

# CAPITOLO 1

## Il contratto pubblico

SOMMARIO: §1. Un ossimoro solo apparente. - §2. I principi generali dell'attività contrattuale della pubblica amministrazione. - §3. La tormentata evoluzione della normativa in materia di contratti pubblici. - §4. Vede la luce il nuovo codice dei contratti pubblici di cui al D.Lgs. 31 marzo 2023, n. 36: uno sguardo d'insieme: 4.1 Un cambio di paradigma: dal diritto comunitario della concorrenza al diritto amministrativo nazionale; 4.2 Dalla concorrenza assoluta alla concorrenza regolata; 4.3 Discrezionalità nella decisione sul ricorso al mercato; 4.4 Discrezionalità nella scelta del contratto; 4.5 Discrezionalità nella scelta e nella gestione del modello di affidamento; 4.6 I temperamenti alla discrezionalità: 4.6.1 Il ruolo dei principi: criterio di orientamento e parametro di legittimità; 4.6.2 La certezza dei tempi; 4.6.3 Il sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità; 4.6.4 Responsabilità e tutela dell'affidamento; 4.6.5 La trasparenza rende il potere amministrativo democratico; 4.6.6 Il traguardo ambizioso della digitalizzazione integrale di tutte le procedure e ditte le stazioni appaltanti; 4.7 La nuova attenzione al "diritto civile dei contratti pubblici"; 4.8 Altri profili di novità; 4.9 Il regime transitorio: il sottile distinguo tra vigore ed efficacia. - §5. Cos'è il contratto pubblico? - §6. Segue: Il profilo soggettivo del contratto pubblico: la necessaria "soggettività" pubblica: 6.1 La necessaria intersoggettività sostanziale del contratto pubblico. - §7. I criteri oggettivi di classificazione dei contratti pubblici: 7.1 Contratti attivi e passivi; 7.2 Concessioni e appalti pubblici; 7.3 La nozione di contratto di appalto pubblico; 7.4 Il contratto di concessione; 7.5 Le forme contrattuali di confine tra appalto e concessione. - §8. La forma del contratto pubblico. - §9. Il regime giuridico del contratto pubblico.

### 1. Un ossimoro solo apparente

La nozione "contratto pubblico" è da sempre **un ossimoro, una contraddizione misteriosa**, la conciliazione di poli antitetici. Si mettono insieme il concetto privatistico per antonomasia – "il contratto", espressione di autonomia negoziale, di auto-regolamento, di libertà economica e individuale – e un aggettivo ("pubblico") che evoca la negazione del diritto privato, il *public power* unilaterale, l'imperatività, l'autoritarità, i muscoli con i quali le pubbliche amministrazioni sono capaci di imporsi sui privati senza bisogno di cercare il loro consenso e di procurarsi il loro beneplacito.

Eppure la discrasia è solo apparente.

Bisogna muovere dal rilievo che **la pubblica amministrazione è una e doppia, gode di due capacità**. È l'antica e sempre attuale lezione della *doppia personalità* dei soggetti pubblici. Ogni pubblica amministrazione è, nel nostro disegno pluralistico, un'autorità che può usare gli strumenti autoritativi del diritto pubblico, ma anche un soggetto di diritto comune, un cittadino dell'ordinamento generale che, al pari di ogni altro attore del diritto, può adoperare gli strumenti del diritto privato avvalendo-

si dell'universale capacità giuridica e di agire. Questa seconda eventualità si verifica, per l'appunto, quando una pubblica amministrazione stipula un contratto, dismette i comodi panni del potere autoritativo e decide di agire *iure privatorum*.

I contratti degli agenti pubblici sono pubblici solo in senso soggettivo, ma per il resto – quanto a natura, essenza e disciplina – sono atti integralmente privatistici. In questo si differenziano, in modo decisivo, dagli accordi di cui agli artt. 11 e 15 della L. 241/1990, che si presentano quali provvedimenti concordati di diritto pubblico, ossia alla stregua di moduli consensuali e concertati di esercizio del potere pubblicistico.

**La disciplina dei contratti pubblici contiene regole di diritto pubblico per la procedura che precede il contratto** (vedi Cap. 2), mentre **il contratto in sé è integralmente privatistico** (vedi Cap. 3).

**“Contratto pubblico” è, quindi, un ossimoro apparente**, visto che la p.a. è anche un soggetto di diritto comune, titolare di una generale capacità privatistica (“l’attività privatistica ha carattere istituzionale”, osserva Giannini); e, quindi, gode di una diffusa autonomia negoziale che non è sottoposta a generali limiti quantitativi o tipologici, ma solo, oltre che a norme speciali limitative (cd “riduttive della capacità”) *ex art. 1418, comma 1, c.c.*, al limite teleologico del “vincolo di scopo” (“*nec ultra vires*”). **Più che di “contratto pubblico”, si dovrebbe parlare di “contratto del soggetto pubblico”**, onde chiarire, plasticamente, che l’unico profilo pubblicistico è la qualità del contraente, mentre, sul piano oggettivo, il contratto non è atto di diritto pubblico (non esiste il “contratto di diritto pubblico”) ma negozio di diritto privato, soggetto al codice civile *ex art. 12, comma 1, lett. b)* del nuovo Codice dei contratti pubblici (cd “principio della neutralità della qualità pubblica del contraente”, come di quella del socio e del datore di lavoro rispettivamente nelle società a partecipazione pubblica e nel lavoro privatizzato).

È ormai pacifico, in definitiva, che **la pubblica amministrazione**, prima ancora che autorità dotata di una supremazia speciale, **è un soggetto di diritto comune che può usare gli strumenti giuridici concessi agli altri soggetti di diritto**. La diffidenza mostrata dal legislatore nei confronti di un’amministrazione che si ammantava di vesti privatistiche è ormai un retaggio dal passato – nel 1898 A. BONOMI parlava di *amministrazioni costrette ad avere rapporti contrattuali* –, cancellato da una tendenza, per certi versi opposta, a privilegiare, in omaggio ai principi europei di proporzionalità e sussidiarietà, strumenti giuridici privati, meno invasivi della sfera giuridica dei cittadini, e costituenti, al pari degli accordi *ex art. 11 della L. 241/1990 cit.*, una generale alternativa alla clava del potere *iure imperii*.

È ormai acquisito che **la capacità di diritto privato della pubblica amministrazione è una categoria generale**. È del tutto superata l’opposta tesi della sussistenza di una limitazione generale della capacità negoziale della P.A. Oltre ai negozi previsti dalla legge, la p.a. può stipulare anche altri contratti. **La libertà contrattuale della p.a. si può, quindi, esplicitare in tutte le sue declinazioni**. È libertà di concludere o di non concludere il contratto; di scegliere il contraente; di determinare il contenuto del contratto; di stipulare contratti tipici, atipici o misti. **Non è, naturalmente, una libertà assoluta**, in quanto è limitata dai vincoli pubblicistici, di derivazione comu-

nitaria e nazionale, che riguardano l'individuazione del contraente. **Questa libertà “condizionata” è ribadita dall'art. 11 c.c.**, secondo cui «*le province e i comuni nonché gli enti pubblici riconosciuti come persone giuridiche, godono dei diritti secondo le leggi e gli usi osservati come di diritto pubblico*».

Si pensi ai limiti e divieti relativi alla costituzione o partecipazione a società, o al diritto di concludere contratti di tipo finanziario ad alto rischio. Numerosi limiti sono posti poi da leggi che limitano opere pubbliche per ragioni di equilibrio di bilancio.

I contratti pubblici sono, quindi, uno strumento quotidiano e fondamentale dell'azione amministrativa; rappresentano una delle voci principali della spesa pubblica (oltre il 15% del prodotto interno lordo degli Stati europei) e costituiscono, per molte imprese, una fonte rilevante del fatturato.

Per questo **il public procurement è uno snodo essenziale della funzione pubblica e il diritto privato dei contratti un fondamentale diritto di libertà.**

A testimonianza di questa caratterizzazione mista e di siffatta essenza ancipite dei “*contracts administratifs*”, **la doppia clausola di rinvio esterno di cui all'art. 10 del nuovo codice** richiama la L. 241/1990 per la procedura amministrativa a monte e il codice civile per la regolazione del rapporto contrattuale a valle. La teoria gianiniana della **separazione tra gara e negozio** viene così scolpita dal diritto positivo, diventando stella polare dell'interprete e dell'operatore.

Per dirla con Massimo Severo Giannini, «*con l'avvento dello Stato pluriclasse i moduli convenzionali sono talmente aumentati in quantità e qualità che si può parlare di un diverso modo di amministrare*». L'«*amministrare per contratti*» e la «*ricerca del consenso*» sono strade maestre dell'agire pubblico.

**Il ricorso a strumenti consensuali in luogo di quelli imperativi è coerente anche con quelle teorie economiche che postulano il primato delle soluzioni negoziali in tutti i casi in cui non vi siano elevati costi di transazione.** Il ricorso a queste soluzioni è infatti efficiente in senso paretiano, perché aumenta il benessere di entrambi i contraenti, siano essi pubblici e privati, i quali, in caso contrario, non presterebbero il consenso. Più in particolare, secondo il **teorema di COASE**, la contrattazione tra gli agenti è in grado di condurre ad un'allocatione ottimale di risorse a prescindere da come sono assegnati inizialmente i diritti e dall'eventuale presenza di externalità negative. Come nelle transazioni tra privati, anche nei rapporti tra P.A. e interlocutore privato, il potere pubblico è disposto solo a privarsi di beni cui il mercato riconosce un valore superiore a quello attribuito dall'amministrazione; la pubblica amministrazione è portata ad acquistare beni essenziali allo svolgimento delle sue funzioni e all'erogazione di servizi pubblici pagando il prezzo a ciò necessario nel presupposto che il valore per la collettività di tali beni sia di norma superiore a quello assegnato loro dal privato.

**Certo non si può generalizzare, concludendo trionfalisticamente che “il privato è bello”.** Non sarebbe serio neanche predicare la generale superiorità dello strumento negoziale rispetto a quello autoritativo anche quando si curano interessi pubblici. In molti casi, infatti, i costi di negoziazione sono elevati e l'amministrazione non può attingere a risorse illimitate pur di raggiungere l'accordo con il privato. Spesso la pubblica amministrazione non dispone neanche delle capacità negoziali necessarie per trattare efficacemente con i privati. E vi è il rischio che possa colludere con questi ultimi a danno dell'interesse pubblico. Eppure, una valutazione in termini di efficienza economica spinge a esplorare la possibilità di impiegare strumenti contrattuali con maggiore ampiezza di quanto non sarebbe disposta ad ammettere

la tradizione amministrativa incentrata sul primato dell'armamentario pubblicistico di tipo autoritativo. L'amministrazione è tenuta sempre a una valutazione costi-benefici, i cui esiti devono essere esplicitati in sede motivazionale, nel decidere come procurarsi le risorse necessarie per raggiungere i fini istituzionali. Deve valutare e spiegare se sia meglio comprare o espropriare, stipulare un contratto di locazione o requisire, dare vita a una servitù negoziale o a una coattiva, usare i muscoli o tendere la mano insomma. In una diversa prospettiva, il ricorso allo strumento contrattuale per l'approvvigionamento di beni e servizi è la conseguenza della rinuncia all'*in house production*, ossia alla possibilità di produrli direttamente. Questo tipo di attività contrattuale presuppone, infatti, una scelta tra il fare e il comprare (*make or buy*), tra l'uso di risorse interne e il ricorso al mercato (l'*outsourcing* o esternalizzazione).

Forse è presto per parlare di preferenza per il diritto privato, ma è certo che **la via del potere imperativo e autoritativo non è più l'unica e non è più necessariamente la migliore** per il perseguimento del benessere collettivo e della "felicità pubblica".

Lo conferma anche il legislatore con l'**art. 1, comma 1bis, della L. 241/1990**, norma ambigua e dal non chiaro tenore precettivo, secondo cui «*la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente*».

A tali temi dobbiamo quindi dedicare la giusta attenzione, analizzando le novità principali introdotte dal nuovo codice, in questo universo instabile, perennemente in bilico tra *public law* e regole privatistiche, tra mercato nazionale e istanze europee, tra diritto ed economia, tra concorrenza e legalità.

## 2. I principi generali dell'attività contrattuale della pubblica amministrazione

Si possono così sintetizzare i principi dell'attività contrattuale dei pubblici poteri:

- a) l'amministrazione può sempre fare ricorso al mezzo privatistico e consensuale per perseguire il fine pubblico (art. 8 del nuovo codice sul **principio di autonomia contrattuale**), laddove **verifichi e dimostri, con adeguata motivazione, le ragioni della migliore funzionalità della strada non autoritativa** (è stato così ammesso un contratto di acquisto di una cosa futura per la realizzazione di un edificio pubblico in alternativa al binomio pubblicistico espropriazione dell'area-appalto di opera pubblica);
- b) **il contratto della p.a. è un normale atto di diritto privato**, che, salve diverse norme speciali espresse (ad esempio di divieto o limitazione), soggiace alla *ordinary rule of contracts*, ossia a tutte le norme del codice civile e del diritto privato (art. 10 del Codice dei contratti pubblici; art. 1, comma 1bis, L. 241/1990, già citato), con conseguente assoggettamento delle controversie relative alla sua stipulazione e alla sua esecuzione alla giurisdizione del giudice ordinario (così, *a contrario*, l'art. 133, comma 1, lett. e), c.p.a., che prevede la giurisdizione esclusiva del G.A. per le sole controversie relative alla procedura amministrativa di scelta del contraente);
- c) **la stipulazione del contratto deve essere preceduta da un procedimento amministrativo** che si innesta e va a integrare le regole di diritto privato relative allo schema proposta-accettazione di cui all'art. 1326 c.c. (cosiddetta *procedura*

*d'evidenza pubblica*; in Francia si parla di *tutelle publique*). Detta procedura consta di una pluralità di atti di diritto pubblico a monte del contratto, volti a valutare l'interesse pubblico a un certo contratto (c.d. “(c.d. “**decisione di contrarre**” per usare la terminologia di cui all'art. 17, comma 1, del nuovo codice) e a scegliere il contraente che offre le condizioni migliori (procedura che si avvia con il bando di gara e culmina con il provvedimento di aggiudicazione);

- d) gli enti pubblici che stipulano un contratto, a differenza dei privati che sono pienamente liberi di scegliere le proprie controparti contrattuali, sono quindi soggetti a **regole speciali di natura pubblicistica** – limitative dell'ordinaria capacità di agire –, che mirano a tutelare l'interesse della stessa amministrazione alla scelta dell'interlocutore migliore e meno oneroso, anche per proteggere i valori comunitari della concorrenza e della *par condicio* tra i potenziali competitori;
- e) l'*assenza di un vero padrone* dal quale si attende fisiologicamente la tutela dell'interesse della propria organizzazione, impone, in via surrogatoria, l'applicazione, per i contratti pubblici, di **regole oggettive che limitino la discrezionalità dell'amministrazione** ed evitino patologie, distorsioni e collusioni;
- f) per la loro matrice comunitaria, i **principi fondamentali sottesi al codice dei contratti pubblici si applicano anche ai contratti e agli affidamenti eccettuati**, in tutto o in parte, dalla integrale applicazione della normativa in esame (i contratti attivi, gli altri contratti esclusi, le concessioni di beni, gli altri atti attributivi a operatori economici di benefici contendibili);
- g) **il nuovo codice** (art. 17, comma 6: “l'aggiudicazione non equivale ad accettazione dell'offerta”) **respinge la lettura privatistica** (recepita dall'art. 16, comma 4 del R.D. 2440/1923), secondo cui la procedura amministrativa di gara sarebbe anche un'attività privatistica di esercizio dell'autonomia negoziale; e qualifica la procedura di gara come **procedimento esclusivamente amministrativo che culmina con l'atto di scelta** del soggetto con cui stipulare il contratto all'esito della successiva fase negoziale, caratterizzata dalla libera e autonoma esplicazione della volontà negoziale delle parti; si tratta del c.d. **principio di scissione**, di derivazione europea, tra gara e contratto (c.d. *teoria del doppio grado*, accentuata dallo *stand still* sostanziale e processuale);
- h) **l'aggiudicazione non è, quindi, atto costitutivo a effetto negoziale**, ossia elemento costitutivo che integri, *ab intra*, la volontà o la capacità dell'ente, **ma atto presupposto, a carattere autorizzativo, ab externo**, che, a mò di fattore permissivo di legittimazione, **incide sul piano funzionale** del rapporto, non sul versante genetico dell'atto; **il collegamento non è strutturale (attizio), ma funzionale (effettuale)**;
- i) i contratti della P.A., dal punto di vista delle procedure di scelta, si dividono in **contratti passivi** (appalti di forniture, servizi e lavori e **concessioni di servizi e lavori**) e **contratti attivi** (con cui la P.A. riceve un corrispettivo contro una prestazione che essa eroga a vantaggio del privato: ad es. contratto di locazione o vendita in cui la p.a. funge da locatrice o venditrice);
- l) **in passato**, la collocazione della disciplina del procedimento di evidenza pubblica tra le norme di contabilità evidenziava **la precipua finalità perseguita, data**

dalla garanzia di una *gestione sana, corretta ed economica del danaro pubblico*, con la preferenza per l'offerta meno onerosa e una tutela solo indiretta della *par condicio competitorum*; a partire dal recepimento delle direttive comunitarie degli anni '70 e '80, e con maggiore chiarezza a seguito della legge Merloni del 1994, del codice del 2006 (D.Lgs. 163) e del nuovo codice di cui al D.Lgs. 50/2016, *l'impostazione della normativa è diventata chiaramente pro-concorrenziale* e mette, dunque, l'accento sull'apertura del mercato dei contratti pubblici alla concorrenza a livello europeo (art. 30, D.Lgs. 50/2016) – in attuazione del principio di libera circolazione intracomunitaria delle merci e dei servizi –, sulla rimozione di ogni discriminazione nazionalistica, sulla piena trasparenza delle procedure e sulla garanzia rafforzata della *par condicio competitorum*;

- m) *la moderna procedura di evidenza mira, quindi, a combinare il tradizionale scopo contabilistico del risparmio di spesa con quello europeo finalizzato alla tutela della concorrenza attraverso regole oggettive* che correggono la *naturale estraneità del soggetto pubblico alle logiche e alla pressione del mercato*; la *ratio* dell'evidenza pubblica è, quindi, quella di assicurare l'**efficiente allocazione delle risorse pubbliche** e la tutela rafforzata delle prerogative concorrenziali di partecipazione, in un sistema nel quale il diritto dei contratti pubblici è ormai, a tutti gli effetti, **una branca del diritto della concorrenza** ispirato dalle libertà economiche, dal divieto di barriere discriminatorie e dal mercato unico di matrice europea;
- n) in ossequio alle finalità pro-competitive perseguite dallo *ius commune europaeum*, **l'obbligo di seguire una procedura trasparente vige** non solo in capo ai soggetti tradizionalmente pubblici, ma **anche per i soggetti privati sottoposti a controlli amministrativi e influenze pubblicistiche** (organismi di diritto pubblico, imprese pubbliche, società *in house*: artt. 3 e 5 codice); onde evitare l'elusione dei principi comunitari, assume, pertanto, quindi rilievo la pubblicità sostanziale, e non quella formale, con la conseguente necessità di snidare la pubblicità reale che si nasconde dietro la veste formalmente privata (si rinvia, per la nozione variabile di ente pubblico e per la natura giuridica anfibia delle società pubbliche dopo il D.Lgs. 175/2016, alla Parte IV, Cap. 2);
- o) **il nuovo codice interviene sulla funzione dell'evidenza pubblica, sottolineando la strumentata della concorrenza** (vedi *principio di accesso al mercato ex art. 3*) **all'obiettivo del risultato amministrativo** (art. 1, vedi §4);
- p) a differenza della fase della formazione del contratto, retta da provvedimenti amministrativi e da norme di diritto pubblico, con conseguente giurisdizione del G.A., **la fase dell'esecuzione è regolata essenzialmente da norme di diritto privato, con conseguente radicamento della giurisdizione del giudice civile** (v. Cap. 5).

Prima di passare all'esame della nozione di contratto pubblico, oggetto precipuo del presente capitolo, è opportuno tratteggiare l'evoluzione normativa conosciuta dalla materia, culminata nel varo del codice di cui al D.Lgs. 50/2016, seguito da svariati decreti correttivi, da due manovre di semplificazione nel 2021 e da una pletera di linee guida, regolamenti e provvedimenti di attuazione.

### 3. La tormentata evoluzione della normativa in materia di contratti pubblici

La materia e il settore della contrattualistica pubblica sono stati caratterizzati – soprattutto negli ultimi anni – da una stratificazione di norme che ha confermato l’importanza e la centralità che il settore ha assunto nell’economia nazionale.

Le principali spinte alla modifica dell’ordinamento nazionale sono derivate dalla legislazione e dalla giurisprudenza europee che hanno richiesto al nostro legislatore numerosi interventi di revisione (generalisti e puntuali).

La rivoluzione si registra con **l’avvento delle norme comunitarie degli anni ’80, che hanno imposto una revisione integrale della normativa, con il passaggio dall’originario approccio contabilistico a un moderno disegno pro-concorrenziale.**

L’attuale normativa in materia di appalti trova le sue origini all’indomani delle vicende di ‘tangentopoli’ nella Legge quadro in materia di lavori pubblici, *la L. 11 febbraio 1994, n. 109 (c.d. Legge Merloni)*.

Successivamente, in occasione del recepimento delle direttive comunitarie nn. 2004/17/CE e nn. 2004/18/CE, il Legislatore italiano ha proceduto a riordinare l’intera materia emanando il primo codice unico dei contratti pubblici: il **D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163** (c.d. *Codice De Lise*).

Nei suoi due lustri di vigenza, il testo codicistico è stato oggetto di numerosi interventi correttivi.

La materia è stata, infine, oggetto di una nuova e complessiva riforma. Nuovamente in recepimento delle ultime direttive europee nn. 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, il legislatore italiano ha emanato il secondo codice dei contratti pubblici (il **D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50**), interessato dalle **semplificazioni di cui ai D.L. 76/2020 e 77/2021**.

Ecco ora l’ultima puntata: il **codice di cui al D.Lgs. 36/2023** attuativo della delega conferita dall’art. 1 della L. 78/2022.

### 4. Vede la luce il nuovo codice dei contratti pubblici di cui al D.Lgs. 31 marzo 2023, n. 36 : uno sguardo d’insieme

Il nuovo codice, resosi necessario per dare attuazione agli obiettivi del PNRRR nella crisi post-pandemica, è caratterizzato da **novità di portata storica**.

Si tratterà ora un quadro d’insieme, per riprendere poi i singoli profili nei paragrafi dedicati ai temi specifici.

#### 4.1 *Un cambio di paradigma: dal diritto comunitario della concorrenza al diritto amministrativo nazionale*

Negli scorsi anni, **il diritto dei contratti pubblici è stato percepito, a tutti gli effetti, quale branca del diritto della concorrenza** ispirata a principi unionali che impongono un’interpretazione estensiva e un’applicazione analogica dell’obbligo di ricorrere a procedura pro-competitive e concorrenziali (c.d. “concorrenza imposta”).

**La riforma in atto cambia paradigma.** E lo fa in modo netto, senza timidezze, alieno dai giochi di parole.

**La centralità plastica del principio di risultato** di cui all'articolo 1 dimostra, infatti, che il diritto dei contratti pubblici non è più un settore del diritto comunitario della concorrenza (c.d. "*concorrenza imposta*" agli agenti pubblici, *naturaliter* refrattari alla logiche della competizione e alla pressione del mercato), ma un capitolo fondamentale del diritto amministrativo nazionale. **La concorrenza non è, quindi, fine o bene, ma mezzo per perseguire lo scopo del soddisfacimento dell'interesse pubblico attraverso contratti utili e produttivi.** Il diritto dei contratti pubblici regola, quindi, *un'azione schiettamente amministrativa di cura concreta dell'interesse pubblico*. La procedura costituisce strada per l'obiettivo del benessere sociale, veicolo della felicità individuale, mezzo per le utilità collettive. L'obiettivo non è la gara, ma la stipulazione di un negozio che assicuri prestazioni utili con il miglior rapporto qualità-prezzo-tempo, in omaggio al citato teorema di Coase sull'efficiente allocazione delle risorse in base alla relazione prezzo/valore.

Smaltita anche la sbornia della stagione penalistica post "Mani Pulite", la concorrenza è, quindi, **interesse da temperare, metodo da calibrare, non fede da celebrare, rito da mitizzare, valore assoluto e intransigente da consacrare.**

Il diritto degli appalti, quindi, **non è più diritto comunitario, ma parte del diritto amministrativo**, e non deve essere più un settore del diritto penale nella logica anti-corruttiva.

*La concorrenza non serve alla concorrenza, esattamente come la gara non è funzionale alla gara.*

**Si tratta di strumenti**, pur se preziosi, per il perseguimento di obiettivi efficienti in termini di amministrazione di risultato.

L'effetto virtuoso è quello di tutelare al massimo la concorrenza come strumento il cui fine è quello di ottenere appalti aggiudicati ed eseguiti in funzione dell'interesse della collettività.

In questa **prospettiva, concorrenza e trasparenza** non costituiscono più finalità e valori in sé, ma veicoli al servizio del risultato. Da un lato, "la concorrenza tra gli operatori è funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ad eseguire i contratti"; dall'altro, "la trasparenza è funzionale alla massima semplicità e celerità nella corretta applicazione delle regole e ne assicura la piena verificabilità". Ma l'art. 1 dice ancora di più: collega (correttamente) il risultato al buon andamento di cui all'art. 97 della Costituzione – un ancoraggio che in verità c'era già nella legge Merloni e che poi era stato perso nei due codici – e ai principi di riforma amministrativa affermati sin dall'inizio degli anni '90 nel senso dell'efficienza e dell'economicità.

Particolarmente significativa, in questa prospettiva, è la disposizione contenuta nel comma 4 dell'art. 1, dove si afferma che **il risultato costituisce "criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto"**.

La formula "criterio prioritario" indica bene l'esistenza di una **gerarchia degli interessi protetti**. A sua volta, il riferimento alla discrezionalità può finalmente diventare concreto. In passato, infatti, in un contesto in cui l'interesse prioritario era quello della tutela della legalità e della prevenzione della corruzione, la discrezio-