

Parte I

IL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

Gianfrancesco Fidone

1. La legislazione dei contratti pubblici tra discrezionalità e automatismi: un confronto tra l'approccio europeo e quello italiano.
 - 1.2. Ancora sulla relazione tra flessibilità ed efficienza: l'apprendimento dell'amministrazione attraverso le procedure di aggiudicazione.
 - 1.3. Sulla distinzione tra corruzione e inefficienza.
2. Da *Tangentopoli* alle leggi c.d. Merloni: il legislatore italiano persegue il contrasto alla corruzione attraverso la riduzione della discrezionalità amministrativa.
3. Le direttive comunitarie del 2004: l'unificazione della disciplina dei lavori, servizi e forniture e l'apertura alla concorrenza da realizzarsi attraverso modelli flessibili.
4. Il Codice dei contratti pubblici del 2006. Incorporazione degli istituti flessibili europei nel pre-esistente contesto di rigidità e loro conseguente inutilizzazione.
 - 4.1. La stagione dei correttivi e il protrarsi della instabilità della disciplina di settore: iper-regolazione e «*moltiplicazione dei modelli*».
5. Il riemergere della questione della corruzione: una disciplina anticorruzione «*fuori dalle gare*».
 - 5.1. I nuovi scandali, la creazione dell'Autorità Anticorruzione (ANAC) e l'aggregazione della domanda pubblica.
6. Le direttive del 2014: l'obiettivo dell'efficienza attraverso un ulteriore aumento della flessibilità delle procedure e il c.d. *uso strategico* degli appalti.
 - 6.1. I c.d. appalti verdi e le deroghe al principio di economicità.
 - 6.2. La direttiva concessioni.
7. Il codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 50/2016: il dibattito sulla «*filosofia del recepimento*» e la legge delega.
 - 7.1. Le due anime del Codice, tra diritto europeo e diritto interno. Perdurante instabilità della disciplina di settore (il primo *correttivo* e lo «*Sblocca cantieri*»).
 - 7.2. La disciplina generale degli appalti e le discipline speciali.
 - 7.3. La disciplina delle concessioni e dei PPP.
 - 7.3. La *governance* e la *soft law*.
8. La ricerca dell'integrità attraverso il perseguimento dell'efficienza.
 - 8.1. *Best value* e integrità nel Regno Unito.
9. Conclusioni: una riforma ancora da completare.

1. LA LEGISLAZIONE DEI CONTRATTI PUBBLICI TRA DISCREZIONALITÀ E AUTOMATISMI: UN CONFRONTO TRA L'APPROCCIO EUROPEO E QUELLO ITALIANO

Esistono due possibili approcci alla regolazione dell'affidamento e dell'esecuzione dei contratti pubblici¹.

¹In tema, AA.VV., *Le gare pubbliche. Il futuro di un modello*, a cura di G.D. COMPORTI, Napoli, 2011,

Il primo è fondato sulla previsione di modelli flessibili, da adattarsi al caso concreto, che esaltino la discrezionalità dei funzionari pubblici che sono chiamati a dare una risposta concreta ai fabbisogni della pubblica amministrazione. In tale caso, il legislatore fa un passo indietro e lascia ampia libertà di scelte all'Amministrazione che governa l'operazione amministrativa finalizzata ad aggiudicare e realizzare il contratto. Si pensi, ad esempio, al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, che consente all'Amministrazione di valutare la qualità delle offerte; alla valutazione, caso per caso, dei giustificativi a fronte di un'offerta anomala; al soccorso istruttorio, che consente di valutare quali offerte siano integrabili e quali non lo siano.

Questo approccio può consentire soluzioni più efficienti, aggiudicazioni di contratti di qualità superiore a costi congrui, migliori esecuzioni. Tuttavia, viene comunemente ritenuto che lasciare ai funzionari pubblici un alto grado di discrezionalità possa esporre ad un alto rischio di corruzione e malaffare poiché il funzionario, approfittando dell'ampia discrezionalità che gli è consentita, potrebbe utilizzarla per realizzare fini personali (anche facendosi corrompere), a discapito dell'interesse pubblico.

Il secondo approccio possibile è quello fondato sull'irrigidimento delle procedure, sottraendo al funzionario pubblico gli spazi di discrezionalità. In tale caso, vi è una sostituzione del legislatore, che fa egli stesso le scelte, all'Amministrazione che invece è costretta ad applicare automaticamente le regole. Si pensi, ad esempio, al criterio del prezzo più basso, che non consente all'Amministrazione alcuna valutazione; all'esclusione automatica delle offerte anomale; all'esclusione automatica delle offerte per violazioni formali, senza alcuna possibilità di soccorso istruttorio.

Questo approccio produce soluzioni meno efficienti del primo. Ad esempio, la sola considerazione del prezzo non consente la valutazione della qualità delle offerte o l'esclusione della migliore offerta per un vizio formale determina l'aggiudicazione alla seconda in graduatoria, peggiore della prima. Tuttavia, viene comunemente ritenuto che privare i funzionari pubblici della discrezionalità esponga ad un minore rischio di corruzione, dal momento che per i funzionari non vi sarebbero spazi per deviare le scelte verso propri fini individuali a discapito dell'interesse pubblico.

Saremmo, quindi, di fronte ad un dilemma apparentemente irresolvibile: l'obiettivo dell'efficienza della contrattazione pubblica (ottenibile lasciando all'Amministrazione un giusto grado di discrezionalità) esporrebbe ed incentiverebbe la corruzione e il malaffare; al contrario, l'obiettivo di impedire e contrastare la corruzione, avrebbe come conseguenza inevitabile la perdita di efficienza nella contrattazione pubblica. Vi sarebbe, pertanto, un chiaro *trade off* tra obiettivi di efficienza e integrità.

passim; M. CAFAGNO-A. BOTTO-G. FIDONE-G. BOTTINO, *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Milano, 2013, *passim*; G.D. COMPORI, *Lo Stato in gara: note sui profili evolutivi di un modello*, in *Dir. econ.*, 2/2007; G. GRECO, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato*, Milano, 1986; ID., *I contratti ad evidenza pubblica*, in AA.VV., *Argomenti di diritto amministrativo*, Milano, 1990, cap. V, p. 67 ss.; F. LEDDA, *Per una nuova normativa sulla contrattazione pubblica*, in AA.VV., *Studi in onore di Antonio Amorth*, vol. I, *Scritti di diritto amministrativo*, Milano, 1982, p. 317 ss.; G. PERICU, *Note in tema di attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1966; G. PERICU-M. GOLA, *L'attività consensuale dell'amministrazione pubblica*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, vol. II, a cura di L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA, Bologna, 2005, p. 283 ss.; E. PICOZZA, *L'appalto pubblico tra diritto comunitario e diritto nazionale. Una difficile convivenza*, in AA.VV., *I contratti di appalto pubblico*, a cura di C. FRANCHINI, Torino, 2010, p. 29 ss.; M. CAFAGNO, *Lo stato banditore*, Milano, 2001.

La faccenda si complica ulteriormente se si considera che il primo approccio (quello fondato sulla flessibilità dei modelli) almeno dal 2004 è perseguito dal legislatore europeo, attraverso le direttive di settore, che si preoccupano di fornire alle Amministrazioni strumenti flessibili per pervenire ad acquisti efficienti. Al contrario, le direttive europee (tanto quelle del 2004 come quelle del 2014) non si preoccupano del tema della corruzione, se non in poche norme finalizzate ad evitare i conflitti di interesse. Obiettivo della procedura di aggiudicazione è quello di individuare la migliore offerta.

Al contrario, a partire dagli anni '90 del secolo scorso, a seguito dei fatti di Tangentopoli, l'approccio del legislatore interno è stato quello di irrigidire le procedure di aggiudicazione con il dichiarato intento di impedire la corruzione. La gara veniva, dunque, ad assumere il duplice obiettivo di selezionare la migliore offerta ma anche di impedire il verificarsi di fenomeni corruttivi e, anzi, in taluni momenti tale ultimo obiettivo poteva considerarsi prevalente sul primo.

La scelta del legislatore interno si è fondata su due discutibili presupposti: in primo luogo, quello che i fenomeni corruttivi riguardassero per lo più l'assegnazione degli appalti, con sottovalutazione della fase dell'esecuzione del contratto e di quella precedente all'aggiudicazione; in secondo luogo, quello che la discrezionalità amministrativa fosse occasione di corruzione e che, al contrario, meccanismi automatici di aggiudicazione, a seguito di procedure di affidamento ingessate, potessero ridurla.

Per usare una metafora, il diritto comunitario immagina che l'amministrazione possa assumere il ruolo di un sarto incaricato di confezionare un abito (procedura di aggiudicazione) su misura rispetto all'oggetto dell'affidamento. Il legislatore interno contrappone il modello dei «*grandi magazzini*» in cui sono disponibili una molteplicità di taglie preconfezionate (procedure pre-determinate). Tuttavia, soprattutto in relazione a contratti complessi, modelli rigidi (taglie preconfezionate) non potranno mai soddisfare pienamente le esigenze del caso concreto come, invece, potrebbe avvenire nel caso del corretto esercizio della discrezionalità amministrativa (abito sartoriale). Il problema del legislatore italiano è, evidentemente, che non si fida dell'abilità del sarto-amministrazione (capacità di esercitare la discrezionalità amministrativa) e della sua onestà (ovvero, teme che l'esercizio della discrezionalità possa tramutarsi in corruzione).

A conferma di quanto si è detto, si può fornire il dato italiano dell'incidenza percentuale delle procedure flessibili (dialogo competitivo e procedura negoziata) in riferimento al totale dei bandi pubblicati per importi superiori alla soglia comunitaria, in comparazione con altri Paesi europei per il periodo 2009-2013²: in Italia la somma dei dialoghi competitivi e delle procedure negoziate è pari al 3,83% dei bandi pubblicati a fronte del 10% in Francia, del 16,79% in Germania e del 9,95% nel Regno Unito.

²Per l'analisi di questi dati, si confronti il lavoro di M. CAFAGNO, *Flessibilità e negoziazione. Riflessioni sull'affidamento dei contratti complessi*, in *Riv. dir. pubbl. comunit.*, 2013, pp. 991-1020. L'Autore ha ricavato i dati dagli archivi del servizio TED (*Tenders Electronic Daily*) – la versione online del Supplemento alla *Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea*, per gli appalti pubblici (<http://ted.europa.eu/TED/main/HomePage.do>).

1.2. Ancora sulla relazione tra flessibilità ed efficienza: l'apprendimento dell'amministrazione attraverso le procedure di aggiudicazione

Si può brevemente illustrare perché modelli flessibili consentono di pervenire ad aggiudicazioni e esecuzioni contrattuali più efficienti.

Nel rapporto tra pubblica amministrazione e contraente privato, in quanto operatori razionali, vi sono interessi divergenti poiché la prima tende alla realizzazione dell'interesse pubblico, consistente in buone opere e servizi ad un prezzo congruo, mentre il secondo ha interesse a massimizzare il profitto d'impresa. Tale divergenza di interessi deve considerarsi fisiologica nei rapporti di contrattazione pubblica ed è compito delle regole contenute nei documenti di gara e nei contratti tentare, quanto più possibile, di limitarla.

La caratteristica centrale dei rapporti in questione, tanto nella fase di aggiudicazione che in quella di esecuzione del contratto, è quella che l'amministrazione è un soggetto meno informato del suo contraente sulle condizioni offerte dal concorrente e sull'oggetto del contratto da stipulare con l'aggiudicatario. Vi è, dunque, un'asimmetrica distribuzione delle informazioni tra le parti, a svantaggio del committente pubblico che può condurre ad un fallimento del mercato e ad una allocazione inefficiente delle risorse della pubblica amministrazione³.

³ Il rapporto tra amministrazione pubblica e impresa può essere ricondotto al modello economico *principal-agent*, tipico della teoria economica dell'agenzia (o teoria dei costi di agenzia), nel quale ci sono un soggetto denominato *principal* ed un altro soggetto, l'*agent*, remunerato dal primo per assumere decisioni nell'interesse dello stesso principale. In sostanza, si tratta di un rapporto di committenza ove una parte affida all'altra parte l'incarico di soddisfare un suo bisogno o, più in generale, di effettuare una prestazione nel proprio interesse. In tale contesto, in presenza di asimmetria distribuzione delle informazioni, che rende impossibile al principale di controllare l'operato dell'agente, quest'ultimo ha la possibilità di perseguire interessi privati e confliggenti con quelli del *principal*. In riferimento alle motivazioni differenti dei due soggetti, principale e agente, con riferimento all'agente si deve osservare che tra le azioni disponibili egli sarà indotto alla scelta che, secondo il suo calcolo razionale, massimizza la sua utilità. Nella determinazione di tale risultato, l'utilità dell'agente dipenderà dall'azione intrapresa e dalla remunerazione corrisposta dal principale. Il committente, diversamente tende a massimizzare la sua utilità in relazione al risultato conseguito e alla remunerazione che deve erogare all'agente. Il problema dell'agenzia, in presenza di una carenza informativa del *principal*, è quello, pertanto, di individuare le condizioni ed i meccanismi che consentano di massimizzare l'utilità complessiva del sistema principale-agente.

La genericità dello schema della teoria dell'agenzia ne ha permesso l'applicazione a vari rapporti di natura differente, da quelli contrattuali a quelli di immedesimazione organica (ad esempio, tra società ed amministratori), a molti altri. Si riporta di seguito una bibliografia internazionale su tale teoria: C. ALTHAUS, *The application of agency theory to public sector management*, in G. DAVIS-B. SULLIVAN-A. YEATMAN (eds.), *The New Contractualism?*, Centre for Australian Public Sector Management, 1997, pp. 137-153; A. ACKERE, *The principal/agent paradigm: Its relevance to various functional fields*, in *European Journal of Operational Research*, 1993, vol. 70, pp. 83-103; S.J. GROSSMAN-O.D. HART, *An analysis of the principal-agent problem*, in *Econometrica*, 1983, vol. 51, pp. 7-46; K.J. ARROW, *The economics of agency*, in J. PRATT-R. ZECKHAUSER (eds.), *Principals and agents: The Structure of business*, Boston, 1985, pp. 37-51; J. BOSTON-J. MARTIN-J. PALLOT-P. WALSH, *Public management: The New Zealand model*, NY, Oxford University Press, 1996; J. DILULIO, *Principle agents: The cultural bases of behavior in a federal government bureaucracy*, in *Journal of Public Administration Research and Theory*, 4, 1994, pp. 277-318; M. HARRIS-A. RAVIV, *Some results on incentive contacts with applications to education and employment, health insurance, and law enforcement*, in *American Economic Review*, 68, 1978, pp. 20-30; M.J. HORN, *The political economy of public administration: Institutional choice in the public sector*, Cambridge, UK, 1995; M.C. JENSEN-W.H. MECKLING, *Theory of the firm: Managerial behavior, agency costs and ownership structure*, in *Journal of Financial Economics*, 1976, vol. 3, pp. 303-360; R. BALDWIN-M. CAVE, *Understanding Regulation*, Oxford, 1999; L.

Lo svantaggio informativo dell'amministrazione può, ad esempio, dipendere dal fatto che essa non ha il personale e gli strumenti per poter accedere correttamente alle informazioni e per verificarne il contenuto; dal fatto che coloro i quali sono preposti alla ricerca e al controllo delle informazioni non hanno un interesse proprio a tale verifica; dal fatto che dotarsi di tecnici esterni o di commissioni tecniche e consultive è spesso troppo oneroso e non conveniente.

Tale asimmetria informativa, deve considerarsi fisiologica ed inevitabile, anche se ovviamente può variare di intensità in riferimento al caso concreto. Essa, in primo luogo, dipende dal tipo di pubblica amministrazione, dalla sua struttura e dal suo grado di specializzazione: grandi committenti pubblici specializzati (si pensi ad ANAS, CONSIP, ecc.) sono certamente più informati di quelli piccoli e generalisti (piccoli comuni, ecc.). In secondo luogo, deve considerarsi tanto maggiore quanto maggiori sono le attività demandate al privato e la complessità delle stesse (c.d. *contratti complessi*): è evidente che per l'effettuazione di acquisti pubblici banali e standardizzati (ad esempio, acquistare aghi e siringhe) le informazioni necessarie sono minori rispetto a quelle che occorrono per grandi progetti complessi (ad esempio, costruire un grande ospedale).

I problemi per l'amministrazione sono essenzialmente riconducibili a due: il primo è quello della scelta del contraente privato attraverso un'opportuna procedura di selezione, idonea ad evitare che la cattiva informazione dell'amministrazione possa condurre ad una cattiva scelta dell'impresa, qualora si verificassero fenomeni riconducibili alla c.d. *selezione avversa*⁴; il secondo è quello di ottenere un soddisfacente adempimento.

HANCHER-M. MORAN, *Organising the Regulatory Space*, in L. HANCHER-M. MORAN (a cura di), *Capitalism, Culture and Economic Regulation*, Oxford, 1989; G. MAJONE-A. LA SPINA, *Lo Stato Regolatore*, Bologna, 2000; S. PELTZMAN, *The Economic Theory of Regulation after a Decade of Deregulation*, in R. BALDWIN-C. UNDERSTANDING, *Regulation*, Oxford, 1989; R.A. POSNER, *Theories of Economic Regulation*, in *Bell Journal of Economics and Management Science*, 5/1974, pp. 335-358; J. PRATT-R. ZECKHAUSER, *Principals and agents: The structure of business*, Boston, 1985; E. PROUST, *Implementing the contract state*, in *Australian Journal of Public Administration*, 1997, vol. 56, n. 3, pp. 132-134; R. RESS, *The theory of principal and agent*, in *Bulletin of Economic Research*, 1985, vol. 37, n. 1; J.A. ROBINS, *Organizational economics: Note on the use of transaction-cost theory in the study of organisations*, in *Administrative Science Quarterly*, 1987, vol. 32, pp. 68-86; S.A. ROSS, *The economic theory of agency: The principal's problem*, in *American Economic Review*, 63(2), 1973, pp. 134-139; D. SAPPINGTON, *Incentives in principal agent relationships*, in *Journal of Economic Perspectives*, 3(2), 1991, pp. 45-66; G.J. STIGLER, *The Theory of Economic Regulation*, in *Bell Journal of Economics and Management Science*, 2/1971, pp. 3-21; J. STIGLITZ, *Principal and agent*, in J. EATWELL-M. MILGATE-P. NEWMAN (eds.), *The new Palgrave: A dictionary of economics*, London, 1987; W.D. WHITE, *Information and the control of agents*, in *Journal of Economic Behavior and Organization*, 1992, vol. 18, pp. 111-117.

⁴ Si definisce effetto di selezione avversa (*adverse selection*) quell'effetto per il quale hanno più probabilità di partecipare allo scambio volontario quei soggetti [compratori o venditori] che meno possiedono le qualità preferite, che si verifica nel caso di sottoscrizione di un contratto con una parte la cui qualità è ignota all'altra e tale quindi che le condizioni del contratto stesso riflettono solo la qualità media dell'universo delle possibili controparti. In un siffatto mercato, vi sarebbe un chiaro incentivo, per i venditori e produttori di prodotti di qualità migliore, a non accettare lo scambio, perché le condizioni non risultano vantaggiose. Infatti, il prezzo a cui i compratori sarebbero disposti a comprare sarebbe commisurato, come detto, ad una qualità media e, pertanto, più basso di quello al quale i produttori sarebbero disponibili a vendere un bene di alta qualità. Al contrario, sarebbero incentivati a vendere a quel prezzo (commisurato ad una qualità media) quei venditori che siano in possesso di beni di qualità scadente. L'effetto di selezione avversa, però, in presenza di asimmetrie informative, può essere indotto anche dal comportamento di una delle parti. Essa, infatti, può offrire condizioni contrattuali che ingenerano l'adesione di soli contraenti di cattiva

mento del contratto, evitando che si verificano comportamenti nascosti dell'appaltatore che, traendo vantaggio dall'insufficiente controllo pubblico, possa perseguire il proprio interesse anziché quello del committente (c.d. *moral hazard*)⁵.

Con riferimento alla scelta del contraente privato, il problema del committente è quello di scegliere il contraente più affidabile e la migliore offerta tra quelle presentate.

È stato dimostrato che, in presenza di uno svantaggio informativo dell'amministrazione nei confronti del privato appaltatore, una selezione che si fondi solo su criteri automatici quali il prezzo conduce ad una scelta inefficiente (ovvero si verificano fenomeni riconducibili alla c.d. «*selezione avversa*»).

A titolo esemplificativo, si può fare riferimento al «*mercato dei limoni*» («*market for lemons*») del premio Nobel George Akerlof⁶. Tale lavoro dimostra che il criterio del prezzo più basso, nel presupposto di uno svantaggio informativo del compratore sulle caratteristiche qualitative del bene offerto, porta l'amministrazione ad effettuare una cattiva scelta (che trascura gli aspetti qualitativi). Tale criterio, inoltre, può determinare l'accostarsi allo scambio solo degli offerenti che, dato il prezzo basso, sono disponibili ad offrire beni di cattiva qualità (in buona sostanza, chi possiede un bene di buon livello, non è disposto a cederlo ad un prezzo troppo basso).

Anche dal «*teorema di equivalenza*» dell'altro premio Nobel William Spencer

qualità. Ad esempio, qualora l'amministrazione non sia in grado di controllare la qualità del bene da acquisire, criteri di aggiudicazione fondati esclusivamente sul prezzo più basso rischiano di selezionare offerte di concorrenti offerenti beni di scarsa qualità, non essendo conveniente, dato il prezzo troppo basso, lo scambio per i soggetti venditori di beni di alta qualità. La selezione avversa, dunque, si ha quando un lato del mercato non è in grado di controllare il tipo o la qualità dei beni offerti. Per questo è descritta anche come un fenomeno ad informazione nascosta. Si confronti, ad esempio: R.H. FRANK, *Microeconomia*, Milano, 2004.

⁵ Il *moral hazard* è legato all'imperfetta conoscenza ed osservazione di uno dei due lati del rapporto *principal-agent* dei comportamenti dell'altro lato. Esso è chiamato dagli economisti un problema di azione nascosta. In un rapporto di agenzia, cioè, può accadere che l'*agent*, se non adeguatamente controllato dal *principal* possa perseguire il proprio interesse, anziché quello dello stesso *principal*. Comportamenti di azzardo morale possono verificarsi anche nell'esecuzione del rapporto contrattuale tra amministrazione e contraente privato, laddove il soggetto pubblico non abbia gli strumenti e le risorse per controllare l'operato della controparte privata. Per tale motivo, nei contratti pubblici (come in quelli privati) si inseriscono penali e incentivi. Si veda, ad esempio, G. CHIRICHELLO, *Corso di Economia Politica di Base*, Torino, 2000, pp. 286-288.

⁶ G. ACKERLOF, *The market for lemons: quality uncertainty and the market mechanism*, in *Quarterly Journal of Economics*, 1970. La parola «*lemon*» è usata nel gergo americano per indicare un'automobile che è scoperta difettosa solo dopo che è stata comprata e potrebbe essere tradotta in italiano con il termine, altrettanto gergale, di «*bidone*». George Akerlof, Michael Spence e Joseph Stiglitz hanno ricevuto nel 2001 il Premio Nobel per l'Economia per le loro ricerche sulle asimmetrie informative. Si immagini un mercato ad alta asimmetria informativa a danno del compratore rispetto al venditore, quale è quello delle automobili usate, nel quale solo i venditori conoscono esattamente la qualità dell'automobile in loro possesso mentre i compratori non hanno strumenti adeguati per risconrarla. In tale mercato, se il compratore fissasse come criterio di scelta il solo prezzo (anche chiamando ribassi su tale prezzo), si accosterebbero alla vendita solo i venditori che posseggono un'automobile di qualità corrispondente o inferiore al prezzo fissato dal venditore. Non aderirebbero allo scambio i venditori che posseggono automobili di qualità superiore a quella corrispondente al prezzo indicato dal compratore. Poiché il compratore non è in grado di riconoscere la qualità dell'automobile offerta, egli accetterebbe lo scambio con il venditore disposto a cedere la sua vettura al prezzo più basso, che però è anche quello che possiede una macchina di qualità più scadente, corrispondente a quel prezzo (dal momento che chi è consapevole che la sua automobile vale più del prezzo di scambio non sarebbe disponibile a cederla per quel prezzo). Si avrebbe dunque un meccanismo di gara che finirebbe col selezionare il bene di peggiore qualità, ricorrendo un classico esempio di selezione avversa.

Vickrey⁷ si può dedurre, senza entrare nel dettaglio, che (in assenza delle condizioni ipotetiche che giustifichino l'equivalenza, non riscontrabili in natura) il tipo di procedura di aggiudicazione deve essere con attenzione scelto in relazione all'oggetto del contratto.

Dunque, la scelta più opportuna della procedura di aggiudicazione di un contratto pubblico dovrebbe dipendere dal caso concreto, ossia dalle caratteristiche del mercato e da quelle del bene da aggiudicare e non essere predeterminata in astratto *ex ante*.

Limitando il ragionamento ai modelli di gara che sono contemplati dal diritto positivo, la scelta da effettuarsi riguarda da un lato il criterio di selezione e all'altro la procedura di gara. Se per contratti con oggetto beni standardizzati può essere vero che il miglior criterio di selezione dell'offerta è quello del prezzo minimo, per contratti meno semplici, che hanno ad oggetto beni con caratteristiche peculiari, sarà da ritenersi preferibile il criterio (più flessibile) dell'offerta economica più vantaggiosa⁸.

Il punto di arrivo del ragionamento è che per contratti complessi, ove lo svantaggio informativo della pubblica amministrazione sulla qualità e sulle caratteristiche del bene da appaltare è particolarmente ampio, occorre ricorrere a procedure flessibili (alternative a quelle aperte o ristrette) quali il dialogo competitivo o le negoziazioni competitive che consentano all'amministrazione di apprendere (e migliorare la propria informazione iniziale) in corso di procedura. La scelta finale potrà essere così fatta sulla base di un bagaglio informativo maggiore di quello posseduto all'inizio della procedura e in tal modo potrà essere ridotto il rischio di selezione avversa⁹.

Dunque, la limitazione della discrezionalità amministrativa, soprattutto nel caso di contratti complessi, è fonte di inefficienza, dal momento che impedisce la costruzione di procedure di affidamento (ma anche di modelli contrattuali) esattamente calibrate sul contratto da aggiudicare e eseguire. L'assenza di negoziazioni competitive impedisce alla pubblica amministrazione di migliorare la sua conoscenza dell'oggetto contrattuale complesso e di fare scelte più consapevoli (che si convertono nell'inserimento nei bandi di specifiche tecniche o di criteri di aggiudicazione che possano condurre ad una scelta migliore).

⁷Cfr W.S. VICKREY, *Counterspeculation, Auctions, and Competitive Sealed Tenders*, in *Journal of Finance*, vol. 16, Issue 1 (Mar., 1961), pp. 8-37. Vickrey ha vinto il Premio Nobel per l'economia nel 1996.

⁸In questa diversa prospettiva, tra i numerosi scritti, AA.VV., *Handbook of Procurement*, a cura di N. DIMITRI, G. PIGA, G. SPAGNOLO, Cambridge, 2006; AA.VV., *The Economic Theory of Auctions*, vol. I e II, a cura di P. KLEMPERER, Cheltenham, UK, 1999; P. KLEMPERER, *What Really Matters in Auction Design*, Nuffield College, Oxford, feb. 2001 (<http://www.nuff.ox.ac.uk/users/klempere/>); R.P. MCAFEE-J. MCMILLAN, *Auctions and Bidding*, in *Journal of Economic Literature*, 1987, 25(2), p. 699 ss.; P. MILGROM, *Auctions and Bidding: A Primer*, in *Journal of Economic Perspectives*, 1989, 3(3), p. 3 ss.; P. MILGROM, *Putting Auction Theory to Work*, Cambridge University Press, 2004; L. PROSPERETTI-M. MERINI, *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. Una prospettiva economica*, in AA.VV., *Commentario al codice dei contratti pubblici*, a cura di M. CLARICH, Torino, 2010, p. 27 ss.; K.M. SCHMIDT-M. SCHNITZER, *Methods of Privatization: Auctions, Bargaining and Give-Aways*, in H. GIERSCH (ed.), *Privatization at the End of the Century*, Berlino, 1997, p. 97 ss.; E. WOLFSTETTER, *Auctions: An Introduction*, in *Journal of Economic Surveys*, 1995, 10(4), p. 367 ss.

⁹Sul punto: si può rinviare a G. FIDONE, *Le concessioni come contratti complessi: tra esigenze di flessibilità e moltiplicazione dei modelli*, in M. CAFAGNO-A. BOTTO-G. FIDONE-G. BOTTINO (a cura di), *Negoziazioni Pubbliche – Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Milano, 2013.

1.3. Sulla distinzione tra corruzione e inefficienza

È opportuno anche sottolineare che corruzione ed inefficienza sono due patologie ben distinte dell'attività amministrativa, dal momento che può aversi inefficienza anche senza corruzione (cioè nel caso di funzionari perfettamente integri). Diversamente, è più difficile affermare che possa esservi corruzione che non generi inefficienza.

Il concetto di corruzione è multilivello e oscilla fra dimensione giuridica, etica ed economica¹⁰. Tuttavia, nell'immaginario collettivo il termine *corruzione* è spesso associato a specifiche fattispecie di reato, oggetto del diritto penale, da contrastarsi sul piano della sola repressione. A tale accezione restrittiva del termine si affianca una nozione di corruzione più ampia, che ha riguardo a varie forme di malcostume politico e amministrativo, più propriamente da ricondurre al diritto amministrativo, che può essere prevenuta attraverso l'applicazione di misure riconducibili a tale disciplina. Secondo l'ANAC (Autorità Nazionale AntiCorruzione) e il Dipartimento della Funzione Pubblica, il termine «*corruzione*» deve essere inteso come comprensivo: (i) dell'intera gamma dei delitti contro la pubblica amministrazione disciplinati nel Libro II, Titolo II, Capo I del codice penale; (ii) delle «*situazioni in cui, a prescindere dalla rilevanza penale, rilevi il malfunzionamento dell'amministrazione a causa dell'uso a fini privati delle funzioni attribuite*»¹¹. Dunque, tale formula censura anche l'utilizzo privato di funzioni pubbliche, pur non avente rilevanza penale. In tal senso, può essere utile richiamare quella prospettiva proposta delle scienze sociali che guarda alla corruzione come «*the abuse of entrusted power for private gain*» («*l'abuso del potere affidato al fine di ottenere un guadagno personale*»)¹². In virtù di tale definizione, sarebbero quattro gli elementi che caratterizzano la corruzione: il potere affidato, il soggetto titolare del potere, l'abuso collegato ad un distorto esercizio del potere, il vantaggio privato conseguito¹³.

¹⁰ Tra gli studi sulla corruzione, si possono menzionare: A. VANNUCCI, *Atlante della corruzione*, Torino, 2012; PALAZZO F. (a cura di), *Corruzione pubblica. Repressione penale e prevenzione amministrativa*, Firenze, 2011; B.G. MATTARELLA, *Le regole dell'onestà. Etica, politica, amministrazione*, Bologna, 2007; F. MERLONI-L. VANDELLI (a cura di), *La corruzione amministrativa*, Firenze, 2010. In passato vi sono state alcune commissioni che hanno studiato il tema della corruzione e dei relativi rimedi di natura amministrativa. Si possono ricordare: quella nominata dal Presidente della Camera e presieduta da Sabino Cassese nel 1996 (il cui rapporto è pubblicato in *La lotta alla corruzione*, Roma-Bari, Laterza, 1998); quella nominata dal Ministro della funzione pubblica e presieduta da Gustavo Minervini nello stesso anno; quella nominata dal Ministro della funzione pubblica e presieduta da Roberto Garofoli nel 2011 (il cui rapporto è pubblicato in *La prevenzione della corruzione. Per una politica di prevenzione*, in http://www.governo.it/GovernoInformale/documenti/20121022/rapporto_corruzione-DEF.pdf).

¹¹ Piano Nazionale Anticorruzione, anno 2013, p. 13 consultabile sul sito istituzionale dell'ANAC www.anticorruzione.it.

¹² J. POPE, *Confronting corruption: The elements of a national integrity System*, Transparency International of Source Book, 2000.

¹³ Secondo la teoria economica, la corruzione nasce da un altro *rapporto di agenzia*, ovvero quello esistente tra amministratori-*agent* (ad esempio, i politici, il sindaco, ecc.) e amministratori-*principal* (destinatari dell'attività amministrativa, che, ad esempio usufruiranno dell'opera pubblica o del servizio). Infatti, gli amministratori e i politici sono soggetti che dovrebbero realizzare l'interesse della collettività amministrata e da questa sono direttamente scelti (nel caso dei politici con le elezioni) ovvero indirettamente (nel caso in cui gli amministratori pubblici siano assunti da altri amministratori pubblici che dovrebbero sempre curare l'interesse pubblico della collettività amministrata e, in questo caso, si avrebbe un ulteriore problema di

I motivi della concentrazione dei fenomeni corruttivi nel settore dei contratti pubblici appaiono diversi¹⁴: si tratta di un settore caratterizzato dall'utilizzo di ingenti somme di denaro pubblico, che attirano interessi illeciti; esiste una forte *polverizzazione* della domanda in capo a una molteplicità di pubbliche amministrazioni e organismi di diritto pubblico, più facilmente sottratti ai controlli e alle regole previste dalla disciplina nazionale (anche, come si è visto, per l'effetto di disposizioni di legge derogatorie alla disciplina generale); la complessità della disciplina e il quadro di instabilità normativa che caratterizza il settore, favoriscono il verificarsi di fenomeni patologici. Il presupposto di fondo è che quanto più è opaca e non trasparente l'azione delle stazioni appaltanti e meno sottoposta ad adeguati controlli (resi più difficili dalla scarsità di informazioni del controllore, dalla complessità dei contratti e dalla inefficacia dei poteri dello stesso controllore), tanto più concreto è il rischio di corruzione.

Non è facile fornire dati sulla corruzione nel settore dei contratti pubblici, dal momento che si tratta, ovviamente, di un fenomeno nascosto e non misurabile nel suo complesso.

Per avere un'idea della consistenza del fenomeno, precisando che si tratta di dati fondati sulla percezione degli intervistati e non di dati reali, può essere fatto riferimento allo speciale Eurobarometro del 2013, che mostra la grande percezione della corruzione negli appalti, sia nel caso di autorità centrali che locali¹⁵. Infatti, per il 70% degli intervistati italiani la corruzione è diffusa negli appalti pubblici gestiti da autorità nazionali, contro il 56% della media UE (solo il 9% afferma che sia rara e lo 0% che non esista). Per il 69% degli intervistati italiani, la corruzione è diffusa negli appalti gestiti dalle Autorità regionali o locali, contro il 60% della media UE (solo l'11% ritiene che sia rara e il 2% che sia inesistente).

agenzia). In tale rapporto di agenzia si ha un'asimmetria informativa a danno del *principal*-collettività amministrata, che riguarda l'operato degli amministratori-*agent*. Conseguentemente, non è detto che gli amministratori pubblici tutelino l'interesse degli amministrati (ad esempio, nelle procedure volte all'aggiudicazione di un contratto, nella sua esecuzione o nelle rinegoziazioni). Potrebbe succedere, infatti, che approfittando dello svantaggio informativo della collettività amministrata l'amministratore (che dovrebbe rappresentarla e curarne l'interesse) favorisca il proprio vantaggio personale in danno all'interesse pubblico. In tale contesto, dunque, si possono inserire fenomeni corruttivi, dal momento che, in assenza di controlli adeguati e di informazione dei cittadini rappresentati, il funzionario potrebbe trovare conveniente farsi corrompere e realizzare il proprio interesse (coincidente con quello del privato) e non con quello della collettività amministrata. Sul punto, si confrontino G. NAPOLITANO, *Analisi Economica del diritto pubblico*, Bologna, 2009, p. 203 ss.; G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, 2014, p. 28 ss.

¹⁴In tema di corruzione nella contrattualistica pubblica: M.A. SANDULLI-A. CANCRINI, *I contratti pubblici*, in F. MERLONI-L. VANDELLI (a cura di), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, Firenze, 2010, p. 437 ss.; A. VANNUCCI, *Il lato oscuro della discrezionalità. Appalti, rendite e corruzione*, in G.D. COMPORRI (a cura di), *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, Napoli, 2011; G.M. RACCA, *La prevenzione e il contrasto della corruzione nei contratti pubblici (art. 1, commi 14-25, 32 e 52-58)*, in B.G. MATTARELLA (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013; M. CLARICH, *The rules on public contracts in Italy after the Code of Public Contracts*, in *Italian Journal of public law*, 2013 pp. 43-56; G. FIDONE, *La corruzione e la discrezionalità amministrativa: il caso dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 3/2015, pp. 325-344; *The conflict against corruption and the pursuit of efficiency in public negotiation in Italy in US - China Law Review - David Publishing Company*, vol. 14, n. 1/2017.

¹⁵Si confronti, Commissione europea, Speciale Eurobarometro n. 397/2013. I dati sono fondati sulla percezione della corruzione da parte degli intervistati nei diversi Stati membri. Essi, dunque, non devono considerarsi pienamente attendibili, soprattutto se singolarmente considerati. Tuttavia, possono dare un'idea indicativa del fenomeno misurato, soprattutto attraverso la comparazione tra i singoli Paesi.

Tutte le fasi della contrattazione pubblica (da quella di preparazione e programmazione dei contratti a quella di progettazione, dall'aggiudicazione all'esecuzione) si prestano al verificarsi di fenomeni corruttivi. Tale affermazione trova conferma nello speciale Eurobarometro del 2013 che mostra che gli italiani ritengono le seguenti pratiche particolarmente diffuse nelle gare d'appalto pubbliche: capitolati su misura per favorire determinate imprese (52%); abuso delle procedure negoziate (50%); conflitto di interesse nella valutazione delle offerte (54%); turbativa d'asta (45%); criteri di selezione o di valutazione poco chiari (55%); partecipazione degli offerenti nella stesura del capitolato (52%); abuso della motivazione d'urgenza per evitare gare competitive (53%); modifica dei termini contrattuali dopo la stipula del contratto (38%)¹⁶.

Se la corruzione corrisponde all'abuso del potere del funzionario pubblico in cambio di un corrispettivo illecitamente pagato, l'inefficienza si traduce nel cattivo utilizzo delle risorse pubbliche, dovuto a cattiva qualità dei beni e servizi acquisti, alla dilatazione dei tempi delle commesse pubbliche, all'aumento della spesa. Se l'interesse pubblico sottostante alla contrattualistica pubblica rimane pur sempre quello di realizzare opere e servizi di qualità, nei tempi contrattuali e senza spreco di danaro pubblico, l'inefficienza si colloca esattamente nel polo opposto rispetto alla realizzazione di tale interesse pubblico.

Può esserci inefficienza senza corruzione, ovvero anche in presenza di funzionari onestissimi (tanto in fase di aggiudicazione che di esecuzione del contratto). Tale inefficienza può essere causata dalla cattiva regolazione (compresa la c.d. inflazione normativa), dalla cattiva amministrazione (dovuta a cattiva organizzazione, ad incapacità dei funzionari pubblici, ecc.) oppure alle due cose insieme.

Esempi di cattiva regolazione sono la compressione della discrezionalità amministrativa delle stazioni appaltanti e l'irrigidimento, attraverso automatismi, delle procedure di affidamento e dell'esecuzione del contratto; la previsione di formalismi per l'ammissione e la partecipazione delle imprese alle procedure, che determinano l'esclusione di buone offerte e l'aggiudicazione di offerte peggiori di quelle escluse; la moltiplicazione degli adempimenti delle imprese in sede di gara con inutili e defatiganti norme di dettaglio. La lista degli esempi, purtroppo, potrebbe continuare. In tali casi, le stazioni appaltanti, che si trovano ad applicare norme che generano inefficienza, non possono che, conseguentemente, pervenire a scelte inefficienti.

L'altro caso è quello della cattiva amministrazione, nella quale appare centrale il fisiologico svantaggio informativo delle stazioni appaltanti (tanto in fase di aggiudicazione che di esecuzione del contratto) nei confronti degli operatori economici (asimmetria informativa). Tale svantaggio informativo può determinare, come già osservato, casi di c.d. *selezione avversa* nella fase di aggiudicazione (ovvero la scelta dell'offerta peggiore o non della migliore) ovvero, nella fase dell'esecuzione del contratto, casi di c.d. *azzardo morale* (ovvero cattiva qualità nell'esecuzione). Per contrastare tali fenomeni, che aumentano quanto più è complesso l'oggetto del contratto, occorre miglio-

¹⁶Le percentuali corrispondono alla somma tra chi ritiene tali pratiche molto diffuse e abbastanza diffuse. I dati non sono molto distanti da quelli della media europea: capitolati su misura per favorire determinate imprese (57%); abuso delle procedure negoziate (47%); conflitto di interesse nella valutazione delle offerte (54%); turbativa d'asta (52%); criteri di selezione o di valutazione poco chiari (51%); partecipazione degli offerenti nella stesura del capitolato (48%); abuso della motivazione d'urgenza per evitare gare competitive (46%); modifica dei termini contrattuali dopo la stipula del contratto (44%).

rare il grado di informazione delle stazioni appaltanti attraverso la loro specializzazione, il loro accorpamento con conseguente riduzione del numero, ecc.

I due casi di cattiva regolazione e cattiva amministrazione, ovviamente, si possono sommare (con la conseguenza della moltiplicazione dei loro effetti) quando il legislatore dota le amministrazioni di strumenti non idonei a migliorare il loro bagaglio informativo e queste decidono di utilizzarli nello spazio della loro residua discrezionalità.

2. DA TANGENTOPOLI ALLE LEGGI C.D. MERLONI: IL LEGISLATORE ITALIANO PERSEGUE IL CONTRASTO ALLA CORRUZIONE ATTRAVERSO LA RIDUZIONE DELLA DISCREZIONALITÀ AMMINISTRATIVA

L'evoluzione storica delle discipline europea ed italiana dei contratti pubblici può confermare le tendenze che si sono descritte.

Negli anni Novanta le discipline nazionali e comunitarie dei lavori pubblici, dei servizi e delle forniture erano distinte. Allo stesso modo erano distinte le discipline dei contratti nei settori ordinari e nei settori speciali.

La disciplina dei lavori nei settori ordinari, a livello europeo era disciplinata dalla direttiva 93/37/CEE per gli appalti di lavori che coordinava le procedure di aggiudicazione in tale settore.

In Italia, dopo i fatti di Tangentopoli, con la legge 11 febbraio 1994, n. 109, c.d. *Merloni*, la disciplina interna fu profondamente innovata. La nuova disciplina, animata da un animo purificatore, ebbe l'effetto di spostare l'equilibrio tra flessibilità e rigore a favore di quest'ultimo, facendo propria una generalizzata sfiducia sia nei confronti delle stazioni appaltanti che delle imprese. Tali scelte provocarono un rallentamento dell'intero settore, nonostante la crescente domanda di nuove infrastrutture e l'inadeguatezza di quelle esistenti.

Si resero necessari, pertanto, interventi correttivi operati con il d.l. 3 aprile 1995, n. 101 convertito con modificazioni nella legge 2 giugno 1995, n. 216 (*Merloni bis*), e con la legge 18 novembre 1998, n. 415 (*Merloni ter*). Tra l'altro, tale ultima legge tentò di porre rimedio alla sopravvenuta carenza di fondi pubblici, dovuta alla necessità di rispettare i parametri di Maastricht al fine dell'entrata nell'Euro, attraverso la previsione di modelli di finanziamento privato delle opere pubbliche (ad esempio, la finanza di progetto), che successivamente furono ricondotti alla categoria generale del partenariato pubblico privato (PPP). Il corpo normativo fu poi completato con il regolamento attuativo di cui al d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 e con il d.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34, regolamento sulla qualificazione dei soggetti esecutori.

Nei primi anni del nuovo millennio, il legislatore si rese conto della difficoltà di realizzare grandi opere complesse nel quadro normativo della legge Merloni, ritenuta troppo rigida e vincolante oltretutto insufficiente per coinvolgere soggetti e capitali privati nella realizzazione delle infrastrutture, e ampliò i modelli di riferimento possibili, nel senso di una maggior flessibilità.

Fu, così, creato una sorta di doppio binario. Da un lato, furono introdotte norme più flessibili (si pensi, ad esempio, al *general contractor*) per quelle grandi opere infrastrutturali ritenute di interesse strategico per lo sviluppo del Paese, con il d.lgs. 20

agosto 2002, n. 190 che attuava la legge delega 12 dicembre 2001, n. 443, c.d. *legge obiettivo*, che prevede anche deroghe alla legge quadro, per snellire le procedure e per velocizzare la realizzazione delle opere.

Dall'altro, la legge 1° agosto 2002, n. 166 (c.d. Merloni *quater*) modificò per la quarta volta la legge 109/1994, intervenendo sulla disciplina delle opere non strategiche, a dimostrazione della insufficienza di una normativa che impediva un adeguato sviluppo del settore.

Peraltro, tali leggi vennero approvate nel corso di un dibattito sulla necessità di una revisione della disciplina del settore, per l'adeguamento alle sopravvenute modifiche al Titolo V della Parte seconda della Costituzione, operate dalla legge costituzionale 18 ottobre 2001 n. 3. A tal proposito, si deve ricordare che la Corte costituzionale, con sentenza n. 303/2003, evidenziò che la mancata inclusione dei lavori pubblici nella elencazione del nuovo art. 117 Cost., non implica che essi siano oggetto di potestà legislativa residuale delle Regioni. Quella delle opere pubbliche non sarebbe una vera e propria materia ma si qualificerebbe a seconda dell'oggetto a cui afferisce e pertanto, di volta in volta, potrebbe essere ascritta a potestà legislativa esclusiva dello Stato ovvero a potestà legislativa concorrente.

Le discipline dei servizi e delle forniture erano, invece, dettate rispettivamente dal d.lgs. 17 marzo 1995, n. 157 (così come modificato dal d.lgs. n. 65/2000) che recepiva la direttiva 92/50/CEE e dal d.lgs. 24 luglio 1992, n. 358 (come modificato dal d.lgs. n. 402/1998) che recepiva le direttive 77/62/CEE, 80/767/CEE e 88/295/CEE. Vi era poi il d.lgs. 17 marzo 1995, n. 158 (modificato dal d.lgs. n. 625/1996 e dal d.lgs. n. 525/1999), che recepiva le direttive 90/531/CEE e 93/38/CEE, che disciplinava i c.d. settori speciali (già denominati anche settori esclusi).

3. LE DIRETTIVE COMUNITARIE DEL 2004: L'UNIFICAZIONE DELLA DISCIPLINA DEI LAVORI, SERVIZI E FORNITURE E L'APERTURA ALLA CONCORRENZA DA REALIZZARSI ATTRAVERSO MODELLI FLESSIBILI

In tale contesto, intervenne la direttiva comunitaria 2004/18/CE, che per la prima volta accorpò in un unico testo la disciplina dell'aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, forniture e servizi nei settori ordinari¹⁷. La direttiva 2004/17/CE, inoltre, coordinò le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia nonché degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali (c.d. settori speciali).

La finalità perseguita dalla direttiva 2004/18/CE fu quella di ottenere che negli ordinamenti nazionali dei paesi membri l'aggiudicazione degli appalti pubblici (degli Stati, degli enti pubblici territoriali e degli altri organismi di diritto pubblico) divenisse più omogenea e rispettasse i principi, contenuti nel Trattato, della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, della parità di trattamento, di non discriminazione, di riconoscimento reciproco, di proporzionalità e di trasparenza. Tali principi, infatti, devono essere applicati ogniqualvolta

¹⁷ Si veda: R. GAROFOLI-M.A. SANDULLI, *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18 e nella legge comunitaria n. 62/2005*, Milano, 2005.

una pubblica amministrazione, o un altro soggetto a questa assimilabile, decida di adottare un atto o un contratto che abbia per oggetto un'attività economica¹⁸.

La direttiva ebbe l'obiettivo dell'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza nell'ambito dell'intera Comunità europea, attraverso la protezione degli interessi degli operatori economici stabiliti in uno Stato membro che intendessero offrire beni o servizi alle amministrazioni aggiudicatrici stabilite in un altro Stato membro, con esclusione del rischio che gli offerenti nazionali fossero preferiti nell'attribuzione di appalti¹⁹.

Anche l'altra direttiva 2004/17/CE del 31 marzo 2004, relativa ai settori speciali, ebbe l'obiettivo dell'apertura alla concorrenza, considerato il carattere chiuso dei mercati in questione, dovuto alla concessione da parte degli Stati membri di diritti speciali o esclusivi, per l'approvvigionamento, la messa a disposizione o la gestione di reti che forniscono il servizio nei settori richiamati. In questo ambito, dunque, venne in rilievo l'esigenza di prevedere misure di liberalizzazione dei settori sopra indicati finalizzate alla graduale e completa apertura dei mercati alla libera concorrenza²⁰.

Per entrambe le direttive, l'apertura dei mercati alla concorrenza fu concretamente garantita con la previsione di un quadro normativo di riferimento uniforme finalizzato a che nei singoli Stati membri fossero adottate procedure di affidamento omogenee.

In tale contesto, le direttive del 2004 introdussero o implementarono istituti altamente flessibili quali ad esempio l'avvalimento, gli accordi quadro, il dialogo competitivo, l'offerta economicamente più vantaggiosa (anche in deroga al principio di economicità, ad esempio, contemplando la possibilità di considerare anche criteri ambientale – c.d. *appalti verdi*), le centrali di committenza, le procedure negoziate. Tali istituti si collocano nella prospettiva dell'efficienza della contrattazione pubblica, fondata sul riconoscimento alle amministrazioni di un'ampia dose di discrezionalità preordinata all'individuazione della migliore offerta. Diversamente, le due direttive del 2004 non contengono norme anticorruzione, fatta eccezione per le disposizioni finalizzate a prevenire i conflitti di interesse.

Può essere, dunque, osservata la forte portata innovativa di tali direttive, soprattutto in relazione alla disciplina italiana che, come si è visto, costituiva la reazione ai fatti di Tangentopoli, trauma ancora non superato da un punto di vista culturale, istituzionale e politico. Esse si ponevano come elemento di rottura, nel senso della flessibilità, del precario equilibrio delle norme interne, fondate sull'irrigidimento delle procedure di aggiudicazione per finalità di prevenzione della corruzione.

¹⁸ Considerando n. 2, direttiva 2004/18/CE. Si confronti l'art. 2 della direttiva 2004/18/CE, secondo il quale le amministrazioni aggiudicatrici trattano gli operatori economici su un piano di parità, in modo non discriminatorio e agiscono con trasparenza. Analoga disposizione è contenuta nell'art. 10 della direttiva 2004/17/CE. Sul punto, v. pure Corte giust., sentenze 12 dicembre 2002, causa C-470/99, *Universale-Bau AG*, in *Racc.*, p. I-11617 ss., punto 89; 17 settembre 2002, causa C-513/99, *Concordia Bus*, cit., punto 81; 16 settembre 1999, causa C-27/98, *Metalmecanica Fracasso s.P.A.*, in *Racc.*, p. I-5697 ss., punto 26, in *Foro it.*, 1999, IV, c. 508 ss. Si confrontino anche: Corte giust. 7 dicembre 2000, causa C-324/1998; Corte giust. CE 3 dicembre 2001, causa C-59/2000.

¹⁹ Si veda: Corte giust. CE, sentenza 27 novembre 2001, cause riunite C-285/99 e C-286/99. Si veda anche la Comunicazione interpretativa della Commissione del 1° agosto 2006, relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive sugli appalti pubblici.

²⁰ In questo senso, Corte cost., sentenza n. 414/2007.

4. IL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI DEL 2006. INCORPORAZIONE DEGLI ISTITUTI FLESSIBILI EUROPEI NEL PRE-ESISTENTE CONTESTO DI RIGIDITÀ E LORO CONSEGUENTE INUTILIZZAZIONE

Le direttive del 2004 prevedevano come termine ultimo per il loro recepimento il 1 febbraio 2006 e per tale motivo fu istituita presso il Consiglio di Stato una speciale Commissione, presieduta dall'allora Presidente De Lise.

Con il d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 «*codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*» il legislatore raccolse in un unico testo di legge tutta la materia dei contratti pubblici²¹, attuando la delega contenuta nell'art. 25 della legge Comunitaria 2004, legge 18 aprile 2005, n. 62.

Il codice accorpò e riordinò in un unico testo le discipline dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, fino a quel momento contenute in testi legislativi distinti, e abrogò 29 tra leggi, regolamenti e decreti e oltre 100 articoli di legge contenuti in 30 diversi altri testi.

Il nuovo corpo normativo comprendeva, seppure trattandole distintamente, le discipline dei contratti pubblici nei settori ordinari, di cui alla direttiva 2004/17/CE e dei settori speciali di cui alla direttiva 2004/18/CE.

La disciplina dei settori ordinari di rilevanza comunitaria (ovvero dei c.d. contratti sopra soglia), oggetto della Parte II Titolo I, può essere considerata la disciplina generale del Codice del 2006. Le altre discipline particolari si pongono come discipline derogatorie rispetto a quella dei settori ordinari e operano a questa numerosissimi rinvii, per norme di comune applicazione.

Tale disciplina dei settori ordinari, comune a lavori, servizi e forniture, è suddivisa tra la disciplina delle procedure di affidamento (Parte II, Titolo I Capo II – requisiti dei partecipanti; Capo III – oggetto del contratto, procedure di scelta del contraente e selezione delle offerte; Capo IV – progettazione e concorsi di progettazione) e quella dell'esecuzione del contratto (Parte II Titolo I Capo V – principi relativi all'esecuzione del contratto).

Il Titolo III della Parte II, inoltre, detta «*disposizioni ulteriori*» per i soli contratti relativi a lavori pubblici. Si tratta di norme specifiche per i soli lavori pubblici, non applicabili a servizi e forniture, volte a disciplinare la programmazione, direzione ed esecuzione dei lavori (Capo I), le concessioni di lavori (Capo II), la finanza di progetto (Capo III), il c.d. *leasing* immobiliare pubblico (artt. 160 *bis* e ss.).

Altra distinzione da tenere presente, con riguardo ai soli lavori nei settori ordinari, è quella tra le infrastrutture strategiche e insediamenti produttivi e le restanti opere. La prima categoria gode di una disciplina peculiare, già prevista dalla c.d. legge obiettivo di cui al d.lgs. n. 190/2002, oggi recepita dal Capo IV del Titolo III della Parte II del Codice dei contratti pubblici. Le opere in questione sono quelle ricomprese nel programma predisposto dal Ministero delle Infrastrutture, previo parere del CIPE²².

²¹Per quanto riguarda le vicende del Codice dei contratti pubblici, si veda: G. FIDONE, voce *opere pubbliche*, in *Dizionario di diritto amministrativo*, coordinato da M. CLARICH, G. FONDERICO, Milano, 2007 e in *Enc. dir.-Sole 24 ore*, 2007. Per un commento al d.lgs. n. 113/2007, C. LACAVA, *Il secondo correttivo del codice dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 12/2007.

²²Si tratta del programma previsto dall'art. 1, legge n. 443/2001.

I contratti di rilevanza comunitaria, ossia quelli il cui importo è sopra la soglia comunitaria, sono distinti da quelli il cui importo è sotto tale soglia.

Tali ultimi contratti godono, rispetto ai primi, di un regime giuridico molto più snello e libero da vincoli procedurali, non essendo assoggettati alla direttiva 2004/18/CE, che si applica solo ai contratti sopra soglia²³. Essi rimangono, comunque, assoggettati ai principi del Trattato europeo, che sono a fondamento dell'intera disciplina di settore.

Si devono, poi, evidenziare le discipline speciali per i contratti pubblici nel settore della difesa e in quello dei beni culturali, previste dal Titolo IV della Parte II, rispettivamente agli artt. 195 e ss. e 197 e ss.

I lavori, servizi e forniture nei settori speciali, disciplinati a livello comunitario dalla direttiva 2004/17/CE, sono oggetto delle norme della Parte III del Codice. Anche in questo caso, deve essere segnalata la distinzione tra contratti di rilevanza comunitaria e contratti di importo inferiore alla soglia comunitaria. Anche nei settori speciali, i contratti sotto la soglia comunitaria sono assoggettati ad una serie di semplificazioni e deroghe rispetto alla disciplina generale, ai sensi dell'art. 238 del Codice dei contratti pubblici.

Si deve anche ricordare la sentenza della Corte cost. n. 401/2007 che si pronunciò sui ricorsi proposti in via principale da alcune Regioni che avevano lamentato la violazione, da parte delle norme vigenti, di prerogative costituzionali regionali, sostanzialmente salvando il Codice dei contratti pubblici e confermando la coerenza del nuovo testo normativo con il riparto di legislazione previsto dal riformato Titolo V della Costituzione. In linea con la propria precedente giurisprudenza, la Corte ribadì la legislazione esclusiva dello Stato *ex art. 117, comma 2, lett. e)*, Cost. in nome della clausola della tutela della concorrenza: la legittimità della disciplina statale doveva essere valutata alla stregua della proporzionalità e della ragionevolezza delle singole disposizioni rispetto alla funzione primaria dell'apertura alla concorrenza.

La Corte, dunque, esaltò il principio della concorrenza che è posto alla base della previsione di uniformi procedure per la scelta del contraente, idonee a garantire il rispetto dei principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di proporzionalità e di trasparenza. L'osservanza di tali principi costituisce, tra l'altro, attuazione delle stesse regole costituzionali dell'imparzialità e del buon andamento, che devono guidare l'azione della pubblica amministrazione ai sensi dell'art. 97 Cost.²⁴. La nozione comunitaria di concorrenza viene definita dalla stessa Corte costituzionale come «*concorrenza per il mercato*», senza che questo significhi l'abbandono delle concomitanti esigenze di assicurare la «*concorrenza nel mercato*», attraverso la liberalizzazione dei mercati stessi.

²³ Artt. 121 e ss. d.lgs. n. 163/2006.

²⁴ La Corte supera la «*concezione contabilistica*», che qualificava tale normativa come posta esclusivamente nell'interesse dell'amministrazione, ai fini della corretta formazione della sua volontà negoziale. Le procedure di evidenza pubblica devono perseguire l'obiettivo più ampio della tutela della concorrenza, che si concretizza nell'esigenza di assicurare la più ampia apertura del mercato a tutti gli operatori economici del settore, secondo i principi comunitari della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi. L'osservanza delle prescrizioni comunitarie ed interne dell'evidenza pubblica garantisce il rispetto delle regole dell'efficacia e dell'efficienza dell'attività dei pubblici poteri: «*la selezione della migliore offerta assicura, infatti, la piena attuazione degli interessi pubblici in relazione al bene o al servizio oggetto dell'aggiudicazione*».

Il Codice del 2006, dunque, rappresenta un riordino e un accorpamento della precedente frammentazione legislativa nell'ottica di una maggiore apertura del settore alla concorrenza e contemporaneamente il recepimento degli istituti di origine comunitaria improntati alla maggior flessibilità delle procedure, confermando una tendenza che poteva già essere rinvenuta anche nelle ultime della serie delle Leggi Merloni.

La scelta fu, tuttavia, quella di innestare i nuovi istituti flessibili previsti dalle direttive comunitarie in un contesto normativo che ereditò la struttura e l'approccio dell'abrogata legge Merloni (relativa ai lavori), modello esteso anche a servizi e forniture (c.d. *Merlonizzazione* dei servizi e delle forniture). Si poteva dunque riscontrare una discrasia tra i nuovi istituti flessibili (di derivazione comunitaria) e il contesto rigido nel quale erano inseriti (derivante dalla legge Merloni). In buona sostanza, i nuovi istituti flessibili previsti nel codice si trovarono in un ambiente inospitale. Il recepimento delle direttive fu, dunque, poco meditato e probabilmente affrettato, e avvenne senza che fosse compresa adeguatamente la portata innovativa dei nuovi istituti flessibili europei.

4.1. La stagione dei correttivi e il protrarsi della instabilità della disciplina di settore: iper-regolazione e «moltiplicazione dei modelli»

La conferma di quanto si è appena detto è nel fatto che il nuovo Governo appena insediato (Governo Prodi, eletto nel 2006), ritenne il passo compiuto verso la maggior flessibilità troppo lungo e rapido.

L'entrata in vigore del Codice poté, infatti, considerarsi una *falsa partenza*²⁵ poiché con l'approvazione della legge 12 luglio 2006, n. 228, di conversione con modificazioni del d.l. 12 maggio 2006, n. 173 (c.d. *milleproroghe*), vi fu la sospensione, sino al 1° febbraio 2007, di molti degli istituti che spostavano il limite di confine tra regole e flessibilità verso quest'ultima e che, conseguentemente, furono guardate con sospetto²⁶.

Il d.lgs. 26 gennaio 2007, n. 6 (primo decreto correttivo) apportò alcune modifiche di impatto minimo, estendendo il termine di sospensione degli istituti già sospesi al 1° agosto 2007.

Il secondo decreto correttivo, d.lgs. 31 luglio 2007, n. 113, in vigore dal successivo 1 agosto, apportò rilevanti modifiche alla disciplina codicistica, in materia di appalto integrato, di procedura negoziata, di dialogo competitivo, di accordo quadro, di concorsi di idee e progettazione, di finanza di progetto, di opere di infrastrutturazione primaria, di subappalto, di sicurezza sul lavoro, di infrastrutture strategiche, di *leasing*

²⁵ M. CLARICH, *Codice dei contratti pubblici: ancora correttivi e modifiche*, in *Corr. giur.*, 11/2006, p. 1485 ss.

²⁶ Il riferimento è, ad esempio, alle centrali di committenza (art. 33, commi 1, 2 e 3); all'avvalimento (limitatamente al divieto a carico di chi mette a disposizione i requisiti di partecipare ai lavori come appaltatore o subappaltatore, art. 49, comma 10); al dialogo competitivo (art. 58); agli accordi quadro (art. 59); alla procedura negoziata (artt. 56 e 57); all'appalto integrato nei settori ordinari (art. 53, commi 2 e 3). In luogo delle disposizioni sospese, si continuarono ad applicare le disposizioni della legge Merloni, già abrogate dall'art. 256, comma 1 del Codice. Da segnalare anche che, per i contratti i cui bandi o avvisi erano stati pubblicati nei dodici giorni intercorrenti tra l'entrata in vigore del Codice e l'entrata in vigore della legge n. 228, il Codice medesimo trovò integrale applicazione.

immobiliare²⁷. Le norme sospese dal d.l. n. 173/2006 tornarono a vivere così come modificate dal d.lgs. n. 113/2007 o, se non modificate, nella loro formulazione originaria. Tuttavia, l'operatività di alcuni istituti quali il dialogo competitivo e l'appalto integrato fu ancora rinviata all'entrata in vigore dell'emanando Regolamento attuativo del Codice.

Il già segnalato attrito tra Ordinamento italiano ed europeo trova conferma nel fatto che, a fronte del quadro normativo interno che si era delineato, la Commissione europea aveva avviato una procedura di infrazione n. 2007/2309, ex art. 226 del Trattato contro l'Italia. Nella lettera di costituzione in mora di cui alla nota C(2008) 0108 del 30 gennaio 2008, furono segnalate una serie di disposizioni ritenute incompatibili con le direttive comunitarie o incomplete rispetto alle corrispondenti regole delle direttive²⁸. Furono, inoltre, segnalate norme che contenevano riferimenti (c.d. riferimenti incrociati) ritenuti erronei ad altre disposizioni del Codice che non appaiono garantire l'applicazione corretta del diritto comunitario degli appalti pubblici. Infine, fu segnalato il mancato recepimento di alcune disposizioni della direttiva 2004/17/CE (artt. 12, 35, 39 par. 2, direttiva 2004/17/CE).

Per rispondere alle censure della Commissione europea, ma anche per dare soluzione ad alcune ulteriori problematiche evidenziate dall'applicazione pratica delle norme del Codice, intervenne il terzo decreto correttivo, d.lgs. 11 settembre/2008 n. 152, che investì una rilevante moltitudine di norme e istituti. Il provvedimento in questione contiene le «*disposizioni di adeguamento comunitario*», che, appunto, hanno la finalità di recepire le osservazioni contenute nella procedura d'infrazione già descritta²⁹.

²⁷ L'art. 1, commi 907 e ss. della legge finanziaria 2007, legge 27 dicembre 2006, n. 296, aveva espressamente previsto il *leasing* immobiliare pubblico quale modalità realizzativa di opere pubbliche. A seguito del d.lgs. n. 113/2007, tali disposizioni sono state recepite nel codice dei contratti pubblici, all'art. 160 *bis*.

²⁸ Si tratta delle disposizioni sugli appalti aggiudicati a scopo di rivendita o locazione a terzi (art. 24 comma 1); sui soggetti ai quali possono essere affidati i contratti pubblici (art. 34, comma 1); sulla partecipazione dei raggruppamenti temporanei di imprese e dei consorzi (art. 37, comma 11); sulla verifica della capacità dei candidati (artt. 41, comma 4 e 42, comma 4; art. 48; art. 74, comma 6) sull'iscrizione dei fornitori o prestatori di servizi in elenchi ufficiali (art. 45) sulla possibilità di avvalersi della capacità dei terzi, c.d. avvilimento (art. 49, comma 6); sul dialogo competitivo (art. 58, commi 13 e 15); sulle informazioni dei candidati offerenti (art. 79, commi 1 e 2); sui criteri utilizzati per l'aggiudicazione dell'appalto (art. 83, comma 4); sull'attribuzione diretta di appalti pubblici in caso di fallimento o di risoluzione del contratto (art. 140, comma 1); sul *project financing* (artt. 152-160); sulla realizzazione di opere di urbanizzazione a scampo del contributo previsto per il rilascio del permesso di costruire (art. 32, comma 2, lett. g); sulla società pubblica di progetto (art. 172); sulle disposizioni relative ad infrastrutture strategiche (art. 174, comma 5); sulle regole applicabili alle infrastrutture strategiche nel settore dell'energia (art. 179, comma 7).

²⁹ Tra le modifiche introdotte, vi è la sostanziale riforma della finanza di progetto, con l'integrale riformulazione delle procedure di scelta del concessionario previste dall'art. 153 del Codice. Da segnalare, anche, l'inserimento all'art. 3 del Codice del comma 15 *ter* che, per la prima volta, ha definito i «*contratti di partenariato pubblico privato*», richiamando espressamente gli «*indirizzi comunitari vigenti*» e le decisioni Eurostat. Vi sono anche modifiche alla disciplina pre-vigente in tema di accesso agli atti (art. 13), raggruppamenti temporanei di imprese e consorzi (art. 37), controllo dei requisiti per la partecipazione alle gare (art. 48), avvilimento (art. 49), dialogo competitivo (art. 58), progettazione (art. 90), valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa (art. 83), lavori sotto soglia (artt. 122 e 124), società pubblica di progetto (art. 172), promotore di infrastrutture (art. 175). Le «*disposizioni di coordinamento*» apportano al Codice ulteriori modificazioni e integrazioni, indipendentemente dalla richiamata procedura d'infrazione comunitaria. Tra le tante, le modifiche riguardarono i consorzi stabili (art. 36), i raggruppamenti tempora-

Dal momento che la legge Comunitaria n. 62/2005 consentiva l'emanazione di decreti correttivi e integrativi sino al 31 giugno 2008, decorsa tale data non fu più ammissibile l'emanazione di nuovi decreti correttivi³⁰. Tuttavia, non si concluse la tormentata vicenda degli emendamenti al Codice, che negli anni successivi divenne il corpo normativo più emendato della storia della Repubblica italiana.

A partire dall'anno 2009, infatti, il legislatore abbandonò la strada degli interventi organici sul Codice e intraprese quella dell'inserimento delle disposizioni di modifica in una molteplicità di provvedimenti legislativi, spesso eterogenei e aventi ad oggetto diversi settori dell'ordinamento. Richiederebbe molto spazio e non sarebbe probabilmente utile la ricognizione esaustiva di tutti gli interventi di emendamento al Codice³¹.

Tra i provvedimenti più rilevanti, può certamente segnalarsi il d.lgs. 12 aprile 2010, n. 53³², che recepì la direttiva 2007/66/CE (che modificava le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE) relativa al miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti pubblici, la c.d. «*direttiva Ricorsi*» e introdusse nel Codice molteplici e rilevanti novità³³. Le nuove norme processuali del Codice dei con-

nei di imprese (art. 37), i requisiti di partecipazione alle gare (art. 38), la qualificazione (art. 39), la capacità economica delle imprese (art. 41), il dialogo competitivo (art. 58), le offerte (art. 74), le garanzie a sostegno delle offerte (art. 75), la disciplina delle offerte anomale (art. 88), il subappalto (art.118), il collaudo (art. 120), la finanza di progetto (artt. 159 e 160), il leasing immobiliare pubblico (art. 160 *bis*), la definizione delle riserve (art. 240 *bis*), le norme transitorie di cui all'art. 253.

³⁰ Da segnalare, che il terzo decreto correttivo è stato adottato avvalendosi della proroga del suddetto termine di 90 giorni prevista dalla legge delega, legge 18 aprile 2005 n. 62, Legge comunitaria 2004, all'art. 1, comma 3, ultimo periodo.

³¹ Possono, ad esempio, ricordarsi alcuni provvedimenti legislativi che hanno comportato modifiche o integrazioni al Codice, nel corso del solo anno 2009: legge 27 febbraio 2009, n. 14, di conversione del d.l. 30 dicembre 2008, n. 207, recante «*Proroga di termini previsti da disposizioni legislative e disposizioni finanziarie urgenti*», pubblicata in G.U. 28 febbraio 2009, n. 49; legge 18 giugno 2009, n. 69, «*Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile*», pubblicata in G.U. 19 giugno 2009, n. 140, suppl. ord. n. 95; legge 15 luglio 2009, n. 94, «*Disposizioni in materia di sicurezza pubblica*», pubblicata in G.U. 24 luglio 2009, n. 170, suppl. ord. n. 128; legge 23 luglio 2009, n. 99, «*Disposizioni per lo sviluppo e l'internazionalizzazione delle imprese, nonché in materia di energia*», pubblicata in G.U. 31 luglio 2009, n. 176, suppl. ord. n. 136; legge 3 agosto 2009, n. 102, di conversione, con modificazioni, del d.l. 1° luglio 2009, n. 78, recante «*Provvedimenti anticrisi, nonché proroga di termini e della partecipazione italiana a missioni internazionali*», pubblicata in G.U. 4 agosto 2009, n. 179, suppl. ord. n. 140 che, tra l'altro, contiene l'importante riforma dell'istituto delle offerte anomale di cui all'art. 87 del Codice; legge di conversione del d.l. 25 settembre 2009, n. 135, recante «*Disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e per l'esecuzione di sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee*», pubblicata in G.U. 25 settembre 2009, n. 223 (rettifica G.U. 30 settembre 2009, n. 227) che, tra l'altro, contiene le modifiche di adeguamento degli artt. 34, 38 e 49 del Codice alla sentenza della Corte giust. CE 19 maggio 2009, resa nella causa C-538/07, in tema di partecipazione alle gare di imprese che si trovino in una situazione di controllo.

³² Il d.lgs. n. 53/2010 attua la delega contenuta nell'art. 44 della legge comunitaria del 2008, legge 7 luglio 2009, n. 88.

³³ Tali novità riguardarono: rapporti e termini tra aggiudicazione definitiva e stipula del contratto (art. 11); accordo bonario (art. 240); arbitrato, con la previsione di un tetto massimo per il compenso del Collegio Arbitrale e della possibilità di impugnare il lodo anche per «*violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia*» (art. 241); giurisdizione esclusiva del G.A., estesa «*alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione e alle sanzioni alternative*» (art. 244); regole del processo in materia di contratti pubblici innanzi al TAR e al Consiglio di Stato, con la previsione, tra l'altro, dell'accorciamento dei termini di impugnazione e di quelli processuali e della competenza territoriale *inderogabile e rilevabile d'ufficio*; inefficacia o meno del contratto in caso di violazioni gravi e non gravi

tratti pubblici successivamente traghettarono nel Codice del processo amministrativo, di cui al d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, agli artt. 119, comma 1, lett. *a*), 120-125 e 133, lett. *e*), n. 1 e 2 del d.lgs. n. 104/2010, con la previsione di un vero e proprio rito speciale per le controversie in materia di contratti pubblici.

A completare la riforma, ai sensi dell'art. 5 del d.lgs. n. 163/2006, fu poi emanato il regolamento attuativo del Codice, d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207³⁴, che sostituì quello di cui al d.P.R. n. 554/1999 (relativo ai soli lavori), che per la prima volta introdusse norme regolamentari anche nei settori dei servizi e delle forniture. Il Regolamento, contrariamente all'impostazione del Codice (e anche della direttiva 18/2004/CE), trattò separatamente le discipline attuative dei tre settori regolati³⁵.

Quanto alla natura giuridica del regolamento di cui al d.P.R. n. 207/2010, l'art. 5 del d.lgs. n. 163/2006 richiamava l'art. 17, comma 1 della legge n. 400/1988 ai fini del parere obbligatorio del Consiglio di Stato (comma 3) e specificava l'ambito della potestà regolamentare come esecutiva e attuativa (comma 1). Anche il Consiglio di Stato nel parere 17 settembre 2007, n. 3262 ne sostenne la natura di regolamento di esecuzione ed attuazione, ai sensi dell'art. 17, comma 1, legge n. 400/1988, lett. *a*) e *b*), che si riferiscono, appunto, ai regolamenti esecutivi e attuativi-integrativi³⁶.

(nuovi artt. 245 *bis* e *ter*); nuove sanzioni amministrative applicabili da parte del G.A. (nuovo art. 245 *quater*); tutela in forma specifica e per equivalente in caso di mancata dichiarazione di inefficacia del contratto (nuovo art. 245 *quinques*); disposizioni sulla disciplina processuale per le infrastrutture strategiche (art. 246).

³⁴ Con l'entrata in vigore del regolamento (in data 9 giugno 2011), ai sensi dell'art. 256, comma 4 del Codice, furono abrogati, tra gli altri, il d.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554 («Regolamento esecutivo della legge quadro sui lavori pubblici»), il d.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34 («Regolamento sul sistema di qualificazione delle imprese esecutrici di lavori pubblici»), il d.P.R. 4 aprile 2002 n. 101 («Regolamento recante criteri e modalità per l'espletamento da parte delle amministrazioni pubbliche di procedure telematiche di acquisto per l'approvvigionamento di beni e servizi») e il d.P.C.M. 13 marzo 1999 n. 117 («Norme sull'aggiudicazione degli appalti di servizi di pulizia degli edifici specificati dallo stesso testo»).

³⁵ Il Regolamento dettò l'intera disciplina attuativa ed esecutiva dei contratti pubblici delle amministrazioni e degli enti statali e quella dei contratti di ogni altra amministrazione o soggetto equiparato, limitatamente alle materie di competenza esclusiva dello Stato, elencate nell'art. 4, comma 3 del d.lgs. n. 163/2006, secondo i principi dettati dall'art. 117, comma 2, Cost. Inoltre, il Regolamento indicò quali disposizioni, esecutive o attuative di disposizioni rientranti, ai sensi dello stesso art. 4, comma 3, in ambiti di legislazione statale esclusiva, sono applicabili anche alle Regioni e alle Province autonome. L'elenco delle materie che furono disciplinate nel dettaglio dal regolamento è contenuto nel comma 5, art. 5 del Codice.

³⁶ Pertanto, il d.P.R. n. 207/2010 avrebbe natura diversa rispetto al precedente regolamento sui lavori pubblici, di cui al d.P.R. n. 554/1999, che era un regolamento di delegificazione, emesso ai sensi dell'art. 17, comma 2 della legge n. 400/1988. Lo stesso Consiglio di Stato, poi affronta il problema della possibilità che il regolamento possa operare anche come regolamento indipendente, ai sensi dell'art. 17, comma 1, lett. *c*) della legge n. 400/1988, con la conseguenza di poter disporre in materie non disciplinate dalla legge e non coperte da riserva di legge. Tuttavia, secondo lo stesso parere citato, tale eventualità sarebbe da escludere e il regolamento non potrebbe disciplinare in materie ad esso non demandate dal Codice. Infatti, la tipologia dei regolamenti indipendenti sarebbe, in ossequio al principio di legalità, da ammettere con estrema cautela nelle sole materie «vergin» non ancora regolate con legge, e in cui non vi sia riserva assoluta o relativa di legge. Una interpretazione meno restrittiva sulla ammissibilità dei regolamenti indipendenti potrebbe dare corpo al pericolo che tali regolamenti possano creare un polo normativo concorrente rispetto a quello parlamentare (di vedano anche: Cons. Stato, Sez. affari normativi, 7 giugno 1999, n. 107, 13 gennaio 2003, n. 4751/2002, 14 febbraio 2005, n. 11603/2004, tutte citate dallo stesso parere del Cons. Stato n. 3262/2007). Conclude il Consiglio di Stato che, nel caso di specie, poiché la materia degli appalti pubblici è già disciplinata dalla legge e poiché afferisce alla concorrenza, al mercato e all'azione ammini-

Deve poi essere ricordato anche il d.l. 13 maggio 2011, n. 70, c.d. «*decreto sviluppo*», convertito con modifiche nella legge 12 luglio 2011, n. 106. Si tratta di un provvedimento legislativo su larga scala che apportò rilevanti modifiche in vari settori dell'ordinamento (contratti pubblici, attività edilizia, fiscalità, misure per il rilancio dell'economia nelle aree del Mezzogiorno del Paese, strumenti per promuovere sinergie tra le istituzioni di ricerca e le imprese). In tema di contratti pubblici di lavori servizi e forniture, il *decreto sviluppo* apportò rilevanti modifiche alla disciplina vigente che riguardarono tanto il Codice che il Regolamento attuativo, che avrebbero dovuto «*ridurre i tempi di costruzione delle opere pubbliche, soprattutto se di interesse strategico, per semplificare le procedure di affidamento dei relativi contratti pubblici, per garantire un più efficace sistema di controllo e infine per ridurre il contenzioso*»³⁷.

Non è facile *ex post* individuare le tendenze della moltitudine delle novità apportate dagli interventi di emendamento al Codice, ma forse, con un minimo di presunzione, se ne possono segnalare due, che costituiscono entrambe un tentativo di reazione alla eccessiva rigidità dei modelli pre-vigenti, evidentemente ritenuti inadeguati.

La prima tendenza potrebbe essere definita come una «*moltiplicazione dei modelli*»: il legislatore si rende conto che i modelli (tanto di procedure che di contratti) offerti all'amministrazione sono troppo limitati e insufficienti e per porre un rimedio si preoccupa di aumentarli. Non vi è, dunque, una restituzione di discrezionalità all'Amministrazione ma solo una maggiore offerta di modelli rigidi utilizzabili.

Un esempio della moltiplicazione dei modelli nel diritto interno è costituito dall'aumentare delle procedure di aggiudicazione dei contratti di concessione di lavori e di servizi³⁸. Infatti, il Codice del 2006 si trovò ad avere cinque diverse procedure per l'aggiudicazione delle concessioni di lavori, ovvero quella prevista dall'art. 144 del d.lgs. n. 163/2006 (concessione di lavori su iniziativa pubblica) e le quattro diverse previste dall'art. 153 (concessione di lavori su iniziativa privata, c.d. finanza di progetto)³⁹. A tali procedure si aggiunsero le disposizioni speciali che regolavano l'affida-

strativa, essa deve considerarsi coperta da riserva relativa di legge e la fonte regolamentare non deve potere intervenire in via indipendente.

³⁷ Art. 4, comma 1, d.l. n. 70/2011.

³⁸ Sul punto sia consentito richiamare: G. FIDONE, *Le concessioni come contratti complessi: tra esigenze di flessibilità e moltiplicazione dei modelli*, in M. CAFAGNO-A. BOTTO-G. FIDONE-G. BOTTINO (a cura di), *Negoziazioni Pubbliche – Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, cit.

³⁹ In tema di finanza di progetto: G. FIDONE-B. RAGANELLI, *Il promotore e la società di progetto*, in M. CLARICH (a cura di), *Commentario al Codice dei Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture*, Torino, 2010; G. FIDONE, *Aspetti giuridici della finanza di progetto*, Luiss University Press, 2006; G. FIDONE, *Un'applicazione di analisi economica del diritto: la procedura per la scelta del concessionario nel c.d. project financing*, in *Riv. giur. edilizia*, anno XLIX, 3/2006, pp. 58-73; B. RAGANELLI, *L'iniziativa privata in caso di 'inerzia' della pubblica Amministrazione*, in G.F. CARTEI-M. RICCHI (a cura di), *Finanza di Progetto. Temi e Prospettive*, Napoli, 2010; D. DEL GAIZO, *La finanza di progetto nelle infrastrutture strategiche*, in G.F. CARTEI-M. RICCHI (a cura di), *Finanza di Progetto. Temi e Prospettive*, cit.; M. CELIO, *L'impatto della nuova normativa sulla finanza di progetto nel mercato del PPP in Italia*, in G.F. CARTEI-M. RICCHI (a cura di), *Finanza di Progetto. Temi e Prospettive*, cit.; D. IARIA, *I problemi applicativi nella finanza di progetto*, in G.F. CARTEI-M. RICCHI (a cura di), *Finanza di Progetto. Temi e Prospettive*, cit.; R. GIANI, *Procedure di gara e scelta del concessionario alla luce della giurisprudenza e delle novità del terzo correttivo*, in G.F. CARTEI-M. RICCHI (a cura di), *Finanza di Progetto. Temi e Prospettive*, cit.; M. MAZZONCINI, *La finanza di progetto nel settore dei lavori pubblici: l'eccessiva regolamentazione e il ruolo della flessibilità*, in M. CAFAGNO-A. BOTTO-G. FIDONE-G. BOTTINO (a cura di), *Negoziazioni Pubbliche – Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, cit.

mento delle concessioni di lavori per le grandi infrastrutture, di cui agli artt. 174 e 175 del Codice, che regolavano sia il caso della concessione su iniziativa pubblica che quello della finanza di progetto. In ultimo, vi erano le procedure di aggiudicazione previste per le concessioni di servizi, ovvero quella prevista dall'art. 30 (concessione di servizi su iniziativa pubblica) e quella prevista dall'art. 278 del regolamento di cui al d.P.R. n. 207/2010 (concessione di servizi su iniziativa privata, c.d. finanza di progetto nei servizi).

La seconda è la indubbia tendenza al superamento del formalismo delle procedure di aggiudicazione, ritenuto evidentemente un ostacolo all'efficienza delle procedure. Un esempio è la previsione della tassatività delle clausole di esclusione e del simmetrico allargamento del soccorso istruttorio, per opera del decreto sviluppo, d.l. n. 70/2011.

In buona sostanza, all'interno della caotica proliferazione degli interventi normativi del periodo in esame, sembrano potersi rinvenire i primi timidi segnali di un cambiamento dell'approccio del legislatore che prende atto della necessità di superare gli schemi del passato, in favore di una regolazione più attenta al tema dell'efficienza degli acquisti. Certo è anche che l'eccessiva proliferazione degli interventi legislativi causò incertezza tra gli operatori del settore e appare lontana dalle regole di *better regulation* che avrebbero dovuto ispirare la riforma.

5. IL RIEMERGERE DELLA QUESTIONE DELLA CORRUZIONE: UNA DISCIPLINA ANTICORRUZIONE «FUORI DALLE GARE»

Negli anni più recenti, il legislatore ha dedicato particolare attenzione al tema dell'anti corruzione, sia a livello generale che specificatamente in tema di contratti pubblici.

La nuova disciplina di cui alla legge 6 novembre 2012, n. 190, «*Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione*», ha ridisegnato la disciplina generale delle misure volte a prevenire e a reprimere la corruzione, intervenendo essenzialmente su tre fronti: nuove misure per prevenire e reprimere la corruzione nella P.A. (anche in materia di appalti e contrattualistica pubblica), con l'introduzione di nuovi strumenti *ad hoc* (ad esempio, i Piani anticorruzione); delega per specifiche discipline attuative, ad esempio, in materia di trasparenza (da cui il successivo d.lgs. 33/2012 sulla trasparenza), per la costituzione di un Codice di comportamento dei dipendenti pubblici (poi adottato con il d.P.R. n. 62/2013), per un nuovo regime delle incompatibilità (da cui il successivo d.lgs. n. 39/2013); modifica del vigente sistema di tutela penale della pubblica amministrazione, con un sensibile aumento delle pene e con la ristrutturazione delle principali figure di *corruption – crime*, cui sono state aggiunte nuove fattispecie di reato. Può, dunque, affermarsi che la Riforma ha dato particolare importanza all'aspetto della prevenzione della corruzione, di cui momento centrale assume la trasparenza dell'attività amministrativa⁴⁰.

⁴⁰ I principali strumenti anticorruzione di natura amministrativa previsti dalla legge n. 190/2012, oltre alla redazione dei piani anti-corruzione, sono la redazione di codici di comportamento; la rotazione del personale; l'obbligo di astensione in caso di conflitto di interesse; nuove discipline specifiche in materia di svolgimento di incarichi d'ufficio e attività ed incarichi extra istituzionali; una nuova disciplina specifica in materia di conferimento di incarichi dirigenziali in caso di particolari attività o incarichi precedenti (*pan-*

Oltre alle misure generali anticorruzione che riguardano la generale attività amministrativa, che ovviamente si applicano anche alla contrattualistica pubblica, furono introdotte specifiche misure per tale settore.

La riforma ha interessato, in primo luogo, la maggiore trasparenza e pubblicità dell'operato delle stazioni appaltanti, che è presupposto irrinunciabile della lotta alla corruzione. Ferme restando le disposizioni specifiche dettate dal Codice dei contratti pubblici, è stato previsto un contenuto minimo della pubblicità sui siti istituzionali delle stazioni appaltanti che riguarda la struttura proponente, l'oggetto del bando, l'elenco degli operatori invitati a presentare offerte, l'aggiudicatario, l'importo di aggiudicazione, i tempi di completamento dell'opera o servizio o fornitura, l'importo delle somme liquidate⁴¹.

Altra linea direttrice della riforma fu quella di ampliare i poteri negoziali delle stazioni appaltanti, attraverso gli strumenti dei *patti di integrità*⁴² e dei *protocolli di legalità*⁴³. Mediante l'accettazione delle clausole sancite in tali patti e protocolli, al momento della presentazione della domanda di partecipazione e/o dell'offerta, l'impresa concor-

rouflage-revolving doors); la previsione di nuovi casi di incompatibilità specifici per posizioni dirigenziali; nuove discipline specifiche in materia di formazione di commissioni, assegnazioni agli uffici, conferimento di incarichi dirigenziali in caso di condanna penale per delitti contro la pubblica amministrazione; previsione di adeguata formazione in materia di etica, integrità ed altre tematiche attinenti alla prevenzione della corruzione; le disposizioni in materia di tutela del dipendente che effettua spontaneamente segnalazioni di illecito commesse all'interno della pubblica amministrazione, il c.d. *Whistleblower*.

⁴¹ Art. 1, comma 16, lett. b) della legge n. 190/2012. Per quanto specificamente riguarda le informazioni sui costi di realizzazione delle opere pubbliche e di produzione dei servizi erogati ai cittadini, la Riforma rinvia ad uno schema tipo redatto dall'ANAC. Spetta, inoltre, all'ANAC pubblicare le informazioni, obbligatoriamente ricevute dalle Amministrazioni, nel proprio sito *web* all'interno di una sezione liberamente consultabile da tutti i cittadini, catalogate in base alla tipologia di stazione appaltante e per Regione (art. 1, comma 15, legge n. 190/2012). L'elenco delle Amministrazioni inadempienti è trasmesso dall'ANAC alla Corte dei conti entro il 30 aprile di ogni anno ed in ogni caso l'inadempimento comporta a carico della stazione appaltante l'irrogazione della sanzione prevista per la mancata ottemperanza alla richiesta di dati ed informazioni formulata dall'Autorità (art. 6, comma 11, d.lgs. n. 163/2006). Sotto altro profilo, la mancata o incompleta pubblicazione, da parte delle pubbliche amministrazioni, delle informazioni sopra elencate costituisce violazione degli standard qualitativi ed economici ai sensi dell'art. 1, comma 1, d.lgs. n. 198/2009, in materia di ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici (c.d. *class action* pubblica), oltre ad integrare in capo al soggetto inadempiente gli estremi della responsabilità dirigenziale. Ulteriore addebito sanzionatorio è previsto a carico dei responsabili del servizio che ritardano nell'aggiornamento dei contenuti sugli strumenti informatici (sul punto sia consentito rinviare a G. FIDONE, *L'azione per l'efficienza nel processo amministrativo: dal giudizio sull'atto a quello sull'attività*, Torino, 2012).

⁴² I *patti di integrità*, richiamati anche dal Piano Nazionale Anticorruzione approvato con delibera CIVIT 11 settembre 2013, n. 72 sono espressamente previsti dall'art. 1, comma 17 della legge n. 190/2012, e rappresentano un complesso di regole di comportamento finalizzate alla prevenzione del fenomeno corruttivo e volte a valorizzare comportamenti eticamente adeguati per tutti i concorrenti. Tale Patto si sostanzia in un documento che la Stazione Appaltante richiede ai partecipanti alle gare e che permette un controllo reciproco e sanzioni per il caso in cui qualcuno dei partecipanti cerchi di eluderlo.

⁴³ Anche i *protocolli di legalità* (già previsti, in via generale, dalla direttiva del Ministero degli Interni 23 giugno 2010) sanciscono un comune impegno ad assicurare la legalità e la trasparenza nell'esecuzione di un contratto pubblico, in particolar modo per la prevenzione, il controllo ed il contrasto dei tentativi di infiltrazione mafiosa, nonché per la verifica della sicurezza e della regolarità dei luoghi di lavoro. Nei protocolli le Amministrazioni assumono, di regola, l'obbligo di inserire nei bandi di gara, quale condizione per la partecipazione, l'accettazione preventiva, da parte degli operatori economici, di determinate clausole che ripropongono le finalità di prevenzione indicate.

rente accetta regole che rafforzano comportamenti già doverosi per coloro che sono ammessi a partecipare alla gara e che prevedono, in caso di violazione di tali doveri, sanzioni di carattere patrimoniale, oltre alla conseguenza della estromissione dalla gara⁴⁴.

La riforma si è anche mossa nel senso di valorizzare l'affidabilità degli operatori economici che partecipano alle procedure di aggiudicazione, con la previsione delle c.d. *white list*, ossia di elenchi da istituire presso le prefetture di imprese operanti in settori di attività particolarmente esposti all'azione della malavita organizzata, conseguentemente da sottoporre a controlli periodici⁴⁵. L'iscrizione negli elenchi della prefettura in cui l'impresa ha sede soddisfa i requisiti per l'informazione antimafia per l'esercizio della relativa attività: gli accertamenti utili all'iscrizione nelle *white list* hanno infatti già completato la necessaria attività istruttoria.

Un ulteriore elemento di novità fu la modifica della disciplina dell'arbitrato, con l'obiettivo di limitare l'applicazione di tale istituto, tradizionalmente svantaggioso per la pubblica amministrazione e vulnerabile ad infiltrazioni di corruttele⁴⁶. In ultimo, vi

⁴⁴ Cons. Stato, Sez. VI, 8 maggio 2012, n. 2657; Cons. Stato, Sez. V, 9 settembre 2011, n. 5066; Cons. Stato, Sez. V, 9 novembre 2010, n. 7963. La legge afferma espressamente che le stazioni appaltanti possono prevedere negli avvisi, bandi di gara o lettere di invito che il mancato rispetto delle clausole contenute nei protocolli di legalità o nei patti di integrità costituisce causa di esclusione dalla gara (art. 1, comma 17, legge n. 190/2012). Tale disposizione, anche alla luce del principio della tassatività delle clausole di esclusione, si giustifica in quanto gli strumenti in questione sono posti a tutela di interessi di rango sovraordinato e le norme che li prevedono, volte alla prevenzione e al contrasto della criminalità organizzata, devono essere considerate imperative e di ordine pubblico (in tal senso, AVCP, determinazione 10 ottobre 2012, n. 4 recante «*Bando-tipo. Indicazioni generali per la redazione dei bandi di gara ai sensi degli articoli 64, comma 4 bis e 46, comma 1 bis, del codice dei contratti pubblici*», spec. parte II, punto 3). In tale quadro, rientra anche la misura dell'escussione della cauzione provvisoria, che vale ad identificare e a quantificare fin dall'origine la conformazione e la misura della responsabilità patrimoniale del partecipante alla gara conseguente all'inadempimento dell'obbligo assunto con la sottoscrizione del patto d'integrità o dell'accettazione delle clausole del protocollo di legalità (Corte cost., ordinanza 13 luglio 2011, n. 211).

⁴⁵ Art. 1, commi 52, 52 bis, 53, 54, 55 e 56, legge n. 190/2012. L'istituzione obbligatoria presso ogni prefettura di elenchi di fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori, riguarda i settori di attività maggiormente esposti a rischio di infiltrazione mafiosa, ovvero quelli tassativamente indicati dall'art. 1, comma 53 della legge n. 190/2012. Si tratta di attività «a valle» dell'aggiudicazione degli appalti e che interessano in particolare il ciclo delle cave, del calcestruzzo e del bitume, i cottimi, i noli a caldo e a freddo, lo smaltimento in discarica. Agli elenchi sono iscritti gli operatori economici che dalle verifiche prefettizie non risultano soggetti a tentativo di infiltrazione mafiosa: la verifica è assimilabile a quella prevista per il rilascio dell'informazione antimafia dall'art. 10, comma 7, d.P.R. 3 giugno 1998, n. 252 e dall'art. 86 del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, Codice antimafia. Tali elenchi prefettizi erano già stati previsti da discipline di settore (si ricordano i provvedimenti per la ricostruzione post-terremoto in Abruzzo di cui all'art. 16, d.l. 28 aprile 2009, n. 39, e d.P.C.M. 18 ottobre 2011; per i lavori relativi all'Expo 2015 ai sensi dell'art. 3 *quinquies* del d.l. 25 settembre 2009, n. 135 e d.P.C.M. 18 ottobre 2011; per il Piano straordinario carceri di cui all'art. 17 *ter* del d.l. 30 dicembre 2009, n. 195 e per i lavori di ricostruzione delle zone colpite dal sisma in Emilia Romagna, Lombardia e Veneto ai sensi dell'art. 5 *bis*, d.l. 6 giugno 2012, n. 74, come modificato dall'art. 11 d.l. 10 ottobre 2012, n. 174) e dall'art. 4, comma 13 del d.l. 13 maggio 2011, n. 70.

⁴⁶ La riforma ha previsto che il deferimento ad arbitri di controversie relative all'esecuzione dei contratti pubblici possa avvenire solo previa autorizzazione motivata da parte dell'organo di governo dell'Amministrazione. È, inoltre, prevista la nullità della clausola compromissoria o del ricorso all'arbitrato, senza preventiva autorizzazione (art. 1, comma 19, legge n. 190/2012). È estesa l'applicazione delle disposizioni in materia di arbitrato anche alle controversie relative a società partecipate da pubbliche amministrazioni o ad esse collegate che, comunque, abbiano ad oggetto prestazioni finanziate con risorse pubbliche (art. 1, comma 20, legge n. 190/2012). Altre successive disposizioni vietano la partecipazione ai collegi arbi-

fu l'ampliamento del novero dei reati che giustificano la risoluzione del contratto⁴⁷.

Le nuove misure descritte hanno costituito un indubbio cambiamento di tendenza rispetto al precedente assetto della normativa anticorruzione per il settore della contrattualistica pubblica. Il legislatore italiano sembra avere preso atto che inefficienza e corruzione sono due mali diversi che vanno combattuti con gli opportuni diversi rimedi. La corruzione deve essere combattuta senza rinunciare a priori all'efficienza dei contratti, attraverso misure che non limitino la discrezionalità amministrativa nelle procedure di affidamento, ingessando le regole della gara.

Le regole dello svolgimento della gara non possono essere considerate «*la bacchetta magica*» per risolvere insieme i problemi di inefficienza e di corruzione. Fuori dalle regole della gara (e probabilmente, anche fuori dal Codice dei contratti pubblici) occorre individuare misure contro la corruzione, sia preventive che repressive, che abbiano come presupposto la trasparenza dell'operato delle amministrazioni.

Tali misure possono e devono riguardare il contesto nel quale la gara si svolge (ad esempio, la composizione della commissione giudicatrice, il rafforzamento dei vincoli di pubblicazione e trasparenza del bando, la trasparenza degli atti di gara, l'affidabilità dei concorrenti, il contrasto ai conflitti d'interesse, ecc.) ma non le regole di gara in senso stretto, ovvero la tipologia, le modalità di selezione, il criterio di scelta. Le regole dell'espletamento della gara, che ne condizionano l'esito⁴⁸, devono avere come obiettivo quello di selezionare la migliore offerta possibile e, dunque, condurre ad una scelta efficiente. Al di fuori di tali regole di gara, occorre creare un contesto ambientale che sterilizzi le procedure dalla corruzione.

La illustrata riforma della disciplina Anticorruzione costituisce il superamento dell'idea (ereditata dalla legge *Merloni* fin dagli anni '90) che il rimedio contro la corruzione possa essere trovato dentro le regole *strictu sensu* delle procedure di aggiudicazione e attraverso il loro irrigidimento, con la riduzione al minimo della discrezionalità amministrativa. Le misure anticorruptive di cui si è appena detto si collocano fuori dalla regolazione della gara e trovano il loro presupposto nella maggiore trasparenza dell'operato della pubblica amministrazione.

5.1. I nuovi scandali, la creazione dell'Autorità Anticorruzione (ANAC) e l'aggregazione della domanda pubblica

Il 2014 in Italia può essere ricordato per il riemergere di eclatanti fenomeni di corruzione e malaffare che hanno riguardato il settore dei contratti pubblici. Il riferimen-

trali ai magistrati ordinari, amministrativi, contabili e militari, agli avvocati e procuratori dello Stato e ai componenti delle commissioni tributarie (tutte prassi precedentemente molto diffuse): nelle controversie tra pubbliche amministrazioni, gli arbitri sono individuati esclusivamente tra dirigenti pubblici; nelle controversie tra pubblica amministrazione e privati, l'arbitro è nominato dall'amministrazione preferibilmente tra i dirigenti pubblici e, nell'ipotesi in cui ciò non sia possibile, viene scelto tra soggetti di particolare esperienza nella materia oggetto del contratto, nel rispetto dei principi di pubblicità e rotazione (art. 1, commi da 19 a 25, legge n. 190/2012).

⁴⁷ Art. 1, comma 58, legge n. 190/2012.

⁴⁸ Si confronti ancora il premio Nobel W.S. VICKREY, *Counterspeculation, Auctions, and Competitive Sealed Tenders*, in *Journal of Finance*, vol. 16, Issue 1 (Mar., 1961), pp. 8-37, già richiamato nel par. 2.

to è, ad esempio, alle inchieste penali del 2014 sul Mose di Venezia⁴⁹ e Expo Milano, seguite poi da quelle di Roma del 2015 c.d. *Mafia Capitale*. Tali eventi riportarono alla memoria quelli di Tangentopoli (anche perché in talune occasioni, i personaggi coinvolti furono gli stessi).

La situazione determinò la definitiva presa di coscienza che nel nostro Paese la corruzione nel settore della contrattualistica pubblica non era stata sconfitta e superata. Se la strada intrapresa dal legislatore per sconfiggere la corruzione era stata quella della limitazione della discrezionalità amministrativa e dell'irrigidimento delle procedure, anche sacrificando l'efficienza della contrattazione pubblica, tale strada non aveva prodotto i risultati sperati. Il settore dei contratti pubblici in Italia si trovava ad essere inefficiente e corrotto.

Questa volta però la risposta del legislatore fu diversa rispetto a quella adottata negli anni 90 del secolo scorso.

Il primo intervento fu quello di cui al d.l. 26 giugno 2014, n. 90, convertito in legge 11 agosto 2014, n. 114, con il quale il Governo emanò ulteriori disposizioni volte a garantire un migliore livello di certezza giuridica, correttezza e trasparenza delle procedure nei lavori pubblici, che completarono la Riforma del 2012.

La più grande innovazione è certamente quella della soppressione dell'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici – AVCP e l'assorbimento delle relative funzioni da parte dell'ANAC. Tale ultima Autorità, già costituita con la legge n. 101/2013, dapprima ereditò le funzioni anticorruzione che la legge n. 190/2012 aveva attribuito alla CIVIT (già istituita con legge n. 150/2009). Il procedimento di modifica dell'assetto e funzioni dell'ANAC si concluse con il d.l. n. 90/2014, con la soppressione dell'Autorità di vigilanza dei contratti pubblici (AVCP) e l'attribuzione delle relative competenze all'ANAC. Inoltre, la stessa legge tolse all'ANAC la materia del controllo di *performance* delle amministrazioni (ereditate dalla CIVIT) e le trasferì al Dipartimento per la funzione pubblica della Presidenza del Consiglio dei Ministri.

Dunque, oggi ANAC è a tutti gli effetti un'Autorità preposta alla lotta alla corruzione in tutti i settori dell'attività amministrativa⁵⁰. Con specifico riferimento ai contratti pubblici ANAC diviene l'Autorità di settore che assolve anche il compito della vigilanza e garanzia della qualità, efficienza e efficacia dell'azione amministrativa⁵¹. Peraltro, l'assorbimento dell'AVCP in ANAC evidenzia quanto fosse cattiva la reputazione di cui godeva il settore dei contratti pubblici in Italia, fatta propria dal Governo.

Lo stesso provvedimento introdusse poi ulteriori misure per la prevenzione della corruzione.

⁴⁹ Sulle vicende del Mose di Venezia, si rinvia a M. CLARICH-G. FIDONE, *The execution of large complex works amid problems of efficiency and risks of corruption: the case of the Mose project in Venice*, in *Resilience of art cities to flooding. Success and failure of the Italian experience*, Roma, 2016, pp. 311-328.

⁵⁰ In tale ambito, ANAC, tra l'altro, partecipa a protocolli d'intesa stipulati con Guardia di Finanza, Dipartimento delle politiche comunitarie, Dipartimento di Ragioneria dello Stato e sussistono rapporti di collaborazione con la Procura della Corte dei conti. Dell'attività svolta l'Autorità redige periodicamente delle relazioni delle quali da conto alle Camere Parlamentari e al Governo, potendo altresì presentare proposte di modifiche della normativa afferente le funzioni svolte.

⁵¹ Da segnalare che, nel quadro dell'effettività delle funzioni svolte dall'ANAC, in data 15 luglio 2014, è stato adottato di concerto tra l'ANAC e il Ministro dell'Interno un Protocollo di intesa contenente *Linee guida* per l'avvio di un circuito stabile e collaborativo tra ANAC – Prefetture UTG – Enti Locali per la prevenzione dei fenomeni di corruzione e l'attuazione della trasparenza amministrativa.

Furono previste misure amministrative nei confronti delle imprese responsabili di fenomeni di corruzione. L'art. 32 del d.l. n. 90/2014 ha previsto che nell'ipotesi in cui l'autorità giudiziaria proceda per reati di concussione, corruzione e turbativa d'asta ovvero in presenza di rilevanti situazioni anomale e comunque sintomatiche di condotte illecite o eventi criminali attribuibili ad un'impresa aggiudicataria di un appalto pubblico (compresi i concessionari di lavori ed i contraenti generali), il Presidente dell'ANAC ne informa il Procuratore della Repubblica e, in presenza di fatti gravi e accertati, propone al Prefetto competente l'adozione dei seguenti provvedimenti alternativi: *a)* ordinare la rinnovazione degli organi sociali mediante la sostituzione del soggetto coinvolto e, ove l'impresa non si adegui nei termini stabiliti, di provvedere alla straordinaria e temporanea gestione dell'impresa appaltatrice, limitatamente alla completa esecuzione del contratto di appalto o della concessione; *b)* provvedere direttamente alla straordinaria e temporanea gestione dell'impresa appaltatrice limitatamente alla completa esecuzione del contratto di appalto o della concessione⁵². Nel caso in cui le indagini relative ai reati di cui sopra riguardino componenti di organi societari diversi da quelli destinatari dei provvedimenti di cui alle suddette lett. *a)* e *b)*, è prevista la possibilità di adottare misure di sostegno e monitoraggio dell'impresa, attraverso la nomina, da parte del Prefetto di uno o più esperti (non più di tre), che devono fornire all'impresa prescrizioni operative⁵³.

Ulteriori misure furono quelle per il controllo preventivo in materia di iscrizione nell'elenco dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori non soggetti a tentativo di infiltrazione mafiosa⁵⁴; quelle relative all'esecuzione di opere pubbliche, servizi e forniture⁵⁵; nell'ambito di queste ultime, quelle straordinarie di gestione, sostegno e

⁵² Più nel dettaglio, il Prefetto, previo accertamento dei presupposti e valutata la particolare gravità dei fatti oggetto di indagine, intima all'impresa di provvedere al rinnovo degli organi sociali sostituendo il soggetto coinvolto nel termine di 30 giorni; ove l'impresa non si adegui in tale termine ovvero nei casi più gravi, provvede direttamente, con decreto alla nomina di uno o più amministratori (non più di 3) a cui sono attribuiti tutti i poteri e le funzioni di disposizione e gestione dei relativi titolari. Nel periodo di vigenza di tale misura, i pagamenti all'impresa sono corrisposti al netto del compenso riconosciuto agli amministratori, e gli utili d'impresa sono accantonati in un apposito fondo, sino all'esito del giudizio penale. È inoltre attribuito al Prefetto, nei casi in cui sia emessa un'informativa antimafia interdittiva e sussista l'urgente necessità di assicurare il completamento dell'esecuzione del contratto ovvero per altre ragioni indicate dalla norma, il potere di disporre di propria iniziativa tutte le misure straordinarie contemplate dall'articolo in commento, informando il Presidente dell'ANAC.

⁵³ Art. 32, comma 8, d.l. n. 90/2014.

⁵⁴ L'art. 29 detta nuove norme in materia di iscrizione nell'elenco dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori non soggetti a tentativo di infiltrazione mafiosa, modificando l'art. 1, comma 52 della legge n. 190/2012 e inserendo l'art. 52 *bis*, il quale prevede che «*l'iscrizione nell'elenco di cui al comma 52 tiene luogo della comunicazione e dell'informazione antimafia liberatoria anche ai fini della stipula, approvazione o autorizzazione di contratti o subcontratti relativi ad attività diverse da quelle per le quali essa è stata disposta*».

⁵⁵ Meritano menzione le misure relative all'Unità operativa speciale per *Expo 2015* (art. 30); il divieto, fino al recepimento delle direttive comunitarie 2014/24/UE e 2014/25/UE, di transazioni della pubblica amministrazione con società o enti esteri aventi sede in Stati che non permettono l'identificazione dei soggetti che ne detengono la proprietà o il controllo (art. 35); il monitoraggio finanziario dei lavori relativi ad infrastrutture strategiche e insediamenti produttivi; l'obbligo di trasmissione ad ANAC di talune tipologie di varianti in corso d'opera (quelle di cui al comma 1, lett. *b)*, *c)* e *d)*, art. 132 Codice appalti) per gli appalti di importo pari o superiore alla soglia comunitaria laddove l'importo della variante ecceda il 10% dell'importo originario del contratto (art. 37).

monitoraggio di imprese, con attuazione affidata al Presidente dell'ANAC e al Prefetto competente.

In ultimo, può essere segnalata, sempre sul fronte della prevenzione della corruzione, la prevenzione della trasmissione ad ANAC, ai fini dell'adozione degli eventuali provvedimenti di competenza, delle varianti in corso d'opera di cui all'art. 132, comma 1, lett. *b)*, *c)* e *d)* del d.lgs. n. 163/2006, di importo eccedente il 10% dell'importo originario del contratto. Tali varianti sono trasmesse all'ANAC unitamente al progetto esecutivo, all'atto di validazione e ad apposita relazione del responsabile del procedimento entro trenta giorni dall'approvazione da parte della stazione appaltante⁵⁶.

Può essere anche osservato che molte disposizioni contenute nella legge anticorruzione e nel suo completamento costituito dal d.l. n. 90/2014 (norme sulla risoluzione dei contratti, sull'arbitrato, sul commissariamento delle imprese coinvolte in fatti corruttivi, sulle misure di sostegno e monitoraggio dell'impresa, sulla trasmissione all'ANAC delle varianti, ecc.) riguardano la fase dell'esecuzione dei contratti e non la fase dell'aggiudicazione. Tale fase, infatti, costituisce il momento meno trasparente e più critico della vita dei contratti pubblici e può essere esposta a corruzione molto più che a quella di aggiudicazione⁵⁷. Anche tale apprezzabile circostanza costituisce una dimostrazione del mutato atteggiamento del legislatore verso il fenomeno della corruzione nella contrattualistica pubblica.

Per completare il quadro evolutivo della disciplina interna, deve essere anche fatto riferimento alla disposizione di cui all'art 9 della legge 23 giugno 2014, n. 89, che ha convertito con modificazioni il d.l. 24 aprile 2014, n. 66, contenente «*misure urgenti per la competitività e la giustizia sociale*» (decreto IRPEF) che ha disciplinato la figura dei «*soggetti aggregatori*» per l'acquisizione di beni e servizi⁵⁸. Senza entrare nel dettaglio di tale complessa disciplina, nell'ambito dell'Anagrafe unica delle stazioni appaltanti presso la Banca dati nazionale dei contratti pubblici (già istituita con l'art. 33 *ter* del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221) è stato creato un nuovo elenco ove si devono iscrivere i «*soggetti aggregatori*». Hanno l'obbligo di iscriversi in questo particolare elenco la Consip S.p.A.⁵⁹ e

⁵⁶ Art. 37, d.l. n. 90/2014. Ai sensi del comma 2 dello stesso articolo, per gli appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria, le varianti in corso d'opera sono comunicate all'Osservatorio dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, tramite le sezioni regionali, entro trenta giorni dall'approvazione da parte della stazione appaltante, per le valutazioni e gli eventuali provvedimenti di competenza dell'ANAC.

⁵⁷ L'esecuzione del contratto è la fase più sensibile al permeare della corruzione, come segnalato nella Relazione annuale 2013 della Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici (AVCP). Anche la Commissione europea ha osservato che «*secondo studi empirici, in Italia la corruzione risulta particolarmente lucrativa nella fase successiva all'aggiudicazione, soprattutto in sede di controlli della qualità o di completamento dei contratti di opere/forniture/servizi*» (Relazione della Commissione europea sulla corruzione, 3 febbraio 2014, COM 2014/38, annex 12 sull'Italia). Si confronti anche *Public Procurement in Europe: cost and effectiveness*, 2011, su www.ec.europa.eu.

⁵⁸ Sul punto si rinvia a: G. FIDONE-F. MATALUNI, *L'aggregazione dei soggetti aggiudicatori di contratti pubblici fra ragioni di integrità, specializzazione e riduzione della spesa*, in *Foro amm.*, 11/2014.

⁵⁹ La Consip S.p.A. (nata come Concessionaria Servizi Informativi Pubblici) è una società per azioni, di cui unico azionista è il Ministero dell'economia e delle finanze, e svolge attività di consulenza, assistenza e supporto in favore delle amministrazioni pubbliche per l'acquisto di beni e servizi. La società, inoltre, svolge funzione di centrale di committenza nazionale.

«una centrale di committenza per ciascuna regione, qualora costituita ai sensi dell'articolo 1, comma 455, della legge 27 dicembre 2006, n. 296»⁶⁰.

La portata di tale previsione appare andare oltre l'obiettivo dichiarato dal legislatore della riduzione e razionalizzazione della spesa pubblica. In realtà, la centralizzazione delle stazioni appaltanti è collegata tanto al tema dell'efficienza degli affidamenti, quanto a quello della lotta alla corruzione. Quanto al primo aspetto, la centralizzazione delle stazioni appaltanti può garantire maggiore informazione e consapevolezza alla pubblica amministrazione che si accosta a un appalto pubblico, riducendo la fisiologica asimmetria informativa a danno della pubblica amministrazione nei confronti dei privati e consentendo di aggiudicare contratti più efficienti grazie alle maggiori informazioni (specializzazione) di cui dispongono. Dall'altro lato, l'accorpamento delle centrali di committenza riduce il numero dei soggetti da controllare e monitorare e consente un più efficace contrasto alla corruzione, anche attraverso la scelta di pubblici amministratori affidabili⁶¹.

6. LE DIRETTIVE DEL 2014: L'OBIETTIVO DELL'EFFICIENZA ATTRAVERSO UN ULTERIORE AUMENTO DELLA FLESSIBILITÀ DELLE PROCEDURE E IL C.D. USO STRATEGICO DEGLI APPALTI

Se in Italia l'anno 2014 fu quello del riemergere di nuovi scandali, lo stesso anno ha visto l'approvazione delle nuove direttive europee di settore. In particolare la direttiva 2004/18/CE è stata abrogata con l'entrata in vigore della direttiva appalti 2014/24/UE; la direttiva 2004/17/CE è stata abrogata dalla direttiva 2014/25/UE che oggi regola i settori speciali; infine, è stata emanata una terza direttiva in materia di concessioni di lavori e servizi, la direttiva 2014/23/UE, che va a sostituire le poche disposizioni sulle sole concessioni di lavori, già contenute nel Titolo III della direttiva 2004/18/CE, agli artt. 56 e ss.⁶²

⁶⁰ Art. 9, comma 1, legge n. 89/2014. Il comma 455 citato da tale disposizione prevede che le Regioni possono costituire centrali di acquisto anche unitamente ad altre Regioni, che operano quali centrali di committenza ai sensi dell'art. 33 del Codice in favore delle Amministrazioni ed enti regionali. La creazione di queste centrali di committenza regionali è stata prevista per contenere e razionalizzare la spesa pubblica per l'acquisto di beni e servizi. Al fine dell'iscrizione nel nuovo elenco dei soggetti aggregatori, le Regioni devono costituire, ove non esistente, un soggetto aggregatore (art. 9, comma 5, legge n. 89/2014). Se, invece, la Regione ha già costituito una centrale di acquisto con funzioni di aggregazione, allora sarà sufficiente per la stessa designare tale centrale quale soggetto aggregatore. Il legislatore, inoltre, riconosce alle Regioni una terza alternativa consistente nella possibilità di stipulare con il Ministero dell'economia e delle finanze un'apposita convenzione, in base alla quale affidare alla Consip la funzione di centrale di committenza per gli enti del proprio territorio regionale (art. 9, comma 6, legge n. 89/2014).

⁶¹ Anche altri autori hanno sottolineato come l'aggregazione delle stazioni appaltanti può assicurare miglioramenti in termini di una maggiore qualità ed efficienza delle Pubbliche Amministrazioni nel settore dei contratti pubblici. In tal senso, si vedano, *ex multis*, R. CAVALLO PERIN-G.M. RACCA, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2010, pp. 325-354; G.M. RACCA, *Le prospettive dell'aggregazione nell'amministrazione dei contratti pubblici*, in *Aperta Contrada* (www.apertacontrada.it), 2014.

⁶² Vale la pena ricordare che la direttiva 2004/18/CE prevedeva espressamente all'art. 17 l'esclusione delle concessioni di servizi dal proprio ambito di applicazione. La nuova direttiva 2014/23/UE reca una disciplina autonoma e compiuta delle concessioni di lavori e servizi che si va a sostituire alle poche disposizioni (abrogate) contenute nella direttiva 18. Si è, dunque, di fronte ad un fenomeno di implementazione

Le nuove direttive si sono mosse su due binari paralleli, che appaiono chiari fin dagli atti preparatori e, in particolare, dal Libro verde del 2011⁶³. Tale documento prospettava, da un lato, l'ammodernamento della disciplina degli appalti pubblici per il perseguimento dell'obiettivo della maggiore efficienza della spesa pubblica (intesa come rapporto qualità-prezzo), da conseguire attraverso l'implementazione della concorrenza e la maggiore flessibilità e semplificazione delle procedure di aggiudicazione. Dall'altro, erano dichiarati complementari al conseguimento dell'efficienza gli «*obiettivi sociali comuni*», tra i quali «*la tutela dell'ambiente, una maggiore efficienza energetica e sotto il profilo delle risorse, la lotta contro i cambiamenti climatici, la promozione dell'innovazione e dell'inclusione sociale e infine la garanzia delle migliori condizioni possibili per la fornitura di servizi pubblici di elevata qualità*»⁶⁴.

Le nuove direttive, dunque, si prefiggono la ricerca dell'efficienza della contrattazione pubblica attraverso procedure di aggiudicazione più varie, moderne e flessibili, con ampliamento della discrezionalità dell'amministrazione⁶⁵. Dall'altro lato, si propongono il c.d. *uso strategico* dei contratti pubblici, ovvero il perseguimento di obiettivi sociali, quali l'aumento dell'occupazione e la promozione delle piccole e medie imprese (PMI), e ambientali.

I due obiettivi delle direttive 2014 (maggiore flessibilità delle procedure e uso strategico degli appalti) appaiono strettamente collegati ed anzi il primo è presupposto del secondo.

La considerazione di criteri ambientali o sociali negli appalti contribuisce ad aumentarne la complessità, dal momento che aumenta il numero delle variabili che dovranno essere considerate nelle varie fasi dell'operazione, a partire dalla redazione delle specifiche tecniche. Se l'asimmetria informativa a danno dell'amministrazione pubblica aumenta quanto più è complesso il contratto, quando nell'operazione si considerano anche variabili ambientali, che spesso coinvolgono altresì l'innovazione tecnologica, lo svantaggio di informazione dell'amministrazione si amplifica⁶⁶. Possono, quin-

del diritto comunitario che oggi disciplina analiticamente gli istituti in oggetto, prima scarsamente (le concessioni di lavori) o per nulla (le concessioni di servizi) regolati.

⁶³ Libro verde *sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici – Per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti* del 27 gennaio 2011, COM (2011) 15. Anche con la comunicazione del 13 aprile 2011 «*Atto per il mercato unico: dodici leve per stimolare la crescita e rafforzare la fiducia*», la Commissione aveva elencato, tra le dodici azioni chiave prioritarie che le istituzioni dell'UE dovevano adottare entro la fine del 2012, la messa in opera di un quadro normativo rivisto e ammodernato in materia di contratti pubblici, al fine di rendere più flessibile la loro procedura di aggiudicazione e di consentire un miglior uso degli stessi contratti pubblici a sostegno di altre politiche.

⁶⁴ Libro verde *sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici – Per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti* del 27 gennaio 2011, COM (2011) 15.

⁶⁵ Ad esempio, senza pretesa di esaustività, sono stati previsti nuovi istituti quali il partenariato per l'innovazione (art. 31, direttiva 2014/24/UE) o le consultazioni preliminari di mercato (art. 40, direttiva 2014/24/UE); è stata ampliata la possibilità delle amministrazioni di ricorrere alle procedure negoziate competitive (art. 29, direttiva 2014/24/UE). Inoltre, se nell'impianto della direttiva 2004/18/CE il dialogo competitivo aveva il carattere dell'eccezionalità (essendo riservato ai soli contratti pubblici «*particolarmente complessi*»), nella nuova direttiva appalti 2014/24/UE tale procedura di aggiudicazione ha perso il suo carattere di specialità, essendo venuto meno il presupposto della complessità del contratto da aggiudicarsi (art. 30, direttiva 2014/24/UE).

⁶⁶ Su queste due basi, interessi contrapposti e asimmetria informativa, nei contratti complessi il rapporto tra pubblico e privato può essere assimilato a quello studiato dagli economisti nella c.d. «*teoria del-*

di, aumentare i rischi di cattiva selezione delle offerte e di comportamenti nascosti nell'esecuzione dei contratti.

Nel perseguire attraverso gli appalti finalità strategiche si rende, dunque, necessario l'uso di strumenti flessibili che, attraverso la negoziazione, consentano l'apprendimento dell'amministrazione (di soluzioni innovative, tecnologie avanzate, ecc.), con conseguente riduzione dello svantaggio informativo rispetto al contraente privato.

A fronte di tali obiettivi, le nuove direttive, come quelle precedenti, non contengono una disciplina anti-corruzione e si limitano a prevedere poche disposizioni di carattere generale⁶⁷. Appare confermato che la preoccupazione del legislatore europeo è quella dell'efficienza delle scelte dell'amministrazione, perseguita attraverso la grande flessibilità dell'aggiudicazione, alla quale corrispondono spazi per modifiche dell'oggetto del contratto in corso di esecuzione (con necessaria rinegoziazione). Lo stesso legislatore sposta la lotta alla corruzione su misure diverse da quelle basate sulla privazione della discrezionalità amministrativa, senza però entrare nel merito delle stesse e lasciando gli Stati membri liberi di adottare le opportune soluzioni.

6.1. I c.d. appalti verdi e le deroghe al principio di economicità

Il tema di c.d. appalti verdi non costituisce una novità delle direttive del 2014 ma è stato oggetto di un lungo dibattito europeo sulla loro ammissibilità, in deroga al principio di economicità. Tale dibattito portò alle disposizioni verdi contenute nelle direttive del 2004.

Le norme a carattere ambientale contenute nel Codice italiano del 2006 costituivano il mero recepimento delle disposizioni analoghe contenute nelle direttive comunitarie del 2004, senza che vi fosse stata una vera riflessione sul tema. Il principio generale

l'agenzia». Tale teoria studia i rapporti intercorrenti tra un committente e un agente, ove quest'ultimo è un soggetto remunerato dal primo per realizzare il proprio interesse. Nel caso del contratto di appalto, l'amministrazione incarica e paga l'appaltatore per la realizzazione e la gestione di un'opera finalizzata all'interesse pubblico (nell'ipotesi in esame, anche ambientale). Sul punto, ad esempio, L. PROSPERETTI-M. MERINI, *I contratti pubblici di lavori servizi e forniture: una prospettiva economica*, in M. CLARICH (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, 2010.

⁶⁷ La direttiva 2014/23/UE detta alcune disposizioni di principio finalizzate a reprimere fenomeni corruttivi e collusivi, con riferimento alle procedure di aggiudicazione. L'art. 35 prevede che gli Stati membri debbano disporre che le amministrazioni aggiudicatrici adottino «*misure adeguate per combattere le frodi, il clientelismo e la corruzione e per prevenire, individuare e risolvere in modo efficace i conflitti di interesse insorti nello svolgimento delle procedure di aggiudicazione della concessione*». Tali misure devono essere finalizzate a «*evitare qualsiasi distorsione della concorrenza e garantire la trasparenza della procedura di aggiudicazione e la parità di trattamento di tutti i candidati e gli offerenti*». Il considerando n. 61 prevede che «*al fine di combattere le frodi, i favoritismi e la corruzione e prevenire conflitti di interesse, gli Stati membri dovrebbero adottare misure adeguate per garantire la trasparenza della procedura di aggiudicazione e la parità di trattamento di tutti i candidati e gli offerenti. Tali misure dovrebbero mirare, in particolare, ad eliminare i conflitti di interesse e altre irregolarità gravi*». Ai sensi dell'art. 38 della direttiva 2014/23/UE la «*corruzione*» è definita all'art. 3 della convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'Unione europea e all'art. 2, par. 1, della decisione quadro 2003/568/GAI del Consiglio, nonché ai sensi del diritto nazionale dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore ovvero dell'operatore economico; la «*frode*» è definita ai sensi dell'art. 1 della convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee.

contenuto nell'art. 2, comma 2 dello stesso Codice è stato largamente inattuato e le ragioni dell'economicità hanno prevalentemente orientato le scelte delle pubbliche amministrazioni.

Il Libro verde che ha preparato le direttive 2014 osservava che ci sono due metodi possibili per utilizzare gli appalti pubblici al fine di realizzare obiettivi strategici, riguardanti il «*come acquistare*» e il «*che cosa acquistare*»⁶⁸.

Il primo metodo consiste nel «*fornire alle amministrazioni aggiudicatrici gli strumenti necessari per tener conto di tali obiettivi in conformità delle norme procedurali in materia di appalti pubblici*», ovvero strumenti utili al «*come acquistare*», secondo l'esempio già offerto dalle direttive comunitarie vigenti⁶⁹. In tale contesto, il Libro verde proponeva il superamento (da coniugarsi sempre con l'esigenza dell'efficiente spesa di danaro pubblico e della non discriminazione) del requisito del necessario collegamento delle considerazioni ambientali introdotte in una certa procedura di aggiudicazione con l'oggetto dell'appalto⁷⁰.

Il secondo metodo per introdurre considerazioni ambientali nella disciplina degli appalti è quello di «*imporre requisiti obbligatori alle amministrazioni aggiudicatrici o prevedere incentivi capaci di orientare le loro decisioni in merito al tipo di beni e servizi*

⁶⁸La sezione quarta del Libro verde del 27 gennaio 2011, COM (2011) 15 propone l'«*uso strategico degli appalti pubblici in risposta alle nuove sfide*», sulla base del presupposto che le stazioni appaltanti possono sfruttare il proprio potere di acquisto per appaltare beni e servizi a maggiore valenza «*sociale*», tra l'altro, «*per favorire l'innovazione, rispettare l'ambiente e lottare contro i cambiamenti climatici, riducendo il consumo energetico*», in modo che la domanda di beni e servizi verdi, a basse emissioni di carbonio, più innovativi e socialmente responsabili orienti la produzione e le tendenze di consumo negli anni a venire. Il tema ambientale era presente anche nella Comunicazione della Commissione del 3 marzo 2010, COM (2010) 2020, *Europa 2020 – Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva*. Il documento nasce dall'esigenza di dare risposte alla crisi economica. Le priorità sono considerate tre: la crescita intelligente, ovvero sviluppare un'economia basata sulla conoscenza e sull'innovazione; la crescita sostenibile, ovvero promuovere un'economia più efficiente sotto il profilo delle risorse, più verde e più competitiva; la crescita inclusiva, ovvero promuovere un'economia con un alto tasso di occupazione che favorisca la coesione sociale e territoriale. Tra i vari obiettivi concreti prefissati deve essere segnalato il traguardo «*20/20/20*» in materia di clima/energia ovvero ridurre le emissioni di gas a effetto serra almeno del 20% rispetto ai livelli del 1990 o del 30%, se sussistono le necessarie condizioni; portare al 20% la quota delle fonti di energia rinnovabile nel nostro consumo finale di energia; migliorare del 20% l'efficienza energetica.

⁶⁹Al fine del miglioramento di tali strumenti, il Libro verde pone dei quesiti sulla possibilità che le direttive siano rivisitate in senso di maggiore flessibilità dei modelli di gara, con ampliamento della discrezionalità dell'amministrazione. Ad esempio, si chiede se sia opportuno consentire che le specifiche siano definite in senso di prestazioni o di requisiti funzionali, eventualmente rendendo obbligatori requisiti funzionali o di prestazione a carattere ambientale Libro verde cit., quesito n. 64); se alcune procedure flessibili, quali il dialogo competitivo o i concorsi di progettazione, siano adatte per tener conto delle politiche ambientali (Libro verde cit., quesito n. 65); se l'eventuale utilizzo della procedura negoziata previa pubblicazione come procedura *standard* renderebbe più facile tener conto di considerazioni ambientale (Libro verde cit., quesito n. 68); se sia opportuno consentire che le amministrazioni possano tener conto dell'esperienza specifica e delle competenze concernenti gli aspetti ambientali rilevanti per l'oggetto dell'appalto (Libro verde cit., quesito n. 69); se sia opportuno eliminare definitivamente il criterio basato unicamente sul prezzo più basso ovvero limitarne l'applicazione o ridurne il peso; se sia opportuno «*introdurre una terza possibilità*» tra i criteri di aggiudicazione oltre al prezzo più basso e all'offerta economicamente più vantaggiosa (Libro verde cit., quesito n. 70); se sia opportuno rimediare l'utilizzazione dei criteri ambientali ovvero dell'elemento del costo del ciclo di vita nell'ambito dell'offerta economicamente più vantaggiosa (Libro verde cit., quesito n. 73); se occorra rimediare la funzione delle clausole sull'esecuzione dell'appalto e se taluni tipi di esse dovrebbero già essere specificate a livello UE (Libro verde cit., quesito n. 74).

⁷⁰Libro verde cit., quesiti da 79 a 82.

da appaltare», ovvero concernenti il «che cosa acquistare». Potrebbero, ad esempio, essere prescritti alle amministrazioni aggiudicatrici obblighi in termini di livelli massimi di utilizzo dell'energia e delle risorse, sostanze nocive per l'ambiente, livelli minimi di riciclaggio, ovvero in termini di obiettivi, quale, ad esempio, una percentuale minima di acquisti pubblici ecocompatibile. Rispetto a tale scelta le direttive del 2004 lasciavano totalmente libere le amministrazioni aggiudicatrici, anche se alcune prescrizioni in tale senso erano già a livello settoriale (per talune tipologie di appalti) previste dal diritto comunitario⁷¹. Alternativamente, il Libro verde ipotizzava che, in luogo di un regime di prescrizioni vincolanti, avrebbe potuto essere istituito un sistema di incentivi consistenti in vantaggi finanziari a favore delle amministrazioni aggiudicatrici che avessero indetto appalti per la fornitura di beni e servizi ecosostenibili⁷².

Dunque, il Libro verde del 2011 aveva ipotizzato il superamento dei due limiti, ritenuti invalicabili nel quadro delle direttive 2004, del necessario collegamento delle misure ambientali con l'oggetto del contratto e della regolazione nell'ambito della direttiva generale di settore del «che cosa acquistare».

Le nuove direttive confermano i principi già contenuti nelle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, fondati sul principio di integrazione delle politiche ambientali, e si spingono oltre, fino a considerare le politiche sociali, tra cui quella ambientale, nuove opportunità per la crescita economica, da conseguirsi attraverso l'innovazione tecnologica e il progresso scientifico⁷³.

⁷¹ Ad esempio, si confrontino: il Regolamento (CE) n. 106/2008 (G.U. 13 febbraio 2008, L 39, p. 1, c.d. regolamento *Energy STAR UE*) ha imposto alle amministrazioni aggiudicatrici di richiedere nei propri appalti pubblici un certo livello di efficienza energetica; la direttiva 2009/33/CE relativa alla promozione di veicoli puliti e a basso consumo energetico ha imposto alle amministrazioni aggiudicatrici di tener conto dell'impatto energetico o di altri tipi di impatto ambientale nelle decisioni in materia di appalti pubblici; la direttiva 2006/32/CE concernente l'efficienza degli usi finali dell'energia e i servizi energetici ha invitato il settore pubblico ad adottare un numero minimo di misure per promuovere l'efficienza energetica negli appalti; la direttiva 2009/28/CE, sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili (G.U. 5 giugno 2009, L 140, p. 16) e la direttiva 2010/31/UE sulla prestazione energetica nell'edilizia (G.U. 18 giugno 2010, L 153, p. 13) hanno promosso gli edifici pubblici efficienti sotto il profilo delle risorse; la direttiva 2010/30/UE concernente l'indicazione del consumo di energia e di altre risorse dei prodotti connessi all'energia, mediante l'etichettatura ed informazioni uniformi relative ai prodotti (G.U. 18 giugno 2010, L 153, p. 6) ha invitato le amministrazioni aggiudicatrici a fare in modo di appaltare unicamente i prodotti appartenenti alla classe più elevata di efficienza energetica.

⁷² Libro verde cit., quesiti nn. 83-90.

⁷³ L'obiettivo della protezione dell'ambiente è ripreso in molti dei considerando della direttiva 2014/24/UE: Il considerando n. 2 afferma che gli appalti pubblici svolgono un ruolo fondamentale nella strategia Europa 2020 «in quanto costituiscono uno degli strumenti basati sul mercato necessari alla realizzazione di una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva garantendo contemporaneamente l'uso più efficiente possibile dei finanziamenti pubblici»; il considerando n. 91 richiama espressamente l'art. 11 del TFUE che impone che le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente siano integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche e delle azioni dell'Unione, in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile; il considerando n. 95 afferma che «è d'importanza fondamentale sfruttare pienamente il potenziale degli appalti pubblici al fine di realizzare gli obiettivi della strategia Europa 2020 per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva»; il considerando n. 40 prevede che «la vigilanza sull'osservanza delle disposizioni in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro dovrebbe essere svolta nelle fasi pertinenti della procedura di appalto, nell'applicare i principi generali che disciplinano la selezione dei partecipanti e l'aggiudicazione dei contratti, nell'applicare i criteri di esclusione e nell'applicare le disposizioni riguardanti le offerte anormalmente basse»; il considerando n. 47 afferma che «la ricerca e l'innovazione, comprese l'ecoinnovazione e l'innovazione sociale, sono uno dei principali motori della crescita futura e sono state poste al centro della strategia Eu-

Tuttavia, rispetto alle misure oggetto della discussione del Libro verde del 2011, il recepimento è stato solo parziale.

Un primo gruppo di disposizioni a carattere ambientale della direttiva 24/2014/UE si limita a riprodurre quelle già contenute nelle direttive del 2004, già recepite (come si è visto) dal diritto interno: il riferimento è alle disposizioni sulle specifiche tecniche nei documenti d'appalto⁷⁴; sulle eco-etichettature europee⁷⁵; sulle norme di gestione ambientale⁷⁶; sul criterio d'aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa⁷⁷; sulle condizioni di esecuzione del contratto⁷⁸.

Nella nuova direttiva appalti vi sono, poi, ulteriori disposizioni a contenuto ambientale, non presenti nelle direttive attualmente in vigore, che per la prima volta vengono introdotte a livello comunitario.

Di centrale importanza è l'introduzione del criterio del *costo* più basso, che è concetto molto più ampio del solo prezzo di acquisto del bene. Per la determinazione del costo più basso possono essere, infatti, valutati dall'amministrazione elementi ulteriori rispetto al solo prezzo, secondo un «*approccio costo/efficacia*»⁷⁹. A tale fine, diviene centrale il concetto di «*costo del ciclo di vita del prodotto*» (*life-cycle costing*), che comprende i costi di tutte le fasi della vita di un bene, di un lavoro o di un servizio, dalla acquisizione fino allo smaltimento del prodotto, allo smantellamento del cantiere o alla conclusione della una prestazione⁸⁰. In particolare, ai sensi dell'art. 68 della nuova direttiva, i costi del ciclo di vita comprendono i costi sostenuti dall'amministrazione aggiudicatrice, quali: i «*costi relativi all'acquisizione*», i «*costi connessi all'utilizzo, quali consumo di energia e altre risorse*», i «*costi di manutenzione*», i «*costi relativi al fine vita, come i costi di raccolta e di riciclaggio*»⁸¹. Tali costi possono essere definiti come *costi interni* del bene o servizio, in relazione alla sua intera vita⁸².

Secondo la stessa disposizione, il criterio del costo del ciclo di vita può fare riferimento anche agli effetti esterni del bene o servizio sull'ambiente. In particolare, la di-

ropa 2020 per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva» e che gli appalti pubblici dovrebbero essere usati strategicamente nel miglior modo possibile per stimolare l'innovazione, anche al fine di pervenire a benefici di carattere ambientale, promuovendo in tal modo una crescita economica sostenibile.

⁷⁴ Art. 42, direttiva 2014/24/UE e art. 23, comma 3, lett. b), direttiva 2004/18.

⁷⁵ Art. 43, direttiva 2014/24/UE e considerando n. 75, direttiva 2014/24/UE; art. 23, comma 6, direttiva 2004/18.

⁷⁶ Art. 62, direttiva 2014/24/UE e considerando n. 88, direttiva 2014/24/UE; art. 50 direttiva 2004/18.

⁷⁷ Art. 67, comma 2, lett. a), direttiva 2014/24/UE e art. 53, comma 1, lett. a), direttiva 2004/18.

⁷⁸ Art. 70, direttiva 2014/24/UE e art. 26, direttiva 2004/18. Ai sensi del considerando n. 104 del progetto di direttiva, «*le condizioni di esecuzione di un appalto dovrebbero essere compatibili con la presente direttiva a condizione che non siano, direttamente o indirettamente, discriminatorie, e siano collegate all'oggetto del contratto ...*».

⁷⁹ Art. 67, comma 2, direttiva 2014/24/UE.

⁸⁰ Secondo il considerando n. 96 «*Il concetto di costo del ciclo di vita comprende tutti i costi che emergono durante il ciclo di vita dei lavori, delle forniture o dei servizi*».

⁸¹ Art. 68, comma 1, lett. a), direttiva 2014/24/UE.

⁸² Secondo il considerando n. 96, il concetto di costo abbraccia «*i costi interni, come le ricerche da realizzare, lo sviluppo, la produzione, il trasporto, l'uso e la manutenzione e i costi di smaltimento finale*». Tale concetto può anche abbracciare «*i costi imputabili a externalità ambientali quali l'inquinamento causato dall'estrazione delle materie prime utilizzate nel prodotto ovvero causato dal prodotto stesso o dalla sua fabbricazione, a condizione che possano essere monetizzati e controllati*».

sposizione afferma che i «*costi imputati a esternalità ambientali legate ai prodotti, servizi o lavori nel corso del ciclo di vita*». Inoltre, la norma prevede che i costi ambientali possono «*includere i costi delle emissioni di gas a effetto serra e di altre sostanze inquinanti nonché altri costi legati all'attenuazione dei cambiamenti climatici*»⁸³.

Pertanto, la dimensione del costo ambientale diviene possibile criterio di aggiudicazione non solo negli appalti aggiudicati attraverso l'offerta economicamente più vantaggiosa ma anche per quelli aggiudicati con il criterio del costo più basso che, in linea di principio, è alternativo a quello del solo prezzo.

Altra disposizione rilevante, sempre in tema di principi generali sull'aggiudicazione è quella di cui all'art. 56, comma 2, che prevede la possibilità di non aggiudicare il contratto al miglior offerente quando l'offerta presentata non soddisfa le obbligazioni imposte dall'Unione Europea su profili ambientali⁸⁴. L'art. 57, comma 4, lett. a), poi, prevede la possibilità di escludere un operatore economico in caso di violazione delle obbligazioni europee su profili ambientali⁸⁵.

Ancora, in tema di offerte anormalmente basse, l'art. 69, comma 3, afferma che le precisazioni che sono richieste dall'amministrazione aggiudicatrice in caso di offerte anormalmente basse possono riguardare l'adempimento di normative europee su profili ambientali e che l'amministrazione può respingere un'offerta anormalmente bassa in relazione al rispetto di obblighi connessi alla protezione ambientale, operando un rinvio all'art. 18, comma 2⁸⁶.

Come si vede, dunque, la nuova direttiva appalti arricchisce la tassonomia delle norme a contenuto ambientale. Tuttavia, rispetto agli annunci contenuti nel Libro verde del 2011, la stessa direttiva ha mantenuto un profilo conservatore, in relazione a due importanti questioni.

La prima è quella del mancato inserimento nella direttiva appalti di prescrizioni sul «*che cosa acquistare*», da attuarsi attraverso la fissazione di requisiti obbligatori generali per gli appalti in materia ambientale, sociale e di innovazione, in relazione alle quali il considerando n. 95 si limita ad affermare che il legislatore dell'Unione ha già fissato requisiti obbligatori in materia di appalti in taluni settori volti ad ottenere obiettivi specifici⁸⁷ e che anche la definizione di metodologie comuni per il calcolo dei costi del

⁸³ La stessa disposizione prevede alcune importanti limitazioni alla possibilità di includere il costo ambientale nel costo del ciclo di vita del prodotto. In primo luogo, il danno ambientale deve potere essere quantificato come un danno monetario, al fine di potere divenire criterio di scelta della migliore offerta. In secondo luogo, il metodo impiegato per la valutazione dei costi imputati alle esternalità ambientali deve essere basato su criteri oggettivi, verificabili e non discriminatori e, qualora non sia stato istituito per un'applicazione ripetuta o continua, non deve favorire né svantaggiare indebitamente taluni operatori economici; deve essere accessibile a tutte le parti interessate; i dati richiesti devono potere essere forniti con ragionevole sforzo da operatori economici normalmente diligenti, compresi gli operatori economici di paesi terzi dell'AAP o di altri accordi internazionali che l'Unione è tenuta a rispettare (art. 68, comma 2, secondo capoverso, lett. a), b) e c), direttiva 2014/24/UE).

⁸⁴ L'art. 56, comma 2, richiama espressamente l'art. 18, comma 2 della stessa direttiva 2014/24/UE.

⁸⁵ La norma opera un rinvio all'art. 18, comma 2 della stessa direttiva 2014/24/UE. Tale disposizione non era presente nell'art. 45 della direttiva 2004/18.

⁸⁶ L'art. 55, comma 1, lett. d), direttiva 2004/18 menziona solo il rispetto delle disposizioni relative alla protezione e alle condizioni di lavoro.

⁸⁷ Il riferimento è, ad esempio, ai settori dei veicoli per il trasporto su strada (direttiva 2009/33/CE) e delle apparecchiature da ufficio (regolamento CE n. 106/2008).

ciclo di vita ha fatto grandi progressi. Pertanto, *«appare opportuno proseguire su questa strada, lasciando che sia la normativa settoriale specifica a fissare obiettivi e prospettive vincolanti in funzione delle particolari politiche e condizioni vigenti nel settore pertinente, e promuovere lo sviluppo e l'utilizzazione di un approccio a livello europeo per il calcolo dei costi del ciclo di vita in modo da favorire ulteriormente il ricorso agli appalti pubblici a sostegno di una crescita sostenibile»*.

La seconda questione è che non è stato recepito il proposto superamento del principio del necessario collegamento dei requisiti ambientali con l'oggetto del contratto. Infatti, ai sensi del considerando n. 97, è riaffermato il principio del necessario collegamento dei criteri ambientali (siano essi criteri di aggiudicazione o condizioni di esecuzione dell'appalto) con l'oggetto del contratto, con la spiegazione che *«la condizione di un collegamento con l'oggetto dell'appalto esclude criteri e condizioni riguardanti la politica aziendale generale, che non può essere considerata un fattore che caratterizza il processo specifico di produzione o fornitura dei lavori, delle forniture o dei servizi oggetto dell'acquisto»*. Dunque, *«Le amministrazioni aggiudicatrici non dovrebbero pertanto avere la facoltà di imporre agli offerenti di attuare una determinata politica aziendale di responsabilità sociale o ambientale»*. Nel rispetto di tale principio, è ribadito che i criteri ambientali possono riguardare l'oggetto dell'appalto sotto ogni aspetto e in qualsiasi fase dei loro cicli di vita, *«dall'estrazione delle materie prime per il prodotto alla fase di smaltimento dello stesso»*⁸⁸.

Il mancato completo recepimento nella direttiva 24 dei temi e degli obiettivi proposti dal Libro verde dimostra come lungo e sofferto sia l'assorbimento di considerazioni ambientali negli appalti pubblici, che si scontra con considerazioni di stampo strettamente economico, legate al breve periodo.

6.2. La direttiva concessioni

Nel diritto comunitario le concessioni di lavori e di servizi per lungo tempo non hanno trovato una loro autonoma collocazione.

Tra le direttive degli anni '90, solo la direttiva 93/37/CEE dedicava poche disposizioni puntuali all'aggiudicazione delle concessioni di lavori, molto più flessibili rispetto a quelle che disciplinavano l'affidamento degli appalti di lavori e consistenti in poche prescrizioni sulla pubblicità dei bandi, oltreché alcune altre disposizioni che riguardavano l'affidamento degli appalti da parte dello stesso concessionario di lavori⁸⁹.

Il successivo dibattito europeo sulle concessioni si avviò con la Comunicazione interpretativa della Commissione *«sulle concessioni nel diritto comunitario»* del 12 aprile 2000, emanata in vigenza della direttiva lavori 93/37/CEE e della direttiva servizi

⁸⁸ Secondo lo stesso considerando tali criteri possono, ad esempio, consistere nel fatto che la fabbricazione dei prodotti acquistati non comporti l'uso di sostanze chimiche tossiche o che i servizi acquistati siano forniti usando macchine efficienti dal punto di vista energetico; possono riguardare la fornitura o l'utilizzazione di prodotti del commercio equo nel corso dell'esecuzione dell'appalto da aggiudicare; condizioni di esecuzione dell'appalto basate su considerazioni ambientali potrebbero riguardare, ad es., l'imballaggio, la fornitura e lo smaltimento di prodotti e, per quanto riguarda gli appalti di lavori e servizi, la riduzione al minimo dei rifiuti o l'uso efficiente delle risorse.

⁸⁹ Si confrontino, gli artt. 1, lett. d), 3, 11, commi 3 e 4 della direttiva 93/37/CEE.

92/50/CEE. Tale Comunicazione prendeva atto che le concessioni costituivano uno strumento che alcuni Stati membri usavano da tempo per realizzare e finanziare lavori (come collegamenti ferroviari o stradali) ed erogare servizi, soprattutto a seguito delle restrizioni dei bilanci pubblici degli anni '90, derivanti anche dall'applicazione del Trattato di Maastricht del 7 febbraio 1992. L'utilizzazione impropria di tali strumenti, peraltro, si traduceva nella elusione della disciplina sugli affidamenti degli appalti di cui alle direttive allora vigenti, ponendo conseguentemente il problema dell'individuazione del confine tra appalto e concessione⁹⁰.

In tale contesto, il legislatore comunitario, in materia di concessioni, decise di non recepire gli approdi espressi dalla Commissione nella Comunicazione appena citata ma di confermare la scelta, già effettuata nelle direttive degli anni 90, di escludere le concessioni di servizi dall'ambito di applicazione della direttiva⁹¹ e di dare minima regolazione alle concessioni di lavori pubblici, consistente in poche norme che prevedono la pubblicità dei bandi, termini minimi per la presentazione delle offerte e alcuni aspetti particolari della disciplina dei subappalti del concessionario⁹². La direttiva 2004/18/CE, infatti, non conteneva una disciplina compiuta delle concessioni di lavori ma solo alcune disposizioni puntuali nel Titolo III, agli artt. 56 e ss. Quanto alle concessioni di servizi, la stessa direttiva prevedeva espressamente all'art. 17 la loro esclusione dal proprio ambito di applicazione. La scelta fu, dunque, quella di sottrarre l'affidamento delle concessioni dalle procedure di affidamento degli appalti (procedure aperte, ristrette, negoziate e dialogo competitivo), lasciandole assoggettate ai soli principi del Trattato e, per il solo caso dei lavori, a poche norme di pubblicità e trasparenza, così come già previsto dalla direttiva lavori 93/37/CEE.

Nel diritto interno, la definizione dei contratti di concessione di lavori e di servizi era contenuta nel lungo art. 3 del Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture di cui al d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163⁹³. Le concessioni di lavori erano disciplina-

⁹⁰ Il Libro verde del 2004 della Commissione delle Comunità europee «*relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni*», che analizza il fenomeno fornendone i principali elementi caratteristici, include espressamente le concessioni tra i contratti di PPP. In tale sede, la Commissione aveva suggerito ai Paesi membri l'utilizzazione per l'aggiudicazione dei contratti di partenariato e delle concessioni di procedure flessibili quali il dialogo competitivo. Tale procedura, avrebbe dovuto «*permettere di garantire la flessibilità necessaria alle discussioni con i candidati di tutti gli aspetti del contratto in occasione della fase di attuazione, pur facendo in modo che queste discussioni siano condotte nel rispetto dei principi di trasparenza e di parità di trattamento, e non mettano a rischio i diritti che il Trattato conferisce agli operatori economici*», poiché «*ciò garantisce il buon utilizzo del denaro pubblico, diminuisce i rischi di pratiche poco trasparenti e rafforza la sicurezza giuridica necessaria all'attuazione di tali progetti*».

⁹¹ Art. 17, direttiva 2004/18/CE. Le definizioni dei due istituti erano date dall'art. 1, commi 3 e 4 della direttiva 2004/18/CE.

⁹² Si tratta delle disposizioni del Titolo III della direttiva 2004/18, artt. 56 e ss.

⁹³ Per una teoria generale sulle concessioni di lavori e servizi nel diritto interno, si rinvia a: G. PERICU, *Le concessioni tra pubblico e privato*, in M. CAFAGNO-A. BOTTO-G. FIDONE-G. BOTTINO (a cura di), *Negoziazioni Pubbliche – Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, cit.; A. BOTTO-L. IANNOTTA, *La concessione di lavori pubblici nella sua oscillazione pendolare: dal privato al pubblico e ritorno*, ivi; A. LINGUITI-A. LINGUITI, *Cosa resta della natura pubblica della concessione?*, ivi; P. LEPORÉ, *A proposito del fenomeno delle "concessioni amministrative" nell'esperienza romana*, ivi. Per una visione più generale, si confrontino anche: M.A. SANDULLI-R. DE NICTOLIS-R. GAROFOLI, *Trattato sui contratti pubblici*, voll. I-VII, Milano, 2008; M. CLARICH (a cura di), *Commentario al Codice dei Contratti Pubblici*, Torino, 2010; L.R. PERFETTI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici Commentato*, Milano, 2013.

te dagli artt. 142 e ss. del Codice e, per la particolare forma dell'affidamento della concessione su iniziativa di un privato (c.d. *finanza di progetto* o *project financing*) dagli artt. 152 e ss. La concessione di servizi costituiva, invece, un contratto «escluso» dal Codice dei contratti pubblici ai sensi dell'art. 30, al quale si applicavano le poche disposizioni dettate da tale articolo, in corrispondenza della già segnalata esclusione dall'applicazione della direttiva 2004/18/CE, in virtù dell'art. 17 della medesima direttiva.

Nell'ambito della completa rinnovazione del diritto comunitario dei contratti pubblici, che ha portato all'abrogazione della direttiva 2004/18/CE per opera della nuova direttiva appalti 2014/24/UE, è stata emanata la nuova direttiva 2014/23/UE del 26 febbraio 2014 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione⁹⁴. Tale direttiva reca una disciplina autonoma e compiuta delle concessioni di lavori e servizi che si va a sostituire alle poche disposizioni (abrogate) contenute nella direttiva 18⁹⁵. Si è, dunque, di fronte ad un fenomeno di implementazione del diritto comunitario che oggi disciplina analiticamente gli istituti in oggetto, prima scarsamente (le concessioni di lavori) o per nulla (le concessioni di servizi) regolati.

La direttiva 23 mette in evidenza la natura di *contratti complessi* dei rapporti concessori, segnalata anche dal considerando n. 68⁹⁶.

Negli anni precedenti alla nuova direttiva la Giurisprudenza comunitaria aveva indicato quale elemento peculiare delle concessioni il trasferimento del rischio contrattuale in capo al concessionario. Ciò valeva a distinguere i contratti di concessione (e anche gli altri contratti di PPP) dagli appalti tradizionali⁹⁷. In assenza di trasferimento

⁹⁴ Sulla direttiva concessioni, sia consentito rinviare a G. FIDONE, *Le concessioni di lavori e di servizi alla vigilia del recepimento della direttiva 2014/23/UE*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1/2015, pp. 101-193 (ISSN: 1121-404X). In dottrina: E. PICOZZA, *Le concessioni nel diritto dell'Unione Europea. Profili e prospettive*, in M. CAFAGNO-A. BOTTO-G. FIDONE-G. BOTTINO (a cura di), *Negoziazioni Pubbliche – Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, cit.; M. COZZIO, *Prime considerazioni sulle proposte di direttive europee in tema di Public Procurement*, ivi; B. RAGANELLI, *Pubblico, privato e concessioni in Europa: alcuni limiti della disciplina*, ivi; S. LEVSTIK, *Proposta di direttiva sulle concessioni: una prima analisi ricognitiva*, ivi; E. D'ALEO, *La revisione delle direttive sui contratti pubblici: criticità e prospettive*, ivi.

⁹⁵ Le definizioni delle concessioni non sono sostanzialmente mutate con la nuova direttiva 2014/23/UE che all'art. 5, comma 1, lett. a), definisce la concessione di lavori come «un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più amministrazioni aggiudicatrici o uno o più enti aggiudicatori affidano l'esecuzione di lavori ad uno o più operatori economici, ove il corrispettivo consista unicamente nel diritto di gestire i lavori oggetto del contratto o in tale diritto accompagnato da un prezzo» e la concessione di servizi come «un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più amministrazioni aggiudicatrici o uno o più enti aggiudicatori affidano la fornitura e la gestione di servizi diversi dall'esecuzione di lavori di cui alla lettera a) ad uno o più operatori economici, ove il corrispettivo consista unicamente nel diritto di gestire i servizi oggetto del contratto o in tale diritto accompagnato da un prezzo». La medesima direttiva 2014/23/UE contiene numerose disposizioni che escludono determinate tipologie di concessioni dal proprio ambito di applicazione (Sez. II «Esclusioni», artt. 10-17) o che assoggettano determinate altre tipologie a disciplina speciale (Sez. IV «Situazioni specifiche», artt. 24-25). La trattazione di tali fattispecie esula dall'oggetto del presente scritto.

⁹⁶ Secondo il considerando n. 68, «di norma le concessioni sono accordi complessi di lunga durata con i quali il concessionario assume responsabilità e rischi tradizionalmente assunti dalle amministrazioni aggiudicatrici e dagli enti aggiudicatori e rientranti di norma nell'ambito di competenza di queste ultime».

⁹⁷ Ad esempio, Corte giust. CE, Sez. II, 10 novembre 2011, n. 348. Sul punto, si veda anche la sentenza della Corte giust. CE 10 marzo 2011, causa C-274/09, *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler*; Corte giust. CE, Sez. III, 15 ottobre 2009, causa C-196/08; Corte giust. CE, Sez. III, 13 novembre 2008,

al contraente privato del rischio legato alla prestazione, l'operazione avrebbe rappresentato un appalto e non una concessione⁹⁸.

La nuova direttiva concessioni 23/2014/CE ha espressamente definito i contratti di concessione e di servizi in relazione al trasferimento del rischio. Il considerando n. 18 espressamente afferma che «è necessario precisare meglio la definizione di concessione, in particolare facendo riferimento al concetto di "rischio operativo"»⁹⁹. In particolare, «la caratteristica principale di una concessione, ossia il diritto di gestire un lavoro o un servizio, implica sempre il trasferimento al concessionario di un rischio operativo di natura economica che comporta la possibilità di non riuscire a recuperare gli investimenti effettuati e i costi sostenuti per realizzare i lavori o i servizi aggiudicati in condizioni operative normali, anche se una parte del rischio resta a carico dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore». Tali principi sono recepiti all'art. 5, comma 1 della nuova direttiva, secondo il quale «l'aggiudicazione di una concessione di lavori o di servizi comporta il trasferimento al concessionario di un rischio operativo legato alla gestione dei lavori o dei servizi ...». La stessa disposizione afferma che tale rischio operativo ha riguardo a «condizioni operative normali» ove «non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione». Inoltre, la parte del rischio trasferita al concessionario deve comportare «una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subita dal concessionario non sia puramente nominale o trascurabile»¹⁰⁰.

Quanto all'affidamento dei contratti di concessione, la direttiva 2014/23/UE conferma la precedente scelta comunitaria di non assoggettarlo all'espletamento delle tradizionali procedure di gara previste per l'aggiudicazione degli appalti pubblici, disciplinate oggi dalla direttiva 2014/24/UE. Al contrario, le stazioni appaltanti devono es-

n. 437; Corte giust. CE, Sez. III, 10 marzo 2011, n. 274; 18 luglio 2007, causa C-382/05, *Commissione/Italia*, in *Racc.*, p. I-6657; Corte giust. CE, Sez. III, 15 ottobre 2009, causa C-196/08, *Acosec*; Corte giust. CE, Sez. III, 13 novembre 2008, n. 437.

⁹⁸ Corte giust. CE, Sez. III, 10 settembre 2009, causa C-206/08. In dottrina, si confrontino: A. TRAVI, *Il partenariato pubblico-privato: i confini incerti di una categoria*, in M. CAFAGNO-A. BOTTO-G. FIDONE-G. BOTTINO (a cura di), *Negoziazioni Pubbliche – Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, cit.; G.F. CARTEI, *Interesse pubblico e rischio: il principio di equilibrio economico-finanziario nella finanza di progetto*, in G.F. CARTEI-M. RICCHI (a cura di), *Finanza di Progetto. Temi e Prospettive*, Napoli, 2010.

⁹⁹ Si può notare che il considerando n. 7 e l'art. 2, comma 2 del progetto della direttiva comunitaria concessioni del 20 dicembre 2011, COM (2011) 897 definitivo 2011/0437 denominavano il rischio da trasferire sul concessionario come «rischio operativo sostanziale». L'aggettivo «sostanziale», che si è poi perso nel testo definitivo, di certo contribuisce a evidenziare l'aspetto della concretezza del rischio da trasferire.

¹⁰⁰ La direttiva 2014/23/UE ha superato le definizioni Eurostat di rischio di domanda e rischio di disponibilità, che oggi non sono più utilizzate. Il considerando n. 20, infatti, afferma che «il rischio operativo dovrebbe essere inteso come rischio di esposizione alle fluttuazioni del mercato, che possono derivare da un rischio sul lato della domanda o sul lato dell'offerta ovvero contestualmente da un rischio sul lato della domanda e sul lato dell'offerta». Le stesse definizioni sono utilizzate dall'art. 5, comma 1, per il quale «l'aggiudicazione di una concessione di lavori o di servizi comporta il trasferimento al concessionario di un rischio operativo legato alla gestione dei lavori o dei servizi, comprendente un rischio sul lato della domanda o sul lato dell'offerta, o entrambi». Dunque, il rischio viene individuato in relazione al mercato oggetto del contratto di concessione, che si compone di una domanda e di un'offerta. Sul punto deve essere anche evidenziato che se l'art. 5, comma 1 sembra fare riferimento al solo mercato che si viene a creare nella fase della gestione (tanto nelle concessioni di lavori che in quelle di servizi), la lettura attenta del considerando n. 18 sembra fare riferimento, per le concessioni di lavori, anche al mercato relativo alla fase della costruzione, che ha per oggetto i lavori.

sere libere, a fronte della complessità dei contratti da aggiudicare e dell'assunzione di rischio del concessionario, di affidare le concessioni con procedure competitive flessibili e negoziate, finalizzate al miglioramento del proprio bagaglio informativo originario¹⁰¹. L'esercizio della discrezionalità amministrativa deve avvenire nel rispetto dei noti principi inderogabili disciplinati dal Trattato e richiamati dall'art. 3 della stessa direttiva, a cominciare da quelli di *par condicio*, trasparenza e proporzionalità¹⁰². Su tale base, l'art. 30 sancisce il principio che l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore sono liberi di organizzare la procedura per la scelta del concessionario, fatto salvo il rispetto della presente direttiva.

La direttiva, tuttavia, fissa poche regole di base, che devono essere seguite, affinché vengano concretamente rispettati i richiamati principi generali¹⁰³, contenute nel Titolo II «*Norme sull'aggiudicazione di concessioni: principi generali e garanzie procedurali*», artt. 30-41. In particolare, tali disposizioni sono finalizzate, da un lato, alla pubblicità dei bandi e, dall'altro lato, a garantire che la necessaria flessibilità nell'aggiudicazione sia accompagnata dal rispetto dei principi di concorrenzialità, *par condicio* e non discriminazione¹⁰⁴. Non manca, peraltro, il richiamo al contrasto della corruzione e dei conflitti di interesse, che devono essere impediti dagli Stati membri, in modo da evita-

¹⁰¹ La possibilità di ricorrere alla negoziazione è espressamente prevista dall'art. 37, par. 6 della direttiva 2014/23/UE, che ammette «*la libertà di negoziazioni con i candidati e gli offerenti*». Sul tema della flessibilità delle procedure di affidamento si confrontino: M. CLARICH, *Concorrenza e modalità di affidamento delle concessioni*, in M. CAFAGNO-A. BOTTO-G. FIDONE-G. BOTTINO (a cura di), *Negoziazioni Pubbliche – Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, cit.; M. CAFAGNO, *Vincoli di gara ed affidamenti concessori nel diritto europeo*, in G.F. CARTEI-M. RICCHI (a cura di), *Finanza di Progetto. Temi e Prospettive*, Napoli, 2010; G.D. COMPORTEI, *Introduzione: dal potere discrezionale alle scelte negoziali*, in G.D. COMPORTEI (a cura di), *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, Napoli, 2011; M. RICCHI, *Negoauction, discrezionalità, dialogo competitivo e il nuovo promotore*, in G.D. COMPORTEI (a cura di), *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, cit.; M. RICCHI, *Le scelte della pubblica Amministrazione: gli affidamenti, i contratti di PPP ed i poteri di revoca*, in G.F. CARTEI-M. RICCHI (a cura di), *Finanza di Progetto. Temi e Prospettive*, cit.

¹⁰² Sul punto, è esplicito il considerando n. 68 della direttiva 2014/23/UE, ai sensi del quale, «*di norma le concessioni sono accordi complessi di lunga durata con i quali il concessionario assume responsabilità e rischi tradizionalmente assunti dalle amministrazioni aggiudicatrici e dagli enti aggiudicatori e rientranti di norma nell'ambito di competenza di queste ultime. Per tale ragione, fatta salva l'osservanza della presente direttiva e dei principi di trasparenza e di parità di trattamento, dovrebbe essere lasciata alle amministrazioni aggiudicatrici e agli enti aggiudicatori un'ampia flessibilità nel definire e organizzare la procedura di selezione del concessionario*». L'art. 3, par. 1 afferma che le amministrazioni aggiudicatrici «*trattano gli operatori economici su un piano di parità e in modo non discriminatorio e agiscono con trasparenza e proporzionalità*». Il par. 2 sottolinea l'importanza del principio di trasparenza della procedura di aggiudicazione (oltreché e dell'esecuzione del contratto).

¹⁰³ Il considerando n. 68 della direttiva 2014/23/UE prevede che «*al fine di garantire parità di trattamento e trasparenza durante l'intera procedura di aggiudicazione, è opportuno prevedere garanzie minime per quanto riguarda la procedura di aggiudicazione, ivi comprese informazioni sulla natura e l'ambito di applicazione della concessione, la limitazione del numero di candidati, la diffusione delle informazioni ai candidati e agli offerenti e la disponibilità di registrazioni appropriate. È altresì necessario disporre che vengano rispettate le condizioni iniziali previste dal bando di concessione, per evitare disparità di trattamento tra i potenziali candidati*».

¹⁰⁴ Art. 39, direttiva 2014/23/UE. Sulle condizioni di ammissibilità degli operatori economici, si confrontino i considerando nn. 69, 70 e 71 e l'art. 38 della direttiva 2014/23/UE. La concorrenzialità della procedura deve essere garantita in concreto. Occorre, infatti, che alla procedura partecipino un adeguato numero di partecipanti (art. 37, par. 3, direttiva 2014/23/UE).

re qualsiasi distorsione della concorrenza e garantire la trasparenza della procedura di aggiudicazione e la parità di trattamento dei partecipanti¹⁰⁵.

La flessibilità delle procedure di aggiudicazione trova il suo contrappeso nella immodificabilità in corso di procedura delle caratteristiche minime della concessione e dei criteri di aggiudicazione, come individuati e pubblicizzati nel bando di gara, secondo il principio della *par condicio*¹⁰⁶.

Quanto ai criteri di aggiudicazione, la direttiva lascia grande flessibilità all'amministrazione aggiudicatrice, senza definire il loro contenuto, che dovrà essere individuato con riferimento al caso concreto¹⁰⁷. Il presupposto implicito è, comunque, che debba trattarsi di offerta economicamente più vantaggiosa, rimanendo di fatto escluso che possa essere utilizzato il criterio del prezzo più basso¹⁰⁸.

La direttiva dedica molta attenzione alla trasparenza delle procedure, prevedendo espressamente alcuni obblighi di comunicazione nei confronti dell'aggiudicatario e degli altri partecipanti¹⁰⁹. In relazione alle comunicazioni delle amministrazioni ai partecipanti alle procedure, inoltre, l'art. 30 prescrive che le amministrazioni non favoriscano determinati operatori economici, nel fornire informazioni ai candidati, in applicazione dei principi di non discriminazione e *par condicio*¹¹⁰.

Dunque, la disciplina comunitaria per la scelta del concessionario (di lavori o di

¹⁰⁵ Art. 35, direttiva 2014/23/UE.

¹⁰⁶ L'art. 31, par. 6 ammette espressamente la libertà di negoziazioni con i candidati e gli offerenti, a patto che «l'oggetto della concessione, i criteri di aggiudicazione e i requisiti minimi» non siano modificati nel corso delle negoziazioni. Si confronti anche l'art. 36 che prevede che nei documenti di gara siano definiti «i requisiti tecnici e funzionali» contenenti le caratteristiche richieste per i lavori o i servizi oggetto della concessione, che devono essere individuati nel rispetto del principio del *collegamento con l'oggetto del contratto*, più volte ribadito dalla Giurisprudenza comunitaria. L'individuazione dei requisiti tecnici e funzionali della concessione non deve avvenire in modo discriminatorio, tale da avvantaggiare determinati concorrenti. Tali requisiti oggettivi, come individuati all'inizio della procedura e resi pubblici nel bando, devono rimanere immutati.

¹⁰⁷ Considerando n. 73, direttiva 2014/23/UE.

¹⁰⁸ Si confronti l'art. 41 della direttiva 2014/23/UE che si limita a prevedere che i requisiti debbano essere «oggettivi», «conformi ai principi di cui all'articolo 3», e debbano assicurare «una valutazione delle offerte in condizioni di concorrenza effettiva in modo da individuare un vantaggio economico complessivo» per l'amministrazione. Tali criteri sono «connessi all'oggetto della concessione» e «non attribuiscono una incondizionata libertà di scelta». Anche in tema di individuazione dei criteri di aggiudicazione di una concessione può aversi riferimento a criteri sociali e ambientali, purché sempre collegati direttamente con l'oggetto del contratto e non di natura discriminatoria. Per questo, si rinvia a G. FIDONE, *Gli appalti verdi all'alba delle nuove direttive: verso modelli più flessibili orientati a scelte eco-efficienti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 5/2012, pp. 819-875.

¹⁰⁹ Ai sensi dell'art. 32, è previsto l'obbligo di comunicazione dell'aggiudicazione a mezzo di apposito avviso, contenente i risultati della procedura di aggiudicazione. L'art. 40 prevede obblighi di comunicazione ai concorrenti, quali il nome dell'aggiudicatario, i motivi del rigetto della loro domanda di partecipazione e della loro offerta, i motivi dell'eventuale non aggiudicazione del contratto o del riavvio della procedura. Inoltre, su richiesta della parte interessata, l'amministrazione aggiudicatrice comunica a ogni offerente che abbia presentato un'offerta ammissibile, le caratteristiche e i vantaggi relativi dell'offerta selezionata. Ai sensi dell'art. 34, la modalità con la quale le amministrazioni aggiudicatrici offrono accesso ai documenti di gara è quella elettronica, di regola a titolo a gratuito e senza discriminazioni tra gli operatori economici.

¹¹⁰ L'art. 30 della direttiva 2014/23/UE prevede che «nel corso della procedura di aggiudicazione della concessione, l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore non fornisce in maniera discriminatoria informazioni che possano avvantaggiare determinati candidati o offerenti rispetto ad altri».

servizi) è meno regolata e più flessibile rispetto a quella dell'aggiudicazione degli appalti pubblici. Diventa, dunque, fondamentale la corretta individuazione del confine tra tali due diversi modelli contrattuali, che dovrà avvenire, come descritto nei paragrafi precedenti, sulla base dell'effettivo trasferimento del rischio contrattuale sul concessionario. Sul punto, il considerando n. 18 della direttiva 2014/23/UE ha confermato il principio già espresso dalla Giurisprudenza comunitaria per il quale *l'applicazione di norme specifiche per la disciplina dell'aggiudicazione di concessioni non sarebbe giustificata se l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore sollevasse l'operatore economico da qualsiasi perdita potenziale garantendogli un introito minimo pari o superiore agli investimenti effettuati e ai costi che l'operatore economico deve sostenere in relazione all'esecuzione del contratto*. In tale caso, infatti, ci si troverebbe di fronte ad un appalto pubblico che dovrebbe essere affidato con applicazione della disciplina che gli è propria.

Detto in altri termini, se il contratto (qualificato dall'amministrazione come concessione ma in assenza di trasferimento effettivo del rischio) venisse aggiudicato a seguito delle più flessibili procedure di affidamento della concessione, tale aggiudicazione sarebbe illegittima, dal momento che (trattandosi nella sostanza di un appalto) il contratto avrebbe dovuto essere affidato con le procedure più rigide previste per gli appalti. Tale osservazione è centrale nel diritto comunitario, ove l'affidamento delle concessioni, come si è visto, è più flessibile e meno regolato rispetto a quello degli appalti, che hanno procedure di affidamento tipizzate dalla direttiva Appalti¹¹¹.

¹¹¹ Come si è già visto per la direttiva appalti, anche la direttiva concessioni contiene disposizioni volte a promuovere l'uso strategico degli appalti per tutte le fasi della vita dei contratti di concessione. Il considerando n. 2 ribadisce il ruolo fondamentale degli appalti pubblici nella strategia Europa 2020; i considerando nn. 30, 55 e 59 prevedono che gli Stati membri adottino misure adeguate per garantire che gli operatori economici, nell'esecuzione di contratti di concessione, rispettino gli obblighi applicabili in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dal diritto dell'Unione, dal diritto nazionale, da contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro, secondo il principio di integrazione richiamato espressamente dal considerando n. 55, tanto con riferimento all'aggiudicazione dei contratti che per la loro esecuzione; i considerando nn. 64, 65 e 66 prevedono per le amministrazioni aggiudicatrici, al fine della migliore integrazione di considerazioni sociali ed ambientali nelle procedure di aggiudicazione delle concessioni, che le amministrazioni aggiudicatrici abbiano la facoltà di applicare criteri di aggiudicazione o condizioni di esecuzione della concessione *«sotto ogni aspetto e in qualsiasi fase dei loro cicli di vita, dall'estrazione delle materie prime per il prodotto alla fase di smaltimento dello stesso, compresi fattori coinvolti nel processo specifico di produzione, prestazione o commercializzazione di questi lavori o servizi o in un processo specifico nel corso di una fase successiva del loro ciclo di vita, anche se questi fattori non sono parte del loro contenuto sostanziale»* (considerando n. 64). Tali principi sono poi confermati da alcune disposizioni puntuali che riguardano puntualmente le diverse fasi della vita della concessione: l'individuazione delle specifiche tecniche (considerando nn. 66-67 e art. 36 che prevede che i requisiti tecnici e funzionali definiscono le caratteristiche richieste per i lavori o i servizi oggetto della concessione, che possono includere *«i livelli di qualità, i livelli di prestazione ambientale e degli effetti sul clima, la progettazione per tutti i requisiti (compresa l'accessibilità per i disabili) e la valutazione di conformità, l'esecuzione, la sicurezza o le dimensioni, la terminologia, i simboli, il collaudo e i metodi di prova, la marcatura e l'etichettatura o le istruzioni per l'uso»*, con applicazione del principio di equivalenza, che consente agli operatori economici di dimostrare che le caratteristiche del proprio prodotto sono analoghe a quelle richieste dal bando); l'individuazione dei criteri di scelta del concessionario (considerando n. 73 e art. 41 che prevede che i criteri di aggiudicazione possano includere criteri ambientali, sociali o relativi all'innovazione); la procedura di aggiudicazione (considerando n. 58); l'esecuzione del contratto compresa la fase della gestione (considerando n. 72, con particolare riferimento ai subappaltatori).

7. IL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI DI CUI AL D.LGS. N. 50/2016: IL DIBATTITO SULLA «FILOSOFIA DEL RECEPIMENTO» E LA LEGGE DELEGA

Le nuove tre direttive dovevano essere recepite negli ordinamenti dei Paesi membri entro il 18 aprile 2016, ovvero entro due anni dal decorso del termine di venti giorni dalla loro pubblicazione. Conseguentemente, in Italia si sviluppò un vivo dibattito sulla «filosofia» del loro recepimento¹¹².

In tale contesto, è intervenuta, con grande ritardo rispetto ai tempi inizialmente previsti, la legge delega per il recepimento delle direttive del 2014, legge 28 gennaio 2016, n. 11, che doveva essere attuata entro il termine del 18 aprile 2016¹¹³. In tale legge appare evidente il mutato atteggiamento del legislatore, rispetto al tradizionale approccio seguito a partire dagli anni '90 del secolo scorso. La delega appare, infatti, ispirata al criterio dell'efficienza della contrattazione pubblica. Si propone l'obiettivo della «drastica riduzione e razionalizzazione» delle disposizioni vigenti, un maggiore livello di certezza del diritto da conseguire attraverso la semplificazione dei procedimenti¹¹⁴; del perseguimento delle migliori pratiche adottate in altri Paesi dell'Unione¹¹⁵; della riduzione e della certezza dei tempi di durata delle procedure e dell'esecuzione dei contratti¹¹⁶; della razionalizzazione delle forme di partenariato pubblico privato¹¹⁷; del recepimento degli strumenti di flessibilità previsti dalle tre direttive¹¹⁸; dell'«espresso divieto» della derogabilità delle nuove procedure¹¹⁹. A ciò si accompagnano numerosissime disposizioni puntuali che si prefiggono lo stesso obiettivo dell'efficienza. Dunque, gli obbiettivi generali dichiarati dal preambolo del disegno di legge sono tutti ambiziosi e apprezzabili propositi di efficienza.

La legge delega conteneva anche dichiarazioni di principio in tema di contrasto alla corruzione. Essa, in linea generale, afferma che l'armonizzazione delle norme in mate-

¹¹² Nell'ambito del dibattito sul recepimento delle direttive del 2014, sia consentito ricordare i convegni organizzati presso la Camera dei Deputati dall'Osservatorio sui Contratti Pubblici creato da Italia Decide, AEQUA, Aperta Contrada e Res Pubblica. In particolare, quello del 19 gennaio 2015, *Il recepimento delle nuove direttive sui contratti pubblici*; quello del 9 marzo 2015, *Il recepimento della direttiva concessioni (2014/23/UE): l'in house providing e il rinnovo dei rapporti esistenti*, alla presenza del Ministro delle Infrastrutture e Trasporti; quello del 9 novembre 2015, *Prevenzione della Corruzione nella riforma della PA e nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, con la presenza del Ministro della Pubblica Amministrazione, del Vice-Ministro delle Infrastrutture e Trasporti e del Presidente dell'ANAC.

¹¹³ La legge delega si proponeva di procedere al recepimento delle direttive europee attraverso un primo decreto delegato, di emendamento al d.lgs. n. 163/2006, denominato «decreto di recepimento delle direttive», da attuarsi entro il 18 aprile 2016; successivamente, di riordinare complessivamente la materia, attraverso un altro decreto delegato, denominato «decreto di riordino», che doveva portare ad un unico testo normativo denominato «Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione» che recasse la disciplina dell'affidamento e dell'esecuzione di tali contratti e che sostituisse l'attuale Codice, da emanarsi entro il 31 luglio 2016. Il legislatore è però riuscito a completare la riforma con un unico decreto legislativo, appunto il d.lgs. n. 50/2016, rispettando comunque il primo dei due termini.

¹¹⁴ Art. 1, comma 1, lett. c), legge n. 11/2016.

¹¹⁵ Art. 1, comma 1, legge n. 11/2016.

¹¹⁶ Art. 1, comma 1, lett. d), legge n. 11/2016.

¹¹⁷ Art. 1, lett. ll) e mm), legge n. 11/2016.

¹¹⁸ Art. 1, comma 1, lett. e), legge n. 11/2016.

¹¹⁹ Art. 1, comma 1, lett. d) e art. 1, comma 1, lett. g), legge n. 11/2016.

ria di trasparenza, pubblicità, durata e tracciabilità debba essere effettuata «anche al fine di concorrere alla lotta alla corruzione»¹²⁰; stabilisce che in capo all'ANAC debbano essere previsti poteri di vigilanza e controllo finalizzati ad evitare la corruzione e i conflitti d'interesse¹²¹; prevede un numero limitato di disposizioni specifiche in tema di contrasto alla corruzione. Può in generale osservarsi che la stessa delega non sembra contenere novità particolarmente rilevanti sul fronte delle specifiche misure volte al contrasto della corruzione, collocandosi in continuità con la legge n. 190/2012 e con il d.l. n. 90/2014, che avevano già costituito un apprezzabile cambio di passo rispetto al ventennio precedente.

Si ricordi anche che l'art. 1, comma 1, lett. a) della delega ribadisce il principio del divieto del c.d. *gold plating* laddove afferma espressamente il «divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive, come definiti dall'articolo 14 comma 24 ter e 24 quater della legge 28 novembre 2005 n. 246». Sul punto, il Consiglio di Stato ha affermato che tale divieto «va rettammente interpretato in una prospettiva di riduzione degli "oneri non necessari", e non anche in una prospettiva di abbassamento del livello di quelle garanzie che salvaguardano altri valori costituzionali, in relazione ai quali le esigenze di massima semplificazione e efficienza non possono che risultare recessive»¹²².

7.1. Le due anime del Codice, tra diritto europeo e diritto interno. Perdurante instabilità della disciplina di settore (il primo correttivo e lo «Sblocca cantieri»)

Il nuovo Codice, approvato con d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, tratta congiuntamente i contratti pubblici di lavori, servizi e forniture ma contiene discipline particolari, in relazione ai settori di pertinenza, all'oggetto del contratto, alla sua dimensione e rilevanza, all'importo. Esso è composto da cinque parti: la Parte I «ambito di applicazione, principi, disposizioni comuni ed esclusioni»; la Parte II «contratti di appalto per lavori, servizi e forniture»; la Parte III «contratti di concessione»; la Parte IV «partenariato pubblico provato e contraete generale ed altre modalità di affidamento»; la Parte V «Infrastrutture ed insediamenti prioritari»; la Parte VI «disposizioni finali e transitorie». Il Codice si applica (di regola e fatte salve le eccezioni specifiche) alle procedure e ai contratti per cui i bandi o gli avvisi con cui si indice la procedura di scelta del contraente siano stati pubblicati successivamente alla data della sua entrata in vigore nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o di avvisi, alle procedure e ai contratti in relazione ai quali, alla data di entrata in vigore del Codice, non siano stati ancora inviati gli inviti a presentare le offerte¹²³.

Il testo appare la combinazione di disposizioni di due diverse anime: da un lato, esso recepisce in un unico testo le tre direttive del 2014 (scelta peculiare del legislatore italiano, dal momento che era possibile recepirle anche con testi di legge separati),

¹²⁰ Art. 1, comma 1, lett. q), legge n. 11/2016.

¹²¹ Art. 1, comma 1, lett. q), n. 2, legge n. 11/2016.

¹²² Cons. Stato, parere dell'Adunanza della Commissione speciale del 21 marzo 2016, n. 855 del 1° aprile 2016, punto IIA.

¹²³ Art. 216, d.lgs. n. 50/2016.

muovendosi sulle due direttrici individuate da tali direttive, ovvero la maggiore flessibilità dei modelli finalizzata all'efficienza degli acquisti dell'Amministrazione e il c.d. uso strategico degli appalti; dall'altro lato, esso è figlio del diritto interno e in particolare del vecchio Codice del 2006, del quale sono recepiti molti istituti e disposizioni, a cui si aggiungono alcuni gruppi di norme di nuova ideazione.

Già nella Parte I, che definisce il quadro di riferimento del Codice attraverso l'individuazione dell'ambito di applicazione della nuova disciplina, delle fattispecie escluse dalla stessa, della ricognizione dei principi fondanti e delle disposizioni comuni, può osservarsi la convivenza tra le due diverse anime che si sono appena dette.

Il Titolo I definisce l'oggetto del Codice e il suo ambito di applicazione (art. 1) e le competenze legislative dello Stato, delle Regioni e delle province autonome (art. 2), sulla base dei principi espressi dall'art. 117 Cost. Inoltre, il lungo art. 3 detta le definizioni dei principali istituti del Codice, da leggersi in modo combinato rispetto alle disposizioni specifiche che regolano gli stessi istituti, distribuite nel corpo di tutto il Codice, recependo quelle date dal diritto europeo¹²⁴ (ad esempio, quella di amministrazione aggiudicatrice o di organismo di diritto pubblico, la stessa distinzione tra appalto e concessione, ecc.) ma aggiungendone altre tipiche del diritto interno (si pensi, ad esempio, a quelle sulla programmazione, sulle categorie delle opere, ecc.).

Il Titolo II prevede l'elenco dei contratti esclusi, totalmente o parzialmente, dall'ambito di applicazione del Codice, ribadendo che l'affidamento di tali contratti avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica (art. 4). Si tratta di disposizioni, finalizzate ad individuare il campo di applicazione del Codice, di derivazione europea¹²⁵.

Anche i titoli III e IV appaiono il frutto della mediazione tra diritto europeo e diritto interno. Se le disposizioni che individuano i principi comuni all'affidamento e all'esecuzione dei contratti pubblici (art. 29-30) o quella sul dibattito pubblico (art. 22) appaiono chiaramente di derivazione europea, sono essenzialmente riferibili al diritto interno quelle che disciplinano le fasi delle procedure di affidamento (artt. 32-33), la programmazione dei lavori e dei servizi delle stazioni appaltanti (art. 21), la progettazione dei lavori e dei servizi (artt. 24-27), la figura del RUP (art. 31). Si tratta comunque di disposizioni trasversali a tutto il Codice.

Di matrice interna (pur se devono tenere conto della direttiva ricorsi 2007/66/CE) sono, invece, le disposizioni di cui al Titolo I della Parte VI, dedicata ai rimedi giurisdizionali, che opera un rinvio al Codice del processo Amministrativo di cui al d.lgs. 104/2010 (Capo I), e alternativi alla tutela giurisdizionale ovvero l'accordo bonario, la transazione e l'arbitrato (Capo II). Tali disposizioni sono trasversali a tutti i tipi di contratti previste dal Codice e di portata generale.

Il Codice del 2016 ha già subito importanti interventi di modifica.

Il primo intervento sostanziale di modifica è stato il correttivo di cui al d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56 (emanato in forza della medesima legge delega che aveva dato origi-

¹²⁴ Si confronti l'art. 2 della direttiva 2014/24/UE.

¹²⁵ Si confronti, ad esempio, la Sezione III, Capo I, Titolo I della direttiva 2014/24/UE.

ne al Codice) che reca «*Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50*» e si compone di 131 articoli, modificando oltre 120 articoli del Codice e aggiungendone due (il 17-*bis* e il 113-*bis*). Tale provvedimento ha apportato modifiche a numerosi istituti, tra i quali l'ambito oggettivo del Codice, la progettazione, il RUP, il soccorso istruttorio, il *rating* di impresa, la qualificazione dei soggetti esecutori di lavori pubblici, l'avvalimento, le garanzie, i criteri di aggiudicazione, le offerte anomale, il collaudo, il subappalto, le varianti in corso d'opera, i contratti di concessione, il contratto di disponibilità. È onestamente difficile trovare un minimo comune denominatore a tali interventi correttivi che hanno riguardato aspetti puntuali dei diversi istituti coinvolti¹²⁶.

Più recentemente è intervenuto il d.l. 18 aprile 2019, n. 32, c.d. «Sblocca cantieri», convertito con modificazioni dalla legge 14 giugno 2019, n. 55.

Tale ultimo provvedimento, che ha come dichiarato obbiettivo il rilancio immediato del settore dei lavori, è intervenuto sulla disciplina codicistica con tre diverse modalità. Alcuni istituti del Codice sono stati sospesi fino al 31 dicembre 2020 (con applicazione alle procedure i cui bandi o avvisi che indicano la procedura di scelta del contraente siano pubblicati successivamente alla pubblicazione dello stesso «Sblocca cantieri») ¹²⁷. In secondo luogo, sono state introdotte alcune disposizioni con vigenza limitata nel tempo al solo biennio 2019-2020¹²⁸. In ultimo, sono state modificate o introdotte norme nel Codice con carattere permanente¹²⁹. Tra le novità più importanti occorre certamente ricordare la previsione di un nuovo Regolamento attuativo che sosti-

¹²⁶ Il Consiglio di Stato, nel parere del 30 marzo 2017 n. 782, sullo schema di Decreto Correttivo, ha classificato gli interventi correttivi ed integrativi in quattro categorie principali: eliminazione di refusi ed errori materiali; coordinamento «esterno» del Codice con altre leggi vigenti; rimozione di errori di recepimento delle direttive europee e di attuazione della legge delega; rimedio a difficoltà insorte nella prima applicazione dei nuovi istituti, come emerso dalle audizioni, dal dibattito dottrinale e dalla prima giurisprudenza.

¹²⁷ Le disposizioni sospese riguardano: l'obbligo di utilizzo della centrale di committenza o della stazione unica appaltante per i Comuni non capoluogo di provincia, di cui all'art. 37, comma 4 del d.lgs. n. 50/2016; il divieto di affidamento congiunto della progettazione e dell'esecuzione (appalto integrato), di cui all'art. 59, comma 1, quarto periodo del d.lgs. n. 50/2016; l'obbligo di utilizzo dell'Albo dei commissari di gara, di cui all'art. 77, comma 3 del d.lgs. n. 50/2016, fermo restando l'obbligo di individuare i commissari secondo regole di competenza e trasparenza, preventivamente individuate da ciascuna stazione appaltante.

¹²⁸ Ad esempio, per lo stesso periodo 2019-2020, al fine di favorire gli interventi di manutenzione, è previsto che i lavori di manutenzione ordinaria e straordinaria potranno essere affidati sulla base del progetto definitivo (che però dovrà avere il contenuto minimo indicato dalla medesima disposizione di cui all'art. 1, comma 6 della legge n. 55/2019), a meno che non prevedano il rinnovo o la sostituzione di parti strutturali delle opere o di impianti. Un gruppo di tali disposizioni (art. 1, commi 4 e 5), con applicazione ai soli anni 2019-2020, riguarda la disponibilità dei finanziamenti. Un altro gruppo di disposizioni (art. 1, commi 7-9) riguardano il Consiglio Superiore dei Lavori pubblici, con ridefinizioni delle soglie per il parere obbligatorio, dei termini nei quali deve essere reso il parere, il contenuto di tale parere. Un ulteriore gruppo di disposizioni a carattere temporaneo riguardano la fase esecutiva dei contratti (art. 1 commi 10-15), compreso il subappalto.

¹²⁹ Tra le modifiche puntuali a disposizioni già contenute nel Codice, si possono ricordare quelle dell'art. 23 sui livelli di progettazione, all'art. 29 in materia di trasparenza, dell'art. 36 che detta la disciplina dei contratti sotto soglia (con innalzamento delle soglie dell'affidamento diretto e della procedura negoziata), dell'art. 80 sulle cause di esclusione, all'art. 95 sui criteri di aggiudicazione, dell'art. 97 sulle offerte anomale, dell'art. 105 in materia di subappalto.

tuirà per determinate materie le linee guida dell'ANAC¹³⁰ e, per quanto riguarda il processo in materia di appalti, la soppressione del giudizio speciale sul provvedimento di ammissione/esclusione di cui al pre-vigente art. 120, comma 2-*bis* del Codice del processo amministrativo di cui al d.lgs. n. 104/2010¹³¹.

L'art. 1 della legge di conversione, peraltro, annuncia una nuova «*riforma complessiva del settore*» di cui non sono ancora chiari contenuti e principi ispiratori (se non, come è ovvio, quelli di derivazione europea). A questo si aggiunge anche la pendenza di due procedure di infrazione avviate dalla Commissione Europea contro il diritto interno dei contratti pubblici¹³². Ciò dimostra, purtroppo, che la stagione della precarietà e dell'instabilità della disciplina dei contratti pubblici non si è affatto conclusa.

7.2. La disciplina generale degli appalti e le discipline speciali

La Parte II, che costituisce quella più corposa del Codice (artt. 35-163) detta la disciplina dei contratti di appalto e recepisce le due direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE. Tale parte, infatti, si fonda sulla distinzione dei contratti nei c.d. *settori ordinari* (che sono definiti in via residuale rispetto a quelli speciali¹³³) da quelli dei «*regimi particolari di appalto*» (Titolo VI), tra i quali sono collocati i settori speciali.

Vi sono però alcune disposizioni, quelle dettate dai titoli I («*rilevanza comunitaria e contratti sotto soglia*») e II («*qualificazione delle stazioni appaltanti*») e dal Capo I del Titolo III («*modalità comuni alle procedure di affidamento*») che sono trasversali a tutti i regimi di appalto.

Gli appalti di importo inferiore alle soglie europee, come determinate dall'art. 35, godono di un regime giuridico molto più snello e libero da vincoli procedurali, non essendo assoggettati alle direttive europee, che si applicano solo ai contratti sopra soglia¹³⁴. Essi rimangono, comunque, assoggettati ai principi del Trattato europeo, che sono a fondamento dell'intera disciplina di settore. Per gli appalti e le concessioni di lavori pubblici, la soglie sono indicate dall'art. 35 del Codice. La disciplina di tali con-

¹³⁰ Art. 216 comma 27-*octies*, inserito dallo «Sblocca cantieri».

¹³¹ Il rito speciale relativo all'impugnazione del provvedimento di ammissione/esclusione era stato introdotto nel Codice del processo amministrativo dall'art. 204, comma 1, lett. *b*), d.lgs. n. 50/2016. La disposizione è stata abrogata dall'art. 1, comma 22, legge n. 55/2019.

¹³² La prima Procedura d'infrazione n. 2018/2273 (per la quale c'è stata la costituzione in mora con lettera del 24 gennaio 2019) ha ad oggetto la non conformità dell'ordinamento interno rispetto ad alcune disposizioni delle direttive 2014/23, 2014/24 e 2014/25. Tra le diverse violazioni riscontrate, quelle riguardanti il calcolo del valore stimato degli appalti, le opere di urbanizzazione, i motivi di esclusione, il subappalto, l'avvalimento, le offerte anomale. Tali violazioni dovrebbero essere state, almeno in parte, sanate con il decreto «Sblocca cantieri». La seconda procedura di infrazione, di portata più circoscritta, è la n. 2090/2017 (per la quale vi sono stati la costituzione in mora nel giugno 2014 e il parere motivato del 13 luglio 2017) ha ad oggetto la compatibilità del decreto correttivo di cui d.lgs. n. 56/2017 con la direttiva 2011/7/UE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali.

¹³³ Art. 3, comma 1, lett. *gg*) e *hh*).

¹³⁴ Artt. 36, d.lgs. n. 50/2016. La definizione delle procedure di affidamento dei contratti sotto soglia è stata oggetto di interventi correttivi, da ultimo con il decreto «Sblocca cantieri», d.l. n. 32/2019 convertito con legge n. 55/2019, che hanno progressivamente alzato gli importi dei contratti per i quali è ammissibile l'affidamento diretto.

tratti e l'individuazione di ulteriori soglie interne alla categoria è, evidentemente, di pura derivazione del diritto interno e riproduce una scelta già operata nel Codice di cui al d.lgs. n. 163/2006.

La previsione dell'aggregazione e della centralizzazione delle committenze (art. 37) costituisce una precisa scelta del legislatore interno, in continuità con il Codice del 2006 e con la legge n. 208/2015 (legge stabilità 2016), per migliorare l'efficienza degli acquisti pubblici attraverso la specializzazione (e dunque, la maggiore informazione) delle stazioni appaltanti e, al contempo, si pone come misura finalizzata al miglioramento del controllo delle pubbliche amministrazioni con finalità anti-corruttive¹³⁵. Per il perseguimento degli stessi obiettivi, la previsione della necessaria qualificazione delle stazioni appaltanti, attraverso la predisposizione di un elenco tenuto dall'ANAC (art. 38) costituisce, indubbiamente, una delle novità più rilevanti del nuovo Codice.

In ultimo, si pongono come disposizioni generali per tutti gli appalti, le disposizioni comuni (Titolo III Capo I Sez. I che, tra l'altro, prevede la disciplina degli operatori economici, dei raggruppamenti e dei consorzi) e quelle che dettano le «*tecniche e strumenti per gli appalti elettronici e aggregati*» (Titolo III Capo I Sez. II, che disciplina gli accordi quadro, i sistemi dinamici di acquisizione, le aste e i cataloghi elettronici, le procedure svolte attraverso piattaforme telematiche).

A fronte di tali disposizioni comuni a tutte le categorie di appalti, la scelta del Codice è stata quella di dettare un'articolata disciplina degli appalti nei settori ordinari di rilevanza comunitaria, ovvero sopra le soglie individuate dall'art. 35, che a livello comunitario sono regolati dalla direttiva 2014/24/UE, che viene ad essere la disciplina generale dei contratti pubblici, come del resto era nel pre-vigente d.lgs. n. 163/2006. Le altre discipline particolari (tra cui, appunto, quella sui settori speciali che recepisce la direttiva 25/2014/UE) si pongono come derogatorie rispetto a quella dei settori ordinari e operano a questa numerosissimi rinvii, per norme di comune applicazione.

La disciplina in questione, comune a lavori, servizi e forniture, è suddivisa tra la disciplina dell'affidamento (titoli III e IV) e quella dell'esecuzione del contratto (Titolo V).

La disciplina dell'affidamento degli appalti nei settori ordinari contiene numerose novità rispetto al diritto pre-vigente. Nel Titolo III Capo II «*procedure di scelta del contraente per i settori ordinari*» sono recepite le nuove procedure flessibili, improntate sulla negoziazione, derivanti dalla direttiva 2014/24/UE (procedura competitiva con negoziazione, dialogo competitivo, partenariato per l'innovazione), tali da assumere ormai il carattere della normalità in alternativa a quelle tradizionali (procedure aperte e ristrette). Tali istituti appaiono caratterizzati da una progressiva e costante esigenza informativa del committente pubblico: nella procedura competitiva con negoziazione, è noto l'oggetto del contratto ma l'amministrazione si propone di migliorare le specifiche tecniche poste a base di gara; nel dialogo competitivo è noto il fabbisogno pubblico ma viene avviata la negoziazione per individuare la soluzione tecnica più idonea a soddisfarlo, tra quelle già esistenti; nel partenariato per l'innovazione, le parti si propongono di avviare una ricerca volta ad scoprire una soluzione tecnologica ancora non esistente sul mercato.

¹³⁵ Il d.l. n. 32/2019 convertito con legge n. 55/2019 ha peraltro sospeso fino al 31 dicembre 2020 l'obbligo di utilizzo della centrale di committenza o della stazione unica appaltante per i Comuni non capoluogo di provincia, di cui all'art. 37, comma 4, d.lgs. n. 50/2016.

La flessibilità appare caratterizzare anche il successivo Capo III sullo «*svolgimento delle procedure per i settori ordinari*» che recepisce, ad esempio, l'importante istituto delle consultazioni preliminari di mercato (artt. 66-67), che consente alle amministrazioni di acquisire informazioni sull'oggetto del futuro affidamento (anche consultando gli operatori economici che poi parteciperanno alla procedura) prima di esperire una procedura aperta o ristretta, o quello dell'avvalimento (art. 89) o ancora del soccorso istruttorio (art. 88). Tale gruppo di disposizioni si prefigge anche l'obiettivo europeo dell'uso strategico, chiaramente percepibile nelle disposizioni sulle specifiche tecniche (artt. 68-69). A tali disposizioni, si aggiungono quelle sui bandi e sulle modalità della loro pubblicità, sui motivi di esclusione (art. 80, norma ispirata all'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006 che è stata una delle maggiori fonti di contenzioso innanzi ai giudici Amministrativi), sui requisiti di idoneità professionali, sulla capacità economica – finanziaria e sulle capacità tecniche e professionali degli operatori economici (art. 83). Una novità rilevante è quella della disciplina delle commissioni giudicatrici (artt. 77 e 78) da nominarsi nel caso di criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con la previsione di un elenco dei commissari presso l'ANAC e della loro scelta attraverso sorteggio (art. 77, comma 3). Tale ultima norma, che va in senso opposto a quello della flessibilità delle scelte dell'Amministrazione, è riferibile al solo diritto interno ed è chiaramente ispirata da ragioni di anti-corruzione¹³⁶.

Anche il Titolo IV «*aggiudicazione per i settori ordinari*» riflette il recepimento della disciplina della direttiva 2014/24/UE e delle sue due linee ispiratrici. La flessibilità nell'aggiudicazione è garantita dalla scelta di campo di relegare il criterio del prezzo più basso ad ipotesi marginale (art. 95, comma 4) e di dare assoluta prevalenza a quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa (art. 95, comma 2)¹³⁷; anche le offerte anormalmente basse sono di regola escludibili solo a seguito della valutazione discrezionale, da parte della stazione appaltante, dei giustificativi prodotti dall'offerente (art. 97, comma 1)¹³⁸.

L'obiettivo dell'uso strategico, nell'ambito del quale spicca quello della protezione dell'ambiente (c.d. appalti verdi) è perseguito attraverso la previsione di criteri di aggiudicazione dell'offerta ispirati (con il limite della pertinenza alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto) a ragioni ecologiche (art. 95, comma 5). Lo stesso obiettivo fonda l'introduzione del nuovo criterio di scelta delle offerte (chiaramente alternativo a quello del prezzo più basso) del costo del ciclo di vita (art. 96), che comprende i costi relativi all'acquisizione, all'utilizzo (consumo di energia e altre risorse), alla manutenzione, ai costi di fine vita (raccolta, smaltimento e riciclaggio).

Completano la disciplina dei contratti di appalto le disposizioni contenute nel Titolo V della Parte II dedicato alla esecuzione del contratto¹³⁹. Sul punto può essere in

¹³⁶ Il d.l. 32/2019 convertito con legge n. 55/2019 ha sospeso fino al 31 dicembre 2020 l'obbligo di utilizzo dell'Albo dei commissari di gara, di cui all'art. 77, comma 3 del d.lgs. n. 50/2016, fermo restando l'obbligo di individuare i commissari secondo regole di competenza e trasparenza, preventivamente individuate da ciascuna stazione appaltante.

¹³⁷ Il d.l. n. 32/2019 convertito con legge n. 55/2019 ha però nuovamente esteso i casi di applicazione del criterio del prezzo più basso. Tale criterio potrà, infatti, essere liberamente utilizzato dalle stazioni appaltanti per tutti i contratti sotto soglia, ai sensi del nuovo comma 9-bis dell'art. 36.

¹³⁸ Anche tale disposizione ha subito profonde modifiche con il d.l. n. 32/2019 convertito con legge n. 55/2019.

¹³⁹ Il d.l. n. 32/2019 convertito con legge n. 55/2019 ha previsto una serie di disposizioni a carattere

linea generale ricordato che il tema dell'esecuzione dei contratti non è disciplinato dalla direttiva 2014/24/UE se non con le disposizioni del Capo IV del Titolo II, che disciplinano istituti quali il subappalto (art. 71), la modifica dei contratti in essere (art. 72) e la risoluzione (art. 73). Inoltre, se le disposizioni sul procedimento di aggiudicazione si pongono come speciali rispetto alle norme della legge n. 241/1990, per l'esecuzione dei contratti l'art. 30, comma 8 opera un rinvio al codice civile per quanto non previsto dal Codice.

Come già detto, se la disciplina dei contratti di appalto di rilevanza europea si pone come disciplina generale dei contratti previsti dal Codice, il Titolo VI della Parte II prevede una serie di discipline derogatorie, denominate «*Regimi particolari di appalto*».

La prima categoria appartenente a tale titolo è quella degli appalti nei settori speciali, disciplinati a livello europeo dalla direttiva 2014/25/UE, ovvero gli appalti nei settori del gas, energia termica, elettricità, acqua, servizi di trasporto, servizi postali, estrazione di gas e prospezione o estrazione di carbone o di altri combustibili solidi. Tale disciplina si articola nella regolazione delle procedure di scelta del contraente (Sezione II), nella selezione dei partecipanti e delle offerte (Sezione III), in alcune disposizioni che riguardano i servizi sociali, i concorsi di progettazione e le norme sull'esecuzione nei settori speciali (Sezione IV). La disciplina in questione non ha carattere di autonomia e si pone come derogatoria rispetto a quella dei settori ordinari, anche se tale ultima disciplina è ampiamente richiamata. Tale scelta del legislatore interno si pone (come già avvenuta nel Codice del 2006) in controtendenza rispetto a quella del legislatore europeo che a tali settori dedica una direttiva distinta da quella degli appalti nei settori ordinari.

Gli altri regimi particolari previsti dal Titolo VI sono quelli degli appalti nel settore dei beni culturali (Capo III), dei concorsi di progettazione e di idee (Capo IV), dei servizi di ricerca e sviluppo (Capo V), degli appalti nel settore della difesa e della sicurezza (Capo VI, Sezione I).

Tra le discipline derogatorie a quelle ordinarie previste dalla Parte II vi sono poi le disposizioni relative alle infrastrutture strategiche e gli insediamenti prioritari, di cui alla Parte V del Codice. Si tratta degli interventi già disciplinati, in via derogatoria rispetto alla disciplina ordinaria, dalla c.d. legge obiettivo di cui al d.lgs. n. 190/2002, poi recepita dal Capo IV del Titolo III della Parte II del d.lgs. n. 163/2006. Le opere in questione sono quelle individuate dal piano generale dei trasporti e della logistica e dai documenti pluriennali di pianificazione, di cui all'art. 2, comma 1 del d.lgs. n. 228/2011. Deve ritenersi che tali disposizioni si applichino anche ai contratti di con-

temporaneo che riguardano la fase esecutiva dei contratti (art. 1, commi 10-15). È previsto che fino al 31 dicembre 2020 possano essere oggetto di riserva anche gli aspetti progettuali che sono stati oggetto di verifica ai sensi dell'art. 25 del Codice, con conseguente estensione dell'ambito di applicazione dell'accordo bonario; fino alla data di entrata in vigore del nuovo regolamento (previsto dal novellato art. 216, comma 27-*octies*, del Codice), al fine di prevenire controversie relative all'esecuzione del contratto, le parti potranno convenire che prima dell'avvio dell'esecuzione, o comunque non oltre novanta giorni da tale data, sia costituito un collegio consultivo tecnico (di cui sono dettate le modalità di composizione e le procedure di funzionamento) con funzioni di assistenza per la rapida risoluzione delle controversie di ogni natura suscettibili di insorgere nel corso dell'esecuzione del contratto stesso; fino al 31 dicembre 2020 è stato elevato il limite massimo del subappalto al 40% e per ogni gara, sarà la Stazione Appaltante ad indicare nel bando la quota di lavoro o servizi subappaltabili e non sarà obbligatorio indicare la terna dei subappaltatori già dalla fase di offerta.

cessione e di PPP disciplinati dalle parti III e IV, qualora riguardino infrastrutture e insediamenti produttivi.

7.3. La disciplina delle concessioni e dei PPP

Le parti III e IV del Codice sono dedicate rispettivamente ai contratti di concessione e a quelli di PPP. Tali discipline appaiono inspiegabilmente poco coordinate e non armonizzate, se si considera che le concessioni costituiscono il modello principale di PPP che, dunque, si pone come categoria generale che le comprende. La disarmonia dipende dal fatto che le due parti costituiscono l'esempio più evidente delle due diverse anime che caratterizzano il Codice ovvero le direttive europee, che ispirano la Parte III, e il diritto interno (segnatamente, il d.lgs. n. 163/2006) che ispira la Parte IV.

La disciplina delle concessioni di lavori e servizi, contratti che si distinguono dagli appalti tradizionali per la caratteristica essenziale del trasferimento del rischio¹⁴⁰, recepisce quella della direttiva 2014/23/UE, fondata sulla sottrazione dell'affidamento di tali contratti alle procedure tipizzate della direttiva appalti e sul loro solo assoggettamento ai principi generali posti dal Trattato. L'art. 166, infatti, stabilisce il principio della «libera amministrazione delle autorità pubbliche» per il quale le amministrazioni sono libere di organizzare la procedura per la scelta del concessionario e di decidere il modo migliore per gestire l'esecuzione dei lavori e la prestazione dei servizi, fatta salva l'applicazione delle disposizioni particolari previste dalla stessa disciplina codicistica.

Se tale principio non costituisce una novità per il diritto europeo, dal momento che già la direttiva 2004/18/CE non prevedeva procedure tipizzate per l'aggiudicazione delle concessioni di lavori, esso costituisce una assoluta novità per il diritto interno, dal momento che il Codice del 2006 assoggettava le concessioni di lavori alle stesse procedure di affidamento degli appalti.

Il Capo III della Parte III, infine, detta alcune disposizioni sull'esecuzione dei contratti di concessione (artt. 179 e ss. che prevedono, tra l'altro, la disciplina di istituti quali il subappalto, la modifica, la cessazione, la revoca, la risoluzione per inadempimento, il subentro).

In generale, il contenuto della Parte III del Codice appare recepire la disciplina europea delle concessioni di cui si è già detto nel par. 6.2.

La Parte IV è invece dedicata ai contratti di partenariato pubblico privato e ripropone una serie di contratti già disciplinati dal d.lgs. n. 163/2006 (la finanza di progetto¹⁴¹, la locazione finanziaria, il contratto di disponibilità, il contraente generale), aggiungendone altri nuovi, riconducibili al c.d. partenariato pubblico sociale (PPS) come il baratto amministrativo (art. 190) o gli interventi di sussidiarietà orizzontale (art. 189).

¹⁴⁰ Art. 165, d.lgs. n. 50/2016.

¹⁴¹ Seppure compresa dall'art. 180, comma 8 del d.lgs. n. 50/2016 tra i contratti di PPP, la finanza di progetto non può considerarsi una tipologia contrattuale bensì una modalità di affidamento di un contratto di concessione, su iniziativa di un promotore privato. Il correttivo al Codice di cui al d.lgs. n. 56/2017 ha, peraltro, esteso la modalità di affidamento di cui al comma 15 dell'art. 183 anche agli altri contratti di PPP (art. 183, comma 16, d.lgs. n. 50/2016). Il decreto «Sblocca cantieri» ha in ultimo previsto che possano essere promotori anche i c.d. *investitori istituzionali*.

I contratti di PPP sono contratti alternativi all'appalto tradizionale, stipulati tra la pubblica amministrazione e un privato operatore economico al fine di realizzare un'opera pubblica o di erogare un servizio, che presuppongono (come le concessioni, che ne costituiscono un modello) un finanziamento privato e il trasferimento del rischio dell'operazione imprenditoriale sul *partner* privato¹⁴². Si tratta, peraltro, di una categoria dai contorni problematici e incerti che nel diritto interno è stata tormentata da continui interventi del legislatore che hanno reso la disciplina instabile e controversa¹⁴³.

A differenza delle concessioni, caratterizzate dal già ricordato principio della libertà di affidamento, in senso contrario, l'art. 181 afferma, in linea di principio, che la scelta dell'operatore economico avviene con procedure ad evidenza pubblica anche mediante dialogo competitivo, anche se di fatto ciascun contratto tra quelli disciplinati viene ad avere sue proprie regole di aggiudicazione (si pensi, ad esempio, alla finanza di progetto, alla locazione finanziaria o al contratto di disponibilità).

Una questione che si pone è quella della disciplina europea applicabile ai c.d. contratti di Partenariato Pubblico-Privato (PPP).

Sul punto, occorre ricordare che la categoria in questione era stata inserita nel Codice dei contratti pubblici del 2006 con il d.lgs. 11 settembre 2008, n. 152 (terzo correttivo) che, oltre ad una definizione generale¹⁴⁴, elencava una serie di contratti di PPP come le concessioni di lavori e di servizi, la finanza di progetto, la locazione finanziaria, il contratto di disponibilità, il contraente generale. Tale disciplina, peraltro, si veniva a sovrapporre a quelle specifiche di alcuni dei contratti citati, già presenti da tem-

¹⁴² Le caratteristiche di tali contratti sono state individuate dalla Commissione europea nel Libro verde «*relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni*», 2004. Secondo tale documento, i rapporti tra i *partners* pubblico e privato devono essere di lunga durata e implicano una collaborazione su vari aspetti di un certo progetto (quali, ad es., la progettazione, la realizzazione, la gestione) con il partner privato che assurge a protagonista del progetto e il *partner* pubblico che si limita ad avere una funzione di coordinamento e di controllo; il finanziamento del progetto deve essere, almeno in parte, proveniente dal soggetto privato che, con mezzi propri oppure indebitandosi con le banche, si fa carico del costo della realizzazione dell'opera o almeno di parte di esso; il rischio dell'intervento da realizzarsi, ovvero il rischio di fallimento dell'operazione imprenditoriale, deve essere contrattualmente trasferito sul privato, completamente o, almeno, parzialmente. Se non c'è trasferimento del rischio, almeno parziale, a carico del privato, il contratto non può essere considerato un PPP o una concessione, ma deve essere qualificato come appalto tradizionale. Sul PPP istituzionalizzato si rinvia al documento della Commissione europea, *Comunicazione interpretativa della Commissione sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (PPPI)*, Bruxelles, 5 febbraio 2008 (COM 2007, 6661). In generale sul PPP, tra gli altri: G.F. CARTEI-M. RICCHI (a cura di), *Finanza di Progetto e Partenariato Pubblico Privato*, Napoli, 2015; M.P. CHITI (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato*, Napoli, 2009; M. CAFAGNO-A. BOTTO-G. FIDONE-G. BOTTINO (a cura di), *Negoziazioni Pubbliche – Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, cit.; G. FIDONE, *Il Partenariato Pubblico-Privato*, in L. FERRARA-D. SORACE (a cura di) *A 150 anni dall'Unificazione Amministrativa Italiana – Studi*, M. CAFAGNO-F. MANGANARO (a cura di), vol. V, *L'intervento pubblico nell'economia*, Firenze, 2017, pp. 393-422; G. FIDONE, *Il partenariato pubblico privato: una fuga in avanti del legislatore nazionale rispetto al diritto europeo*, in *Il diritto dell'economia*, 3/2016.

¹⁴³ A. TRAVI, *Il partenariato pubblico-privato: i confini incerti di una categoria*, cit.

¹⁴⁴ Secondo l'art. 3, comma 15 *ter*, i «*contratti di partenariato pubblico privato sono contratti aventi per oggetto una o più prestazioni quali la progettazione, la costruzione, la gestione o la manutenzione di un'opera pubblica o di pubblica utilità, oppure la fornitura di un servizio, compreso in ogni caso il finanziamento totale o parziale a carico di privati, anche in forme diverse, di tali prestazioni, con allocazione dei rischi ai sensi delle prescrizioni e degli indirizzi comunitari vigenti*».

po nel diritto interno e nel Codice dei contratti pubblici, quali ad esempio quelle della concessione di lavori e della finanza di progetto.

Il recepimento nel Codice dei contratti pubblici aveva costituito una fuga in avanti del legislatore italiano rispetto a quello comunitario, dal momento che la previgente direttiva 2004/18/CE non conteneva la definizione di PPP, che dunque a livello comunitario rimaneva confinata a documenti che non hanno rango di fonte del diritto¹⁴⁵.

In tale contesto, si sono innestate le tre nuove direttive del 2014 che, ancora una volta, non contemplano la categoria generale del PPP. Ciò appare particolarmente rilevante, se si considera che la direttiva 23/2014/UE, per la prima volta ha dettato una disciplina organica delle concessioni, ovvero del modello principale di Partenariato.

La questione è se, a seguito delle nuove direttive 2014, il concetto di PPP abbia ancora una sua autonomia giuridica e, in caso di risposta positiva, quale sia il diritto comunitario di riferimento¹⁴⁶. Le due questioni devono avere una risposta congiunta e ci sono tre possibili soluzioni.

La prima è quella della riconducibilità del PPP alla direttiva appalti. Ciò vorrebbe dire che il PPP non sarebbe una categoria autonoma ma una sotto-categoria dell'appalto. Tuttavia, come si è visto, i contratti di appalto devono considerarsi ontologicamente estranei alla nozione di PPP, in quanto mancanti della caratteristica del trasferimento del rischio. Tra l'altro, è ovvio che i principali contratti di PPP ovvero le concessioni (di lavori e servizi) non potrebbero comunque andare sotto la direttiva appalti, essendo espressamente disciplinati dalla nuova direttiva 23. Dunque, i PPP appaiono cosa distinta dai contratti di appalto e non devono considerarsi assoggettabili alla direttiva appalti e alle procedure di aggiudicazione tipizzate da tale direttiva¹⁴⁷.

La seconda è quella della riconducibilità del PPP sotto la direttiva concessioni 23/2014/UE. Ciò vorrebbe dire che il PPP non sarebbe categoria autonoma ma una sotto-categoria delle concessioni.

Se per le concessioni è scontato che esse ricadano nel campo di applicazione della direttiva 23, vi sono, però, contratti di partenariato diversi dalle concessioni, che prescindono dalla gestione (che è elemento caratterizzante della concessione), come ad esempio la locazione finanziaria e il contratto di disponibilità. Il problema diventa capire se dopo la direttiva 23 anche tali contratti debbano fare riferimento alla direttiva concessioni. Ciò vorrebbe dire che vi sarebbe stato un allargamento del concetto di concessione tale da farvi entrare anche le altre forme di PPP.

Argomento a favore potrebbe essere che la nuova direttiva sembra ampliare la de-

¹⁴⁵Tra gli altri: COMMISSIONE EUROPEA, libro verde «*relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni*», 2004; COMMISSIONE EUROPEA, Comunicazione sui PPP e sul diritto degli appalti pubblici e delle concessioni del 15 novembre 2005 (COM 2005, 569); COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione interpretativa della Commissione sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (PPPI)*, Bruxelles, 5 febbraio 2008 (COM 2007, 6661).

¹⁴⁶Il problema è affrontato da M.P. CHITI, *Il partenariato pubblico privato e la nuova direttiva concessioni*, in G.F. CARTEI-M. RICCHI (a cura di), *Finanza di Progetto e Partenariato Pubblico Privato*, Napoli, 2015.

¹⁴⁷Tale aspetto non è così scontato nel diritto interno. Ad esempio, l'art. 160 *bis*, comma 1, espressamente definisce la locazione finanziaria (che ai sensi dell'art. 3, comma 15 *ter*, è PPP) come «*appalto pubblico di lavoro*». Anche la giurisprudenza interna ha spesso ritenuto, i contratti di PPP riconducibili alla figura generale dell'appalto, come nel caso della locazione finanziaria, del contraente generale.

finizione di concessione, laddove contempla espressamente per la prima volta la concessione c.d. fredda¹⁴⁸ ma, tuttavia, non pare ammissibile che tale definizione possa essere allargata a tal punto da prescindere dalla fase della gestione¹⁴⁹.

Quanto detto porta a ritenere che le forme di PPP prive della fase di gestione non possano essere ricondotte alla fattispecie della concessione e non dovrebbero ricadere nel campo di applicazione della direttiva concessioni.

La terza possibilità è quella che il PPP sia una categoria concettuale autonoma (e non una sottocategoria degli appalti o delle concessioni) che non possa essere ricondotta né sotto la direttiva 24 né sotto la 23, salvo per il caso eccezionale di quei PPP che sono le concessioni (ai quali è dedicata la direttiva 24). Evidentemente, se le prime due risposte non sono corrette, deve essere vera quest'ultima. Dunque, il PPP sarebbe una categoria autonoma che comprende le concessioni ed è cosa diversa dagli appalti, così conservando rilevanza giuridica autonoma.

Detto in altri termini, per il diritto europeo vi sarebbero due contratti tipizzati (ovvero gli appalti e le concessioni, oggetto di due direttive specifiche) e assoggettati a specifiche discipline, mentre i contratti di PPP rimarrebbero contratti atipici, in quanto non previsti né regolati da alcuna direttiva. Al di fuori dei due contratti tipizzati dalle direttive 24 (appalto) e 23 (concessioni), nel diritto europeo saremmo in presenza dell'atipicità delle altre forme di contrattazione tra pubblica amministrazione e privati e, in tale ambito, ben potrebbero esistere (negli ordinamenti nazionali) altri contratti diversi dagli appalti e dalle concessioni.

Se ciò è vero, la serie di contratti pubblici che il diritto interno annovera tra i PPP (quelli diversi dalle concessioni) rimarrebbero privi di ancoraggio nel diritto dell'Unione (si pensi, ad esempio, alla locazione finanziaria, al contratto di disponibilità, alle sponsorizzazioni, al contraente generale).

La mancanza di una base di diritto europeo non può impedire al legislatore nazionale di disciplinare tali istituti, non essendo tale tematica parte delle competenze esclusive dell'Unione, con l'ovvio limite che la disciplina interna di tali contratti deve essere compatibile con i principi generali del diritto europeo.

Si pone, in ultimo, il problema della compatibilità delle disposizioni interne relative ai contratti di PPP (non espressamente previsti dalle direttive) al divieto di *gold plating*.

In riferimento a tale ulteriore problema, si devono distinguere due casi. Il primo è quello delle fattispecie di PPP riconducibili alla concessione (come ad esempio la finanza di progetto) che costituiscono, a ben vedere, disposizioni sulle concessioni non contemplate dalla direttiva 23, per le quali si potrebbe porre un problema di violazione del divieto di *gold plating*. Il problema della legittimità di tale disciplina, anche sotto il profilo dell'eccesso di delega (considerato il limite espressamente previsto dall'art. 1, comma 1, lett. a) della legge n. 11/2016), potrebbe dunque porsi¹⁵⁰.

¹⁴⁸ Direttiva 2014/23/UE, considerando n. 18.

¹⁴⁹ Peraltro, alcuni contratti disciplinati nel diritto interno (locazione finanziaria, contratto di disponibilità) potrebbero rientrare nell'esclusione espressa dall'applicazione della direttiva 2014/23/UE, ai sensi dell'art. 10, comma 8, lett. a) della stessa direttiva in quanto rientranti nella categoria de «l'acquisto o la locazione, quali che siano le relative modalità finanziarie, di terreni, fabbricati esistenti o altri beni immobili o riguardanti diritti su tali beni».

¹⁵⁰ La bozza del nuovo Codice approvata dal Consiglio dei Ministri in data 3 marzo 2016 conferma la presenza delle disposizioni sulla finanza di progetto (art. 183), comprese nel titolo dedicato ai contratti di PPP.

Il secondo caso è quello dei contratti di PPP non riconducibili al modello della concessione che, secondo quanto si è sostenuto, non avrebbero copertura nella direttiva 23 e non sarebbero tipizzati nel diritto comunitario. Essendo fattispecie estranee alla direttiva 23, non dovrebbero porsi problemi di violazione del divieto di *gold plating* e, dunque, il legislatore interno rimarrebbe libero di prevederli e regolarli.

7.4. La *governance* e la *soft law*

La «*governance*» dei contratti pubblici, disciplinata dal Titolo II della Parte VI, prevede per la c.d. Cabina di Regia un ruolo di ricognizione, attuazione, coordinamento¹⁵¹; per l'ANAC la vigilanza, il controllo e l'attività di regolazione¹⁵²; per il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti ulteriori attività tecniche e amministrative correlate alla progettazione e approvazione delle infrastrutture nonché attività di supporto alla vigilanza dell'ANAC sulla realizzazione delle medesime infrastrutture¹⁵³; per il Consiglio superiore dei lavori pubblici, il ruolo di massimo organo tecnico consultivo dello Stato¹⁵⁴.

Una delle novità sostanziali del nuovo Codice è che esso demanda la sua attuazione ad atti di c.d. *soft law* o *soft regulation* e non ad un generale regolamento governativo attuativo, come avveniva nella vigenza del Codice del 2006 (con il d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207¹⁵⁵) e in precedenza all'epoca della legge Merloni (con il d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554).

L'attuale sistema della *soft law* è articolato su tre differenti tipologie di atti attuativi: quelli adottati con decreto del Ministro delle infrastrutture e trasporti, su proposta dell'ANAC, previo parere delle competenti commissioni parlamentari; le linee guida adottate con delibera dell'ANAC a carattere vincolante *erga omnes*; le linee guida adottate con delibera dell'ANAC a carattere non vincolante¹⁵⁶. A chiarire la natura

¹⁵¹ Art. 212, d.lgs. n. 50/2016.

¹⁵² Art. 213, d.lgs. n. 50/2016. In generale sul ruolo di ANAC nel nuovo Codice, tra gli altri: R. CANTONE-F. MERLONI (a cura di), *La nuova Autorità Nazionale Anticorruzione*, Torino, 2015; I.A. NICOTRA (a cura di), *L'Autorità Nazionale Anticorruzione. Tra prevenzione e attività regolatoria*, Torino, 2016, p. 14 ss.; N. LONGOBARDI, *L'Autorità Nazionale Anticorruzione e la nuova normativa sui contratti pubblici*, in *Dir. e proc. amm.*, 1/2017, p. 20 ss.; S. CASSESE, *Il ruolo dell'ANAC nel Codice dei contratti pubblici*, in *Cerimonia di chiusura dodicesima edizione master in procurement management*, 11 ottobre 2017; R. DE NICTOSLIS, *I poteri dell'Anac dopo il correttivo*, in *Giustamm.it*, 2017; R. GRECO, *Il ruolo dell'ANAC nel nuovo sistema degli appalti pubblici*, in *www.giustamm.it*, 2016.

¹⁵³ Art. 214, d.lgs. n. 50/2016.

¹⁵⁴ Art. 215, d.lgs. n. 50/2016.

¹⁵⁵ Ai sensi dell'art. 206 del Codice, Il Regolamento di cui al d.P.R. n. 207/2010 continua a trovare, nelle diverse materie, applicazione fino all'entrata in vigore delle nuove modalità esecutive di cui alla *soft regulation*.

¹⁵⁶ S. LICCIARDELLO, *Prime note sulla funzione di regolazione dell'ANAC nel nuovo codice degli appalti, in federalismi.it*, 2016, p. 2 ss.; M.P. CHITI, *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 4/2016, pp. 436-439; C. DEODATO, *Le Linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2016, p. 6; L. TORCHIA, *La regolazione del mercato dei contratti pubblici*, in *Riv. reg. mercati*, 2/2016; M.L. CHIMENTI, *Nuovo diritto degli appalti e Linee Guida A.N.A.C.*, Roma, 2016, pp. 48-53; S. VALGUZZA, *La regolazione strategica dell'Autorità Nazionale Anticorruzione*, in

giuridica di tali atti è intervenuto il Consiglio di Stato in sede consultiva¹⁵⁷.

I decreti ministeriali devono qualificarsi quali atti sostanzialmente normativi, dotati dei caratteri della generalità, astrattezza e innovatività, soggetti allo statuto proprio dei regolamenti ministeriali¹⁵⁸. Tali decreti devono osservare le regole sostanziali poste dal d.lgs. n. 50/2016 e le regole procedurali prefigurate dall'art. 17, comma 3 della legge 23 agosto 1988, n. 400¹⁵⁹. È, dunque, pacifico che le stazioni appaltanti sono obbligate a osservare il precetto normativo, senza che alle stesse sia attribuito il potere di disattendere il contenuto e che la violazione dei decreti comporta l'illegittimità del provvedimento attuativo. I decreti ministeriali, che sono privi di immediata lesività per la loro natura sostanzialmente normativa, possono essere impugnati, normalmente, unitamente al provvedimento della stazione appaltante che ad essi dà attuazione¹⁶⁰.

Le linee guida vincolanti adottate dall'ANAC, secondo il già richiamato parere del Consiglio di Stato, non hanno valenza normativa ma sono atti amministrativi generali¹⁶¹ appartenenti al *genus* degli atti di regolazione delle Autorità amministrative indipendenti, sia pure connotati in modo peculiare¹⁶².

Secondo l'orientamento del Consiglio di Stato, tale tipologia di linee guida avrebbe natura vincolante che «*non lascia poteri valutativi nella fase di attuazione alle amministrazioni e agli enti aggiudicatori, che sono obbligati a darvi concreta attuazione*», con la conseguenza che esse «*devono essere osservate, a pena di illegittimità degli atti consequenziali*». Lo stesso Consiglio di Stato, tuttavia, precisa che «*la "vincolatività" dei provvedimenti in esame non esaurisce sempre la "discrezionalità" esecutiva delle amministrazioni. Occorre, infatti, valutare di volta in volta la natura del precetto per stabilire se*

Riv. reg. mercati, 1/2016; N. MARI, *Linee guida ANAC: la soft law e la gerarchia delle fonti*, in *www.italiapalti.it*, 2017, pp. 2-8.

¹⁵⁷ Cons. Stato, parere reso dall'Adunanza della Commissione speciale del 6 luglio 2016, parere 2 agosto 2016, n. 1767, rilasciato in relazione alle Linee guida dell'ANAC relative a Responsabile Unico del Procedimento – Offerta Economicamente più vantaggiosa – Servizi attinenti all'Architettura e all'Ingegneria.

¹⁵⁸ Sul punto, si ricordi che l'art. 117, comma 6, Cost., ammette l'adozione di regolamenti statali soltanto in materie di competenza legislativa esclusiva statale. Nelle materie di potestà legislativa concorrente o residuale regionale, la normativa di attuazione spetta alle Regioni.

¹⁵⁹ Tali regole procedurali consistono nell'obbligo di comunicazione al Presidente del Consiglio dei ministri prima della loro emanazione; nell'adozione previo parere del Consiglio di Stato; nella sottoposizione a visto e registrazione della Corte dei conti; nella pubblicazione nella *Gazzetta Ufficiale*.

¹⁶⁰ Non può, però, escludersi che particolari enti, portatori di interessi diffusi, possano essere legittimati ad una impugnazione immediata senza che sia necessario attendere il provvedimento attuativo. In questo senso, Cons. Stato, comm. spec., 26 giugno 2013, n. 3014, che si è espresso in ordine alle modalità di impugnazione del d.P.R. n. 207/2010.

¹⁶¹ La natura non regolamentare delle linee guida adottate direttamente dall'ANAC consente, inoltre, che la fase di attuazione delle disposizioni del nuovo Codice dei contratti pubblici che rinviano a esse non incontri i limiti che il comma 6 dell'art. 117 Cost. pone all'esercizio del potere regolamentare statale.

¹⁶² Secondo il Consiglio di Stato (Cons. Stato, comm. spec., parere 2 agosto 2016, n. 1767), la natura peculiare delle linee guida in questione è data dal fatto che gli atti di regolazione delle Autorità indipendenti si caratterizzano perché la legge, in ragione dell'elevato tecnicismo delle materie di intervento, si limita a definire lo scopo da perseguire lasciando un ampio potere alle Autorità di sviluppare le modalità di esercizio del potere stesso. Diversamente nel caso delle linee guida dell'ANAC, la legge definisce in modo più preciso le condizioni e i presupposti per l'esercizio del potere, lasciando all'Autorità un compito di sviluppo e integrazione del precetto primario nelle parti che afferiscono a un livello di puntualità e dettaglio non compatibile con la caratterizzazione propria degli atti legislativi.

esso sia compatibile con un ulteriore svolgimento da parte delle singole stazioni appaltanti di proprie attività valutative e decisionali».

Nonostante non vi sia un obbligo derivante dalla legge, l'ANAC ha deciso di sottoporre le proprie Linee guida vincolanti al parere preventivo del Consiglio di Stato. Il Consiglio di Stato, nel rendere i pareri richiesti ha precisato che il suo controllo preventivo consiste in una verifica della legalità e della ragionevolezza delle stesse Linee guida sulle quali è richiesto il parere. Tuttavia ha anche precisato che la verifica in sede consultiva «non può significare attribuzione di una sorta di “cappello protettivo di legittimità” in una eventuale fase di contenzioso giudiziale». Il giudizio di validità degli atti non può prescindere, infatti, da una verifica in concreto della tenuta delle Linee guida nel momento della loro concreta attuazione da parte delle stazioni appaltanti. Dunque è perfettamente possibile che il Consiglio di Stato annulli in sede giurisdizionale un provvedimento amministrativo di una stazione appaltante coerente con le Linee guida vincolanti ANAC, sulle quali lo stesso Consiglio di Stato in sede consultiva aveva già reso parere favorevole¹⁶³.

La terza tipologia di provvedimenti attuativi del Codice consiste nelle Linee guida non vincolanti dell'ANAC. Si tratta sempre di atti amministrativi generali, con conseguenziale applicazione dello statuto del provvedimento amministrativo, che perseguono lo scopo di fornire indirizzi e istruzioni operative alle stazioni appaltanti, ai sensi dell'art. 213 del Codice che autorizza, con previsione generale, l'esercizio di tale potere dell'Autorità, al fine di garantire «la promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, cui fornisce supporto anche facilitando lo scambio di informazioni e la omogeneità dei procedimenti amministrativi e favorisce lo sviluppo delle migliori pratiche».

In questo caso, le stazioni appaltanti, se intendono discostarsi da quanto disposto dall'Autorità, devono adottare un provvedimento che contenga una adeguata e puntuale motivazione, anche a fini di trasparenza, che indichi le ragioni della diversa scelta amministrativa. Le stazioni appaltanti devono, dunque operare una valutazione del caso concreto e verificare se «la peculiarità della fattispecie concreta giustifica una deviazione dall'indirizzo fornito dall'ANAC ovvero se sempre la vicenda puntuale evidenzia eventuali illegittimità delle linee guida nella fase attuativa». Al di fuori di questa ipotesi, secondo il Consiglio di Stato, «la violazione delle linee guida può essere considerata come elemento sintomatico dell'eccesso di potere, sulla falsariga dell'elaborazione giurisprudenziale che si è avuta con riguardo alla violazione delle circolari».

Non è questa la sede per dilungarsi sulla complessa tematica in questione. Può solo osservarsi che mentre la prima (decreti ministeriali) e la terza (linee guida non vincolanti) delle categorie richiamate non appaiono problematiche, ciò non può dirsi per le linee guida vincolanti. Si tratta, infatti, di una categoria ibrida che lascia molti margini di incertezza, soprattutto in ordine alla caratteristica della vincolatività e ai margini lasciati all'amministrazione per potere provvedere in modo difforme dalle stesse (la c.d. «discrezionalità esecutiva»), che lo stesso Consiglio di Stato nei passi citati non riesce a

¹⁶³ Parte della dottrina ha sostenuto la natura regolamentare delle linee guida vincolanti dell'ANAC. Ad esempio: M. DI GIANDOMENICO, *La “nuova” ANAC: il “guardiano” del Codice*, in *Riv. trim. app.*, 2017; F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida di ANAC*, in *www.italiaappalti.it*, 2016; G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'ANAC: comandi o consigli?*, in *Dir. amm.*, 3/2016.

chiarire. Inoltre, se è chiaro che la violazione dei regolamenti ministeriali comporta l'illegittimità del provvedimento attuativo per violazione di legge e che il mancato recepimento delle linee guida a carattere non vincolante può essere considerato figura sintomatica di eccesso di potere, rimane il dubbio su quale vizio di legittimità possa causare la mancata osservanza delle linee guida vincolanti.

La verità è che il nuovo assetto attuativo del Codice sta causando notevoli incertezze alle stazioni appaltanti. L'innovazione della *soft law* era stata da molti suggerita per ragioni di semplificazione e flessibilità, con l'auspicio che però ad un *regolamento* non si sostituisse un *regolatore*. In buona sostanza, il ruolo auspicato dalla *soft law* avrebbe potuto essere quello di orientare le scelte delle stazioni appaltanti, nell'ambito di un sistema flessibile, come avviene per le c.d. *best practices*, senza avere in nessun caso (fatto salvo quello dei decreti ministeriali a carattere regolamentare) il carattere della vincolatività.

Anche per tali ragioni, il d.l. n. 32/2019, c.d. «Sblocca cantieri», convertito con emendamenti con l. 55/2019, ha inserito nel Codice il nuovo comma 27-*octies* dell'art. 216 il quale prevede che entro 180 giorni dall'entrata in vigore della stessa novella debba essere emanato un Regolamento unico recante disposizioni di esecuzione, attuazione e integrazione delle norme codicistiche che andrà a sostituire molte delle linee guida e alcuni dei decreti ministeriali già adottati. La stessa disposizione prevede che le linee guida e i decreti ministeriali in questione rimangano efficaci fino alla data di entrata in vigore di tale Regolamento. Sembra trattarsi, peraltro, di un Regolamento con contenuto limitato alle materie richiamate dalla stessa disposizione e non di un Regolamento con portata generale assimilabile a quello di cui al d.P.R. n. 207/2010 che attuava il Codice 163/2006¹⁶⁴. Per le materie che non saranno coperte dal nuovo Regolamento, dunque, dovrebbe continuare a rimanere in vita il sistema della *soft law* che si è descritto.

8. LA RICERCA DELL'INTEGRITÀ ATTRAVERSO IL PERSEGUIMENTO DELL'EFFICIENZA

Come si è visto, la tendenza del legislatore, per lunghi anni e a partire dai noti fatti di Tangentopoli, è stata quella di contrastare la corruzione attraverso la privazione in capo ai funzionari pubblici della discrezionalità necessaria per fare scelte efficienti, attraverso l'irrigidimento delle procedure di acquisto e dei modelli contrattuali. Il legislatore si è dunque sostituito all'Amministrazione, predeterminando procedure di gara e modelli contrattuali rigidi (che hanno continuato a moltiplicarsi) che quest'ultima si trova solo ad applicare senza possibilità di fare le scelte opportune per il caso concreto. La discrezionalità amministrativa è stata, dunque, ritenuta occasione di corruzione.

¹⁶⁴ In particolare, secondo l'art. 216, comma 27-*octies* del Codice, l'emanando Regolamento dovrà disciplinare le seguenti materie: nomina, ruolo e compiti del responsabile del procedimento; progettazione di lavori, servizi e forniture, e verifica del progetto; sistema di qualificazione e requisiti degli esecutori di lavori e dei contraenti generali, procedure di affidamento e realizzazione dei contratti di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie comunitarie; direzione dei lavori e dell'esecuzione; esecuzione dei contratti di lavori, servizi e forniture, contabilità, sospensioni e penali; collaudo e verifica di conformità; affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria e relativi requisiti degli operatori economici; lavori riguardanti i beni culturali.

La strada seguita dal legislatore per contrastare la corruzione (ovvero quella della privazione della discrezionalità amministrativa) è criticabile per il fatto che perseguendola si è a priori rinunciato all'*efficienza* delle procedure. Detto in altre parole, nel nostro Paese per contrastare la corruzione si è rinunciato *a priori* all'efficienza, soprattutto nel caso di contratti complessi, con la conseguenza di cattive condizioni contrattuali, eccessi di spesa, qualità scadente, commesse inutili, cattiva progettazione, ecc. Inoltre, l'esperienza ha dimostrato che le rigidità della regolazione dei contratti pubblici non ha nemmeno contrastato in alcun modo il dilagare della corruzione, che costituisce ancora una grave patologia della contrattualistica pubblica italiana.

Può anche osservarsi che la rigidità delle procedure di aggiudicazione previste dalla disciplina generale ha determinato la loro inutilizzabilità per molte grandi e complesse opere e ha costretto il legislatore interno a prevedere apposite discipline derogatorie. Tali deroghe alla disciplina generale non si sono tradotte in negoziazioni competitive (volte al miglioramento della conoscenza della pubblica amministrazione attraverso il confronto concorrenziale con gli operatori economici, ad esempio un dialogo competitivo) ma in affidamenti diretti in assenza di concorrenzialità, con conseguente ulteriore perdita di efficienza¹⁶⁵.

Come si è visto, per porre rimedio a questa situazione, a partire dal 2012 è stata avviata una riforma (che contiene numerose disposizioni specifiche relative al settore degli appalti), che ha per la prima volta introdotto una disciplina organica volta alla prevenzione della corruzione. In tale contesto, ha assunto un ruolo centrale l'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC). Le nuove misure hanno costituito un indubbio cambiamento di tendenza rispetto al precedente assetto della normativa anticorruzione per il settore della contrattualistica pubblica. Parallelamente a tale tendenza, su spinta europea, il legislatore ha cominciato a restituire alle amministrazioni una certa dose di discrezionalità.

Il legislatore italiano sembra, dunque, avere preso atto che inefficienza e corruzione sono due mali diversi che vanno combattuti con gli opportuni diversi rimedi. La corruzione deve essere combattuta senza rinunciare a priori all'efficienza dei contratti, attraverso misure che non limitino la discrezionalità amministrativa nelle procedure di affidamento, ingessando le regole della gara. La procedura per la scelta del contraente deve avere come obiettivo quello dell'efficienza delle procedure e non può essere considerata «*la bacchetta magica*» per risolvere insieme i problemi di inefficienza e di corruzione. Fuori dalle regole di gara, occorre individuare misure contro la corruzione, sia preventive che repressive, che abbiano come presupposto la trasparenza dell'operato delle amministrazioni.

Rispetto a tali considerazioni, sembra opportuno un ulteriore passo in avanti, che si fondi sul capovolgimento del rapporto tra efficienza e corruzione (dunque, diametralmente opposto a quello tradizionale italiano, fondato sulla prevenzione della corruzione senza una valutazione del costo in termini di efficienza).

¹⁶⁵ Ad esempio, nel caso del Mose di Venezia il concessionario Consorzio Venezia Nuova fu selezionato in deroga alla disciplina generale sui lavori pubblici sulla base della legge 29 novembre 1984, n. 798 recante «*nuovi interventi per la salvaguardia di Venezia*» (c.d. *seconda legge speciale per Venezia*). Tale disciplina derogatoria ha giustificato la concessione generale e tutti i successivi atti aggiuntivi. A distanza di trent'anni, i lavori non sono ancora ultimati e la loro conclusione è prevista per il 2016. Sono noti gli scandali legati a episodi di corruzione generalizzata che sono emersi nel corso del 2014.

Sul punto, occorre partire dalla constatazione che una delle caratteristiche che distinguono le due diverse patologie dell'attività amministrativa di cui si tratta è quella della loro osservazione.

La corruzione è un fenomeno nascosto e difficilmente misurabile. Come si è visto, il metodo principale per la misurazione della corruzione si fonda sulla corruzione percepita e, dunque, non è un dato reale potendo essere influenzato da numerosi fattori esterni (mass media, soddisfazione generale, povertà, ecc.) che, appunto, influenzano la percezione delle persone. Neanche i dati dei Tribunali (il numero dei rinvii a giudizio o delle sentenze emesse per reati riconducibili al concetto di corruzione) è un dato attendibile, costituendo più un dato sul funzionamento della giustizia che un dato sulla corruzione.

L'inefficienza, al contrario, può essere individuata nei dati disponibili, negli indicatori di *performance*, nel confronto tra i costi sostenuti e i tempi impiegati dalle diverse amministrazioni in relazione ad attività similari.

Ad esempio, l'alta velocità in Italia è costata 47,3 milioni di euro al chilometro per il tratto Roma-Milano, 74 milioni al chilometro per il tratto Torino-Novara, 79,5 milioni al chilometro per il tratto Novara-Milano e 96,4 milioni al chilometro per il tratto Bologna-Firenze. Tali dati sono allarmanti, considerando che analoga opera è costata appena 10 milioni al chilometro per la tratta Parigi-Lione, 9,8 milioni al chilometro per il tratto Madrid-Siviglia e 9,3 milioni per il tratto della Tokyo-Osaka¹⁶⁶. Tali differenze mostrano chiaramente, anche tenendo conto di tutte le differenze tra i Paesi in questione (morfologia del territorio, costo della manodopera, ecc.), l'inefficienza del sistema italiano.

Insomma, l'inefficienza può essere meno agevolmente nascosta della corruzione, dal momento che essa è riscontrabile nei dati che mostrano che in Italia le opere costano più che in altri Paesi, che hanno tempi più lunghi e che spesso rimangono incompiute. Dietro questi dati è stato ritenuto che si possano nascondere fenomeni corruttori ma, tuttavia, di ciò non può aversi certezza fino a quando le indagini penali non li portino in evidenza. In ogni caso, i dati sull'inefficienza comprendono anche le inefficienze conseguenti a eventuale corruzione, dato che è ragionevole pensare che la corruzione generi inefficienza.

Il fatto che la corruzione sia un fenomeno nascosto, peraltro, rende anche difficile la verifica dell'efficacia degli strumenti volti alla sua prevenzione. Al contrario, essendo l'inefficienza riscontrabile dai dati reali, l'efficacia degli strumenti volti al perseguimento dell'efficienza è più facilmente valutabile.

Capovolgendo l'approccio tradizionale che si è già descritto, dunque, si può ragionevolmente sostenere che misure volte a contrastare e ridurre l'inefficienza possano avere anche l'effetto indiretto di ridurre la corruzione. Se infatti la corruzione corrisponde a una quota parte dell'inefficienza e dietro a questa si nasconde, il miglioramento dell'efficienza (ovvero la diminuzione dei costi, l'accorciamento dei tempi, il miglioramento della qualità e, in definitiva il conseguimento della *performance*) può ridurre gli spazi di attuazione dei patti corruttori.

¹⁶⁶ La fonte di tali dati è I. CICONI, *Il libro nero della TAV*, 10 settembre 2011, in *www.ilfattoquotidiano.it*. Gli stessi dati sono citati anche dal documento della Commissione europea COM (2014) 38 final Bruxelles, 3 febbraio 2014 – Annex 12 – Allegato sull'Italia della Relazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo – Relazione dell'Unione sulla lotta alla corruzione.

Se si conseguisse la piena efficienza si azzererebbe lo spazio per la corruzione o, più correttamente, potrebbe permanere uno spazio solo per forme di corruzione neutrali all'efficienza che, peraltro, non sarebbero di ostacolo al raggiungimento dell'interesse pubblico legato alla realizzazione di buone opere con una spesa contenuta. Tali forme di corruzione rimarrebbero, ovviamente, indesiderabili sul piano etico e della moralità pubblica.

La Legislazione in materia di contrattazione pubblica, pertanto, dovrebbe perseguire l'obiettivo dell'efficienza e la realizzazione di tale obiettivo potrebbe eliminare gli spazi di inefficienza entro i quali si nasconde e si può realizzare la corruzione. In tale senso dovrebbe dunque andare, senza indugi di alcun tipo, il recepimento delle nuove direttive di settore. Con ciò non si vuole certo sostenere che non siano utili anche misure specifiche volte alla prevenzione della corruzione ma queste non devono avere l'effetto di determinare perdite di efficienza, creando ulteriori margini dietro ai quali proprio la corruzione si può nascondere.

8.1. *Best value* e integrità nel Regno Unito

Una conferma della tesi sostenuta può essere la semplice osservazione che i Paesi che hanno dati migliori sull'efficienza della contrattazione pubblica (e più in generale dell'attività amministrativa) sono anche quelli nei quali è meno sentito il problema della corruzione e ove i cittadini la percepiscono meno. Può essere utile, brevemente, richiamare il caso del Regno Unito.

Il Regno Unito ha recepito la direttiva 2014/24/UE sugli appalti nei settori ordinari tramite il *Public Contracts Regulations 2015*, che ne costituisce (come da tradizione) la riproduzione pressoché testuale, con poche integrazioni. Così, come la direttiva 2014/24/UE dedica uno spazio limitato al contrasto della corruzione (preoccupandosi della sola efficienza delle procedure di acquisto), anche il *Public Contracts Regulations 2015* dedica poca attenzione a tale tematica, riproducendo agli art. 24 e 57 i corrispondenti artt. 24 e 57 della direttiva 2014/24/UE sui conflitti di interesse¹⁶⁷.

Il concetto fondamentale attorno al quale ruota tutta la contrattualistica pubblica nel Regno Unito è quello del c.d. *Best Value*, che è riferibile al “*miglior uso possibile del denaro pubblico*” o al «*miglior rapporto qualità-prezzo* (c.d. *Best Value Procurement*)». Il *Best Value* appare, dunque, riferibile al concetto di efficienza, che in ogni caso ne è il presupposto¹⁶⁸.

¹⁶⁷ Le disposizioni relative alla corruzione sono gli artt. 24 e 57 del *Public Contracts Regulations 2015*, che vanno appunto a recepire gli artt. 24 e 57 della direttiva 24/2014/UE, riproducendone fedelmente il contenuto.

¹⁶⁸ Il concetto di *Best Value* compare nel 1997 in un documento del *Department of Environment*, «*Twelve principles of Best Value*», che anticipava i cardini attorno ai quali il governo laburista avrebbe fatto ruotare la nuova disciplina dei servizi pubblici che si apprestava a definire, in sostituzione del «*Compulsory Competitive Tender*» del precedente governo conservatore, i cui risultati erano giudicati fallimentari dalla nuova maggioranza politica. È poi riproposto nel *Local Government Act 1999*. Nemmeno in tale sede normativa si definisce propriamente il concetto di «*Best Value*», facendo piuttosto riferimento alle «*Best Value authorities*», ossia quelle amministrazioni locali chiamate ad applicare la politica del «*Best Value*» («*A Best Value*

Si tratta, peraltro, di un concetto che non ha definizione univoca.

In riferimento ai servizi pubblici delle amministrazioni locali, ad esempio, il *Best Value* è stato individuato in quattro elementi costitutivi¹⁶⁹: 1) il dovere delle amministrazioni di garantire la continuità dei servizi pubblici e la loro efficiente erogazione secondo i canoni di economicità; 2) il rispetto del principio di concorrenza, non come un fine a se stesso, ma come strumento per migliorare la qualità dei servizi (anche attraverso strumenti di consultazione delle comunità locali); 3) l'introduzione di un puntuale ed efficace sistema di controllo e di misurazione delle *performance*, al fine di poter monitorare l'andamento dell'erogazione dei servizi¹⁷⁰; 4) la previsione di premi o sanzioni per le amministrazioni locali, in caso di mancato perseguimento della *performance* programmata¹⁷¹. Nello stesso documento è affermato che: «*in sum, best value can be thought of as a process through which economic, efficient, and effective services are to be obtained in order to properly respond to local stakeholders. This implies that accountability is enhanced*».

Da porre in rilievo la circostanza che tale concetto si è affermato come risposta critica al perseguimento della concorrenza fine a se stessa (*Compulsory Competitive Tendering*) che poteva determinare la perdita degli obiettivi di qualità ed efficienza nella materia dei servizi pubblici.

Appare interessante notare che la lotta alla corruzione non rappresenta un obiettivo diretto della politica di *Best Value* ma sembra piuttosto costituirne una naturale conseguenza, dal momento che presuppone la creazione di un ambiente (efficiente) poco permeabile ai fenomeni corruttivi. Infatti, laddove i contratti fossero aggiudicati all'esito di fenomeni corruttivi, il *Best Value* sarebbe pregiudicato dal costo della corruzione che impedirebbe la migliore spesa del denaro pubblico. Dunque, laddove la politica del *Best Value* sia attuata correttamente ed efficacemente, non residuerebbe spazio per la corruzione. Ciò non vuol dire che il Regno Unito trascuri la regolazione specifica della lotta alla Corruzione. Il *Bribery Act 2010* è una legge penale ed in quanto tale si occupa primariamente dell'aspetto repressivo¹⁷². Tuttavia, contiene tre speci-

authority must make arrangements to secure continuous improvement in the way in which its functions are exercised, having regard to a combination of economy, efficiency and effectiveness» (LGA 1999, section 3[1]).

¹⁶⁹ «*Modernising local government: improving local services through best value*», del Department of the Environment, Transport and the Regions, 1998.

¹⁷⁰ Le prestazioni nell'erogazione dei servizi avrebbero dovuto essere monitorate tramite i c.d. *Best Value Performance Reviews (BVPRS)*, sulla base dell'aderenza ai *Best Value Performance Indicators*, individuati in parte per legge a livello centrale ed in parte rimessi all'autonomia delle singole amministrazioni locali. Essi riguardano gli obiettivi strategici, i risultati del loro perseguimento, la qualità dei servizi erogati e il grado di accessibilità dei vari servizi per le fasce sociali più deboli.

¹⁷¹ In caso di esito positivo l'amministrazione locale in questione avrebbe ricevuto incentivi premiali, mentre in caso di esito negativo era previsto l'intervento diretto del governo centrale, con prescrizioni vincolanti o, nei casi più gravi, avocando a sé la funzione di erogazione del servizio.

¹⁷² Prima del 2010, norme contro la corruzione erano presenti in tre *statutes* assai risalenti nel tempo: il «*Public Bodies Corrupt Practises Act 1889*», il «*Prevention of Corruption Act 1906*» e il «*Prevention of Corruption Act 1916*». Questi tre statuti, nel loro complesso, andavano a colpire i fenomeni corruttivi sia nel settore pubblico che in quello privato. Nel 2010 questi tre *statutes* sono stati abrogati e sostituiti dal «*Bribery Act*», che ha intensificato l'impegno del Regno Unito nel contrasto alla corruzione sia entro che fuori i suoi confini. Il «*Bribery Act*» criminalizza la corruzione sia dal lato attivo sia dal lato passivo, quale attività volta ad indurre un soggetto a compiere una determinata attività o ad astenersi dal compierla nell'esercizio

fiche *sections* (la 7, la 8 e la 9) relative alla prevenzione dei fenomeni corruttivi¹⁷³.

Sono rinvenibili nell'Ordinamento del Regno Unito misure di prevenzione della corruzione che possono avere natura vincolata o essere rimesse all'esercizio del potere discrezionale da parte della stazione appaltante.

Ad esempio, senza pretesa alcuna di esaustività, sono contemplati e largamente utilizzati istituti riconducibili alla c.d. *disqualification*¹⁷⁴, che può tradursi in «*debarment*», «*exclusion*», «*suspension*», «*rejection*», «*blacklisting*». Si tratta di misure preventive che tendono ad impedire ai soggetti che si sono macchiati di comportamenti illeciti di partecipare agli appalti pubblici futuri¹⁷⁵. Sono anche utilizzati i patti di integrità, contenenti impegni formali del fornitore di non porre in essere attività corruttive (comprese, in taluni casi, le forme di collusione con gli altri concorrenti), con le relative sanzioni, in caso di inadempimento.

Per quanto riguarda i pubblici ufficiali, sono presenti misure finalizzate a proteggere l'amministrazione dai conflitti di interesse, che si risolvono anche in procedure che assicurano la rotazione del personale (al fine di prevenire l'instaurazione di relazioni a

di pubbliche funzioni, in relazione ad un particolare affare o nello svolgimento di un'attività professionale («*The giving or receiving of a bribe as an inducement for a person to do or refrain from doing anything in the exercise of his public functions, in connection with a business or in the course of his employment*»). Il *Bribery Act* contiene anche norme finalizzate a contrastare il manifestarsi di fenomeni corruttivi internazionali, con speciale riguardo ai Paesi in via di sviluppo, comprese quelle volte a contrastare le pratiche corruttive poste in essere da imprese britanniche per ottenere l'aggiudicazione di appalti in tali Paesi. Oltre ad essere vietata e punita a livello di *statutes*, la corruzione nel Regno Unito è vietata anche dalla *common law*. Il reato di corruzione di *common law* assume caratteri parzialmente diversi, in quanto si riferisce unicamente alla corruzione nel settore pubblico ed è definita come «*the receiving or offering any undue reward by or to any person whatsoever, in a public office, in order to influence his behaviour in office, and incline him to act contrary to the known rules of honesty and integrity*».

¹⁷³ Ad esempio, la *section 7* sancisce espressamente che una «*commercial organisation*» ha la possibilità di evitare ogni responsabilità di tipo penale per la consumazione di atti di corruzione laddove provi di aver messo in atto tutte le procedure necessarie per prevenire tali atti. In sostanza, si prevede quale scriminante la prova del fatto che la prevenzione della corruzione è stata correttamente ed effettivamente perseguita dalla «*commercial organisation*». La *section 9* pone in capo al Segretario di Stato competente per materia un preciso obbligo di rivolgersi alle suddette «*commercial organisations*» delle linee-guida finalizzate ad una corretta prevenzione della corruzione. Queste sono le uniche disposizioni che il «*Bribery Act 2010*» dedica alla prevenzione della corruzione.

¹⁷⁴ Le «*disqualifications*» possono essere applicate a seguito di una vasta gamma di comportamenti e reati, non necessariamente legati al *public procurement*, come ad esempio la frode fiscale, la corruzione, il riciclaggio di denaro sporco e l'associazione a delinquere. Peraltro, la dottrina britannica si è posta il problema se la *disqualification* possa costituire violazione del principio del «*double jeopardy*», ossia del *ne bis in idem*, dal momento che, a ben vedere, costituisce una seconda sanzione per un fatto per il quale si è già stati sanzionati in precedenza. Secondo un particolare orientamento giurisprudenziale, inaugurato nel 2005 dalla sentenza EWCA, *Borders (UK) vs Commissioner of Police of the Metropolis*, laddove le plurime sanzioni conseguenti ad un medesimo fatto non abbiano lo stesso scopo, non ci sarebbe alcuna violazione della norma che vieta il «*double jeopardy*».

¹⁷⁵ La *disqualification* può essere vincolata o discrezionale. Nel primo caso, la legge richiede che tutti i fornitori resisi colpevoli di un particolare crimine debbano necessariamente essere esclusi dalla possibilità di contrarre con la pubblica amministrazione per un dato periodo di tempo. Nel secondo caso, sebbene la legge preveda astrattamente l'esclusione obbligatoria da determinati contratti per particolari reati, le singole stazioni appaltanti possono nel caso concreto decidere di appellarsi al concetto di «*interesse pubblico*» e quindi aggiudicare un determinato contratto ad un determinato operatore, nonostante la sua condanna. Altre volte, la *disqualification* si presenta come misura discrezionale, in quanto alle singole stazioni appaltanti è lasciata la possibilità di valutare in maniera discrezionale se escludere (in relazioni a eventi corruttivi di cui sia reso partecipe) o meno il fornitore in questione dal singolo appalto.

rischio di corruzione). Inoltre, i pubblici ufficiali che si trovino in situazioni di conflitto di interesse devono dichiararlo e non prendere parte alla procedura di aggiudicazione dei contratti che generano lo stesso conflitto. Sono, inoltre, previste approvazioni a più livelli delle decisioni che portano all'aggiudicazione di un contratto pubblico, all'interno delle stazioni appaltanti.

Tali misure, tuttavia, si inseriscono in una generale tendenza dell'ordinamento britannico a non perseguire la corruzione utilizzando specifici strumenti normativi. La ricerca del *Best Value*, infatti, è considerata (indirettamente) utile alla prevenzione della corruzione, ritenuto evidentemente valore che è compreso in quello più generale di efficienza.

9. CONCLUSIONI: UNA RIFORMA ANCORA DA COMPLETARE

In conclusione, può affermarsi che il legislatore e, nell'ambito dei propri spazi di discrezionalità, l'Amministrazione devono avere come obiettivo prioritario l'efficienza della contrattazione pubblica, attraverso una disciplina di settore finalizzata a tale obiettivo. Tale valore deve intendersi nel senso della migliore spesa del denaro pubblico (*Best Value*), e può integrare il perseguimento di obiettivi strategici, quali quelli ambientali e sociali, a seconda dei diversi casi concreti. Non può essere, inoltre, trascurata la distinzione tra l'efficienza del singolo acquisto e una visione *macro* dell'intero settore economico¹⁷⁶.

Corruzione e inefficienza sono due mali distinti e separati che affliggono il settore dei contratti pubblici. Ciò non toglie, tuttavia, che fra le due patologie vi sia una connessione e, in particolare, che il perseguimento dell'efficienza della contrattazione pubblica possa costituire lo strumento più efficace per il contrasto alla corruzione che si nasconde dietro a tali inefficienze. Appare questo il sistema più idoneo a creare all'interno dell'amministrazione gli anticorpi per evitare che possa generarsi la malattia della corruzione.

Con ciò non si vuole certo sostenere che non siano utili anche misure specifiche volte alla prevenzione della corruzione, ma queste non devono avere l'effetto di determinare perdite di efficienza, creando ulteriori margini dietro ai quali proprio la corruzione si può nascondere.

L'efficienza della contrattazione pubblica, a sua volta, passa attraverso il riconoscimento della necessaria dose di discrezionalità in capo alle stazioni appaltanti, come previsto dalle Direttive europee del 2014.

Sulla tale base, il nuovo Codice dei contratti pubblici ha, indubbiamente, sancito un cambio di rotta rispetto alle passate tendenze e, attraverso procedure flessibili volte all'apprendimento dell'amministrazione, si propone di pervenire ad un sistema dei contratti pubblici efficiente. Solo la discrezionalità e la flessibilità, infatti, possono assicurare una corretta gestione della complessità dei contratti pubblici e, contestualmente, garantire un costante miglioramento delle stazioni appaltanti, anche sotto il profilo dell'apprendimento di un numero maggiore di informazioni.

¹⁷⁶ M. CLARICH, *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici e concorrenza nel diritto europeo e nazionale*, in *Dir. amm.*, 1-2/2016, p. 71 ss.

Sarà ovviamente necessario un periodo transitorio nel quale le pubbliche amministrazioni dovranno imparare ad utilizzare i nuovi strumenti. A tre anni dall'entrata in vigore del Codice non si può però non constatare che gli istituti flessibili introdotti non hanno trovato quasi mai attuazione e che le Amministrazioni continuano a muoversi secondo lo schema tradizionale dell'appalto affidato per lo più con procedure aperte o ristrette. Anche gli interventi del Legislatore successivi al Codice (in particolare il correttivo e il c.d. «Sblocca cantieri») si sono concentrati su tale modello tradizionale, il che è chiaro segnale di scarso interesse per i modelli innovativi e flessibili.

Se l'obiettivo primario della regolazione e dell'attività amministrativa dei contratti pubblici deve considerarsi quello dell'efficienza degli acquisti, altri valori quali la concorrenza, la trasparenza e la stessa integrità devono considerarsi ad essa strumentali.

Occorre dunque che il perseguimento di tali obiettivi strumentali non si traduca in un ostacolo al raggiungimento di quello primario, ponendosi in contrasto con l'efficienza degli acquisti: è necessario assicurare che le procedure di affidamento dei contratti pubblici non siano imbrigliate nell'affermazione di una concorrenza fine a se stessa (*Compulsory Competitive Tendering*); anche la trasparenza delle procedure non deve essere fine a se stessa (con l'effetto di creare inutili appesantimenti burocratici), ma deve inserirsi in una risistemazione degli strumenti di controllo (per i quali sono necessarie solo le informazioni essenziali sugli appalti e non quelle inutili) ed essere finalizzata a renderli più efficaci; anche le misure anti-corruttive non devono tradursi in un ostacolo al raggiungimento dell'efficienza degli acquisti.

La tesi che si è appena sostenuta trova conferma nella recentissima sentenza della Corte di giustizia che ha ritenuto la disposizione interna che pone un limite quantitativo al subappalto (art. 105 comma 2 d.lgs. 50/2016) contraria alla direttiva 2014/24/UE¹⁷⁷. Tale sentenza ha conclusivamente affermato che *«anche supponendo che una restrizione quantitativa al ricorso al subappalto possa essere considerata idonea a contrastare siffatto fenomeno [ovvero, il contrasto alle infiltrazioni della criminalità], una restrizione come quella di cui trattasi nel procedimento principale eccede quanto necessario al raggiungimento di tale obiettivo»* poiché va a colpire automaticamente e senza distinzione alcuna tutti gli appalti *«anche nel caso in cui l'ente aggiudicatore sia in grado di verificare le identità dei subappaltatori interessati e ove ritenga, in seguito a verifica, che siffatto divieto non sia necessario al fine di contrastare la criminalità organizzata nell'ambito dell'appalto in questione»*.

Tale conclusione è esattamente in linea con quanto si è sostenuto poiché la Corte di fatto afferma che la disposizione (che pone indistintamente il limite quantitativo al subappalto) può astrattamente funzionare come misura per la trasparenza e l'integrità. Essa, però, privando la stazione appaltante della valutazione discrezionale sulla concreta necessità di tale limitazione con riguardo al singolo appalto, finisce per colpire

¹⁷⁷ Corte di giustizia UE, 26 settembre 2019, Vitali SpA C-63. Sul punto, il Governo italiano aveva sostenuto che tale limite fosse necessario per garantire la trasparenza e l'integrità della contrattazione pubblica. A tale riguardo, la Corte ha preliminarmente riconosciuto *«agli Stati membri un certo potere discrezionale nell'adozione di misure destinate a garantire il rispetto dell'obbligo di trasparenza»* e che *«il contrasto al fenomeno dell'infiltrazione della criminalità organizzata nel settore degli appalti pubblici costituisce un obiettivo legittimo che può giustificare una restrizione alle regole fondamentali e ai principi generali del TFUE che si applicano nell'ambito delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici»*. Si confronti anche Corte di giustizia UE, 22 ottobre 2015, Impresa Edilux e SICEF, C-425/14, punti 26, 27 e 28.

anche quegli appalti per i quali non ve ne sarebbe necessità, con conseguente pregiudizio per il buon andamento e l'efficienza degli stessi¹⁷⁸.

La riforma operata dal Codice non appare ancora completa.

Infatti, la flessibilità dei modelli e la restituzione alle Amministrazioni del giusto grado di discrezionalità, che presuppone *fiducia* nelle pubbliche amministrazioni, esige un adeguato sistema di misurazione dei risultati raggiunti e del loro controllo, al fine di evitare un uso distorto delle negoziazioni. A tali fini, appare necessario stabilire *a priori* quale debba essere il risultato (*performance*) programmato della pubblica amministrazione, anche attraverso il ricorso a valori *standard* universalmente riconosciuti, e poi procedere alla verifica del risultato conseguito. Tutto ciò dovrebbe determinare la maggiore ed effettiva responsabilizzazione delle stazioni appaltanti e dei singoli dirigenti e funzionari che operano al loro interno (attraverso un sistema adeguato di premi e sanzioni), chiamati ad assicurare l'efficientamento e la lotta alla corruzione nel settore dei contratti pubblici.

La riforma in essere dovrebbe completarsi con un ripensamento dei controlli giurisdizionali. Il controllo del Giudice (amministrativo e, soprattutto, contabile) dovrebbe tenere conto del risultato dell'attività amministrativa complessiva, ad esempio degli esiti di una procedura di affidamento o dell'esecuzione di un contratto, in termini di spesa, qualità, tempestività. L'attuale assetto di tali controlli appare un disincentivo per le amministrazioni dall'intraprendere procedure negoziate di apprendimento e, più in generale, dall'esercitare la discrezionalità. Il solo rispetto della legalità formale, indipendentemente dai risultati raggiunti, mette al sicuro il funzionario pubblico dal pericolo di subire procedimenti giudiziari ai quali, in caso di scelta di procedure flessibili, sarebbe più esposto¹⁷⁹.

Tali indispensabili contenuti non sono stati presi in considerazione dal Legislatore negli interventi di emendamento al Codice sino ad ora intervenuti, che si sono limitati a modifiche puntuali di molti istituti, senza organicità e con presupposti di emergenza, per porre rimedio allo stallo perdurante, soprattutto con riguardo ai lavori. La speranza è che di essi si tenga conto nella già annunciata «*riforma complessiva del settore*», richiamata più volte dal testo dell'art. 1 del decreto c.d. «Sblocca cantieri».

¹⁷⁸ La disposizione in esame avrebbe anche l'effetto di limitare la concorrenza e di ostacolare le piccole e medie imprese. Secondo la Corte, «*il ricorso al subappalto, che può favorire l'accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici, contribuisce al perseguimento di tale obiettivo*». In tale senso, si veda anche Corte di giustizia, 5 aprile 2017, Borta, C-298/15, punto 48.

¹⁷⁹ Al tema dell'attuale regime della responsabilità dei funzionari pubblici che si traduce in un deterrente per i medesimi funzionari ad utilizzare le procedure flessibili ed adottare scelte efficienti l'*Osservatorio sui contratti pubblici* creato da Italia Decide, AEQUA, Aperta Contrada e Res Publica ha dedicato i seminari nel corso del 2017, che si sono tenuti presso la Camera dei Deputati. I relativi materiali sono reperibili sul sito di Italia Decide, www.Italiadecide.it. Tra tali materiali, si segnala M. CAFAGNO, *Nota introduttiva al seminario del 19.5.2017 in tema di responsabilità amministrativa*, in www.Italiadecide.it.

