

22 - D.Lgs. 31 marzo 2023, n. 36 (suppl. ord. G.U. 31 marzo 2023, n. 77). Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici.

Libro I

Dei principi, della digitalizzazione, della programmazione, della progettazione

Parte I

Dei principi

Titolo I

I principi generali

1. Principio del risultato. 1. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti perseguono il risultato dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza.

2. La concorrenza tra gli operatori economici è funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti. La trasparenza è funzionale alla massima semplicità e celerità nella corretta applicazione delle regole del presente decreto, di seguito denominato «codice» e ne assicura la piena verificabilità.

3. Il principio del risultato costituisce attuazione, nel settore dei contratti pubblici, del principio del buon andamento e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità. Esso è perseguito nell'interesse della comunità e per il raggiungimento degli obiettivi dell'Unione europea.

4. Il principio del risultato costituisce criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto, nonché per:

a) valutare la responsabilità del personale che svolge funzioni amministrative o tecniche nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti;

b) attribuire gli incentivi secondo le modalità previste dalla contrattazione collettiva.

Sommario **1** Il principio del risultato. Linee generali; **2** Casi applicativi del principio del risultato; **3** Il principio del risultato e la sua connessione con il principio della fiducia; **4** Il rapporto tra il principio del risultato e quello di legalità.

1 Il principio del risultato. Linee generali.

• Il principio del risultato, codificato dal D.Lgs. n. 36 del 2023, costituisce *“criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale”* e comporta che l'amministrazione debba tendere al miglior risultato possibile, in *“difesa” dell'interesse pubblico* per il quale viene prevista una procedura di affidamento; 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. *Tar Sicilia, Catania, sez. III, 12 dicembre 2023, n. 3738.*

• Il principio del risultato - **immanente al sistema della c.d. amministrazione di risultato** - mira a indicare l'insieme delle attività necessarie per il conseguimento di un *“determinato risultato concreto”* e tende *“ad ampliare il perimetro*

del sindacato giurisdizionale piuttosto che diminuirlo”. *Cons. St., sez. III, 26 marzo 2024, n. 2866*, conforme *Cons. St., sez. VI, 4 giugno 2024, n. 4996*, con richiamo a *Cons. St., sez. III, 31 luglio 2024, n. 2886*; *Cons. St., sez. V, 27 febbraio 2024, n. 1924.*

• Il principio del risultato è collocato all'inizio della disciplina del nuovo Codice ed è **principio ispiratore** della stessa, **sovraordinato rispetto agli altri**. *Cons. St., sez. V, 27 febbraio 2024, n. 1924.*

• Il principio del risultato ha **naturale portata espansiva**, in quanto rappresenta una **declinazione del generale principio del buon andamento dell'amministrazione**, sancito dall'**art. 97 Cost.** (come affermato dallo stesso art. 1, comma 3, del citato codice dei contratti e come riconosciuto dalla *Corte costituzionale nella sentenza 16 luglio 2024, n. 132*, la quale ha descritto l'evoluzione in ragione della quale nell'ordinamento *«la scelta a favore di un'amministrazione di risultato si è andata via via consolidando»*). *Cons. St., sez. II, 9 maggio 2025, n. 3959.*

• Il principio del risultato consente di **orientare l'operato delle stazioni appaltanti** attraverso due criteri di indirizzo: a) il criterio temporale della **tempestività dell'affidamento ed esecuzione del contratto**; b) il criterio qualitativo dell'**efficienza ed economicità dell'affidamento e**

dell'esecuzione del contratto. *Tar Emilia Romagna, Parma, sez. I, 29 aprile 2024, n. 98.*

2 Casi applicativi del principio del risultato.

- Ai fini dell'individuazione dei **requisiti tecnici minimi**, in mancanza di puntuali espressioni indicazioni nella *lex specialis* di gara soccorre altresì il principio del risultato, che va interpretato tenendo a mente che l'affidamento della commessa e l'esecuzione del contratto devono essere funzionali al perseguimento degli interessi pubblici avuti di mira dalla commessa pubblica. In caso di specie, l'interesse pubblico perseguito dalla commessa è l'adeguato (sicuro e confortevole) trasporto scolastico degli alunni disabili. Di tal che, i requisiti dei veicoli di cui all'art. 5 lett. j) del capitolato, essendo necessari per conseguire tale risultato, devono essere intesi quali "requisiti minimi" delle offerte previsti a pena di esclusione. *Cons. st., sez. V, 18 luglio 2025, n. 6337.*

- **Nel procedimento in autotutela l'Amministrazione deve valutare l'incidenza dell'illegittimità sul risultato perseguito prima di annullare l'aggiudicazione.** L'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione non può fondarsi – come noto – sul mero ripristino della legalità violata, richiedendosi un bilanciamento espresso in motivazione degli interessi in gioco. In questa operazione viene in rilievo anche il principio del risultato imponendo alla Stazione appaltante di verificare se l'illegittimità dell'atto incida realmente sul risultato perseguito. Pertanto, il risultato, quale principio immanente al canone del buon andamento, opera anche con riferimenti all'autotutela pubblicistica. *Cons. St., sez. IV, 22 luglio 2025, n. 6495.*

- La campionatura non è un elemento costitutivo, ma semplicemente dimostrativo dell'offerta tecnica documentale, essendo destinata a comprovare, con la produzione di capi o prodotti dimostrativi detti, appunto, campioni, la capacità tecnica dei concorrenti e la loro effettiva idoneità a soddisfare le esigenze, spesso complesse, delle stazioni appaltanti. Il principio del risultato [impone] l'interpretazione della legge di gara secondo buona fede (artt. 1337 e 1338 c.c.) per tutte le parti coinvolte nella procedura [...]; da ciò consegue che il bando e il disciplinare di gara, in tutte le ipotesi in cui insorgano criticità che non si traducono in vizi che abbiano inciso in maniera sostanziale e lesiva sulla posizione soggettiva delle parti, vadano interpretati [...] al fine del perseguimento del fine ultimo della procedura [...], che consiste nella tempestiva aggiudicazione alla migliore offerta nel rispetto della *par condicio*. In applicazione dei principi di buona fede, collaborazione e risultato (art.

1, comma 2-bis, L. 241/1990; art. 1, D.Lgs. 36/2023), la marginale violazione di una prescrizione formale di gara non comporta l'esclusione dell'operatore economico, ove non abbia inciso in concreto sull'interesse sostanziale della stazione appaltante né sulla *par condicio* dei concorrenti. *Tar Puglia, Bari, sez. III, 23 ottobre 2025, n. 1191.*

3 Il principio del risultato e la sua connessione con il principio della fiducia.

- **Il principio del risultato e il principio della fiducia**, sebbene codificati solo dal decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36 (codice dei contratti pubblici), svolgendo una funzione regolatoria, devono guidare l'interprete nella lettura e nell'applicazione della disciplina di gara, anche in relazione a **procedure di gara soggette al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50**, rendendosi funzionali a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti, all'esito di un realizzato contesto partecipativo ispirato all'attuazione della massima concorrenzialità, altrimenti precluso dall'interpretazione formalistica ed escludente delle disposizioni della *lex specialis*. È pertanto ammissibile, in assenza di una previsione della *lex specialis* di gara prevista a pena di esclusione, la designazione dell'archeologo da parte del r.t.p. indicato, anziché dal concorrente, laddove le indagini archeologiche siano distinte dall'attività di progettazione *strictu sensu intesa*. *Cons. St., sez. V, 16 febbraio 2026, n. 1187*, conforme *Cons. St., sez. V, 1° ottobre 2024, n. 7875.*

4 Il rapporto tra il principio del risultato e quello di legalità.

- La finalità del risultato non può mai prevalere sulla legalità sostanziale della procedura né fungere da correttivo dei requisiti tecnici previsti nella *lex specialis*. In una gara per la fornitura di dispositivi medici, il Consiglio ribadisce che **"la qualità della prestazione, la sicurezza del servizio e la conformità formale sono componenti irrinunciabili del risultato amministrativo"**. *Cons. St., sez. III, 16 giugno 2025, n. 5217.*

- L'applicazione del principio del risultato, secondo quanto previsto dall'art. 1, comma 1 del D.Lgs. 36 del 2023, deve rispettare i **principi di legalità, trasparenza e concorrenza**, i quali, a loro volta, postulano il rispetto del c.d. *autovincolo*, e comunque non può mai prevalere sul canone della *par condicio competitorum*, che richiede l'applicazione uniforme e uguale per tutti della *lex specialis* di gara. *Cons. St., sez. V, 11 dicembre 2025, n. 9802.*

2. Principio della fiducia. 1. L'attribuzione e l'esercizio del potere nel settore dei contratti pubblici si fonda sul principio della reciproca fiducia nell'azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione, dei suoi funzionari e degli operatori economici.

2. Il principio della fiducia favorisce e valorizza l'iniziativa e l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici, con particolare riferimento alle valutazioni e alle scelte per l'acquisizione e l'esecuzione delle prestazioni secondo il principio del risultato.

3. Nell'ambito delle attività svolte nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti, ai fini della responsabilità amministrativa costituisce colpa grave la violazione di norme di diritto e degli auto-vincoli amministrativi, nonché la palese violazione di regole di prudenza, perizia e diligenza e l'omissione delle cautele, verifiche ed informazioni preventive normalmente richieste nell'attività amministrativa, in quanto esigibili nei confronti dell'agente pubblico in base alle specifiche competenze e in relazione al caso concreto. Non costituisce colpa grave la violazione o l'omissione determinata dal riferimento a indirizzi giurisprudenziali prevalenti o a pareri delle autorità competenti.

4. Per promuovere la fiducia nell'azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti adottano azioni per la copertura assicurativa dei rischi per il personale, nonché per riqualificare

le stazioni appaltanti e per rafforzare e dare valore alle capacità professionali dei dipendenti, compresi i piani di formazione di cui all'articolo 15, comma 7.

Sommario **1** Il principio della fiducia e la sua connessione con il principio del risultato; **2** Il principio della fiducia e il potere discrezionale della P.A.

1 Il principio della fiducia e la sua connessione con il principio del risultato.

• Il principio della fiducia, codificato dal D.Lgs. n. 36 del 2023, è finalizzato a valorizzare l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici e comporta che ogni stazione appaltante sia tenuta a svolgere le gare non solo rispettando la legalità formale ma tenendo sempre presente che **ogni gara è funzionale a realizzare un'opera pubblica (o ad acquisire servizi e forniture) nel modo più rispondente agli interessi della collettività**. *Cons. St., sez. III, 1° luglio 2024, n. 5789*, conforme *Cons. St., sez. V, 27 febbraio 2024, n. 1924*.

• Il principio del risultato e il principio della fiducia, sebbene codificati solo dal decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36 (codice dei contratti pubblici), svolgendo una **funzione regolatoria**, devono **guidare l'interprete nella lettura e nell'applicazione della disciplina di gara**, anche in relazione a procedure di gara soggette al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, rendendosi **funzionali a conseguire il miglior risultato possibile** nell'affidare ed eseguire i contratti, all'esito di un realizzato contesto partecipativo ispirato all'attuazione della massima concorrenzialità, altrimenti precluso dall'interpretazione formalistica ed escludente delle disposizioni della *lex specialis*. È pertanto ammissibile, in assenza di una previsione della *lex specialis* di gara prevista a pena di esclusione, la designazione dell'archeologo da parte del r.t.p. indicato, anziché dal concorrente, laddove le indagini archeologiche siano distinte dall'attività di progettazione *stricto sensu intesa*. *Cons. St., sez. V, 16 febbraio 2026, n. 1187*, conforme *Cons. St., sez. V, 1° ottobre 2024, n. 7875*.

• Il principio della fiducia, introdotto dall'art. 2 del D.Lgs. n. 36/2023, **esalta l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici** e afferma che ogni stazione appaltante ha la responsabilità delle gare. Quindi, l'amministrazione **non può compiere scelte discrezionali che tradiscono l'interesse pubblico sotteso ad una gara**, le quali, invece, dovrebbero tendere al **suo miglior soddisfacimento**. In tal

modo, non solo nel rispetto della legalità formale, ma anche nell'ottica della selezione che è finalizzata al compimento di un'opera pubblica (o ad acquisire servizi e forniture) il più rispondente agli interessi della collettività. *Cons. St., sez. V, 28 maggio 2025, n. 4635*.

• La norma di cui all'art. 2 del D.Lgs. 36/2023 **amplia i poteri valutativi e la discrezionalità della p.a.**, in chiave di **funzionalizzazione verso il miglior risultato possibile**. *Cons. St., sez. V, 28 maggio 2025, n. 4635*.

2 Il principio della fiducia e il potere discrezionale della P.A.

• Il principio della fiducia **amplia i poteri valutativi e la discrezionalità della p.a.** ma non può tradursi nella legittimazione di **scelte discrezionali che tradiscono l'interesse pubblico sotteso ad una gara**, le quali, invece, dovrebbero in ogni caso tendere al suo miglior soddisfacimento. **Non si tratta**, peraltro, di **una fiducia unilaterale o incondizionata**; la disposizione precisa infatti che la **fiducia è reciproca** e investe, quindi, anche gli operatori economici che partecipano alle gare. Essa, inoltre, è legata a doppio filo a **legalità, trasparenza e correttezza**, rappresentando, sotto questo profilo, una *“versione evoluta del principio di presunzione di legittimità dell'azione amministrativa”*. *Tar Sicilia, Catania, sez. III, 12 dicembre 2023, n. 3738*.

• Il giudice non deve decidere se l'operatore economico abbia ragione o torto nel merito delle singole vicende, bensì valutare se la condotta dello stesso operatore sia riconducibile alla nozione di grave illecito professionale. La valutazione di tale illecito, al fine dell'esclusione dalla gara del soggetto privato, è totalmente attribuita alla discrezionalità della stazione appaltante. Pertanto, anche in base a quanto disposto dall'art. 4 del codice degli appalti, il quale afferma che *“le disposizioni del codice si interpretano e si applicano in base ai principi di cui agli articoli 1, 2 e 3”*, non può che concludersi nel senso che esce rafforzata l'autonomia decisionale dell'ente. In particolare, in relazione all'esercizio del potere di esclusione dell'operatore economico per inaffidabilità che urta, inevitabilmente, proprio contro il rapporto di fiducia che deve necessariamente essere presente tra stazione appaltante e appaltatore, alla luce dell'attuale previsione di cui all'art. 2 del Codice appalti. *Cons. St., sez. V, 28 maggio 2025, n. 4635*.

3. Principio dell'accesso al mercato. 1. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti favoriscono, secondo le modalità indicate dal codice, l'accesso al mercato degli operatori economici nel rispetto dei principi di concorrenza, di imparzialità, di non discriminazione, di pubblicità e trasparenza, di proporzionalità.

Sommario **1** Casi applicativi.

1 Casi applicativi.

• Va considerato **illegittimo il divieto di incremento del quinto per contrasto con la sentenza della Corte di Giustizia UE del 28 aprile 2022, in causa C-642/2020**. La sentenza, pur essendo riferita a fattispecie disciplinata dal D.Lgs. n. 50 del 2016 e dal D.P.R. n. 207 del 2010, ha fatto applicazione, alla luce della giurisprudenza euromunita-

ria del **principio di accesso al mercato e di concorrenza**. Vanno, quindi, **disapplicati i limiti puramente quantitativi alla partecipazione alle procedure di gara imposti ai raggruppamenti di tipo orizzontale dall'art. 92, comma secondo, del D.P.R. n. 207 del 2010** (nella parte in cui dispone(va) che *“[...] per i raggruppamenti temporanei di cui all'articolo 34, comma 1, lettera d), del codice, i consorzi di cui all'articolo 34, comma 1, lettera e), del codice ed i soggetti di cui all'articolo 34, comma 1, lettera f), del codice, di tipo orizzontale, i requisiti di qualificazione economico-finanziari*

e tecnico-organizzativi richiesti nel bando di gara per l'impresa singola devono essere posseduti dalla mandataria o da un'impresa consorzata nella misura minima del 40 per cento") **nonché dall'ultimo capoverso del secondo comma dell'art. 61 del medesimo D.P.R. n. 207 del 2010**, laddove prevede(va) che: "Nel caso di imprese raggruppate o consorziate la disposizione non si applica alla mandataria ai fini del conseguimento del requisito minimo di cui all'articolo 92, comma 2"; va infine **disapplicata la disposizione di cui all'art. 2, comma 2 dell'allegato II.12 al predetto D.P.R. n. 207 del 2010**, nella parte in cui stabilisce(va) che: "... La disposizione non si applica alla mandataria ai fini del conseguimento del requisito minimo di cui all'articolo 30, comma 2". *Cons. St., sez. V, 7 marzo 2024, n. 2227. L'articolo 63 della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, deve essere interpretato nel senso che esso osta ad una normativa nazionale (art. 83, comma 8, III periodo, del D.Lgs. 50/2016 n.d.r.) secondo la quale l'impresa mandataria di un raggruppamento di operatori economici partecipante a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico deve possedere i requisiti previsti nel bando di gara ed eseguire le prestazioni di tale appalto in misura maggioritaria"* *Corte giust. UE, 28 aprile 2022, in causa C-642/2020.*

• **L'art. 15 della legge n. 241 del 1990**, nel disciplinare gli accordi tra pubbliche amministrazioni, risponde ad una **forma di partenariato pubblico** e si connota per il fatto che le **amministrazioni** sono titolari di un **potere discrezionale** di stipulare tali forme di accordi, dovendo rispettare precise condizioni per **evitare di violare le regole di ricorso al mercato di cui agli artt. 3 e 7 del D.Lgs. n. 36 del 2023**. *Cons. St., sez. IV, 14 maggio 2024, n. 4321*, conforme sui rapporti tra Regioni e ACI. *Corte giust., sez. VII, 3 febbraio 2026, in causa C-316/25.*

• È ammissibile una prelazione volontaria con riferimento alla procedura per l'affidamento del **contratto di sponsorizzazione**, attraverso l'estensione del modello scolpito legalmente per il *project financing*. A tal fine vanno valorizzati il carattere elastico della procedura, l'ampiezza della discrezionalità e, soprattutto, l'apporto del proponente alla fase ideativa dell'iniziativa economica, tale da attrarre la fat-

tespecie nelle forme di partenariato estesa alla progettazione. *Tar Lombardia, Milano, sez. I, 29 gennaio 2024, n. 196.*

• **Il bilanciamento tra la concorrenza nell'accesso alle commesse pubbliche** (articolo 3 del codice dei contratti pubblici) e **la tutela della riserva ordinistica in materia lavoristica** (implicante la nullità virtuale, ex art. 1418, comma 1, c.c., del contratto stipulato in violazione del limite legale: cfr. *Cass., sez. III, 8 luglio 2020, n. 14247*), può essere perseguito attraverso una soluzione che consenta l'aggiudicazione in favore di una società commerciale di un contratto di appalto che contempli attività strumentali e accessorie non riservate, con la necessità che, in sede esecutiva, detta società si avvalga di consulenti iscritti all'albo per gli adempimenti (fiscali, contributivi, assistenziali e retributivi) del datore di lavoro... nel giudizio di anomalia il relativo sindacato del giudice amministrativo non può superare l'apprezzamento della intrinseca logicità e ragionevolezza, nonché della congruità della relativa istruttoria, essendo del tutto **preclusa al giudice qualsiasi forma di un'autonoma verifica** ferma restando la corretta individuazione del substrato fattuale della valutazione e delle disposizioni normative da applicare". *Cons. St., sez. V, 20 gennaio 2026, n. 442.*

• In materia di contratti pubblici, ai sensi dell'art. 3 del Codice dei contratti pubblici (di cui al D.Lgs. n. 36 del 2023) e dell'art. 1 della legge n. 12 del 1979, il **bilanciamento tra la concorrenza nell'accesso alle commesse pubbliche e la tutela della riserva ordinistica** in materia lavoristica può essere realizzato consentendo l'aggiudicazione a una società commerciale di un appalto comprendente attività strumentali e accessorie non riservate, purché, in sede esecutiva, sia previsto che la società sia tenuta ad avvalersi di consulenti iscritti all'albo per gli adempimenti fiscali, contributivi, assistenziali e retributivi del datore di lavoro. **La distinzione tra gli adempimenti propri del datore di lavoro e le attività strumentali o accessorie**, tipicamente operative e serventi, giustifica un'interpretazione estensiva della norma, conforme al **principio del risultato e al favor participationis**. *Cons. St., sez. V, 20 gennaio 2026, n. 442*, conforme *Cons. St., sez. V, 17 giugno 2024, n. 5407*; *Id., 8 aprile 2021, n. 2846*; *Cons. St., sez. III, 8 luglio 2020, n. 14247*; *Cons. St., sez. V, 1° luglio 2020, n. 4186.*

4. Criterio interpretativo e applicativo. 1. Le disposizioni del codice si interpretano e si applicano in base ai principi di cui agli articoli 1, 2 e 3.

Sommario **1** Il ruolo dei super principi del Codice appalti e la loro intima connessione.

1 Il ruolo dei super principi del Codice appalti e la loro intima connessione.

• Alla luce della disposizione di cui all'art. 4, in ipotesi di dubbio interpretativo la soluzione ermeneutica da privilegiare è quella che sia funzionale a realizzare il risultato amministrativo, che sia coerente con la fiducia da riporre nella P.A., nei suoi funzionari e negli operatori economici e che permetta di favorire il più ampio accesso al mercato degli operatori stessi. *Tar Campania, Napoli, sez. I, ord., 15 febbraio 2024, n. 311* ove viene rilevata la visione sostanzialistica del possesso dei requisiti di partecipazione da parte dell'operatore economico nelle gare pubbliche nonché il principio di buona fede e di collaborazione che pervadono tutta la materia degli appalti pubblici.

• Le prime tre disposizioni del nuovo Codice sono tanto centrali quanto inestricabilmente **connesse tra loro**. Esse, quindi, costituiscono il perno attorno al quale tutte le disposizioni ruotano e devono essere interpretate. Hanno, quindi, un **"ruolo centrale di conformazione del sistema"**. *Tar Veneto, sez. I, 9 febbraio 2024, n. 230.*

• **I principi del risultato, della fiducia e di accesso al mercato sono propedeutici e prodromici l'uno con l'altro**: mediante la fiducia, l'operato dell'amministrazione viene reso più agevole, nel senso di ampliare l'esercizio dei poteri discrezionali funzionali alla realizzazione del risultato. Grazie, invece, al principio del risultato, l'amministrazione risulta depositaria di quella pragmaticità che dovrebbe stimolare l'idea che la gara pubblica non è finalizzata in primo luogo alla tutela della concorrenza degli operatori, bensì al soddisfacimento di un'esigenza pubblica (i.e., la realizzazione di un'opera, l'acquisto di beni o l'erogazione di un servizio). Dall'applicazione dell'accesso al mercato deriva, infine,

la competizione che necessariamente deve avvenire fra gli operatori economici e che consente all'amministrazione di ricevere offerte economicamente vantaggiose e competitive. *Tar Lombardia, Milano, sez. I, 29 gennaio 2024, n. 196* ove viene stabilito che il principio della parità di trattamento informa tutte le procedure di affidamento, ivi inclusi i contratti di sponsorizzazione e la finanza di progetto.

• **Il principio del risultato, quello della fiducia e quello dell'accesso al mercato sono bilaterali**, applicandosi sia nei confronti della pubblica amministrazione (definita in senso lato) sia nei confronti degli operatori economici privati. *Tar Veneto, sez. III, 9 febbraio 2024, 230*, conforme *Cons. St., Ad. plen., 24 aprile 2024, n. 7* che ha confermato che i rapporti fra i cittadini e la pubblica amministrazione sono improntati al principio di collaborazione e buona fede. Si tratta di un principio certamente estendibile al settore specifico dei contratti pubblici, sebbene sia nato come principio generale dell'azione amministrativa.

• Pacifica appare **la stretta coerenza e la stretta connessione fra i principi del risultato, della fiducia e dell'accesso al mercato**. *Tar Campania, Salerno, sez. I, 28 febbraio 2024, n. 541*.

5. Principi di buona fede e di tutela dell'affidamento. 1. Nella procedura di gara le stazioni appaltanti, gli enti concedenti e gli operatori economici si comportano reciprocamente nel rispetto dei principi di buona fede e di tutela dell'affidamento.

2. Nell'ambito del procedimento di gara, anche prima dell'aggiudicazione, sussiste un affidamento dell'operatore economico sul legittimo esercizio del potere e sulla conformità del comportamento amministrativo al principio di buona fede.

3. In caso di aggiudicazione annullata su ricorso di terzi o in autotutela, l'affidamento non si considera incolpevole se l'illegittimità è agevolmente rilevabile in base alla diligenza professionale richiesta ai concorrenti. Nei casi in cui non spetta l'aggiudicazione, il danno da lesione dell'affidamento è limitato ai pregiudizi economici effettivamente subiti e provati, derivanti dall'interferenza del comportamento scorretto sulle scelte contrattuali dell'operatore economico.

4. Ai fini dell'azione di rivalsa della stazione appaltante o dell'ente concedente condannati al risarcimento del danno a favore del terzo pretermesso, resta ferma la concorrente responsabilità dell'operatore economico che ha conseguito l'aggiudicazione illegittima con un comportamento illecito.

Sommario **1** La responsabilità precontrattuale dell'amministrazione e la lesione dell'affidamento; **1.1** Natura giuridica della responsabilità precontrattuale; **1.2** L'interesse contrattuale negativo; **2** Casi applicativi; **3** La giurisdizione in ipotesi di responsabilità precontrattuale; **4** Connessione tra principio di buona fede, principio di affidamento e principio del risultato.

1 La responsabilità precontrattuale dell'amministrazione e la lesione dell'affidamento.

• La **responsabilità precontrattuale dell'amministrazione**, derivante dalla violazione imputabile a sua colpa dei canoni generali di correttezza e buona fede, postula che il concorrente abbia maturato un **ragionevole affidamento nella stipula del contratto**, da valutare in relazione al grado di sviluppo della procedura, e che questo affidamento non sia a sua volta inficiato da colpa. *Cons. St., sez. V, 27 ottobre 2023, n. 9298*.

• Non è dubbio che anche nello svolgimento dell'attività autoritativa l'amministrazione sia tenuta a rispettare oltre alle norme di diritto pubblico (la cui violazione implica, di regola, l'invalidità del provvedimento e l'eventuale

• Nell'ambito del settore dell'evidenza pubblica, i **principi del favor partecipations e del risultato non possono mai confliggere con il principio della par condicio fra i concorrenti**. *Cons. St., sez. V, 12 aprile 2024, n. 1372*. *Contra, Cons. St., sez. III, 15 novembre 2023, n. 9812* secondo cui la tutela della concorrenza e del mercato non deve trasmodare in un pregiudizio per la causa finale per cui la procedura è stata indetta, oltretutto l'affidamento della commessa pubblica.

• L'operare congiunto di consimili principi impone di approfondire la verifica dei requisiti generali di partecipazione all'appalto - che sono previsti essenzialmente per assicurare la partecipazione prima e, soprattutto, l'affidamento poi del contratto di appalto soltanto in favore di operatori economici solidi e affidabili (e, nella specie, in regola nei rapporti obbligatori fiscali e previdenziali) - in modo sostanzialistico e non più in modo formalistico; ciò che importa è verificare la sostanziale posizione di affidabilità e di capacità dell'operatore economico a soddisfare i requisiti generali e specifici e la capacità operativa nel realizzare l'opera o i lavori, la fornitura, o il servizio, a seconda dei casi. *Tar Puglia, Bari, sez. unica, 16 settembre 2024, n. 975*.

responsabilità da provvedimento per lesione dell'interesse legittimo), anche le norme generali dell'ordinamento civile che impongono di **agire con lealtà e correttezza**, la **violazione** delle quali può far nascere una **responsabilità da comportamento scorretto**, che **incide non sull'interesse legittimo, ma sul diritto soggettivo ad autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali**, cioè sulla libertà di compiere le proprie scelte negoziali senza subire ingerenze illecite espressione dell'altrui scorrettezza. E così **nell'ambito del procedimento di evidenza pubblica, i doveri di correttezza e buona fede sussistono, anche prima e a prescindere dall'aggiudicazione, in tutte le fasi, con conseguente possibilità di configurare una responsabilità precontrattuale da comportamento scorretto nonostante la legittimità dei singoli provvedimenti che scandiscono il procedimento**. *Cons. St., sez. V, 11 maggio 2026, n. 3637*.

• La stazione appaltante è tenuta a rispettare le regole che, nell'esercizio del proprio potere discrezionale, ha deciso di porre a presidio dello svolgimento della procedura di gara, in ragione dei **principi dell'affidamento e della parità di trattamento tra i concorrenti**. Il rispetto dell'autovincolo è confermato anche dal vigente codice dei contratti pubblici che, fra i principi fondamentali, annovera quello dell'affidamento e della buona fede, per cui occorre tutelare l'affidamento dell'operatore economico sul legittimo eserci-

zio del potere amministrativo. *Tar Campania, Napoli, sez. VII, 23 gennaio 2026, n. 475*, conforme *Tar Lazio, Roma, sez. III, 5 dicembre 2025, n. 22067*; *Tar Campania, Napoli, sez. IX, 27 ottobre 2025, n. 6977*; *Cons. St., sez. VI, 16 aprile 2025, n. 3297*.

■ 1.1. Natura giuridica della responsabilità precontrattuale.

• La **responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione** è da **ricondurre nell'alveo di quella extracontrattuale**. E invero, gli obblighi di buona fede, protezione e informazione, che sorgerebbero, *ex art.* 1173 cod. civ., fra le parti, a seguito del c.d. "contatto sociale qualificato", non danno luogo a un'obbligazione in senso tecnico, ma costituiscono, piuttosto, espressione del generale principio del *neminem laedere*, la cui violazione genera un'obbligazione risarcitoria ai sensi dell'art. 2043 cod. civ. *Cons. St., sez. V, 8 gennaio 2025, n. 120*.

■ 1.2. L'interesse contrattuale negativo.

• Nel caso in cui venga affermata la sussistenza di una responsabilità precontrattuale, il **risarcimento del danno va parametrato** non già all'utile che il contraente avrebbe potuto ritrarre dall'esecuzione del rapporto, ma all'**interesse contrattuale negativo**, che copre sia il danno emergente (ossia le spese inutilmente sostenute per dare corso alle trattative) sia il lucro cessante (da intendersi come mancato guadagno rispetto a eventuali altre occasioni di contratto che la parte alleggi di avere perduto). *Cons. St., sez. V, 27 ottobre 2023, n. 9298*, conforme *Cons. St., Ad. plen., 29 novembre 2021, nn. 19, 20 e 21*.

2 Casi applicativi.

• La **responsabilità precontrattuale** dell'amministrazione può sussistere **anche nel caso in cui sia stata revocata legittimamente una gara**, alla luce dell'entrata in vigore di una norma in materia di contenimento della spesa pubblica. Infatti un comportamento contrario ai canoni di buona fede e correttezza può concretizzarsi nel momento in cui il soggetto pubblico, accortosi delle ragioni che consigliavano di procedere in via di autotutela mediante la revoca della già disposta aggiudicazione, non abbia immediatamente ritirato i propri provvedimenti. In tal modo lo stesso ha prolungato inutilmente lo svolgimento della gara, così inducendo le imprese concorrenti a confidare nelle *chances* di conseguire l'appalto. Al tempo stesso le regole di legittimità amministrativa e quelle di correttezza operano su piani distinti, uno relativo alla validità degli atti amministrativi e l'altro concernente invece la responsabilità dell'amministrazione e i connessi obblighi di protezione in favore della controparte. Oltre che distinti, i profili in questione sono autonomi e non in rapporto di pregiudizialità, nella misura in cui l'accertamento di validità degli atti impugnati non implica che l'amministrazione sia esente da responsabilità per danni nondimeno subiti dal privato destinatario degli stessi. *Cons. St., sez. V, 12 settembre 2023, n. 8273*.

• Negli appalti pubblici **non è precluso all'amministrazione di revocare l'aggiudicazione in presenza di un interesse pubblico individuato in concreto**, del quale si è dato atto nella motivazione del provvedimento di autotutela, alla stregua dei principi generali dell'ordinamento giuridico, i quali, oltre che espressamente codificati dall'**art. 21-quinquies della L. n. 241 del 1990**, trovano fondamento negli stessi principi costituzionali predicati dall'**art. 97 Cost.**, ai

quali deve ispirarsi l'azione amministrativa. L'esercizio di tale potere non è subordinato al ricorrere di ipotesi tipiche, tassativamente predeterminate dal legislatore, ma è rimesso alla valutazione ampiamente discrezionale dell'amministrazione. La legittimità della revoca dell'aggiudicazione non esclude un possibile riconoscimento della responsabilità precontrattuale, nell'ipotesi in cui la condotta concretamente serbata dalla P.A., seppure cristallizzata in provvedimenti non illegittimi, si palesi contraria ai principi di buona fede e correttezza e, dunque, lesiva della libertà di autodeterminarsi nei rapporti negoziali. Le relative controversie sono devolute alla giurisdizione amministrativa. *Tar Campania, Napoli, sez. I, 4 gennaio 2025, n. 61*.

• Il comportamento della stazione appaltante che pubblici, sul proprio portale, un disciplinare di gara che poi sostituisca, il giorno successivo, con altro disciplinare recante diversa formula di calcolo dell'offerta tecnica, senza comunicare l'accaduto mediante avviso sul portale, costituisce una violazione dell'aspettativa del destinatario al mantenimento nel tempo del rapporto giuridico, sorto a seguito di tale attività. *Tar Campania, Napoli, sez. VII, 23 gennaio 2026, n. 475*, conforme *Cons. St., sez. VI, 24 giugno 2025, n. 5482*; *Cons. St., sez. VI, 22 novembre 2023, n. 9986*; *Cons. St., Ad. plen., 29 novembre 2021, n. 19*.

3 La giurisdizione in ipotesi di responsabilità precontrattuale.

• Sussiste la **giurisdizione del giudice ordinario** sulla domanda risarcitoria avanzata dalla P.A. appaltante nei confronti del concorrente aggiudicatario di un appalto di progettazione e lavori, derivante dalla mancata stipula del contratto, con conseguente incameramento della cauzione e relativa domanda di condanna al pagamento, nel caso in cui l'accordo negoziale non si sia perfezionato per fatto imputabile al medesimo aggiudicatario, il quale ha mancato di adempiere l'obbligo di mantenere, per tutta la durata della procedura concorrenziale, il possesso dei requisiti dichiarati, oltre che di informare l'Amministrazione del venir meno di tali requisiti. In tal caso, infatti: a) non rileva che abbia avuto luogo l'aggiudicazione, e nemmeno che si sia provveduto alla revoca della stessa, dal momento che il giudizio non verte sull'accertamento della legittimità o illegittimità di tali atti ma sulla responsabilità precontrattuale; b) le norme che attribuiscono al giudice amministrativo la giurisdizione in particolari materie - nella specie che qui interessa: l'art. 133, lett. e, 1), c.p.a., in tema di procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture - si devono interpretare nel senso che non vi rientra ogni controversia che in qualche modo riguardi una materia devoluta alla giurisdizione esclusiva, non essendo sufficiente il dato della mera attinenza della controversia con la materia, ma soltanto le controversie che abbiano ad oggetto, in concreto, la valutazione di legittimità di provvedimenti amministrativi che siano espressione di pubblici poteri. *Cass. civ., Sez. Un., ord. 29 febbraio 2024, n. 5441*, conforme *Cons. St., sez. III, 23 giugno 2026, n. 5000*.

• A favore della **giurisdizione amministrativa** con riferimento alla responsabilità precontrattuale sia della PA sia dell'aggiudicatario, depongono i seguenti argomenti: a) nella prospettiva del rapporto amministrativo *a latere civis*, informato ai principi di democraticità e trasparenza, la buona fede costituisce regola reciproca della funzione amministrativa (artt. 2 e 5 del Codice, in linea di continuità con l'art. 1, comma 2-bis, della L. n. 241/1990); b) significativa

in tal senso è, inoltre, la devoluzione alla giurisdizione del giudice amministrativo delle controversie relative alle azioni risarcitorie proposte in via diretta (tramite domanda riconvenzionale nel giudizio risarcitorio promosso dal terzo pretermesso) o in sede di rivalsa dalla stazione appaltante nei confronti dell'aggiudicatario che abbia concorso a determinare l'illegittimità della procedura (art. 5, comma 4, del Codice dei contratti, da leggere in combinazione con l'art. 124, comma 1, c.p.a., come modificato dall'art. 209 del nuovo Codice dei contratti pubblici; combinato disposto da cui si ricava che, quando regolano un procedimento amministrativo come la gara pubblica, il principio di buona fede e quello di affidamento sono regole dell'azione amministrativa non diritti soggettivi privatistici); c) la coesistenza di una posizione di interesse legittimo e di una collaterale posizione di diritto soggettivo (concernente la tutela dell'affidamento) potrebbe poi creare l'anomalia di una duplicazione artificiosa di rapporti (uno amministrativo e uno privatistico) e, quindi, il rischio di due giudizi sulla stessa vicenda con esiti di dubbia compatibilità col principio del giusto processo sancito dall'art. 111 Cost. e il pericolo di scarsa certezza nei rapporti tra pubblica amministrazione e privati. *Cons. St., Ad. plen., 29 novembre 2021, nn. 19, 20 e 21.*

• In materia di **danno da provvedimento favorevole poi annullato**, fuori delle materie indicate dall'art. 133 c.p.a., nelle quali si configura la giurisdizione esclusiva del g.a. (dunque, in tali fattispecie la giurisdizione è necessariamente del g.a. anche per il profilo in esame), la domanda risarcitoria del privato che lamenti la lesione dell'incolpevole affidamento circa la legittimità di un provvedimento amministrativo ampliativo successivamente annullato o la correttezza del comportamento della P.A. compete alla **giurisdizione del g.o.**, venendo in rilievo la lesione non già di un interesse legittimo bensì del **diritto soggettivo alla autodeterminazione del singolo nelle scelte** che comportano impegno di risorse, al riparo da ingerenze illecite o da comportamenti scorretti altrui, la cui protezione si realizza mediante l'imposizione di reciproci doveri di comportamento, ispirati a buona fede, tra i soggetti di una relazione instaurata in vista della conclusione di un contratto o dell'emissione di un provvedimento amministrativo. *Cass. civ., Sez. Un., 25 settembre 2025, n. 26080*, conforme *Cons. St., sez. V, 19 giugno 2026, n. 4923* in caso di annullamento dell'aggiudicazione in una gara divisa in lotti; *Cons. St., sez. VI, 3 marzo 2026, n. 1648*.

4 Connessione tra principio di buona fede, principio di affidamento e principio del risultato.

• L'obbligo di agire secondo buona fede, previsto in linea generale dalla legge sul procedimento amministrativo e ora declinato nella contrattualistica pubblica, configura un **rapporto di tipo orizzontale tra cittadini e pubblica amministrazione**, che comporta - oltre a dei precisi doveri per l'am-

ministrazione - anche una più marcata responsabilizzazione dei primi in seno al procedimento, il che si traduce nella individuazione della soglia di sforzo esigibile dall'operatore economico per comprendere l'interesse cui la commessa è preordinata. *Cons. St., sez. III, 26 marzo 2024, n. 2866* ha specificato come l'applicazione al caso di specie dei richiamati principi implicava che l'"operazione amministrativa" avuta di mira dalla stazione appaltante, desunta dalla chiara indicazione in tal senso fornita dalla legge di gara, aveva riguardo al fatto che *"il risultato atteso è la fornitura in opera perfettamente funzionante delle apparecchiature"* per cui non soddisfaceva tale requisito la fornitura di apparecchiature da parte dell'aggiudicatario che, a fronte dell'apparente minor costo di acquisto, implicavano il necessario svolgimento di attività materiali e giuridiche aggiuntive, le quali, oltre ai costi relativi ai corrispettivi per l'acquisto degli ulteriori materiali necessari al funzionamento, comportavano altresì dei costi relativi ai tempi e all'impiego delle risorse umane necessarie per il compimento delle relative procedure.

• È legittimo e **coerente con i principi del risultato e di buona fede delle parti contrattuali**, con la **necessità di parità di trattamento dei partecipanti alla gara**, che abbiano rispettato la *lex specialis* di gara, oltre che con la previsione dell'art. 107, primo comma, lettera a), D.Lgs. n. 36 del 2023, il provvedimento con il quale la stazione appaltante ha escluso un operatore economico da una gara di appalto di forniture (nella specie, si trattava della fornitura di dispositivi medici essenziali nelle emergenze sanitarie, per cui la certezza sui tempi di consegna assumeva un valore particolare), che sia motivato con riferimento al fatto che l'operatore economico ha previsto nell'offerta presentata, tempi di consegna dei prodotti offerti ben più ampi di quelli contemplati dalla *lex specialis*. *Tar Lombardia, Milano, sez. II, 16 aprile 2024, n. 1105* che ha evidenziato come l'offerta era radicalmente difforme dal modello contrattuale risultante dalla legge di gara, ex art. 107, primo comma, lettera a), D.Lgs. n. 36 del 2023. L'offerta doveva pertanto reputarsi anche condizionata e pertanto inammissibile, ex art. 17, quarto comma, D.Lgs. n. 36, cit., che impone di presentare una sola offerta, in quanto il partecipante aveva modificato in maniera unilaterale le condizioni di gara, subordinando quindi il proprio obbligo a presupposti diversi da quelli indicati dalla stazione appaltante.

• La stazione appaltante è tenuta a rispettare le regole che, nell'esercizio del proprio potere discrezionale, ha deciso di porre a presidio dello svolgimento della procedura di gara, in ragione dei **principi dell'affidamento e della parità di trattamento tra i concorrenti**. Il rispetto dell'autovincolo è confermato anche dal vigente Codice dei contratti pubblici che, fra i principi fondamentali, annovera quello dell'affidamento e della buona fede, per cui occorre tutelare l'affidamento dell'operatore economico sul legittimo esercizio del potere amministrativo. *Tar Campania, Napoli, sez. II, 29 maggio 2026, n. 3387*.

6. Principi di solidarietà e di sussidiarietà orizzontale. Rapporti con gli enti del Terzo settore. 1. In attuazione dei principi di solidarietà sociale e di sussidiarietà orizzontale, la pubblica amministrazione può apprestare, in relazione ad attività a spiccata valenza sociale, modelli organizzativi di amministrazione condivisa, privi di rapporti sinallagmatici, fondati sulla condivisione della funzione amministrativa con gli enti del Terzo settore di cui al codice del Terzo settore di cui al decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117, sempre che gli stessi contribuiscano al perseguimento delle finalità sociali in condizioni di pari trattamento, in modo effettivo e trasparente e in base al principio del risultato. Non rientrano nel campo di applicazione del presente codice gli istituti disciplinati dal Titolo VII del codice del Terzo settore, di cui al decreto legislativo n. 117 del 2017.

Sommario **1** In generale.**1** In generale.

• La disposizione esclude dall'ambito di applicazione del Codice gli istituti di cui al Titolo VII del D.Lgs. n. 117/2017. *Cons. St., sez. III, 8 gennaio 2024, n. 249* che ha previsto che le stazioni appaltanti possano scegliere alternativamente fra il modulo derogatorio dell'affidamento alle c.d. ODV, organizzazioni di volontariato, ovvero in alternativa rivolgersi al mercato, dandone in tale ultimo caso una motivazione rafforzata. Il **fondamento costituzionale** di tale modello si rinviene nel combinato disposto degli artt. 2 e 118, comma 4, Cost., in quanto si configura come uno **strumento di attuazione dei doveri di solidarietà sociale** necessari a realizzare il **principio personalista** su cui si fonda la Costituzione stessa e al contempo l'attuazione del **principio di sussidiarietà orizzontale** attraverso forme di amministrazione condivisa.

• In tema di **Co-progettazione senza co-programmazione**, l'art. 55 CTS rappresenta un **procedimento**

“a cascata”: già la descrizione normativa del processo di “coinvolgimento degli enti del Terzo Settore” recata dall'art. 55 del d.lgs. 3 luglio 2017 n. 117 (Codice del Terzo settore) **reca, al terzo comma, una definizione della co-progettazione [...] evidentemente subordinata alla preliminare definizione della co-programmazione regolamentata dal precedente secondo comma**, in termini di processo finalizzato all'individuazione, da parte della pubblica amministrazione procedente, dei bisogni da soddisfare, degli interventi a tal fine necessari, delle modalità di realizzazione degli stessi e delle risorse disponibili. [...] **risulta pertanto evidente come la sistematica complessiva della previsione sia quella di una programmazione tipicamente “a cascata”** che richiede la preventiva individuazione dei bisogni ed interventi da soddisfare attraverso un preliminare procedimento di co-programmazione e, solo successivamente, il ricorso al procedimento di co-progettazione di “specifici progetti di servizio o di intervento”. *Tar Toscana, sez. IV, 30 aprile 2026, n. 840.*

7. Principio di auto-organizzazione amministrativa. 1. Le pubbliche amministrazioni organizzano autonomamente l'esecuzione di lavori o la prestazione di beni e servizi attraverso l'auto-produzione, l'esternalizzazione e la cooperazione nel rispetto della disciplina del codice e del diritto dell'Unione europea.

2. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono affidare direttamente a società in house lavori, servizi o forniture, nel rispetto dei principi di cui agli articoli 1, 2 e 3. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti adottano per ciascun affidamento un provvedimento motivato in cui danno conto dei vantaggi per la collettività, delle connesse esternalità e della congruità economica della prestazione, anche in relazione al perseguimento di obiettivi di universalità, socialità, efficienza, economicità, qualità della prestazione, celerità del procedimento e razionale impiego di risorse pubbliche. In caso di prestazioni strumentali, il provvedimento si intende sufficientemente motivato qualora dia conto dei vantaggi in termini di economicità, di celerità o di perseguimento di interessi strategici. I vantaggi di economicità possono emergere anche mediante la comparazione con gli standard di riferimento della società Consip S.p.a. e delle altre centrali di committenza, con i parametri ufficiali elaborati da altri enti regionali nazionali o esteri oppure, in mancanza, con gli standard di mercato.

3. L'affidamento in house di servizi di interesse economico generale di livello locale è disciplinato dal decreto legislativo 23 dicembre 2022, n. 201.

4. La cooperazione tra stazioni appaltanti o enti concedenti volta al perseguimento di obiettivi di interesse comune non rientra nell'ambito di applicazione del codice quando concorrono tutte le seguenti condizioni:

- a) interviene esclusivamente tra due o più stazioni appaltanti o enti concedenti, anche con competenze diverse;
- b) garantisce la effettiva partecipazione di tutte le parti allo svolgimento di compiti funzionali all'attività di interesse comune, in un'ottica esclusivamente collaborativa e senza alcun rapporto sinallagmatico tra prestazioni;
- c) determina una convergenza sinergica su attività di interesse comune, pur nella eventuale diversità del fine perseguito da ciascuna amministrazione, purché l'accordo non tenda a realizzare la missione istituzionale di una sola delle amministrazioni aderenti;
- d) le stazioni appaltanti o gli enti concedenti partecipanti svolgono sul mercato aperto meno del 20 per cento delle attività interessate dalla cooperazione.

Sommario **1** Affidamento in house e onere motivazionale; **2** La società in house: articolazione interna dell'ente pubblico o soggetto esterno ad esso; **3** Cooperazione tra stazioni appaltanti o enti concedenti e mancata applicazione del codice: condizioni.

1 Affidamento in house e onere motivazionale.

• L'affidamento in house è sottoposto a un preciso **onere motivazionale a tutela della concorrenza** (*Corte cost., 19 aprile 2022 n. 100*), che comporta la necessità per gli enti locali di valutare le possibili alternative, oltre che la congruità economica e i benefici per la collettività (vedi, da ultimo, sull'intensità dell'onere motivazionale, *Cons. St.,*

sez. IV, 18 gennaio 2024, n. 576; Cons. St., sez. V, 5 gennaio 2024, n. 243).

• **L'onere motivazionale prescritto dal D.Lgs. n. 201/2022** (motivazione “qualificata”), norma prevalente per ragioni di specialità, **differisce** sotto alcuni aspetti da quello previsto, **dall'art. 7 del nuovo Codice dei contratti pubblici**. Il coordinamento - allo stato - non è, perfetto perché, da un lato, l'articolo 17 del D.Lgs. n. 201/2022 considera l'opzione domestica quale eccezione praticabile solo sulla base di una motivazione rafforzata che dimostri il fallimento del mercato, dall'altro, l'articolo 7 del Codice dei contratti pubblici considera l'in house quale alternativa generale a cui ricorrere sulla base di una più ordinaria motivazione esplicativa delle ragioni della preferenza ai sensi dell'articolo 3 della legge

n. 241/1990. Ad ogni modo, viene prescritto alla stazione appaltante di effettuare sempre una valutazione in termini di proporzionalità, intesa come scelta meno restrittiva della concorrenza e del mercato. *Cons. St., sez. V, 5 gennaio 2024, n. 243*, conforme *Cons. St., sez. VII, 7 agosto 2023, n. 7631*.

• **Si solleva questione di pregiudizialità** invitando, ai sensi dell'art. 267 del TFUE, la Corte di giustizia dell'Unione europea a pronunciarsi sul seguente quesito: *“se il diritto unionale e, segnatamente, l'art. 5, paragrafo 2, del Regolamento n. 1370/2007 cit., con riguardo all'aggiudicazione diretta ad un operatore interno di un contratto di servizio di trasporto pubblico locale di passeggeri, nella parte in cui prevede che tale aggiudicazione sia possibile a meno che non sia vietato dalla legislazione nazionale, osti ad una normativa nazionale, del tipo previsto dall'art. 17, comma 2, cit., la quale, pur non vietando del tutto il ricorso all'in house, lo ammette ma con limitazioni e, in particolare, consente alle amministrazioni di ricorrere a tale modello di affidamento solamente in presenza di una qualificata motivazione che dettagliatamente illustri le ragioni del mancato ricorso al mercato nonché i benefici per la collettività della forma di gestione prescelta con riguardo a tutta una serie di indicatori (gli investimenti, la qualità del servizio, i costi dei servizi per gli utenti, l'impatto sulla finanza pubblica, gli obiettivi di universalità, socialità, tutela dell'ambiente e accessibilità dei servizi, anche in relazione ai risultati conseguiti in eventuali pregresse gestioni in house) e non sulla sola base di una valutazione di convenienza economico-amministrativa”*. *Tar Lazio, Roma, sez. II, ord. 29 settembre 2025, n. 16793*.

2 La società in house: articolazione interna dell'ente pubblico o soggetto esterno ad esso.

• **L'esercizio delle attività facenti capo al servizio idrico integrato** può essere affidato in via diretta alle società *“in house”* (interamente partecipate dagli enti pubblici e ricadenti nell'ambito territoriale ottimale), senza che ciò determini violazione del principio comunitario di concorrenza, dal momento che tali società, pur essendo dotate di autonomia personalità giuridica, sono equiparabili a un'articolazione interna dell'ente pubblico che le ha costituite, con la conseguente necessità di rispettare i principi che informano

8. Principio di autonomia contrattuale. *Divieto di prestazioni d'opera intellettuale a titolo gratuito.* 1. Nel perseguire le proprie finalità istituzionali le pubbliche amministrazioni sono dotate di autonomia contrattuale e possono concludere qualsiasi contratto, anche gratuito, salvi i divieti espressamente previsti dal codice e da altre disposizioni di legge.

2. Le prestazioni d'opera intellettuale non possono essere rese dai professionisti gratuitamente, salvo che in casi eccezionali e previa adeguata motivazione. Salvo i predetti casi eccezionali, la pubblica amministrazione garantisce comunque l'applicazione del principio dell'equo compenso, secondo le modalità previste dall'articolo 41, commi 15-bis, 15-ter e 15-quater¹.

3. Le pubbliche amministrazioni possono ricevere per donazione beni o prestazioni rispondenti all'interesse pubblico senza obbligo di gara. Restano ferme le disposizioni del codice civile in materia di forma, revocazione e azione di riduzione delle donazioni.

¹ Comma così modificato dall'art. 1, D.Lgs. 31 dicembre 2024, n. 209. Il testo previgente disponeva: 2. *Le prestazioni d'opera intellettuale non possono essere rese dai professionisti gratuitamente, salvo che in casi eccezionali e previa adeguata motivazione. Salvo i predetti casi eccezionali, la pubblica amministrazione garantisce comunque l'applicazione del principio dell'equo compenso.*

Sommario 1 La capacità negoziale della P.A.; 2 Contratti pubblici e normativa sull'equo compenso.

1 La capacità negoziale della P.A.

• La P.A. ha una **generale e piena capacità negoziale**, salvo i divieti previsti dalla legge. **Il principio di tipicità dei provvedimenti amministrativi non si estende ai contratti**, per i

la correttezza e la legittimità dell'attività amministrativa, in vista della tutela del peculiare interesse pubblico a cui sono preposte. *Cass. civ., Sez. Un., 8 luglio 2024, n. 18623*, conforme *Cons. St., sez. III, 27 agosto 2021, n. 6062*.

• **Non è necessario che il controllo analogo** sia esplicato nelle forme assolute e gerarchiche previste per gli uffici dell'ente, visto che si tratta di controllo su soggetto esterno e distinto. *Cass. civ., Sez. Un., 8 gennaio 2024, n. 567*, a proposito del controllo dell'Asl di Foggia su una società *in house*.

• *Si veda anche Giurisprudenza sub artt. 16 D.Lgs. n. 175/2016 e 17 D.Lgs. n. 201/2022.*

3 Cooperazione tra stazioni appaltanti o enti concedenti e mancata applicazione del codice: condizioni.

• **Un accordo di cooperazione tra due o più amministrazioni aggiudicatrici non rientra nell'ambito di applicazione della disciplina dei contratti pubblici, quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni:** a) il contratto stabilisce o realizza una cooperazione tra le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti, finalizzata a garantire che i servizi pubblici che esse sono tenute a svolgere siano prestati nell'ottica di conseguire gli obiettivi che esse hanno in comune; b) l'attuazione di tale cooperazione è retta esclusivamente da considerazioni inerenti all'interesse pubblico; e c) le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti svolgono sul mercato aperto meno del 20 % delle attività interessate dalla cooperazione. **Non è una forma di cooperazione tra amministrazioni e rientra nel campo di applicazione della disciplina dei contratti pubblici l'accordo che:** a) prevede una prestazione di servizi di una amministrazione a favore dell'altra e non viceversa; b) prevede un ristoro economico a favore di una sola amministrazione che integra un rapporto sinallagmatico tra prestazioni; c) tende quindi a realizzare la missione istituzionale di una sola delle amministrazioni aderenti; d) non consente all'amministrazione che affida il servizio di svolgere interamente la missione ad essa attribuita dalla legge, in quanto ne affida lo svolgimento parziale all'altra amministrazione dietro corrispettivo. *Tar Lombardia, Milano, sez. I, 26 giugno 2026, n. 3599*, conforme sui rapporti tra Regioni e ACI. *Corte giust., sez. VII 3 febbraio 2026, in causa C-316/25.*

quali vige l'opposto principio di atipicità (art. 1322, comma 2, c.c.). *Cass. civ., Sez. Un., 23 febbraio 2023, n. 5657.*

2 Contratti pubblici e normativa sull'equo compenso.

• **Non può predicarsi alcuna antinomia tra la disciplina dei contratti pubblici e la sopravvenuta disciplina sull'equo compenso.** I due plessi normativi devono esse-