nel tempo ha conosciuto alterne vicende, e che in alcuni settori è più netta, in tale ambito invece è più sfumata costringendo il G.A. a rimodulare, caso per caso, l'esercizio del potere giurisdizionale e a rivedere l'intensità del sindacato. Ebbene, non è difficile immaginare anche i rischi connessi a tale affermazione che inevitabilmente porta a sovrapporre il piano della cognizione con quello della sostituzione, rivelando l'inappropriatezza del richiamo a un concetto (*full jurisdiction*) che potrebbe risultare fuorviante e dannoso per la certezza del diritto e l'effettività della tutela, fino al punto di dissimulare la *mission* del G.A. e il fine del sindacato sulla discrezionalità legislativa ed amministrativa volti a «*drasticamente delimita(rla) e orienta(rla)*»⁶⁴, nonché ridimensionare la portata del principio del risultato rivedendone la funzione.

⁶³ Sul tema di recente, F. GOISIS, *Giurisdizione di merito e full jurisdiction: una riflessione alla luce del pensiero di Antonio Amorth*, in *Dir. amm.*, 2021, 1, 29 ss.

Per un inquadramento del problema considerato un problema innanzitutto culturale e la ricerca di una soluzione anche alla luce dell'evoluzione della *full jurisdiction* a livello europeo, cfr., L.R. PERFETTI, *La full jurisdiction come problema. Pienezza della tutela giurisdizionale e teorie del potere, del processo e della costituzione*, in *P.A. Persona e amministrazione*, 2/2018, 237 ss., spec. §§ 3 e 4.

⁶⁴ G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 48.

A ben vedere, in questa materia il controllo di legittimità per definizione “debole” o “esterno” si confronta con un potere (e un principio) dinamico che confluisce in una scelta la quale rispecchia la complessità del procedimento e delle valutazioni anche organizzative che ampliano inevitabilmente la prospettiva di indagine del GA allargando le maglie del sindacato «la (cui) estensione *di conseguenza* non è misurabile e valutabile *ex ante*, ma *ex post*»⁶⁵ ricomprendendovi anche valutazioni di merito non incompatibili con la giurisdizione di legittimità.

All'interno della stessa, infatti, il GA può effettuare diversi «tipi di riscontro ... nei confronti delle decisioni pubbliche ... ordinati secondo una scala crescente, vuoi di intensità e penetrazione del controllo, vuoi di soggettività della valutazione a tal fine compiuta»⁶⁶.

Giova, in proposito, precisare che il sindacato di legittimità delle scelte nel loro contenuto intrinseco rispetto ai valori da attuare si estende ai profili organizzativi di modo «che la decisione di annullamento (sia) quanto più estesa possibile in relazione all'effetto conformativo in sede di riedizione del potere»⁶⁷, se ed in quanto in questa sede il G.A. abbia la possibilità di effettuare un controllo più pregnante, benchè estrinseco, sull'applicazione dei principi e degli *standard* valutativi in base ai criteri della ragionevolezza e della proporzionalità⁶⁸, e dal momento che il sindacato pieno sul fatto non implica anche il potere di sostituire le proprie valutazioni, in ipotesi più corrette e attendibili, a quelle della P.A. come se si trattasse di un'ipotesi di giurisdizione di legittimità estesa al merito.

65 P. CHIRULLI, *Il mobile confine tra legittimità e merito: rileggendo Eugenio Cannada-Bartoli*, in www.giustiziasieme.it (25 ottobre 2023).

66 Il virgolettato è di A. ROMANO TASSONE, *Sulle vicende del concetto di “merito”*, in *Dir. amm.*, 2008, 545.

67 L. PERFETTI, op. ult. cit., 259.

68 Su questi temi, già A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, II, Padova, 2001. F. LIGUORI, *La funzione amministrativa*, Napoli, 2009.

B. GILIBERTI, *Sulla pienezza del sindacato giurisdizionale sugli atti amministrativi. Annotazioni a Corte di Cassazione, Sezioni Unite*, 20 gennaio 2014, n. 1013, in *Dir. Proc. Amm.*, 2014, p. 1057; ID., *Il merito amministrativo*, Padova, 2013, 291 ss.

Più di recente, ID., *Il sindacato di merito nel giudizio di legittimità*, in B. GILIBERTI (a cura di), *Il controllo di full jurisdiction sui provvedimenti amministrativi*, Napoli, 2019, 231.

In tale modo si fuga anche il rischio che in conseguenza della «riduzione progressiva della discrezionalità *finalizzata alla formazione di un giudicato a 'spettanza stabilizzata'*»⁶⁹, il G.A. possa sostituire provvedimenti amministrativi illegittimi con decisioni arbitrarie e/o irresponsabili, rappresentando tale interpretazione prova evidente e segno incontrovertibile «dell'evoluzione, dell'affinamento progressivo...*ma* anche della sensibilità alle circostanze del caso concreto e...di come il giudice stesso vede il proprio ruolo»⁷⁰ sia in fase di cognizione che di decisione.

Tale circostanza di recente è stata confermata dal Consiglio di Stato che ha altresì chiarito come il risultato contribuisce ad «ampliare il perimetro del sindacato giurisdizionale piuttosto che diminuirlo *attraendo* nell'area della legittimità, e quindi della giustiziabilità, opzioni e scelte che sinora si pensava attenesero al merito e fossero come tali insindacabili»⁷¹.

Ove così non fosse, si creerebbe una frattura insanabile tra l'interesse pubblico e la massimizzazione del godimento dei diritti e libertà costituzionali incompatibile con «una concezione costituzionalmente orientata ed avanzata dell'esercizio della funzione giurisdizionale da parte del giudice amministrativo»⁷² che presuppone pieno accesso al fatto e alle valutazioni rimesse al giudice e condotte sulla scorta dei principi da applicare (anche) nel giudizio di legittimità in funzione della effettività della tutela giurisdizionale all'esito del controllo di legittimità sulle decisioni amministrative discrezionali che involgono anche i profili organizzativi, ad eccezione del solo potere di piena sostituzione.

La capacità espansiva del sindacato giurisdizionale di legittimità «adeguata» alle esigenze di risultato (e di legalità) dell'azione amministrativa è incompatibile con la permanenza di sacche di immunità e altri privilegi della P.A. per

69 Parafrasando il titolo di un lavoro di S. VACCARI, *Il Consiglio di Stato e la 'riduzione progressiva della discrezionalità'. Verso un giudicato a 'spettanza stabilizzata'?*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 1216.

70 P. CHIRULLI, op. cit.

71 Cons. Stato, Sez. III, 26 marzo 2024 n. 2866, cit.

72 L.R. PERFETTI, op. cit., 247-249.

lungo tempo “assorbiti” nel merito e per questo considerati incensurabili e insindacabili da parte del G.A.

Il sindacato giurisdizionale nel giudizio di legittimità si sviluppa di pari passo con l'evoluzione dei concetti di legittimità, merito, sindacabilità e insindacabilità⁷³ e del fenomeno della *full jurisdiction*, nonché dei principi e delle garanzie processuali che tuttavia non si sovrappongono a quelli che regolano l'organizzazione e l'esercizio della funzione amministrativa la quale diversamente diventerebbe di appannaggio esclusivo o prevalente del G.A., con conseguente inversione dei ruoli, delle garanzie e delle responsabilità nel procedimento e nel processo.

Al contrario, essa rafforza il convincimento espresso da autorevole dottrina che «il rinvio a principii e a concetti giuridici indeterminati (è in realtà finalizzato ad evidenziare) ... in particolare, il protagonismo del giudice amministrativo (l'unico effettivamente in grado di) rispettare e comprendere il diritto nella sua storicità»⁷⁴ attraverso una «interpretazione conforme a Costituzione (o adeguatrice) dei principii quando essa non entri in conflitto insuperabile con il testo normativo ovvero derogandovi ogni qual volta le caratteristiche del caso concreto segnalino come “ingiusto” l'esito che in base ad esso dovrebbe essere sancito»⁷⁵.

⁷³ Tali considerazioni si fondano sulle intuizioni dei Maestri all'indomani dell'entrata in vigore della legge n. 241/90 (F. PUGLIESE, *Sull'amministrazione consensuale. Nuove regole, nuova responsabilità*, Napoli, 2013; F. BENVENUTI, *Disegno dell'amministrazione italiana. Linee positive e prospettive*, Padova, 1998. Id., *Potere discrezionale e controllo giudiziario. Introduzione al tema ora in Scritti giuridici*, Milano, Vita e Pensiero, vol. V, 2006, 4514 A. ROMANO TASSONE, *Sulle vicende del concetto di merito*, cit. 532 ss.) poste alla base della revisione e attualizzazione della distinzione tra legittimità e merito, delle caratteristiche del giudizio di legittimità evidenziando i tratti comuni al giudizio di merito, nonché dell'estensione del sindacato di legittimità alla cognizione del contenuto intrinseco della scelta discrezionale.

⁷⁴ P. GROSSI, *Sulla odierna “incertezza” del diritto*, in *Giust. civ.*, 4/2014, 954-955.

⁷⁵ Cons. Stato, Sez. IV, 2 ottobre 2023, n. 8610. Corsivo mio. In senso conforme, di recente, TAR Emilia Romagna – Parma, Sez. I, 29 aprile 2024, n. 98 ha ridimensionato la portata del supremo obiettivo del risultato precisando che «il primo obiettivo assegnato dal legislatore alle stazioni appaltanti è quello dell'affidamento dei contratti di appalto e di concessione in modo tempestivo, efficiente ed economico, dovendo tali risultati pur sempre coniugarsi con i principi di legalità, trasparenza e concorrenza».

In quest'ottica, quindi, il sindacato giurisdizionale investirà non solo gli atti esteriori, ma anche i comportamenti e/o le omissioni in relazione alle scelte adottate o tralasciate riguardo alla struttura organizzativa interna dell'Ente. Emerge, infatti, l'esigenza di un effettivo sindacato di merito nel giudizio di legittimità⁷⁶ la cui configurabilità nella specie poggia sulla circostanza determinante che il vaglio sulla proporzionalità non può che condurre al vaglio dell'opportunità dell'azione amministrativa⁷⁷, pur in assenza di sostituzione materiale, attraverso l'analisi della motivazione che esprime la capacità dell'Ente di indirizzare l'organizzazione e l'attività al raggiungimento del risultato, al fine di conformare l'una e l'altra nei rapporti con l'interesse pubblico e nei confronti dei destinatari dei servizi e delle prestazioni.

Vero è che, tuttavia, considerata la estrema varietà di detti Enti quanto alla natura, alle dimensioni e alla tipologia di attività svolta senza scopo di lucro e con finalità sociali ed altruistiche, indubbiamente la valutazione giudiziale del grado di adeguatezza degli assetti organizzativi potrebbe profilarsi più complicata del previsto e, di conseguenza, anche l'accertamento dell'inadempimento dell'obbligo e la declaratoria giudiziale della responsabilità, in assenza tra l'altro di indicazioni dottrinali e/o giurisprudenziali sul punto.

⁷⁶ Cfr., F. LIGUORI, *Il sindacato di merito nel giudizio di legittimità*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2/2018, 219 ss. e in *Dir. e proc. amm.*, 1/2019, 22, il quale individua il confine della sindacabilità *ex iudice* dell'atto amministrativo, di diritto positivo di cui agli artt. 31 e 34 del c.p.a., per l'appunto, rispetto alle «scelte veracemente discrezionali» (corsivo mio).

⁷⁷ Fondamentale è l'opera di S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistemica*, Giappichelli, Torino, 2010.

S. VILLAMENA, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa. Ordinamento comunitario, italiano e inglese*, Giuffrè, Milano, 2008. V. FANTI, *Dimensioni della proporzionalità. Profili ricostruttivi tra attività e processo amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2012. F. TRIMARCHI BANFI, *Canone di proporzione e test di proporzionalità nel diritto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 107 ss.

Di recente sul tema, M. BIGNAMI, *Noterelle sparse su giudice amministrativo e pubblico potere*, in *Questione Giustizia*, 1/2021, 221-224; B. MARCETTI, *È tutta questione di proporzionalità: la decisione del caso Weiss*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 4/2020, 488 ss.; L. LA ROSA, *Discrezionalità della P.A. e principio di proporzionalità nell'applicazione delle cause di esclusione*, in *Urb. e app.*, 6/2019, 779-794; F. ASTONE, *Principio di ragionevolezza nelle decisioni giurisdizionali e giudice amministrativo*, in *Federalismi.it*, n. 17/2018, 16; M. INTERLANDI, *Potere amministrativo e principio di proporzionalità nella prospettiva dell'effettività delle tutele della persona immigrata*, in *Diritti fondamentali*, 1/2018, 27 ss.

Il che, in ogni caso, non deve paventare il rischio della insindacabilità giudiziaria dei processi decisionali di organizzazione interna degli ETS, per la considerazione che gli assetti organizzativi sono funzionali all'adempimento di un dovere specifico imposto dalla legge, di conseguenza la discrezionalità nella scelta tra i diversi modelli organizzativi non può che essere limitata in quanto condizionata dal valore e dal contenuto peculiare che assume la regola dell'adequazione in funzione dell'obbligo specifico di cui si chiede l'adempimento.

Il sindacato giurisdizionale dell'adequazione della scelta operata sarà condotto sulla base degli stessi criteri con i quali si valuta il rispetto del principio della buona amministrazione in base ai canoni di razionalità, ragionevolezza e proporzionalità in quanto esso è finalizzato sia a rendere intellegibile il *modus operandi* dell'Ente, sia ai fini della individuazione del modello più idoneo che risulterà più o meno complesso in proporzione alle dimensioni e alla natura dell'ETS.

In ogni caso, esso deve essere in grado di garantire gestioni confacenti alla realtà gestita dallo stesso perché solo in questo caso e a questa condizione potrà ragionevolmente considerarsi rispondente al concetto di adeguatezza che con tutta probabilità, nel prossimo futuro, rappresenterà sempre più il *discrimen* di legittimità/illegittimità della condotta, indice (o criterio) privilegiato di valutazione del raggiungimento del risultato e di accertamento di eventuali responsabilità.

4. Conclusioni

L'intersezione tra concorrenza, solidarietà, legalità e risultato nell'esercizio del potere pubblico offre interessanti spunti di riflessione per lo sviluppo del dibattito sul valore, il significato e la portata del risultato come analizzato dalla dottrina, e che spicca rispetto agli altri principi codificati nel D.Lgs. 36/2023 per la peculiare capacità di adeguare costantemente la norma alla realtà a garanzia di diritti ed interessi che diversamente non sarebbero disciplinati né tutelati.

Evocando il tema dell'amministrazione di risultato (o "di risultati" o "per risultati")⁷⁸ lo scritto richiama l'attenzione sull'affidamento e l'esecuzione dell'appalto in funzione del buon andamento e del risultato dell'azione amministrativa, con particolare riferimento alle attività di interesse generale aventi spiccata valenza sociale di competenza degli enti del Terzo Settore e dei servizi sociali (cfr., art. 5 del CTS), rispetto alle quali le Amministrazioni sono chiamate a valutare preliminarmente se sia più efficace, al fine di soddisfare il bisogno della comunità alla quale sono rivolte, il ricorso al CTS oppure al CCP. E' indiscutibile, infatti, il ruolo di primo piano assunto da tali enti che «conoscono, spesso vivono, i bisogni e le esigenze verso cui indirizzare le funzioni pubbliche e ...possiedono un know how utile dal punto di vista delle individuazioni delle soluzioni e delle tecniche di intervento»⁷⁹ a garanzia dei diritti degli utenti dei servizi erogati.

In base a questa nuova impostazione dei rapporti tra le due normative, in cui i profili di pubblico interesse che vengono in rilievo attengono al «rapporto organizzativo che lega il comportamento di due parti a un comune obiettivo rilevante in termini di buon andamento, ... non solo *nella* fase di elaborazione della volontà, ma anche nella sua attuazione effettiva»⁸⁰, il rischio da scongiurare è però quello di utilizzare il Codice del Terzo Settore per aggirare il ricorso al Codice dei contratti pubblici, qualora ci si trovi di fronte ad affidamenti per la mera realizzazione di determinati servizi che per la loro ottimale definizione

78 A. ROMANO TASSONE, *Amministrazione per risultati*, in *Scritti in onore di Elio Casetta*, Napoli, 2001, 815 ss.; L. IANNOTTA, *Principio di legalità e amministrazione di risultato*, ivi, 741; A. Romano Tassone, Sulla formula "amministrazione per risultati", ivi, 813 ss.; M. CAMMELLI, *Amministrazione di risultato*, in *Annuario AIPDA 2002*, Milano, 2003, 107 ss.; M. IMMORDINO – A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, 2004 secondo cui la capacità di conseguire risultati utili per la collettività è un nuovo paradigma normativo dell'amministrazione, avente valore costituzionale, un autentico principio istituzionale destinato a incidere sull'organizzazione e sulla funzione amministrativa, la stessa ragion d'essere degli apparati pubblici.

79 P. CORRADINO, *I diritti sociali: il giudice supplente nella dimensione nazionale e sovranazionale*, in www.ildirittoamministrativo.it.

80 F. D'ANGELO, *Profili teorici dell'esecuzione degli appalti pubblici* (nota a TAR Lazio – Roma, sez. II, 7 settembre 2022, n. 11610), in *Foro amm.*, 11/2022, 1490 ss.

non necessitano del coinvolgimento e della compartecipazione delle risorse del privato sociale⁸¹.

Le scelte della P.A. in questo ambito dovranno infine essere guidate anche dalla volontà (innanzitutto) politica di un cambiamento di prospettiva nei confronti della valorizzazione del Terzo Settore che, come visto in precedenza, rappresenta una realtà molto variegata rispondendo a logiche e *governance* estremamente diverse. Spetterà in ogni caso al G.A. verificare se la scelta effettuata, anziché migliorare la qualità dell'azione amministrativa in relazione ai principi e al risultato, sia stata il frutto di un uso distorto del potere discrezionale nel qual caso la spinta all'uso della discrezionalità introduce un «fattore di rischio criminogeno che non di rado aleggia alla base di imputazioni di responsabilità penale e/o contabile»⁸².

Da questo punto di vista, la “demitizzazione della concorrenza” potrebbe portare a conseguenze imprevedibili se non fosse che essa invece, a mio avviso, è in realtà volta a individuare “una nuova frontiera dell'amministrare e della funzione giurisdizionale”⁸³ ispirata a una rinnovata logica di risultato dal punto di vista dell'organizzazione e in funzione dei servizi alla persona e alla realizzazione dei suoi diritti per il raggiungimento di obiettivi plurimi quali la giustizia sostanziale, la riduzione delle disuguaglianze e delle ingiustizie.

81 V. PARISIO, *Risorse idriche, contratti di fiume e amministrazione condivisa*, in *Federalismi.it*, n. 23/2023. F. TRIMARCHI BANFI, *Teoria e pratica della sussidiarietà orizzontale*, in *Dir. Amm.*, 2020, 5. Il modello di “amministrazione condivisa” con i privati si realizza sia non solo in fase di programmazione, ma anche di progettazione ed esecutiva rispondendo a una logica distributiva dell'esercizio di attività di spiccato interesse sociale generale. La peculiarità del modello sta nel fatto che esso «soddisfa l'esigenza di carattere generale che gli interessati intervengano nei processi decisionali che li riguardano, ma non trasforma il rapporto tra i poteri pubblici e i privati in una relazione di sussidiarietà». Esso incarna ed interpreta «(l)lo scopo della sussidiarietà è consentire alla persona, organizzata nelle formazioni sociali intermedie, di partecipare alla vita sociale, esplicitando i bisogni personali e cercando di darvi una risposta in termini di servizi alla collettività» (così, F. MANGANARO, *Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica: fondazioni, associazioni e organizzazioni civiche*, in *Dir. Amm.*, 2014, 53).

82 M.R. SPASIANO, op. cit. Id., *Dall'amministrazione di risultato al principio di risultato del Codice dei contratti pubblici: una storia da scrivere*, in *Federalismi.it*, n. 9/2024, 224.

83 Cons. Stato, sez. VI, 3 dicembre 2008, n. 5398. In tale pronuncia il Consiglio di Stato preliminarmente ha dovuto constatare la permanente incertezza del concetto sotto il profilo dell'elaborazione teorica, fattore che rendeva inimmaginabile o comunque poco praticabile qualsiasi più profondo e innovativo intervento ermeneutico.

In questa mutata prospettiva che potremmo definire “pro-concorrenziale” dell’organizzazione e del mercato il risultato e la concorrenza sono principi equiordinati e interconnessi in quanto concorrono al soddisfacimento del medesimo interesse realizzativo nel significato predetto⁸⁴.

In tale contesto, la concorrenza “riqualificata” nel nuovo Codice dei contratti pubblici assolve una funzione di garanzia e di promozione e mostra inaspettate potenzialità suscettibili di aprire prospettive inedite anche nel processo amministrativo estendendo il sindacato del G.A. agli assetti strutturali, organizzativi ed amministrativi degli ETS onde verificare in concreto l’adeguatezza al conseguimento del risultato e, a monte, la sussistenza delle condizioni che ragionevolmente hanno indotto la P.A. a propendere per la scelta del modello organizzativo adoperato sorretta da motivazioni che esprimano valutazioni che sia in punto di legittimità che nel merito siano coerenti e consone all’impegno di conseguire il risultato voluto dal legislatore.

Si è evidenziato come l’obiettivo di procedere senza intoppi all’aggiudicazione della gara ed alla esecuzione del contratto di appalto per la realizzazione dell’opera pubblica o dell’espletamento del servizio o dal conseguimento della fornitura “con la massima tempestività e il miglior rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità e trasparenza” presuppone la piena consapevolezza delle implicazioni e delle conseguenze delle scelte discrezionali, ovvero l’assunzione di responsabilità da parte dell’Amministrazione e degli ETS su cui grava l’obbligo di conseguire gli obiettivi in tempi ragionevoli

⁸⁴ L.R. PERFETTI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici Commentato – D.lgs. 31 marzo 2023, n. 36*, Introduzione, XII-XV; Id., *sub art. 1*, Milano, 2023, spec.12-14. Non sono mancate sollecitazioni in tale senso già nel vigore della precedente disciplina. Cfr., G. M. RACCA – S. PONZIO, *La scelta del contraente come funzione pubblica: i modelli organizzativi per l’aggregazione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2019, 33. S. PERONGINI, *Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo di codice dei contratti pubblici*, in G. Corso, M. IMMORDINO (a cura di), *Studi in onore di Filippo Salvia. Atti del Convegno «Quale piano per il futuro dell’urbanistica?»*, Napoli, 2022, 517 ss.; F. FRACCHIA – P. PANTALONE, *Verso una nuova contrattualistica pubblica sostenibile e circolare secondo l’Agenda ONU 2030*, in *Riv. ital.dir.pubbl.com.*, 2-3/2022, 258. G. NAPOLITANO, *Committenza pubblica e principio del risultato*, Relazione al Convegno “*Il Nuovo Codice degli Appalti*” Avvocatura dello Stato, Roma, 27 gennaio 2023, in *www.astrid-online.it*, 2023.

mediante il compimento di scelte prodromiche avvalendosi di risorse e strumenti idonei e adeguati al conseguimento del risultato.

Quest'ultimo, infatti, ha ormai assunto un rilievo centrale ed essenziale che gli è valso il «conferimento del ruolo di stella polare che deve guidare l'interprete alla scoperta del nuovo impianto normativo»⁸⁵.

In questa sede, il risultato si conferma il «parametro di esercizio del sindacato di legittimità, nella considerazione che proprio in quel risultato, inscritto nella legalità, l'amministrazione rinviene la propria legittimazione ad agire»⁸⁶ svelando ulteriori significati ed implicazioni.

Esso, infatti, - pacificamente riconducibile al principio di buona amministrazione che qui si declina come canone di "buona organizzazione" (a garanzia della qualità, nonché della legalità di risultato, della trasparenza e della concorrenza "nel" e "per" il mercato) onera gli ETS di precisi obblighi strutturali, formativi e competenziali necessari all'adozione delle scelte i cui effetti possono ripercuotersi sull'interesse pubblico specifico al risultato, ossia sulla tempistica e/o sull'efficacia delle azioni finalizzate al raggiungimento dell'«obiettivo prefigurato dalla legge o dalla stessa amministrazione, rispetto a una particolare

⁸⁵ S. PERONGINI, *Il principio di concorrenza nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, cit. 58. M. INTERLANDI – L. TOMASSI, *L'amministrazione condivisa per l'attuazione dei principi di solidarietà e sussidiarietà orizzontale*, 105. M. RENNA, *I Principi*

⁸⁶ M.R. SPASIANO, *Codificazione di principi e rilevanza del risultato*, cit. 38. La verifica della conformità del risultato alla legalità dell'azione amministrativa va verificata in concreto, e in quest'ottica quindi, deve escludersi che il Codice abbia voluto riconoscere in astratto priorità al risultato che infatti non va perseguito e applicato a costo di sacrificare «aspetti non sempre coniugabili» con esso (il virgolettato è tratto da F. SAITTA, *I principi generali del nuovo Codice dei contratti pubblici*, Relazione al seminario di studi su "Il diritto dei contratti pubblici alla luce del nuovo Codice" - Cosenza, 16 maggio 2023, in www.giustizia-amministrativa.it), ossia il "rispetto delle regole" che infatti è alla base della condivisione ed è incompatibile con «soluzioni "sostanzialistiche", che in nome del raggiungimento del risultato aprano spazi di "accettabilità" ad un abbassamento delle garanzie di concorrenza, trasparenza e legalità» (R. GRECO, *Principio del risultato e tutela della legalità nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, cit. il quale ha osservato che in caso contrario «ci si troverebbe di fronte a una criticità del sistema ...tendente a limitare gli spazi riconosciuti all'effettività della tutela giurisdizionale» finendo per mettere in crisi il ruolo finora determinante della giurisprudenza amministrativa ai fini del bilanciamento e dell'adeguamento dei principi. M. MACCHIA (a cura di), *Costruire e acquistare. Lezioni sul nuovo Codice dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli, 2024, 8).

tipologia di azione amministrativa» (realizzazione dell'opera pubblica, espletamento del servizio e conseguimento della fornitura).⁸⁷

I pregi (*rectius*: vantaggi) di tale ricostruzione sono molteplici: a) innanzitutto essa consente di fugare definitivamente il rischio di «annacquamento o assimilazione del principio del risultato in altri principi già operanti»⁸⁸; b) fornisce all'Amministrazione, agli ETS e al G.A. un nuovo parametro di legittimità e di sindacabilità delle scelte operate e, rispettivamente, uno strumento di prevenzione e di repressione di atti e comportamenti contrari al risultato (attraverso la declaratoria di inefficacia e/o risoluzione del contratto); c) in caso di grave inadempimento per violazione del principio in commento e degli obblighi assunti nella fase di esecuzione del contratto, a garanzia dell'interesse pubblico al risultato e della tutela della concorrenza, in base alla previsione di cui all'art. 124 del nuovo Codice, il G.A. può disporre che «le stazioni appaltanti interpell(i)no progressivamente i soggetti che hanno partecipato all'originaria procedura di gara, risultanti dalla relativa graduatoria, per stipulare un nuovo contratto per l'affidamento dell'esecuzione o del completamento dei lavori, servizi o forniture, se tecnicamente ed economicamente possibile» offrendo garanzie oggettive di tutela della massima concorrenza e nel mercato, raggiungimento del risultato e continuità del servizio. A ben vedere, nella specie, il sindacato di legittimità

⁸⁷ Cfr., S. PERONGINI, *Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo dei contratti pubblici*, cit. Tale conclusione appare perfettamente coerente con il significato e la portata del "risultato" precisato di recente dal TAR Sicilia – Catania, Sez. III, 12 dicembre 2023, n. 3738 quando afferma che «tale obiettivo viene raggiunto anche selezionando operatori che dimostrino, fin dalle prime fasi della gara, diligenza e professionalità, quali "sintomi" di una affidabilità che su di essi dovrà esser riposta al momento in cui, una volta aggiudicatari, eseguiranno il servizio oggetto di affidamento». Sui reciproci rapporti tra i principi (di fiducia e del risultato) che devono guidare le valutazioni e le scelte dell'amministrazione aggiudicatrice ampliandone i poteri e il sindacato del GA e rilevando, altresì, come "criteri dell'adeguatezza dei rimedi" (A. CASSATELLA, *I rimedi alternativi alla giurisdizione nell'attività contrattuale delle pubbliche amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 4/2023, 799 ss.) cfr., Cons. Stato, Sez. V, 13 settembre 2024, n. 7571; 27 febbraio 2024, n. 1924; Id., Sez. III, 26 marzo 2024, n. 2866 e TAR Sicilia – Catania, Sez. III, 4 giugno 2024, n. 2096.

⁸⁸ M.R. SPASIANO, op. ult. cit., 40.

“avanzato”⁸⁹ potrebbe avere dei riflessi significativi sulla effettività dei diritti fondamentali svelando le potenzialità applicative della disciplina e dei principi (nell'esempio considerato, infatti, l'effetto conformativo complessivo dell'assetto degli interessi produce lo stesso risultato della condanna a un fare specifico pur non essendo la pronuncia equiparabile a una decisione direttamente costitutiva dell'effetto utile); d) riequilibra i rapporti tra risultato e concorrenza all'esito di un bilanciamento dei principi costituzionalmente orientato⁹⁰ che, com'è auspicabile, possa colmare i vuoti di una legislazione a tratti solo simbolica e priva di reale effettività, in seguito alla degradazione della concorrenza a cui il D.Lgs. 36/2023 ha inteso riconoscere una «funzione meramente evocativa»⁹¹, e il ruolo di criterio ancillare che di fatto ne ha comportato un arretramento della tutela prediligendo il conseguimento del risultato concreto; e) infine, ma non certo per importanza, offre alla dottrina lo spunto per «rielaborare

89 F. LIGUORI, *Il sindacato di merito nel giudizio di legittimità*, cit., 229-231.

90 H. SIMONETTI, *Principio del risultato e gerarchia*, cit., 4 ha chiarito «che solo la concorrenza può assicurare il risultato migliore e che senza di essa ci si dovrà accontentare di un risultato minore, per non dire di un risultato qualsiasi ... “un risultato senza qualità”».

91 M. CLARICH, *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici e concorrenza nel diritto Europeo e nazionale*, in *Dir. amm.*, 1-2/2016, 86. L'obiettivo è quello di garantire il rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento e concorrenza effettiva, in base a un approccio tutt'altro che formalistico e secondo una prospettiva diversa diretta a valorizzare la funzione e la promozione della concorrenza, guardando al risultato e salvaguardando la discrezionalità necessaria al raggiungimento degli obiettivi. Cfr., H. SIMONETTI, *Successione di un nuovo operatore economico nell'esecuzione di un appalto affidato in house*, in *Giur. it.*, 2/2023, 399. In tal modo la concorrenza riacquista una consistenza di principio avente «una valenza prescrittiva rinforzata» quale «criterio interpretativo ed applicativo di tutte le altre disposizioni del codice» (S. PERONGINI, op. ult. cit.) identificando al contempo «un mezzo *ma* anche, prima di tutto, un metodo, oltre che un limite» che ne sottolinea la stretta interdipendenza con il principio del risultato (Il virgolettato è di H. SIMONETTI, *Principio del risultato e gerarchia degli interessi nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *www.judicium.it*. F. CINTIOLI, *Il principio del risultato nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *www.giustizia-amministrativa.it*. F. VETRO' - G. LOMBARDO - M. PETRACHI, *L'avvio del nuovo Codice tra concorrenza, legalità e istanze di semplificazione*, in *Dir. econ.*, 1/2023; E. GUARNIERI, *Il principio di risultato nei contratti pubblici: alcune possibili applicazioni, tra continuità e innovazioni*, cit., 855. Sul ruolo del risultato nella disciplina del codice dei contratti pubblici e quale limite all'esercizio del potere discrezionale del G.A., cfr., G. TAGLIANETTI, *Contratti pubblici e principio del risultato. Profili sostanziali e processuali*, in *Federalismi.it*, n. 14/2024, spec. § 4. In un'ottica di risultato deve essere interpretato anche l'istituto del soccorso istruttorio/procedimentale che costituisce un onere procedimentale per la stazione appaltante allorquando esso sia strumentale a sanare irregolarità e/o omissioni documentali e necessario al fine di selezionare la migliore offerta (TAR Trentino Alto Adige – Bolzano, Sez. I, 25 ottobre 2023, n. 316).

seriamente la dogmatica della discrezionalità amministrativa»⁹² e integrare la disciplina con la previsione di rimedi nei confronti dell'inerzia e delle gravi inefficienze al fine di assicurare adeguati livelli di prestazione e di protezione dei diritti sociali⁹³.

92 S. PERONGINI, cit., 63. F. CINTIOLI, *Risultato amministrativo, discrezionalità e Pnrr: una proposta per il giudice*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2021, spec. 15 ss.; Id., *Risultato amministrativo, PNRR e contratti pubblici*, in *Dir. e proc. amm.*, n. 3/2022; V. DEI GIUDICI, *Il PNRR, i contratti pubblici e la discrezionalità*, *Gior. dir. amm.*, 6/2022.

93 L. TORCHIA (a cura di), *Welfare e federalismo*, Bologna, 2005. S. CASSESE, *La nuova discrezionalità*, in *Gior.dir.amm.*, 6/2022, 725 ss.