

Le concessioni nel Codice dei contratti pubblici

Luigi Rovelli¹

1. I temi dell'importante V Convegno di studi sui regimi concessori svoltosi in maggio a Genova sono di grande interesse anche per chi, come me, è portato a cogliere con più facilità gli aspetti rilevanti sotto il profilo della disciplina civilistica, che sono di per sé presenti e di notevole importanza entro il sistema dei contratti pubblici, oggi rappresentato dal d.lgs. n.36 del 2023² che ha sostituito il d.lgs. n. 50 del 2016.

Significative le novità introdotte dal nuovo decreto nella disciplina di settore, in attuazione delle direttive comunitarie³ e della legge delega n. 78 del 2022 diretta al riordino dell'intera materia dei contratti pubblici, secondo criteri di semplificazione e digitalizzazione richiesti dal PNRR.

In particolare, il nuovo codice, oltre alla integrale digitalizzazione di tutte le fasi dei contratti, introduce nella prima parte un'articolata disciplina sui principi generali che modifica il sistema dei contratti pubblici, passando dal mero rispetto formale della procedura all'efficacia del risultato finale.

I principi guida fondamentali sono previsti negli artt. 1, 2 e 3 e sono il principio del risultato, della fiducia e dell'accesso al mercato; per espressa previsione dell'art. 4, detti principi costituiscono i criteri interpretativi per tutte le disposizioni del codice dei contratti pubblici.

Di particolare importanza è il principio del risultato, il quale costituisce per legge *“il criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per la individuazione della regola del caso concreto”* (art. 1, comma 4), traducendosi nel dovere per l'amministrazione committente di privilegiare il raggiungimento del risultato sostanziale più che una interpretazione letterale e meramente formale della norma da applicare, ed operando altresì in giudizio come regola interpretativa e di validità

¹ Già Primo Presidente aggiunto della Corte di Cassazione.

Intervento al V Convegno di studi su *“I regimi concessori tra Stato e mercato”*, svoltosi a Genova nei giorni 15-16 maggio 2026- IV Sessione *“Le concessioni nel codice dei contratti pubblici”*.

² [Gazzetta Ufficiale](#).

³ Direttive 2014/24/EU e 2014/25/EU.

degli atti amministrativi, con un conseguente ampliamento dei poteri di sindacato del giudice su scelte ed opzioni attinenti al merito e come tali ritenute in passato insindacabili.

Trattasi di un principio che svolge una “funzione regolatoria”, come più volte affermato dal Consiglio di Stato, guidando l’interprete nella lettura ed applicazione della disciplina di gara, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza, evitando una interpretazione formalistica che vanificherebbe l’attività amministrativa⁴.

In stretta correlazione con il principio del risultato è il principio della fiducia reciproca (art. 2) che è diretto a valorizzare l’iniziativa e l’autonomia decisionale dei funzionari pubblici e degli operatori economici , in vista del miglior risultato possibile e nel rispetto della legalità formale e della trasparenza e correttezza della procedura.

Il principio dell’accesso al mercato (art. 3) risponde all’esigenza di assicurare agli operatori economici parità di condizioni nelle gare per l’affidamento di contratti pubblici, favorendo la massima partecipazione delle imprese, in particolare delle medie e piccole imprese, nel rispetto dei principi di imparzialità, non discriminazione, pubblicità, trasparenza e proporzionalità .

I principi enunciati negli articoli successivi del Titolo I , tra i quali il principio di buona fede e di tutela dell’affidamento, completano la disciplina dei “principi generali” che hanno un contenuto precettivo e una valenza giuridica, muovendosi sul piano concreto delle “regole” che devono guidare l’interprete nella lettura ed applicazione della disciplina di gara.

2. Come è stato detto efficacemente “la codificazione dei principi” nel codice dei contratti pubblici dovrebbe fungere da “faro nella nebbia” così da completare l’ordinamento, indicando come riconoscere la “regola” per situazioni non espressamente disciplinate; o meglio, non proprio così,

⁴ V. Consiglio di Stato, 4.11.2025 n. 8574 ; Consiglio di Stato, , n. 7875 del 1/10/2024 , n. 7875; Consiglio di Stato, 2024, n. 1924. V. anche Consiglio di Stato 9812 del 2023, sull’applicabilità del principio del risultato anche a procedure di gara soggette al d.lgs 50 del 2016, trattandosi di principio “già immanente nel sistema”.

dettando all'interprete il mezzo per ricavare dai "principi" le "regole" destinate a valere così anche per situazioni non oggetto di specifica disciplina.

Torneremo, sia pur sinteticamente, sulla precisazione della fondamentale distinzione di teoria generale fra "regole" e "principi".

Certamente è "principio", non "regola" immediatamente estraibile, il fondamentale "principio del risultato".

Risultato è fine; e il risultato, che è l'obiettivo della contrattazione, non può che essere o tendere ad essere la soddisfazione di un bisogno pubblico: essere così un mezzo ritenuto idoneo a fornire ai consociati un bene o un servizio adeguato alle loro aspettative.

Se il "risultato" viene assunto come "fine", allora la "concorrenza" fra gli operatori (funzionale a conseguire il miglior risultato) che ne è il mezzo, non dovrebbe essere considerata oggetto di contemperamento con l'esigenza realizzativa, dal momento che entrambi i termini (il principio del risultato e la concorrenza) convergono verso il medesimo fine nel solo modo in cui esso può essere rettammente inteso.

A ben vedere, soltanto un'applicazione eccessivamente formalistica, ma sostanzialmente errata della disciplina della concorrenza, quale dovrebbe essere rettammente intesa, potrebbe produrre effetti distorsivi.

Ad esempio, se si ragiona in termini di "principi" – per loro natura astratti - l'applicazione corretta e non solo formalistica del valore della concorrenza non può non mettere a confronto anche i profili qualitativi dell'opera. E dunque è l'ignoranza di tali profili, non la loro emersione, che può produrre effetti distorsivi (distorsivi della concorrenza).

Dunque e in prima sintesi: risultato come fine, ma sempre entro i confini dettati dal principio di legalità.

Non ci può essere, o meglio non ci deve essere conflitto fra questi due termini.

Come è stato sottolineato "il risultato come fine non può giustificare qualsiasi mezzo"; cioè esso non può consentire forzature al principio di legalità. Ma l'attribuzione all'amministrazione, da parte della legge, di un potere, anzi del potere (e quindi del potere-dovere) di perseguire un determinato fine, un determinato assetto di interessi, definisce il "risultato" come parte della norma; traduce, identifica e concretizza, se

vogliamo, il potere astratto che discende dalla norma in una sorta del “chiovendiano” specifico ”bene della vita”. Legalità e “risultato come fine” sembrano dunque fondersi, perché il raggiungimento del risultato è proprio il raggiungimento dello specifico bene pubblico prefissato dalla norma stessa.

Il risultato non è però il solo parametro della legalità, ma esso rientra nel perimetro della legalità: è elemento – non il solo elemento - della legittimità dell’azione amministrativa.

Certo, la prassi amministrativa ha conosciuto casi, vicende, in cui una malintesa primazia del risultato ha dato spazio a inaccettabili derive autoritarie. Alcune pronunzie del G. A. hanno ritenuto possibile escludere taluni operatori , qualificati come “fastidiosi” per avere essi un lungo pregresso di contenziosi con la stazione appaltante e quindi, per questo, suscettibili di estromissione dalla gara, fornendo in tal modo un’interpretazione che appare forse eccessivamente discrezionale e quindi discutibile del “principio del risultato”⁵.

Tornando conclusivamente al tema più generale a cui si è prima fatto cenno, emerge come il “principio”, pur così condivisibile, da cui si è partiti (quello della primazia del risultato) chiama l’interprete, inevitabilmente, ad un bilanciamento di valori proprio perché il “principio”, di per sé, non specifica la “regola”: la contiene, ma non tutto ciò che è compreso nel “principio” –astrattamente considerato- entra a far parte della “regola”.

La “primazia del risultato” –purché entro il pieno rispetto del principio di legalità”- sembra voler fondere i due principi in una regola più precisa ed articolata: risultato nella legalità. Ad essa si addicono però sul piano della teoria generale del diritto, queste lapidarie considerazioni.

La codificazione del “principio” – quale enunciato normativo di contenuto valoriale che indica la direzione di azione- non basta da sola ad estrarre per ogni vicenda possibile la “regola” (che non esiste come tale prima della sua applicazione concreta ad un caso specifico).

⁵ Con recente sentenza 916/2026 il Consiglio di Stato ha tracciato una linea di confine alla luce del nuovo codice dei contratti , precisando che l’esclusione è legittima solo se l’amministrazione dimostra che l’episodio passato incide concretamente sull’affidabilità attuale dell’operatore per lo specifico appalto in corso.

A tale guisa, per esempio, si è ritenuto che alcuni progetti di Unidroit , pur di rilevante valore scientifico, diretti ad armonizzare il diritto civile europeo, passando attraverso l'estensione di clausole generali uniformi (soprattutto quella di buona fede e correttezza), non possono considerarsi vera armonizzazione proprio perché la “regula iuris” non esiste prima della sua applicazione concreta.

L'insegnamento è stato anche il seguente: è più facile armonizzare sui principi che sulle regole; ma il limite è una armonizzazione solo apparente.

Non ci può essere un vero processo di armonizzazione fra differenti legislazioni se questo passa solo attraverso la generalizzazione di “clausole generali”: perché in tal caso la “regula iuris”, derivata da clausole generali, non esiste prima della sua applicazione concreta . La concretizzazione del giudizio di valore non applica il precetto; in una certa misura lo “crea”, traendolo da un punto di vista esterno all'ordinamento.

Questo è il limite, ma anche il valore della normazione per principi come tramite per ricavare, attraverso l'applicazione complessiva dell'ordinamento, la “regola del caso”, conservando però margini necessari all'interpretazione e all'evoluzione della giurisprudenza.