



Dipartimento di GIURISPRUDENZA

DOTTORATO DI RICERCA IN
DIRITTO E IMPRESA
XXVIII ciclo

DISCREZIONALITÀ, LOTTA ALLA CORRUZIONE E TUTELA
DELLA CONCORRENZA NEI CONTRATTI PUBBLICI

TUTOR

Chiar.mo Prof.

Marcello CLARICH

DOTTORANDA

Dott.ssa

Francesca Scaramuzza

Anno Accademico 2015-2016

Alla mia famiglia.

INDICE

<i>Introduzione</i>	pag. 6
---------------------	--------

Capitolo I

La lotta alla corruzione

1. La corruzione: un fenomeno mirabilmente oscuro	pag. 12
2. La corruzione: un profilo comparatistico	pag. 20
3. Il male italiano	pag. 24
4. La formula della corruzione	pag. 30
5. Le tesi funzionalistiche: corruzione ed efficienza?	pag. 41
6. I costi della corruzione	pag. 44
7. Le politiche anticorruzione: il modello <i>top-down</i> e quello <i>bottom-up</i>	pag. 50

Capitolo II

Tutela della concorrenza e appalti pubblici

1. Le diverse dimensioni della concorrenza	pag. 53
2. La procedura ad evidenza pubblica come strumento di tutela del “principale”	pag. 59
3. La matrice pro-concorrenziale della disciplina europea e nazionale sugli appalti pubblici	pag. 62
4. I presidi organizzativi della concorrenza: l’Autorità garante della concorrenza e del mercato e l’Autorità nazionale anticorruzione	pag. 71
5. La pubblica amministrazione come acquirente nel mercato	pag. 76

6. La pubblica amministrazione come creatore e regolatore del mercato	pag. 82
---	---------

Capitolo III

Discrezionalità e concorrenza nella procedura ad evidenza pubblica e nell'esecuzione dell'appalto

1. La definizione dell'oggetto dell'appalto	pag. 87
2. La scelta della procedura di affidamento	pag. 98
3. La fissazione dei requisiti di partecipazione	pag. 125
4. La scelta del criterio di aggiudicazione e la valutazione delle offerte	pag. 133
5. Il subappalto	pag. 141
6. Il contraente generale e il "mercato" dei sub-affidamenti	pag. 147
7. L'esecuzione del contratto e la disciplina delle varianti	pag. 151

Capitolo IV

La lotta alla corruzione nei contratti pubblici

1. La lotta alla corruzione nella "legge Merloni": limitazione della discrezionalità, irrigidimento delle procedure e inefficienza	pag. 153
2. Le fasi a rischio corruzione negli appalti pubblici	pag. 162
3. La legge 190/2012 e il potenziamento delle misure generali di prevenzione	pag. 176

Capitolo V

La direttiva 2014/24/UE e il perseguimento dell'efficienza

1. La strategia Europa 2020	pag. 195
2. Il " <i>green public procurement</i> " e la concorrenza	pag. 201
3. La flessibilità nei contratti pubblici alla luce delle nuove direttive europee	pag. 210

4. La concorrenza strumentale all'efficienza	pag. 215
5. La legge delega: efficienza e contrasto alla corruzione	pag. 222
6. Il ruolo dell'ANAC alla luce della legge delega 11/2016	pag. 228
7. Il modello del " <i>Best Value</i> " per la lotta alla corruzione	pag. 235
8. Il ricorso per l'efficienza delle pubbliche amministrazioni	pag. 243
9. La misurazione della <i>performace</i> nel D.lgs. 198/2009 e nel sistema del " <i>Best Value</i> ": la necessità della responsabilizzazione nella P.A	pag. 261
10. La possibilità di una commistione del sistema anglosassone con quello italiano in un'ottica di maggiore efficienza della P.A.	pag. 266
<i>Conclusioni</i>	<i>pag. 275</i>
<i>Bibliografia</i>	<i>pag. 284</i>
<i>Ringraziamenti</i>	

Introduzione

Con la presente tesi dottorale si intende analizzare il fenomeno della corruzione, la piaga che da sempre affligge il nostro Paese e di ciò è testimonianza l'emersione degli ultimi scandali legati alla realizzazione di opere pubbliche – basti pensare a Expo 2015, Mose, *Mafia Capitale*, ANAS S.p.A.- al punto che la dottrina non esita a parlare di “generale permeabilità della contrattualistica pubblica a fenomeni di illegalità”. Nel corso della trattazione, si approfondiranno le misure che il nostro legislatore ha inteso approntare per debellare i fenomeni corruttivi e si avrà modo di prestare attenzione alle nuove direttive europee 23/2014/UE, 24/2014/UE e 25/2014/UE, che attribuiscono maggiore flessibilità alle stazioni appaltanti e incentivano l'adozione delle procedure discrezionali, come il partenariato per l'innovazione o espandono i casi di attuazione del dialogo competitivo.

Con il presente lavoro si intende constatare il fallimento delle politiche anticorruzione poste in essere dal legislatore nazionale fino ai giorni d'oggi e si auspica che il recepimento delle direttive europee possa fungere da stimolo alla realizzazione di norme improntate alla flessibilità, alla semplificazione e al rinnovamento della macchina burocratica, finora caratterizzata da meccanismi farraginosi.

Il presente scritto si interroga sui possibili interventi normativi idonei al contrasto della corruzione, constatando come per molto tempo nel nostro ordinamento il legislatore abbia privilegiato misure di carattere repressivo e non di tipo preventivo; in tema di contrattualistica pubblica, in seguito agli scandali di Tangentopoli, si è cercato di combattere la corruzione attraverso un procedimento di iper-regolamentazione della disciplina che ha condotto all'emanazione

dell'ipertrofico D.lgs. 163/2006, meglio noto come “Codice dei contratti pubblici, di lavori, forniture e servizi”.

Il nostro legislatore si è mostrato ostile all'uso della discrezionalità da parte della pubblica amministrazione, optando per la c.d. “tipizzazione dei modelli contrattuali” che garantiscono il rispetto della concorrenza tra gli operatori economici attraverso l'uso di automatismi e procedure rigide. Per molto tempo proprio la rigidità delle procedure ha causato un massiccio ricorso ad apposite deroghe, che si traducevano in affidamenti diretti in assenza di concorrenzialità, finendo per ricreare nuove occasioni di collusione.

La deroga all'evidenza pubblica è stata pressoché costante nel tempo: si pensi al caso dell'emergenza rifiuti in Campania che ha visto l'emanazione di un'ordinanza emergenziale per ogni anno, dal 2001 al 2005, oppure, ancora, all'applicazione della nozione di «grande evento» a fattispecie estremamente eterogenee tra loro (tra le tante, i lavori per il G8 del 2009 inizialmente previsto alla Maddalena, i mondiali di nuoto a Roma nello stesso anno, i lavori per l'Expo di Milano del 2015).

Con l'emanazione della c.d. “legge Merloni” si riteneva che combattendo la corruzione attraverso l'irrigidimento dei modelli e comprimendo gli spazi di discrezionalità in capo alla pubblica amministrazione, si sarebbe garantita anche l'efficienza. Si trattava ovviamente di una convinzione errata, poiché gli studi economici dimostrano che l'uso corretto della discrezionalità non può che apportare benefici in termini di maggior consapevolezza delle scelte affrontate dalla P.A. e di riduzione delle asimmetrie informative che caratterizzano i rapporti pubblico-privato.

Nel corso della trattazione si cercherà di evidenziare la distinzione tra corruzione ed inefficienza, che sono fenomeni distinti e dovrebbero essere contrastati con differenti soluzioni.

Mentre la corruzione è per definizione un fenomeno nascosto, l'inefficienza è riscontrabile nei fatti e nelle statistiche: in Italia si spende più che in altri Paesi per la costruzione delle opere, che hanno tempi più lunghi e che spesso rimangono incompiute. E' possibile che questi dati celino fenomeni corruttivi ma di ciò non può aversi certezza fino a quando non emergano con le indagini penali ed è in ciò che si annovera l'essenza del problema, ossia la difficoltà di ideazione di strumenti di prevenzione della corruzione e, soprattutto, di verifica della loro efficacia.

Alla luce della tesi che si intende sostenere con la presente trattazione, appare opportuno uno stravolgimento dell'approccio di analisi del fenomeno corruttivo, tale per cui il perseguimento dell'efficienza possa avere come conseguenza la riduzione della corruzione.

Si avrà modo di notare che il miglioramento dell'efficienza, la diminuzione dei costi, l'accorciamento dei tempi e in definitiva il conseguimento della *performance* possono ridurre gli spazi di attuazione dei patti corruttivi che si nascondono molto spesso dietro all'inefficienza stessa. La dottrina più attenta non manca di osservare che se si conseguisse la piena efficienza si azzererebbe lo spazio per la corruzione o potrebbe permanere uno spazio solo per forme di corruzione neutrali all'efficienza, indesiderabili sul piano etico e della moralità pubblica che, peraltro, non sarebbero di ostacolo al raggiungimento dell'interesse pubblico legato alla realizzazione di buone opere con una spesa contenuta.

L'argomentazione suesposta trova conferma nei dati statistici secondo i quali i Paesi notoriamente più efficienti sotto il profilo della contrattazione pubblica sono anche quelli nei quali è meno sentito il problema della corruzione e ove i cittadini la percepiscono meno.

La presente tesi si propone di perseguire in primo luogo l'efficienza della contrattazione pubblica, considerando che la corruzione dovrebbe essere combattuta *fuori* dalle gare, attraverso una riforma della disciplina di settore che vada in tale senso, senza però negare l'importanza dell'adozione di misure specifiche volte alla prevenzione della corruzione, "purché le stesse non abbiano come effetto collaterale la perdita dell'efficienza, instaurando un circolo vizioso caratterizzato da sacche di inefficienza dietro alle quali si annidano fenomeni corruttivi".

Questo non significa che incrementare la discrezionalità a disposizione delle pubbliche amministrazioni sia immune da rischi; di tale discrezionalità accade talvolta che si abusi e dunque sarebbe opportuno che la garanzia del margine di discrezionalità delle pubbliche amministrazioni fosse accompagnata da un altro concetto-chiave, quello della responsabilità.

Con il presente lavoro si intende sostenere che la prevenzione della corruzione debba reggersi su strategie che contemperino regolazione pubblicistica ed efficienza di mercato, accompagnate da strutturati sistemi di controlli e sanzioni. Sarebbe auspicabile, in sintesi, che discrezionalità e responsabilità viaggiassero di pari passo.

Il perseguimento dell'efficienza della contrattazione pubblica presuppone che la procedura di affidamento debba avere come finalità esclusiva, attraverso la messa in concorrenza, la selezione dell'offerta migliore. In tal modo, funzionalizzando la concorrenza agli obiettivi di efficienza si andranno anche a ridurre gli spazi entro i quali può avere luogo la corruzione.

Il presente lavoro si proporrà di effettuare un'indagine di tipo comparatistico, attingendo anche dal sistema britannico del c.d. "*Best Value*" che è riuscito perfettamente nell'opera di capovolgimento del rapporto tra corruzione ed efficienza. Se il legislatore italiano tende a

contrastare i fenomeni corruttivi ingessando il sistema a scapito dell'efficienza, quello britannico pone in essere la medesima opera di contrasto perseguendo *in primis* l'efficienza e ingenerando un circolo virtuoso grazie al quale si ridurrebbero notevolmente gli spazi per i fenomeni corruttivi, se non altro perché la corruzione diventerebbe inutile.

In quest'ottica si tenderà alla dimostrazione della tesi per cui la maniera migliore per combattere la corruzione sia quella fondata sul perseguimento dell'efficienza, con il principio di concorrenza quale utile strumento per il conseguimento di tale obiettivo.

Si analizzeranno le principali disposizioni delle direttive europee in materia di contrattualistica pubblica, volte in primo luogo al perseguimento dell'efficienza, della semplificazione, della trasparenza e della riduzione degli oneri burocratici e si darà conto delle innovazioni apportate dalla legge 28 gennaio 2016, n. 11, di recepimento delle stesse.

In conclusione, si analizzeranno le disposizioni del D.lgs 198/2009, recante "Attuazione dell'articolo 4 della legge 4 marzo 2009, n. 15, in materia di ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici", che ha ad oggetto non già l'atto ma l'*attività* amministrativa nel suo complesso e va ad assoggettare l'attività amministrativa ad una pretesa giudiziale azionabile dai suoi destinatari, in un'ottica di un'"*amministrazione di risultato*". Essa si instaura nell'ambito della c.d. "Riforma Brunetta", tesa al raggiungimento di un sensibile aumento della produttività dei dipendenti pubblici, con conseguente aumento dell'efficienza dell'azione amministrativa in generale che reca in sé la riduzione degli spazi astrattamente idonei all'annidarsi di fenomeni corruttivi. Sennonché, l'entrata in vigore della disposizione sulla c.d. *class action* pubblica è subordinata all'emanazione, tuttora mai avvenuta, di futuri

decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri.

La presente tesi si proporrà di presentare in conclusione delle proposte volte al raggiungimento dell'efficienza di sistema che recano come conseguenza indiretta anche la riduzione degli episodi corruttivi, in primo luogo implementando i principi informatori del c.d. “*Best Value*” anglosassone, oppure adoperandosi per la definitiva entrata in vigore del ricorso per l'efficienza della pubblica amministrazione o attraverso una commistione di entrambi i sistemi.

Si auspica, infatti, che l'occasione del recepimento delle direttive europee possa segnare il definitivo cambio di rotta rispetto alle passate tendenze e pervenire ad un sistema degli appalti pubblici che sia efficiente ed impermeabile alla corruzione.

Capitolo I

La lotta alla corruzione

Sommario: 1. La corruzione: un fenomeno mirabilmente oscuro – 2. La corruzione: un profilo comparatistico – 3. Il male italiano – 4. La formula della corruzione. – 5. Le tesi funzionalistiche: corruzione ed efficienza? – 6. I costi della corruzione. – 7. Le politiche anticorruzione: il modello *top-down* e quello *bottom-up*.

1. La corruzione: un fenomeno mirabilmente oscuro

E vidila mirabilmente oscura.

Con queste parole Dante nella Divina Commedia descrive, nel XXI canto dell’Inferno, la sensazione provata affacciandosi sulla bolgia nella quale sono sprofondata i barattieri, i governanti che arraffarono nascostamente nell’amministrare la loro città. Si tratta di soggetti che per compenso trasformavano le loro decisioni politiche «*del no per li denar, vi si fa ita*» e, siccome condussero i loro traffici di nascosto, sono condannati a scontare la loro pena sommersi per l’eternità nell’oscurità ribollente della pece¹.

Sette secoli più tardi la corruzione rimane un male mirabilmente oscuro, che si sviluppa come un fenomeno carsico e si traduce nell’esercizio di un potere invisibile, per ciò solo «*in antitesi con la*

¹ A. VANNUCCI, *Atlante della corruzione*, Edizioni Gruppo Abele, Torino, 2012, p. 69.

trasparenza che dovrebbe invece contraddistinguere le decisioni pubbliche in democrazia»².

Con riguardo al significato di corruzione, la dottrina³ nota che il termine “corruzione” può assumere due significati. Il primo, oggettivo, riportato dal vocabolario della lingua italiana Treccani, riguarda le cose e fa riferimento alla “decomposizione e al disfacimento”. Lo stesso Jeremy Bentham, nel *Constitutional Code*, dedica l'intero capitolo decimo alla corruzione. Egli rileva come il termine sia impiegato in primo luogo per denotare “*deterioration*” e sia usato in un senso “fisico”, con riferimento allo “scomporsi del tessuto di una massa animale o di una materia vegetale”. Bentham, poi, distingue tra una *personal corruption* e una *systematic corruption*: la seconda è allocata nel sistema e nel quadro del Governo, inteso come Istituzioni in senso lato. Questo significato può essere utilizzato in riferimento al degrado delle istituzioni: d'altra parte, quando Tacito biasimava la “*corruptissima re publica*” alludeva alla “cosa pubblica”, che è fatta sì di uomini ma anche e soprattutto di istituzioni e di regole, *res*, appunto. Solo il secondo significato della corruzione è, invece, soggettivo, e riguarda i comportamenti corrotti, la responsabilità delle persone, gli illeciti penali, basti pensare alla “corruzione di minorenne”, alla “corruzione di pubblico ufficiale”, alla concussione per il suo rapporto con la corruzione.

La rilevanza della questione della corruzione in Italia sembra rispondere a una logica emergenziale e reattiva. La questione entra a fasi alterne del dibattito pubblico, di norma quando uno scandalo investe esponenti politici di spicco, attirando l'attenzione dei *mass media* e inducendo la classe politica a proporre e discutere

² N. BOBBIO, *La democrazia e il potere indivisibile*, in *Rivista italiana di scienza politica* (2), 1980, p. 186.

³ M. D'ALBERTI, *Relazione per il seminario “Corruzione e pubblica amministrazione”*, 11 dicembre 2015, Università La Sapienza, Roma.

provvedimenti di riforma. Si pensi all'introduzione del finanziamento pubblico ai partiti nel 1974, conseguenza diretta del primo scandalo del petrolio, nel quale i segretari di tutti i partiti di governo finirono sotto inchiesta per aver ricevuto tangenti pari al cinque per cento dei vantaggi economici ottenuti dalle compagnie petrolifere tramite leggi e politiche energetiche loro favorevoli⁴.

Rimossa la "questione morale" dall'agenda politica nel 1981, la disponibilità di flussi consistenti di tangenti ha prodotto ricadute significative sulle dinamiche di interazione dei partiti, accentuandone la razionalizzazione attorno a "macchine politiche" capaci di drenare maggiori risorse dal controllo dei centri di spesa pubblica.

Lo sviluppo di una corruzione "sistemica" ha inciso anche sui processi di "cartellizzazione" dei partiti, data la necessaria connivenza di esponenti di diversi partiti nelle arene decisionali dalle quali sono raccolti finanziamenti leciti, illeciti o tangenti.

Sull'onda delle indagini di "Mani pulite" sono state varate misure significative in alcuni settori rilevanti come la modifica costituzionale del sistema di autorizzazione a procedere dei parlamentari, l'introduzione di un sistema elettorale maggioritario a livello sia nazionale che locale, le norme sugli appalti, le riforme per la semplificazione e la trasparenza dell'attività amministrativa, ma si è trattato di interventi parziali e sconsiderati inadatti a configurare l'avvio di un'articolata politica di contrasto all'illegalità politica.

Il tema della rilevanza della questione della corruzione è tornato in auge con la recente emersione di importanti fenomeni di illegalità legati alla realizzazione di opere pubbliche - basti pensare a Expo Milano 2015 o alle vicende che da anni accompagnano la realizzazione del Mose di Venezia o al caso *Mafia Capitale* o al

⁴A. VANNUCCI, *op. cit.* p. 72.

recentissimo scandalo ANAS S.p.A., al punto da indurre autorevole dottrina a parlare di “generale permeabilità della contrattualistica pubblica a fenomeni di corruzione”⁵. Occorre riflettere su tale criticità e sulle misure varate dal legislatore al fine di porvi rimedio, nonostante il carattere atavico del problema.

Come sottolineato da dottrina autorevole, il concetto di corruzione è “un concetto multilivello che può avere un’accezione giuridica, etica ed economica”⁶. Spesso il legislatore italiano ha utilizzato l’approccio pan-penalistico, contrastando il fenomeno sul piano della sola repressione e associandolo a specifiche fattispecie penalistiche.

Più correttamente, l’Autorità Nazionale Anti-Corruzione (ANAC) fa propria una nozione di corruzione più ampia, non limitata al diritto penale, ma riconducibile anche al diritto amministrativo. Secondo l’ANAC e secondo 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”⁷. Come evidenziato in dottrina, tale formula censura anche utilizzi privati di funzioni pubbliche non aventi rilevanza penale⁸.

Pare appropriata, in quest’ottica, la definizione di corruzione

⁵ A. FIDONE, *La corruzione e la discrezionalità amministrativa: il caso dei contratti pubblici*, in *Giornale del Diritto Amministrativo*, 2015, 3, pp. 325-344.

⁶ G. FIDONE, *id.*

⁷ Piano Nazionale Anticorruzione, anno 2013, p. 13 consultabile sul sito istituzionale dell’ANAC www.anticorruzione.it.

⁸ G. FIDONE, *Relazione per il seminario “Prevenzione della corruzione nella riforma della P.A e nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, 9 novembre 2015, Sala del Mappamondo-Camera dei Deputati.

come “*the abuse of entrusted power for private gain*”⁹ (“abuso del potere affidato al fine di ottenere un guadagno personale”), a prescindere dalla rilevanza penale delle condotte, che quindi verrebbero a dover essere contrastate sul piano della prevenzione, ancor prima che su quello repressivo. Tali condotte sono radicate in diversi settori dell’attività amministrativa, ma specialmente in quello dei contratti pubblici, come rilevano numerosi autori¹⁰. Il settore è particolarmente permeabile a manifestazioni di illegalità in ragione del fatto che vi circolano ingenti somme di denaro pubblico, nonché in forza di una forte “polverizzazione della domanda”¹¹.

Nella spiegazione delle ragioni che rendono la corruzione in Italia un fenomeno con un’estensione orizzontale e un radicamento verticale in profondità, in termini di diffusione *sistemica*, presumibilmente superiore a quello di altri paesi occidentali con equivalenti livelli di sviluppo occorre prendere in considerazione la natura complessa del fenomeno che incide ed è a sua volta condizionato da molteplici componenti di natura istituzionale, politica, economica e sociale.¹²

Quanto più la corruzione si fa sistemica, il maneggio di tangenti diventa la regola di condotta e prassi tollerata nelle strutture pubbliche, tanto più rimane nell’ombra, non è svelata né denunciata, non è esposta al giudizio dell’opinione pubblica, né perseguita penalmente.

Di qui la difficoltà di leggerne le dinamiche interne, coglierne i meccanismi di riproduzione, le logiche che orientano le scelte degli

⁹J. POPE, “*Confronting corruption: The elements of a national integrity System*”, Transparency International Source Book, 2000.

¹⁰ *Ex multis*, ricordiamo M. CLARICH, G. FIDONE, M.A. SANDULLI, A. CANCRINI, B.G. MATTARELLA e A. VANNUCCI.

¹¹ G. FIDONE, *La corruzione e la discrezionalità amministrativa: il caso dei contratti pubblici*, in *Giornale del Diritto Amministrativo*, 2015, 3, pp. 325-344.

¹² A. VANNUCCI, *id.*

attori coinvolti. Gli episodi che emergono sono spesso il prodotto di indagini avviate in base ad altre notizie. Prima di riforme che li hanno depotenziati in passato, emergeva soprattutto dai reati di falso in bilancio e di abuso d'ufficio, definiti per questo "reati sentinella" della corruzione.

Per limitare le possibili distorsioni nella rappresentazione della diffusione della corruzione si possono integrare elementi di conoscenza ricavabili da quattro diverse e imperfette fonti di informazioni:

- a) Le statistiche giudiziarie sui procedimenti penali e sulle condanne per reati di corruzione;
- b) i sondaggi condotti sull'intera popolazione, relativi a esperienze dirette e opinioni relative alla presenza del fenomeno;
- c) gli indicatori basati sulla percezione degli esperti riguardo alla diffusione del fenomeno;
- d) la quantità di notizie su episodi di corruzione presentata dai mezzi di comunicazione.

Si è soliti ricondurre il delitto di corruzione nel novero dei "crimini senza vittime", poiché lo scambio corrotto si fonda sulla partecipazione volontaria dei suoi protagonisti a una sorta di "patto di ferro", così, di norma, nessuno dei suoi partecipanti ha interesse o è disposto a denunciarla. A ben vedere, si tratta di una semplificazione: più che un crimine senza vittime, la corruzione è un crimine con molte vittime inconsapevoli: i cittadini che ne subiscono i costi in termini di lievitazioni dei costi e deterioramento della qualità dei beni e servizi pubblici e perdita di efficienza dell'azione dello Stato.

Le statistiche ISTAT certificano l'ampiezza della corruzione perseguita, ovvero la parte emersa del fenomeno.

Guardando alle cifre della corruzione i primi numeri ad attirare l'attenzione sono di solito quelli ufficiali, delle statistiche giudiziarie. Essi, però, ci forniscono solo un dato parziale, lasciando affiorare la punta dell'iceberg e mostrano un trend decrescente delle denunce nell'ultimo quindicennio.

L'ammontare di persone coinvolte e reati di corruzione per i quali si è avviato un procedimento penale, in vertiginosa crescita dal 1992, è in diminuzione dopo il picco raggiunto nel 1995, quando sono stati commessi quasi 2.000 crimini e oltre 3.000 persone sono state denunciate.

Un decennio dopo, nel 2004, i numeri sono ridotti a circa un terzo per i crimini, della metà per le persone.

I dati del Ministero dell'Interno, relativi alle sole denunce alle forze di polizia, mostrano che l'andamento permane pressoché stabile, con qualche piccola oscillazione, almeno fino al 2010, quando, con sole 223 denunce di reati, si realizza presumibilmente uno dei livelli più bassi di corruzione svelata dal 1992.

Le oscillazioni più marcate caratterizzano invece l'ammontare di persone denunciate per reati di corruzione che passano da un minimo di poco più di 900 nel 2005 e 2007, a un picco di oltre 1800 nel 2009, per tornare a circa 1200 nel 2010¹³.

Lo stesso andamento, come prevedibile, caratterizza il numero di condanne per reati di corruzione. La caduta è in proporzione ancora più marcata. Si passa da oltre 1700 condanne per i reati di corruzione nel 1996 ad appena 295 del 2008, circa un settimo, con una tendenza che si accentua a partire dal 2001. Se si analizzano i dati regionali, in molte regioni la discontinuità diventa un vero e proprio tracollo: da

¹³ Si tratta di un'elaborazione di dati provenienti dal Sistema di indagine della Direzione centrale della polizia criminale. Si veda SAET Relazione al Parlamento, anno 2010, Roma, 2011, in: <http://www.anticorruzione.it>.

138 condanne nel 1996 a 5 nel 2006 in Sicilia; da 545 a 43 in Lombardia; da 206 a 5 in Campania; da 19 a nessuna in Calabria, da 110 a 9 in Veneto. Integrando questi dati con quelli di una fonte diversa, la direzione centrale della polizia criminale, nel 2009 si registrano 497 condanne, nel 2010 appena 332¹⁴.

Avremo modo di osservare che l'azione della magistratura da sola non basta, perché si condivide la tesi sostenuta dal giudice Piercamillo Davigo¹⁵, secondo il quale gli organi di controllo giudiziario all'epoca dello scandalo "Mani Pulite" avevano una funzione analoga a quella dei predatori in natura, eliminando i "meno adatti" e inducendo nel nuovo ecosistema politico-amministrativo un miglioramento progressivo della capacità adattiva predatoria di corrotti e corruttori superstiti¹⁶.

Per questa ragione gli incidenti (giudiziari) di percorso diventavano dei meccanismi *darwiniani* di *selezione naturale* che migliorano la qualità della specie, nell'opaco universo della corruzione, eliminando i meno abili. Nel prosieguo dell'esposizione si sosterrà che l'azione della magistratura, per essere efficiente, dovrebbe andare di pari passo con una buona legislazione in materia di anticorruzione, ma soprattutto finalizzata al raggiungimento dell'efficienza di sistema.

Tornando all'analisi dei dati relativi alle denunce dei fenomeni di corruzione, si nota come l'esplosione del fenomeno "mani pulite" comporti una brusca accelerazione di un processo di progressiva emersione per via giudiziaria della corruzione che in realtà era già cominciato da oltre un decennio. Dagli episodi sporadici di metà anni

¹⁴ GRECO – *Group of European States against Corruption*, Evaluation Report on Italy, Third Evaluation Round, theme, I, 20-23 March 2012, p.25.

¹⁵ P. DAVIGO e G. MENGOZZI, *La corruzione in Italia*, Roma, Laterza, 2007.

¹⁶ G. BARBACETTO- P. GOMEZ- M. TRAVAGLIO, *Mani pulite*, Roma, Editori Riuniti, 2003, p. 678.

Settanta, con 0,7 delitti denunciati ogni 100.000 abitanti, la crescita è stata costante, fino ai 5,6 casi del 1994.

Infine, dopo un nuovo minimo relativo nel 2000, il trend di denuncia appare nuovamente in ascesa, su livelli che nel 2010 (4,3 delitti ogni 100.000 abitanti) sono circa il doppio rispetto ad appena un decennio prima, di poco inferiori a quelli registrati negli anni ruggenti di “Mani pulite”. La scomposizione su base regionale del dato delle denunce in Italia consente di cogliere alcuni aspetti relativi alla loro distribuzione territoriale. Come si è visto, le statistiche sui reati perseguiti non autorizzano a formulare giudizi univoci sull’evoluzione del fenomeno in un dato Paese o sulla sua ampiezza in Paesi diversi. Si può però ipotizzare che, a parità di efficacia dell’azione repressiva delle forze di polizia e della magistratura, dotate di risorse omogenee, l’ammontare dei reati denunciati in aree diverse nel medesimo Paese e nel medesimo periodo fornisca una rappresentazione abbastanza attendibile della sottostante corruzione.

Con riguardo alla mappa della corruzione nelle regioni d’Italia, guardando alla densità rispetto alla popolazione delle denunce per corruzione emerge che il Molise ha il più alto tasso di corruzione denunciata, seguito da Campania e Calabria, mentre Sicilia e Puglia sono tra le ultime sette.

La Lombardia è la regione del Nord Italia con il più alto tasso di corruzione emersa, mentre la Valle d’Aosta, il Friuli Venezia Giulia e le Marche si contendono il primato dell’integrità.

2. La corruzione: un profilo comparatistico

Se una comparazione con altri Paesi può esserci d’aiuto, conviene allontanarci dagli *standard* italiani, cercare casi più dissimili.

Analizzando la tabella che mostra l'indice di percezione elaborato da *Transparency International* nel 2015, su cui avremo modo di tornare nel corso della trattazione, emerge che il podio nella classifica dei Paesi meno corrotti al mondo va alla Danimarca, seguita dalla Finlandia, dalla Svezia, e dalla Nuova Zelanda. Osserviamo che le prime quattro posizioni sono occupate dai Paesi Bassi, esempi di nazioni integerrime. Il primo Paese non europeo a occupare i vertici della classifica è la Nuova Zelanda. Le statistiche giudiziarie di quel Paese rispecchiano in modo realistico l'immagine di una Pubblica Amministrazione ad altissimo tasso di integrità: una sola denuncia per reati di corruzione di funzionari pubblici nel 2008, 4 nel 2007. Nel 2007 in Nuova Zelanda si sono sporte 0,6 denunce di corruzione per 100.000 dipendenti pubblici, 0,1 denunce per 100.000 abitanti¹⁷. Sorprende forse il dato relativo alla densità di denunce rispetto alla popolazione, che in Italia è solo quattro volte superiore a quella del Paese meno corrotto del mondo.

Nonostante non vi sia un'autorità anticorruzione, in Nuova Zelanda diversi organismi e uffici governativi operano sia in chiave di prevenzione – soprattutto muovendo la cultura del servizio pubblico presso i funzionari - che di controllo e repressione, mentre il reato di corruzione tra privati viene perseguito grazie a una legge approvata già dal 1910.

L'immagine risultante è quella di un Paese agli antipodi, non solo geograficamente, rispetto all'Italia.

Tornando invece all'Indice di percezione della corruzione 2015 e soffermandoci sulla situazione europea, il secondo Paese meno corrotto è la Finlandia.

¹⁷ *Statistics New Zealand*, in [http:// wdmzpib01.stats.govt.nz/wds/Table Viewer/tableView.aspx](http://wdmzpib01.stats.govt.nz/wds/TableViewer/tableView.aspx).

Il confronto con la Finlandia è particolarmente interessante, perché da sempre nelle posizioni di vertice, per molti anni capofila delle classifiche sulla trasparenza del governo ha una tradizione giuridica e fattispecie criminose molto simili a quelle italiane¹⁸.

La percezione degli osservatori internazionali converge con quella prevalente tra i cittadini: la corruzione nel settore pubblico è un fenomeno pressoché sconosciuto in Finlandia. Nel suo primo rapporto GRECO (*Group of European States against corruption*) del 2001, si osserva che l'esiguo numero di casi di corruzione emersi (solo 99 dal 1994 al 2000) di regola è riconducibile all'offerta di intrattenimenti privati o di viaggi ai funzionari pubblici, ma non è legato al pagamento di somme di danaro o all'accettazione di regali¹⁹.

Almeno due componenti della struttura di governo finlandese si caratterizzano come “buone pratiche” nelle politiche anticorruzione:

«Primo, viene favorita la creazione di una molteplice e partecipe schiera di attori della società civile; secondo, viene offerto un efficace canale di comunicazione che permette ai cittadini di raggiungere direttamente i decisori politici e di renderli responsabili delle loro azioni. Ciò che rende trasparente la politica finlandese non è la condotta intrinsecamente valida e di buoni principi dei politici finlandesi, (...) ma la capacità dei normali cittadini di controllare quello che i loro politici stanno facendo e di intervenire efficacemente quando qualcosa sembra sbagliato»²⁰.

¹⁸ Entrambi sono Paesi di *civil law*, hanno fattispecie normative simili sulla corruzione e una popolazione carceraria paragonabile (calcolata rispetto al numero di abitanti). P. DAVIGO - G.MENGOZZI, *La corruzione in Italia*, Roma, Laterza, 2007, p.112.

¹⁹ GRECO - *Group of European States against corruption, First Evaluation Round. Evaluation Report on Finland*, Strasbourg, 11-15 June 2001, in: [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round1/Greco_Eval1\(2000\)4_Finland_EN.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round1/Greco_Eval1(2000)4_Finland_EN.pdf).

²⁰D.C. ZOOK, *The curious case of Finland's clean politics*, in *Journal of Democracy*, 20, n. 1, 2009, pp. 157-168.

Più in generale, la cultura amministrativa prevalente considera le leggi e le regole come «consolidate, semplici, chiare, vincolanti, e da prendere seriamente», mentre l'evoluzione nell'organizzazione degli apparati burocratici lascia ampi spazi di autonomia al livello locale, prevedendo un reclutamento rigorosamente meritocratico dei funzionari. A questo si aggiunge un orientamento collegiale e partecipativo dei processi decisionali avviati nel settore pubblico, che seguono principi di pubblicità e trasparenza di qualsiasi atto amministrativo.

Nonostante la comune appartenenza all'Unione Europea, Finlandia e Italia sembrano collocarsi su pianeti lontani, visto che in quest'ultima, secondo il rapporto GRECO: «la corruzione è profondamente radicata in diverse aree della pubblica amministrazione, nella società civile, così come nel settore privato. Il pagamento delle tangenti sembra pratica comune per ottenere licenze e permessi, contratti pubblici, finanziamenti, per superare esami universitari, esercitare la professione medica, stringere accordi nel mondo calcistico (...). La corruzione in Italia è un fenomeno pervasivo e sistemico che influenza la società nel suo complesso»²¹.

Si tratta della risultante di un duplice fallimento, sia dal lato della repressione penale che da quello delle politiche di prevenzione: «un'allarmante proporzione di tutti i procedimenti per corruzione è vanificata per la scadenza dei termini di prescrizione (...). C'è un'alta probabilità che la prescrizione scatti prima che il processo possa concludersi, anche quando vi sono forti indizi di colpevolezza»²².

²¹ GRECO- *Group of European States against corruption*, Evaluation Report on Italy, Strasburgo, 2 luglio 2009, in [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round2/GrecoEval1-2\(2008\)Italy_EN.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round2/GrecoEval1-2(2008)Italy_EN.pdf), p.39, p.3 e p.6.

²² GRECO – *Ibidem*.

Le differenti percezioni di corruzione trovano conferma in un sondaggio del 2010 del *Global Corruption Barometer*, che attribuisce alla Finlandia meno di un sesto della frequenza delle tangenti pagate nell'anno precedente per accedere ai servizi pubblici rispetto al 13% degli italiani²³.

Anche il profilo delle condanne per i reati di corruzione marca un'anomalia: tra il Paese più trasparente e il secondo Paese più corrotto dell'Unione Europea dovrebbe esserci un abisso in termini di repressione penale. Invece, in Finlandia nel 2005 sono state condannate 21 persone per reati di corruzione, 3,7 condanne ogni 100.000 dipendenti pubblici e 0,4 ogni 100.000 abitanti. In Italia nel 2008 si sono avute 295 condanne, 8,7 ogni 100.000 dipendenti pubblici, 0,5 ogni 100.000 cittadini.

A proiettare luce sulla realtà della corruzione di tanto in tanto ci sono le rilevazioni statistiche, con le quali si misurano percezioni ed esperienze degli intervistati, in genere un campione rappresentativo dell'intera popolazione, in altri casi ristretto ad alcune categorie professionali (imprenditori, funzionari pubblici). I sondaggi sulla corruzione sono però eterogenei e presentati in modo saltuario, senza continuità.

Per questo è difficile ricavarne informazioni dell'evoluzione del fenomeno, ne emergono piuttosto "istantanee" che fotografano alcuni profili del fenomeno.

²³*Transparency International, Global Corruption Barometer*, 2010, in http://www.transparency.org/policy_research/survwys_indices/gcb.

3. *Il male italiano*²⁴

Il nostro Paese è sempre stato afflitto dal male oscuro, perché celato, ma non meno temibile, della corruzione: si parla spesso della cronica patologia che affligge il nostro Paese quanto all'illegalità diffusa, in tema di corruzione, al punto che l'Italia è ritenuta essere un Paese "a corruzione sistemica"²⁵.

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. Tale sondaggio mostra la grande percezione della corruzione negli appalti, sia nel caso di autorità centrali che locali²⁶. 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).

La rilevanza del fenomeno corruttivo nel settore degli appalti è stata desunta da alcuni riscontri empirici. Ad esempio, l'alta velocità in Italia è costata 47,3 milioni di euro al chilometro per il tratto Roma - Milano, 74 milioni a chilometro per il tratto tratta Torino – Novara, 79,5 milioni a chilometro per il tratto Novara-Milano e 96,4 milioni a

²⁴Il titolo del paragrafo è un omaggio all'ultimo libro del Presidente dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, Raffaele Cantone, R. CANTONE- G. DI FEO. *Il male italiano*, Rizzoli, 2015.

²⁵ Definizione ripresa, tra gli altri, da G. M. FLICK nel suo intervento al seminario *Prevenzione della corruzione nella riforma della P.A. e nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, 9 novembre 2015, Sala del Mappamondo, Camera dei Deputati.

²⁶ Si tratta di un sondaggio della Commissione Europea, fondato sulla percezione della corruzione da parte degli intervistati nei diversi Stati membri. Tali dati, 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.

chilometro per il tratto Bologna - Firenze. Tali dati sono allarmanti, considerando che analoga opera è costata appena 10 milioni a chilometro della tratta Parigi-Lione, 9,8 milioni a chilometro per il tratto Madrid – Siviglia e 9,3 milioni per il tratto della Tokyo-Osaka²⁷. E' chiaro che tali differenze possono dipendere da molti diversi fattori di inefficienza e non necessariamente da fenomeni corruttivi ma il dato resta certamente allarmante

E' particolarmente significativo il dato relativo alle esperienze personali di tangenti dai cittadini dei 28 Paesi dell'Unione Europea. Secondo *Eurobarometer* la percentuale di cittadini italiani che ha risposto affermativamente alla domanda “negli ultimi 12 mesi qualcuno vi ha chiesto o si aspettava che pagaste una tangente” è pari al 17%, una tra le più alte in Europa (la media europea è del 9 per cento)²⁸.

Un diverso sondaggio – *il Global Corruption Barometer* di *Transparency International* - nel 2010 conferma l'ordine di grandezza della prassi quotidiana della corruzione: nell'anno precedente, il 13% degli italiani aveva pagato una tangente per ottenere almeno uno tra nove diversi servizi pubblici (in settori come sanità, giustizia, polizia, *utilities*, fisco, istruzione) quando la media tra i Paesi dell'Unione Europea è del 5 per cento²⁹.

²⁷ La fonte di tali dati è: I. CICONI, *Il libro nero della TAV*, 10 settembre 2011, su www.ilfattoquotidiano.it. Gli stessi dati sono citati anche dal documento della Commissione Europea COM(2014) 38 final Bruxelles, 3.2.2014 - ANNEX 12 - Allegato sull'Italia della Relazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento Europeo - Relazione dell'Unione sulla lotta alla corruzione.

²⁸ *Eurobarometer, Attitudes of Europeans towards Corruption*, 325, wave 72.2, Brussels, November 2009.

²⁹ Nel dettaglio, il 10% dei cittadini italiani riferisce di aver pagato – direttamente o tramite un familiare – una tangente nei contatti con sistema sanitario; il 3,8 con la polizia; il 6,4 per licenze e permessi; l'8,7 per *utilities*; il 6,9 col fisco; il 12,9 per servizi legati a terreni; il 13,9 in procedure doganali; il 29,8 col sistema giudiziario. Il 2,8 ha pagato una tangente «per evitare problemi con le Autorità», l'1,35 per accelerare le procedure; l'1,3 per ottenere un servizio cui aveva diritto. Si veda

La misura della massa oscura della corruzione praticata nell'ombra ma non denunciata, oltre che tramite sondaggi, può essere catturata da un ulteriore indicatore: le percezioni degli esperti.

Con questo metodo, *Transparency International*, l'ONG per la lotta alla corruzione, elabora dal 1998 il *Corruption perception index* (CPI), citato in apertura.

Si tratta di un punteggio – che va 0 a 100 – attribuito al grado di trasparenza e di corruzione del settore pubblico nei diversi Paesi, in base alle opinioni di una serie di specialisti, perlopiù stranieri (imprenditori, consulenti d'affari, giornalisti, economisti). Il CPI si basa su una media di 12 differenti fonti di dati, raccolte da 11 diverse istituzioni e rappresenta l'indicatore più utilizzato per stimare la concreta estensione della corruzione e di altre pratiche di malgoverno, specialmente nella ricerca scientifica³⁰.

La percezione avvertita dagli esperti è probabilmente l'unico indice utilizzabile e paragonabile tra Stati, proprio per il carattere occulto della corruzione e per la diversità delle legislazioni tra i vari Stati.

Se si guardassero soltanto le inchieste e i processi, inoltre, resterebbe fuori tutto ciò che gli inquirenti non sono riusciti a

Transparency International, Global Corruption Barometer, 2010, in http://www.transparency.org/policy_research/surveys_indices/gcb.

³⁰ *Il Corruption perception index* ha naturalmente diversi limiti, legati alla sua metodologia: si basa su percezioni e non su esperienze dirette, è ricavato da una sorta di “media” tra ricerche eterogenee condotte da organismi diversi, il suo punteggio può riflettere variazioni nelle tecniche di calcolo della media tra le *surveys*: permette confronti tra Paesi diversi solo con molte cautele, sovrastima i pareri di certi attori sociali, tipicamente le imprese e gli esperti, e dà scarso peso all'opinione di cittadini e famiglie, si fonda di aggregazioni eterogenee di dati senza che siano trasparenti i meccanismi di assegnazione dei punteggi e rischia di rispecchiare anche idiosincrasie e pregiudizi.

Nonostante questi rilievi, il CPI si è affermato nel tempo come uno strumento convincente di analisi dei macro fattori di natura politica, istituzionale, economica, sociale, culturale e persino geografica che si associano, come possibili cause o conseguenze, alla percezione di una corruzione più diffusa.

dimostrare (il che non significa che non esiste) e quello che non emerge, solitamente la gran parte del fenomeno.

Secondo l'ultimo rapporto di *Transparency International*³¹, l'Italia ha scalato 8 posizioni nella classifica mondiale sulla percezione, passando dal 69° al 61° posto, soprattutto grazie allo slittamento verso il basso di altre nazioni, come il Brasile, mentre nel contesto europeo è la penultima nazione, appena prima della Bulgaria, che è il triste fanalino di coda. A livello globale, inoltre, si pone sullo stesso piano di Lesotho, Senegal, Sudafrica e Montenegro, preceduta da Stati come Capo Verde (indice 55), Ruanda (54), Namibia (53) o Cuba e Ghana (47). Nel dettaglio, su 168 Paesi analizzati, quello meno inquinato si conferma la Danimarca (indice 91), seguita nell'ordine da Finlandia (90), Svezia (89) e Nuova Zelanda (88). La Germania è al decimo posto con indice 81 (lo scandalo Volkswagen non viene preso in considerazione perché non riguarda il settore pubblico ma una multinazionale privata), alla pari di Gran Bretagna e Lussemburgo. All'ultimo posto della classifica mondiale troviamo a pari merito Somalia e Corea del Nord (indice 8), preceduti dall'Afghanistan (11) e dal Sudan (12).

La percezione di corruzione finisce per plasmare la realtà, nel momento in cui la “cattiva reputazione” di un Paese incide su aspettative e condotte dei coprotagonisti, poiché gli imprenditori e gli investitori più avversi alla corruzione preferiranno dirottare altrove i loro affari, mentre quelli che rimangono nel mercato sono i più propensi al pagamento di tangenti. Risalta quindi l'anomalia di un Paese come l'Italia, caratterizzato da un'economia avanzata, istituzioni liberal-democratiche, garanzie tipiche dello Stato di diritto, ma, nonostante questo, reputato da osservatori e investitori

³¹ *Transparency International, Corruption Perceptions Index, 2015*, pubblicato su <https://www.transparency.it>.

internazionali più corrotto di molti Paesi in via di sviluppo, dalle istituzioni più gracili.

Ma l'Italia è il Paese con un più alto divario dei livelli di corruzione (sia percepita che praticata) in regioni diverse del proprio territorio. L'altissima varianza fa sì che le regioni più virtuose (Trentino Alto Adige, Val d'Aosta e Marche) siano poco al di sotto rispetto ai vertici della trasparenza in Europa, mentre le più corrotte (Campania, Calabria, Sicilia) sono assimilabili ad alcune aree della Romania e della Bulgaria.

Ne scaturisce l'immagine di un Paese diviso in due parti, nel quale i cittadini possono alternativamente confrontarsi con *standard* scandinavi oppure balcanici per quanto concerne qualità e trasparenza dell'attività politico-amministrativa.

Un dato rilevante è che le inchieste avviate dai magistrati e le persone denunciate sono in calo drastico dopo l'esplosione di metà degli anni Novanta, al pari della copertura mediatica, mentre negli stessi anni la percezione della sua diffusione sotterranea, corroborata da sondaggi saltuari, mostra una linea di tendenza in ascesa a partire dagli anni Duemila.

Poiché il CPI segnala da oltre un decennio l'aggravarsi del fenomeno corruttivo in Italia, negli stessi anni in cui secondo le statistiche giudiziarie sia le denunce che le condanne segnano il passo, la conclusione è inequivocabile: si è allargato lo *spread* della corruzione, il differenziale tra le attività illegali condotte nell'ombra e la quota che emerge, dando vita a procedimenti penali ad opera dei tribunali così come dell'opinione pubblica.

A partire dagli anni Duemila, dunque, per un verso è lievitata la cifra nera della corruzione, l'ammontare di reati portati a buon fine, senza destare scandalo.

Per un altro verso, visto il crollo delle condanne, è cresciuta in misura ancora più marcata la cifra grigia della corruzione, ossia quell'ammontare degli episodi che, per quanto diano vita ad un procedimento giudiziario, si traducono però in un nulla di fatto, a causa del proscioglimento dei protagonisti o ancora più spesso in seguito al decorso dei termini di prescrizione. Già assimilabile ai crimini senza vittime, in Italia, dunque, la corruzione rischia di trasformarsi in un crimine senza pena.

4. La formula della corruzione

La dottrina³² tende a sintetizzare in una formula i fattori generali che orientano qualsiasi valutazione individuale della convenienza della corruzione³³:

$$C_t = f(R; D; I; -A - CM; C_{t1}, t_2 \dots)$$

Le decisioni di offrire o accettare tangenti sono viste come il frutto di un calcolo razionale, che dipende dalle aspettative individuali relative ai profitti e ai costi di tale scelta, confrontati con quello delle alternative disponibili³⁴.

Entrano in gioco, in questo calcolo, le *occasioni* di corruzione: possiamo aspettarci che lo scambio corrotto si realizzi quando

³² A. VANNUCCI, *Appalti pubblici e legalità: la formula della corruzione*, in <http://www.innovatoripa.it>.

³³ A. VANNUCCI, *La corruzione in Italia: cause, dimensioni, effetti*, in *La legge anticorruzione*, Giappichelli, 2013. Anche R. KLITGAARD (*Controlling Corruption*, University of California Press, Berkeley, 1988) rappresenta mediante una formula i macro-fattori che incidono sui livelli di corruzione, limitandosi però a tre sole variabili, rilevanti nella prospettiva di analisi economica: rendite monopolistiche, prodotte dall'intervento pubblico, discrezionalità dei decisori, efficacia dei meccanismi di controllo (o *accountability*).

³⁴ G.S. BECKER, *Crime and punishment. An economic Approach*, in *Journal of Political Economy*, 1968, 76, pp. 169-217.

l'impiego di risorse in questa attività illegale è l'alternativa più vantaggiosa per i protagonisti.

Tra i fattori più rilevanti, oltre all'efficienza e alla severità del sistema giudiziario, si possono considerare i costi dell'attività politica; la sensibilità degli elettori a eventuali scandali, l'ampiezza dell'intervento pubblico in campo economico e sociale; il grado di discrezionalità dei processi decisionali pubblici; l'intensità del controllo politico e amministrativo; le tendenze concorrenziali o collusive dei mercati economici e politici

La pratica della corruzione è direttamente proporzionale all'ampiezza delle rendite monopolistiche create e distribuite dallo Stato e, secondo parte della dottrina, al grado di discrezionalità di chi ne decide l'allocazione, al grado di trasparenza/opacità dei relativi processi decisionali e inversamente proporzionale all'efficacia dei meccanismi di controllo che assicurano la responsabilità degli agenti. Nel dettaglio, in Italia i livelli di corruzione sono funzione di:

1. R, ossia l'ammontare di rendite create dall'intervento pubblico, a seguito di attività redistributive o regolative dello Stato, ovvero prodotte da restrizioni concorrenziali nei mercati.

Le occasioni di corruzione, infatti, aumentano quanto più ricche sono le rendite che rendono possibili gli sforzi congiunti di appropriazione di corrotti e corruttori. Tratti favorevoli allo sviluppo degli scambi occulti che caratterizzano il sistema italiano sono: (i) l'estensione e la rilevanza delle decisioni politiche nell'organizzazione delle attività economiche e sociali, che si traduce nell'ammontare di investimenti e di spesa pubblica, nell'esercizio di poteri di licenza, concessione e interdizione, negli stessi poteri di nomina a ruoli di responsabilità in campo sociale ed economico, oltre che nel settore pubblico, attribuiti a soggetti e organi di direzione politica; (ii) le

dinamiche collusive che spesso caratterizzano il funzionamento dei mercati pubblici e privati³⁵.

2. D, ossia il grado di discrezionalità nell'esercizio, da parte dei decisori pubblici, del potere di creare, distribuire o espropriare tali rendite.

Secondo una parte della dottrina³⁶, le probabilità di corruzione aumentano quanto più liberamente gli agenti pubblici possono decidere l'identità dei beneficiari delle loro scelte. La discrezionalità prescinde dalle attribuzioni formali: anche il potere di fatto di accelerare o rallentare una pratica burocratica riflette la capacità di un agente pubblico di attribuire in modo selettivo e arbitrario un vantaggio, ovvero un costo, a soggetti privati. Nel corso della trattazione, però, si avrà modo di smentire l'affermazione che la discrezionalità sia un male assoluto nella contrattualistica pubblica, che anzi è in grado di garantire maggiore efficienza e concorrenza, se controbilanciata da un sistema di controlli sull'attività amministrativa nel suo complesso.

Alcuni aspetti del sistema istituzionale e amministrativo italiano appaiono così particolarmente vulnerabili alla corruzione:

(iii) l'inflazione normativa e regolativa, che nell'incertezza dei destinatari accentua il potere discrezionale di chi è chiamato ad applicare, interpretare o esercitare controlli sul rispetto delle norme e delle procedure;

(iv) l'attribuzione di poteri eccezionali o emergenziali, più esposti alla corruzione, in ambiti rilevanti di attività pubblica – tra le altre, le procedure contrattuali, il governo del territorio - anch'essa favorita dall'eccesso di regolazione formale, che può tradursi in

³⁵ G. SAPELLI, *Storia economica dell'Italia contemporanea*, Mondadori, Milano, 2008.

³⁶ A.VANNUCCI, *op.cit.*

incertezza applicativa, ritardi o paralisi, autorizzando così *ex post* l'esercizio di poteri di fatto arbitrari, sottratti a controlli e visibilità³⁷.

3. I, ossia la possibilità per gli agenti pubblici di utilizzare come risorsa di scambio informazioni riservate e confidenziali che possono essere impiegate a vantaggio del corruttore, aumentando la possibilità di ottenere una rendita quale esito finale della procedura.

In Italia diversi fattori convergono nell'accrescere l'opacità dei processi decisionali nel settore pubblico, tra cui: (v) l'applicazione limitata e l'interpretazione formalistica degli adempimenti legati alla trasparenza dei processi decisionali, anche per quanto riguarda l'attuazione lenta e parziale dell'*e-government*, (vi) la complessità delle procedure e i contenuti oscuri delle disposizioni normative³⁸, (vii) la dipendenza dal potere politico dei mezzi di comunicazione³⁹.

4. A, ossia il basso grado di *accountability* o di rendicontabilità nell'esercizio del potere pubblico, che riflette il livello di responsabilità degli agenti che lo esercitano rispetto ai meccanismi di controllo disciplinare, contabile, penale, amministrativo. Infatti, quanto più efficienti sono le forme di controllo e più severe le sanzioni previste nell'ordinamento o applicate spontaneamente dagli attori soggetti politici e sociali (mediante ostracismo, danno alla reputazione) meno conveniente risulta il coinvolgimento nella corruzione.

Nel caso italiano i fattori che hanno disinnescato i meccanismi deterrenti la corruzione sono: (viii) il regime penalizzante dei termini di prescrizione; (ix) la perdurante natura formalistica e procedurale dei

³⁷ A. PIZZORNO, *La corruzione nel sistema politico*, in D. DELLA PORTA, *Lo scambio occulto*, Il Mulino, Bologna 1992; A. VANNUCCI, *Il lato oscuro della discrezionalità, Appalti, Rendite e Corruzione*, in G.D. COMPORTI (a cura di), *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011, pp.265-296.

³⁸ M. AINIS, *La legge oscura*, Laterza, Roma, 2010.

³⁹ D. HALLIN – P. MANCINI, *Modelli di giornalismo*, Laterza, Roma, 2001.

controlli; (x) la mancata alternanza al governo nazionale forze politiche contrapposte, caratteristica della prima Repubblica che ha impedito il controllo e la denuncia incrociata, favorendo piuttosto una collusione non dichiarata; (xi) la scarsa sensibilità degli elettori agli scandali politici, possibile indicatore di un peso preponderante del voto di scambio e di appartenenza e dunque l'inefficienza delle sanzioni politiche per i partiti e gli esponenti coinvolti nella corruzione, (xii) la *governance* di natura "familiare", prevalente nel tessuto imprenditoriale, anche a livello di grandi imprese, che per un verso disinnesca i meccanismi di controllo aziendale interno, dall'altra favorisce orientamenti collusivi nei rapporti con le imprese e con il sistema politico-amministrativo⁴⁰.

La quinta variabile considerata è centrale invece nell'analisi socio-culturale che si concentra sulla struttura di norme etiche e valori.

Entrano qui in gioco convenzioni e tradizioni sociali, senso civico, etica del lavoro, spirito di corpo e senso dello Stato dei funzionari, cultura politica e amministrativa, ossia i fattori che plasmano le preferenze *morali* degli individui potenzialmente coinvolti negli scambi corrotti.

Questi elementi di matrice culturale si riflettono nel c.d. costo morale (CM) della corruzione, il disagio psichico associato alla violazione della legge e al tradimento del mandato fiduciario ricevuto.

La corruzione, al pari di altri atti illeciti, sarà tanto meno diffusa quanto maggiore è la forza delle convinzioni personali al rispetto della legge⁴¹.

⁴⁰ G. SAPELLI, *Cleptocrazia*, Feltrinelli, Milano, 1994.

⁴¹ Come osserva A. PIZZORNO (*La corruzione nel sistema politico*), quando i criteri di riconoscimento morale prevalenti nella cerchia sociale cui l'individuo appartenente e nella quale si identifica sono analoghi a quelli che sostengono l'autorità pubblica e attribuiscono conseguentemente valore positivo al rispetto della

Per quanto favorevoli siano le occasioni, la presenza di barriere morali e sociali rappresenta un vincolo alla diffusione degli scambi occulti che saranno meno diffusi quanto più alto risulta:

5. CM che rispecchia la distribuzione e il valore medio dei costi morali, ossia il grado di avversione etica esistente nella popolazione nei confronti della corruzione.

I costi morali modellano le preferenze che sono alla radice delle scelte di proporre o accettare ovvero respingere le tangenti. Quanto più alto è il costo morale di un individuo, tanto più forte è la sua disposizione al rispetto della legge che accresce il disagio derivante dall'agire in violazione dell'accordo fiduciario con chi lo ha investito di responsabilità.

In Italia la struttura dei costi morali prevalente nelle organizzazioni sociali ed economiche, riflessa dai giudizi morali espressi dai loro membri, sembra presentare insufficienti barriere alla corruzione, a seguito di diversi fattori:

(*xiii*) la cultura politica prevalente che tende a produrre una debole legittimazione e una scarsa fiducia nell'imparzialità delle istituzioni pubbliche; (*xiv*) la fragilità delle reti comunitarie di impegno civico, cui si contrappongono radicati modelli di valori favorevoli a orientamenti particolaristici e familiaristici⁴², (*xv*) la debolezza del senso dello Stato e dello spirito di corpo tra gli amministratori pubblici⁴³; (*xvi*) la cultura degli affari, nell'impresa e

legge, l'eventuale nascita di queste cerchie conseguente al coinvolgimento nella corruzione risulterà molto costoso.

I vantaggi monetari ottenuti attraverso la corruzione infatti possono essere goduti solo se questo non entra in conflitto con i criteri di riconoscimento adottati dalle cerchie sociali di riferimento.

⁴² E.C. BANFIELD, *The Moral Basis of Backward Society*, Free press, New York, 1958.

⁴³ A. PIZZORNO, *La corruzione nel sistema politico*, cit; D. DELLA PORTA- A. VANNUCCI, *Un paese anormale*, Laterza, Roma-Bari, 1999.

nel mondo delle professioni dominata dalla ricerca di posizioni personali e protezioni politiche, dall'avversione alla concorrenza e al mercato, dalla preferenza per la rendita e la speculazione finanziaria piuttosto che per il profitto⁴⁴.

A prescindere dalle variabili suesposte, i costi morali descrivono in modo sintetico come le variabili di natura socio-economica orientino le scelte di corruzione o di integrità.

La differente distribuzione dei costi morali fornisce una possibile spiegazione delle marcate variazioni sulla corruzione percepita in Paesi che pure presentano livelli di intervento pubblico equiparabili, e dunque dovrebbero presentare un'analogia struttura di opportunità.

Ad esempio, l'abisso che separa i Paesi scandinavi, i più immuni dalla corruzione nel mondo e l'Italia, che invece nel 2015 presenta livelli di corruzione superiore a Namibia, Giordania e Ruanda non è spiegabile solo dal diverso calcolo dei vantaggi economici.

L'apparente paradosso scandinavo può essere letto in questa prospettiva: i Paesi del nord Europa si collocano in vetta alle classifiche sulla trasparenza, nonostante molte delle varianti considerate nei modelli economici dovrebbero affossarle.

In questi Paesi, infatti, lo Stato interviene in modo massiccio nella vita economica e sociale, amministrando le quote più alte della ricchezza produttiva (la spesa pubblica è il 58,7 per cento del PIL in Finlandia), i funzionari pubblici godono di alti margini di autonomia, senza troppi vincoli formali, i sistemi di controllo giudiziario e amministrativo corrispondono a quelli di altri Paesi europei come l'Italia, né gli strumenti di repressione appaiono particolarmente invasivi né severi. Ma in quei Paesi nella distribuzione dei costi morali

⁴⁴ G. SAPELLI, *Storia economica dell'Italia contemporanea*, cit.

della corruzione, il valore medio risulta relativamente elevato, contribuendo alla forza dissuasiva del disagio psicologico e della riprovazione sociale che si associa al coinvolgimento in storie di tangenti. Di fronte alle medesime occasioni per delinquere le norme etiche, i valori culturali, il senso civico, le tradizioni, o lo spirito di corpo e l'orgoglio dei funzionari possono fare la differenza. L'idea di fondo è che la vulnerabilità individuale rispecchi la sottostante struttura di valori sociali, tanto che la spinta alla corruzione si attenua in quei contesti dove gli *standard* morali sono più elevati. Per quanto propizie siano le occasioni, le barriere morali e sociali sono spesso l'ostacolo decisivo alla diffusione degli scambi occulti⁴⁵. Non solo, rispetto quelli francesi o tedeschi, i burocrati italiani sono caratterizzati da un debole spirito di corpo e carenti di senso dello Stato⁴⁶.

La cultura criminogena degli orientamenti culturali presenti nel mondo imprenditoriale, più inclini alla collusione col potere che al rischio di impresa, è riconosciuta dagli stessi cittadini: in un recente sondaggio quasi nove italiani su dieci, per la precisione l'89% del totale, ritiene la corruzione parte della cultura degli affari nel proprio Paese, contro una media dei Paesi UE del 67%⁴⁷. A ben vedere, quella culturale è per l'appunto una variabile, soggetta anch'essa a mutamenti, per quanto impercettibili.

Speculare a quello scandinavo è il paradosso di Singapore e Hong Kong che, fino agli anni Settanta, condividevano con gli altri Paesi di quell'area geografica gli altissimi livelli di corruzione, ma grazie a incisive politiche di anticorruzione questi Paesi sono balzati

⁴⁵ D. DELLA PORTA e A. VANNUCCI, *The moral (and Immoral) Costs of Corruption*, in *Dimensionen politischer Korruption*, a cura di von Alemann, O., Wiesbaden, VS Verlag fuer Sozialwissenschaften, 2005, pp. 109-134.

⁴⁶ D. DELLA PORTA e A. VANNUCCI, *Mani impunitae*, Roma, Laterza, 2007, pp. 46-7.

⁴⁷ *Eurobarometer* 76.1. *Corruption*, February 2012, p. 32.

nell'arco di pochi decenni ai vertici delle classifiche sulla trasparenza. Chiave di volta è stata l'attuazione di politiche e strumenti di intervento capaci di incidere dapprima sugli orientamenti culturali, sulla struttura di credenze prevalente nella società, rafforzando quindi l'avversione alla corruzione. Un simile investimento etico richiede tempo e pazienza ma può produrre risultati duraturi⁴⁸.

E' certo che un ruolo rilevante nell'educazione "morale" è detenuto dai leader del Paese: lo spettacolo di leader dei quali si sospetta o si percepisce il coinvolgimento nel maneggio di tangenti finisce per appannare le resistenze morali nei gruppi più vicini o più sensibili al carisma dei governanti. Come osserva Alexis de Tocqueville: «*ciò che bisogna temere non è tanto la vista dell'immoralità dei grandi, quanto quella dell'immoralità che conduce alla grandezza*»⁴⁹.

E' pur vero che sussistono anche gli onesti, indipendentemente da qualsiasi scelta razionale o basata sul calcolo costi/benefici. Italo Calvino, nel suo *Apologo sull'onestà nel paese dei corrotti*, ritiene che esista pur sempre una numerosa categoria di cittadini dal ruolo incerto, gli *onesti*, che sono tali:

«non per qualche speciale ragione (...); erano onesti per abitudine mentale, condizionamento caratteriale, tic nervoso, insomma non potevano farci niente se erano così, se le cose che stavano loro a cuore non erano direttamente valutabili in danaro, se la loro testa funzionava sempre in base a quei vietati meccanismi che collegano il guadagno al lavoro, la stima al merito, la soddisfazione alla soddisfazione di altre persone. In questo paese di gente che si sentiva sempre con la coscienza a posto, gli onesti erano i soli a farsi sempre

⁴⁸ A. VANNUCCI, *Atlante della corruzione*, Edizioni Gruppo Abele, 2012, p. 134.

⁴⁹ A. TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, Milano, Rizzoli, 1992, p. 264.

degli scrupoli, a chiedersi ogni momento che cosa avrebbero dovuto fare⁵⁰».

Una diversa prospettiva di analisi, di matrice neo-istituzionalista, sottolinea l'importanza delle *dinamiche interne* alle reti di corruzione come variabile esplicativa utile a comprenderne la diffusione in un dato contesto politico-amministrativo⁵¹.

Il consolidarsi di informali strutture di governo, ossia di meccanismi che garantiscono l'adempimento nelle transazioni corrotte e proteggono dal rischio di denuncia, rappresenta un fattore cruciale di regolarità e stabilità negli scambi occulti.

6. Ct1,t2... indica che le caratteristiche e l'estensione dello sviluppo passato della corruzione condizionano la presenza e l'efficacia relativa di "strutture di governo" che regolano i rapporti tra i protagonisti degli scambi occulti.

L'influenza di questa "eredità della corruzione" si ripercuote nel presente attraverso diversi meccanismi che incoraggiano la partecipazione nelle reti di relazioni illecite.

Tra le variabili che condizionano l'ampiezza della corruzione in Italia vi sono dunque:

(xvi) la persistenza nel tempo di equilibri ad alta densità di corruzione con il loro tessuto di relazioni fiduciarie e la partecipazione nelle reti di scambio occulto di soggetti ai vertici dei centri decisionali; (xvii) il radicamento in alcune aree di organizzazioni criminali di tipo mafioso; (xviii) i costi dell'attività politica e le forme di regolazione delle contribuzioni pubbliche e private.

Il primo fattore che alimenta la corruzione è la proliferazione legislativa. Tacito affermava «*corruptissima re publica plurimae*

⁵⁰ I. CALVINO, *Apologo sull'onestà nel paese dei corrotti*, in Repubblica, 15 marzo 1980.

⁵¹ J. LAMBSDORFF, *Institutional economics of corruption and reform*, Cambridge University Press, Cambridge 2007.

leges»⁵² perché in uno Stato totalmente corrotto si contano innumerevoli leggi.

Nel 2007 la Camera dei deputati ha quantificato in 21.691 le leggi statali all'epoca vigenti; in Francia sono meno di 10.000, in Germania meno di 5.000.

*«Le leggi italiane si segnalano per la loro lunghezza, eterogeneità, frammentarietà, imprecisione e oscurità lessicale»*⁵³.

Alle leggi statali poi si sommano le circa 25.000 leggi regionali, oltre agli atti normativi di livello inferiore. L'inflazione legislativa e regolamentare è alla base di diversi meccanismi che concorrono ad aumentare tanto il rischio di corruzione che l'inefficienza burocratica. A questo punto il non fare diventa preferibile al fare rischiando di incorrere in qualche contestazione.

Questo ginepraio di norme e procedure finisce per generare una diffusa sensazione di incertezza e conseguenti ricorsi al giudice. Attualmente l'Italia è tra i Paesi con il più alto dei litigiosità in Europa, con 4.768 contestazioni ogni 100.000 abitanti e ben 5,5 milioni di cause civili in arretrato⁵⁴.

La correlazione tra corruzione e trasparenza è nota: le probabilità di corruzione aumentano quanto meno trasparente risulta l'esercizio del potere pubblico, meno incisivi i controlli, non soltanto quelli esercitati dal giudice penale, ma anche quelli amministrativi, contabili, disciplinari, nonché di natura sociale e politica.

Sarebbe, dunque, auspicabile un procedimento sanzionatorio di tipo reputazionale, come il timore di un danno alla carriera, la riprovazione sociale, l'espulsione dal partito, la mancata candidatura o

⁵² PUBLIO CORNELIO TACITO, *Annales*, 3, 27, 16.

⁵³ M. CLARICH, e B.G. MATTARELLA, *Leggi più amichevoli per la crescita economica* in Quaderni costituzionali, 30 (2010), n. 4, pp. 817-820.

⁵⁴ Camera dei deputati, seduta del 17 gennaio 2012, intervento del Ministro della Giustizia.

la non rielezione. Nel corso della trattazione si avrà modo di analizzare nel dettaglio i meccanismi premiali e sanzionatori del sistema britannico che potrebbero essere implementati anche nella nostra legislazione.

5. Le tesi funzionalistiche: corruzione ed efficienza?

Non può sottrarsi un filone di pensiero che tiene distinti i piani della corruzione da quello dell'inefficienza.

A bene vedere, secondo detta scuola di pensiero funzionalistica, che guarda ai presunti *benefici* sociali delle tangenti, l'idea di fondo è che la corruzione sia qualche volta un bene, spesso solo un male minore.

Nel paradiso sognato dai funzionalisti, il fluido miracoloso delle tangenti lubrifica le procedure, rende i funzionari più attenti e solerti, irrobustisce i partiti e dunque le stesse istituzioni democratiche, decongestiona le tensioni e favorisce l'integrazione sociale, assicura un canale più umano per presentare istanze alla burocrazia, consente alle imprese di accumulare capitali reimpiegati in investimenti produttivi⁵⁵.

Il fautore di tale tesi, dalla quale si permette di dissentire, è l'economista Koenig, per il quale un potere non corrotto è: «un potere vuoto, formale, senza efficacia, privo di qualsiasi reale presa sul mondo (...). Per contro, una corruzione senza potere è un non senso: perché corrompere qualcuno che non può far niente per noi? La lotta alla corruzione rischia di avvelenare i rapporti politici e sociali, addolciti dalla dimensione personalistica dello scambio, e di

⁵⁵ S. BELLIGNI, *Corruzione e scienza politica: una riflessione agli inizi*, in *Teoria politica*, 1, 1987, pp. 61-88.

impoverirci: gli “ottusi paladini della virtù”, infatti, non calcolano «quanti punti di PIL bisognerebbe sacrificare per vivere in un mondo onesto, in cui i contratti si firmano alla luce del sole»⁵⁶.

Nella letteratura economica si fa riferimento anche a Hannah Arendt che ne “*La banalità del male*” biasima l’incorruttibilità del gerarca nazista Adolf Eichmann il quale, rifuggendo le tangenti, contribuì allo sterminio di milioni di esseri umani, preferendole la corruzione dell’altro gerarca Becher, per il quale, al contrario, «si trattava di fissare un prezzo per la vita di ogni ebreo da salvare. Le trattative furono molto vivaci (...) e alla fine ci si accordò su una somma di mille dollari e così 1.648 ebrei (...) lasciarono l’Ungheria»⁵⁷.

Le tesi funzionalistiche non reggono però al confronto con la realtà dei fatti. In primo luogo, il basso livello di sviluppo economico, politico e sociale, è il fattore che si associa in modo più netto alla presenza di corruzione: arretratezza, povertà e corruzione si sostengono a vicenda «non c’è alcun dubbio che vi sia una forte correlazione tra il prodotto interno lordo pro capite e la corruzione»⁵⁸.

La prognosi di un progressivo riassorbimento della corruzione man mano che i Paesi più colpiti si avviano, anche grazie ai suoi effetti lubrificanti sui processi burocratici, sulla strada dello sviluppo è stata smentita, così come l’idea che nei Paesi industrializzati, con uno Stato di diritto consolidato, le tangenti fossero destinate a restare un fenomeno marginale.

Ma è l’argomento “Eichmann contro Becher” a mostrare un equivoco di fondo sulla reale natura della corruzione pubblica. Quest’ultima comporta, infatti, il tradimento di un mandato a

⁵⁶ G. KOENIG, *Les discretès vertus de la corruption*, Paris, Grasset, 2009.

⁵⁷ H. ARENDT, *La banalità del male*, Milano, Feltrinelli, 1963, p. 150.

⁵⁸J. LAMSDORFF, *The institutional economics of corruption and reform*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p.71.

realizzare obiettivi definiti dallo Stato, quali che siano. E' naturale che la corruzione possa sembrare un bene e si manifesta entro una macchina burocratica che persegue con spietata solerzia lo sterminio di massa, sviando i suoi agenti-aguzzini dalla ferocia criminale di Stato. E' solo in questi casi che hanno valore le parole della "*Madre Coraggio*" di Bernold Brecht mentre si prepara a corrompere il nemico per salvare la vita del figlio: «Grazie al cielo si lasciano ungere. Non sono lupi, sono uomini e tirano ai soldi. Davanti agli uomini la corruzione è come la miseria davanti a Dio. La corruzione è la nostra unica speranza. Finché c'è quella, i giudici sono più miti e persino un innocente può cavarsela»⁵⁹.

Esattamente per le medesime ragioni, però, la corruzione inquina le decisioni e distoglie gli amministratori dal perseguimento degli obiettivi di interesse pubblico. Non c'è motivo per cui il potere pubblico accresca la sua efficacia quando è corrotto.

E il valore di mercato non si associa in alcun modo con la sua capacità di tradursi nel soddisfacimento degli interessi collettivi. La corruzione è un'intesa tra pochissimi a danno di tutti gli altri, che produce effetti opposti a quelli descritti da Bernard de Mandeville nella "*Favola delle api*" per associare i vizi privati degli operatori economici (egoismo e smania per il profitto su tutti) ai benefici sociali (le pubbliche virtù) dei processi di mercato. Nell'universo della corruzione, al contrario, i vizi privati si fanno pubbliche sciagure. Il suo costo finisce per gravare su ogni aspetto della vita politica, economica, sociale di una comunità.

La natura mirabilmente oscura della corruzione è d'intralcio anche ai tentativi di coglierne le ricadute, spesso indirette o

⁵⁹ B. BRECHT, *Madre Coraggio e i suoi figli*, in Teatro, vol. III, Torino, Einaudi, 1963, p.p. 124-125.

indistinguibili, da quelle che scaturiscono da altre forme di cattiva amministrazione, inefficienza, illecito.

Osserva Gabrio Forti: «il prezzo vero delle tangenti è dunque la paura. La paura innanzitutto delle classi dirigenti di un Paese: paura della concorrenza, paura della perdita del potere politico o dall'esserne esclusi, paura dell'innovazione e del confronto, paura di perdere uno *status*, un "rispetto di sé" che un perverso cortocircuito culturale porta a identificare nell'affluenza e nel potere»⁶⁰. Quanto illustrato tornerà utile ai fini della trattazione per distinguere il concetto di inefficienza da quello di corruzione: si tratta infatti di due fenomeni distinti che vanno combattuti con soluzioni differenti: è certo che la corruzione genera inefficienza e lo dimostrano i dati in termini di mancati investimenti nel Paese e di perdita di punti del PIL, ma è altrettanto possibile che vi sia corruzione senza per ciò solo che vi sia inefficienza, grazie alla presenza di funzionari onesti.⁶¹

6. I costi della corruzione

E' possibile tentare una stima, per quanto approssimativa, dei costi economici della corruzione. Secondo la World Bank nel mondo sono pagati ogni anno più di 1.000 miliardi di dollari di tangenti e va sprecato a causa della corruzione circa il 3% del PIL mondiale⁶². Applicando questa percentuale all'Italia, nella sola dimensione monetaria, il Procuratore generale della Corte dei conti ha calcolato

⁶⁰ G. FORTI (a cura di), *Il prezzo della tangente. La corruzione come sistema a dieci anni da Mani pulite*, Milano, Vita e pensiero, 2003, p. XXIX.

⁶¹ G. FIDONE, *Relazione per il seminario "Prevenzione della corruzione nella riforma della P.A e nella nuova disciplina dei contratti pubblici"*, 9 novembre 2015, Sala del Mappamondo-Camera dei Deputati

⁶² GTZ- *Division State and Democracy, Costs of corruption: everybody pays – and the poor more than others*, Eschborn 2008, in <http://www.gtz.de/de/dokumente/en-gtz-german-uncaca-project-costs-of-corruption.pdf>.

che nel 2015 la corruzione faccia lievitare i costi delle Grandi Opere del 40% e che l'onere sui bilanci pubblici si aggiri «nella misura prossima a 60 miliardi di euro l'anno, costituenti una vera e propria tassa immorale e occulta pagata con i nostri soldi prelevati dalle tasche dei cittadini⁶³».

Detta altrimenti, la corruzione peserebbe per circa mille euro l'anno su ciascun individuo. Su questo ammontare, in genere, la stessa Corte dei conti richiede con citazioni in giudizio per danno erariale il recupero di circa 69 milioni di euro, pari ad appena l'uno per mille del costo presunto⁶⁴.

Alcuni studi associano con un buon margine di approssimazione l'impatto negativo della corruzione percepita su diverse variabili economiche. Ad esempio, il peggioramento di un punto dell'indice di percezione della corruzione (CPI) in un campione di Paesi determina una riduzione annua del prodotto interno lordo pari allo 0,39 per cento, del reddito pro capite pari allo 0,41 per cento e riduce la produttività del 4 per cento rispetto al prodotto interno lordo⁶⁵.

In considerazione del fatto che l'Italia nel decennio 2001-2011 ha visto un crollo del proprio punteggio nel CPI da 5,5 a 3,9, si potrebbe stimare una perdita di ricchezza causata dalla corruzione pari a: a) circa 10 miliardi di euro annui in termini di prodotto interno lordo; b) circa 170 euro annui di reddito pro capite; c) oltre il 6 per cento in termini di produttività⁶⁶.

⁶³ Corte dei conti, Giudizio sul Rendiconto generale dello Stato 2009, memoria del Procuratore generale, udienza del 25 giugno 2009, Roma, p. 237.

⁶⁴ SAET, *Relazione al Parlamento 2010*, Roma, 2011, p. 173, in <http://www.anticorruzione.it/Portals/altocommissario/Documents/Altro/Anticorruzione.pdf>.

⁶⁵ J. LAMBSDORFF, *How corruption affects productivity*, in *Kyklos*, 56, 2, pp. 459-76, 2003; K. GYMAH-BREMONG, *Corruption, economic growth, and income inequality in Africa*, in *Economics of Governance*, 3, n. 3, 2002, pp. 183-209.

⁶⁶ World Bank, in <http://www.world-bank.org>.

Anche gli investimenti stranieri vengono allontanati dalla percezione di un'elevata corruzione, fattore di incertezza sui tempi di risposta della burocrazia, di fatto equivalente a una tassa occulta sul capitale investito⁶⁷.

Non basta; soltanto gli imprenditori con minori scrupoli sono disposti a impiegare ugualmente i propri capitali in Paesi ad alto rischio di tangenti, dando luogo ad un tipico fenomeno di “selezione avversa”.

Per quanto concerne il sovrapprezzo della corruzione, occorre dire che esso non è uniforme, in quanto in termini generali è inversamente proporzionale alla qualità dei controlli.

Spesso capita che l'extra costo della corruzione sia addebitato direttamente ai cittadini. Nel caso delle linee ferroviarie ad alta velocità, la forbice si è allargata a dismisura fino a raggiungere in media 32 milioni di euro al chilometro a prezzi del 2006 per le tratte Firenze-Roma, Roma-Napoli e Torino-Novara, ben 45 milioni al Km per la Novara-Milano, Milano-Bologna, Bologna-Firenze, contro i 10 milioni al Km della Francia e i 9,3 milioni al km della Spagna. Ma il bilancio “ufficiale” è senz'altro al rialzo, perché solo in Italia il dato ignora i costi per le infrastrutture. In un calcolo più omogeneo, il costo al Km sale a 96,4 milioni per la Bologna-Firenze, 79,5 per la Novara-Milano, 74 per la Torino-Napoli; come già argomentato, all'estero la linea Tokio-Osaka è costata “solo” 9,3 milioni al Km, la Parigi-Lione 10,2, la Madrid-Siviglia 9,8. Siamo al 700-800 per cento di extra costo italiano.

⁶⁷ Un progresso di due punti nell'indice di corruzione della Business International Corporation corrisponde a un incremento del 4 per cento degli investimenti internazionali. P. MAURO, *Why worry about corruption?*, in *Economic Issue*, n. 6, Washington, IMF, 1997.

Tornando ai costi non economici, essi sono forse meno visibili, ma per questo ancora più insidiosi di quelli che trovano espressione in una posta di bilancio.

La percezione di una corruzione diffusa ha un costo politico indiretto, alimentando sfiducia e insoddisfazione dei cittadini verso le istituzioni, delegittimando i circuiti della rappresentanza politica e i partiti e determinandone così il malfunzionamento generalizzato.

Demolendo la fiducia dei cittadini verso i loro rappresentanti e le istituzioni di governo, la corruzione alimenta il disincanto e il malcontento riguardo alla gestione degli affari pubblici.

Si genera così un altro pericoloso corto circuito. La sensazione che l'illegalità sia senza freni e impunita, infatti, per un verso accresce la domanda di corruzione, la ricerca di canali riparati per entrare in contatto con gli agenti pubblici; per un altro, indebolisce i meccanismi di controllo politico, delegittimando le istituzioni e scoraggiando l'impegno civile e la partecipazione.

Si può spiegare in questo modo il legame robusto tra un orientamento positivo, di fiducia nei confronti del proprio parlamento e del proprio governo, e i bassi livelli di corruzione percepita nei Paesi dell'Unione Europea. In entrambi i casi, al contrario, l'Italia si colloca in una posizione caratterizzata da alta corruzione-bassa fiducia⁶⁸. Quello tra democrazia e corruzione del resto è un rapporto difficile. Oltre un secolo fa, Pareto e Mosca hanno associato l'allargamento dei diritti politici attivi e passivi, il parlamentarismo e l'ingresso nell'arena di rappresentanti delle classi popolari al decadimento del

⁶⁸ *Eurobarometer, Table of results*, n. 73, Report, Public Opinion in the European Union, Bruxelles, Novembre 2011, pp.42-43, in http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/cb/cb75_anx_full_FR.pdf. Il legame tra sfiducia generalizzata verso le istituzioni – che può riflettere una differenza di matrice culturale verso l'autorità pubblica - e la tendenza a ricorrere alla corruzione emerge anche in altre ricerche che coprono un insieme più ampio di Paesi. M. PALDAM, *The Big Pattern of Corruption. Economics, Culture and the Seesaw Dynamics*, in *European Journal of Political Economy*, 18, 2002, pp. 215-40.

regime politico, maggiormente esposto a degenerazioni e quindi anche al più frequente ricorso alla corruzione di elettori (la compravendita dei voti) e rappresentanti.

Di certo, oggi si è dimostrata l'esistenza di una robusta correlazione statistica tra la presenza e il radicamento nel tempo delle istituzioni democratiche, Stato di diritto, libertà politiche e civili, e bassi livelli di corruzione⁶⁹.

Questo suggerisce una naturale strategia di contrasto della corruzione improntata allo sviluppo di istituzioni democratiche. Le ragioni sono molteplici: il consolidamento di istituzioni democratiche che garantiscano apertura concorrenziale nel mercato politico, la partecipazione e la trasparenza nei processi decisionali, l'*accountability*, cioè la *rendicontabilità* nell'esercizio del potere pubblico da parte degli eletti nei confronti degli elettori e degli organismi di controllo, costituiscono una barriera allo sviluppo di quelle reti sotterranee di scambio che sono l'*humus* della corruzione. Nei sistemi politici ben funzionanti il deterrente di una sanzione elettorale, la perdita del consenso per il coinvolgimento nella corruzione, dovrebbe costituire un freno efficace alla ricerca di finanziamenti politici illegali. Questo non varrà a eliminare la corruzione ma – per citare Winston Churchill - sembra confermare che su questo versante «la democrazia è la peggior forma di governo, eccezion fatta per tutte quelle forme che si sono sperimentate fino ad ora».

C'è però un'altra faccia della medaglia. A differenza di quanto accade in altri regimi, la corruzione si pone in antitesi con tutti i valori che fondano la liberal-democrazia. Essa lede il principio di

⁶⁹ D. TREISMAN, *The causes of corruption: A Cross-National Study*, in *Journal of Public Economics*, 76, 200, pp. 399-457 e; J. GERRING –S. THACKER, *Do neoliberal policies deter political corruption?*, in *International Organization*, 59, 2005, pp. 233-254.

uguaglianza, poiché non tutti sono uguali davanti alla legge, chi ha maggiori risorse da spendere in tangenti pesa di più nelle scelte pubbliche, può contare su una considerazione privilegiata nelle decisioni dei funzionari pubblici⁷⁰.

In un sistema ad alta densità di corruzione non può esservi uguaglianza nel diritto dei cittadini ad accedere ai benefici che derivano dall'azione dello Stato. Al contrario, regnano l'arbitrio e l'imprevedibilità, privilegi e rendite acquistati in contanti dai corruttori, che trasformano in mercato l'esercizio dell'autorità pubblica⁷¹. La corruzione nega anche la giustizia sociale poiché trasforma la disponibilità a pagare e il potere di acquisto degli individui in criterio di accesso privilegiato alle risorse dello Stato, accrescendo le disuguaglianze economiche e sociali.

Infine, la corruzione contraddice il principio di trasparenza, perché il potere influenzato dalla corruzione è per sua natura e necessità opaco, si ritrae nell'ombra, confonde e mistifica, sottraendosi al giudizio dei cittadini. Norberto Bobbio ha individuato nel persistere di sacche di opacità nell'esercizio del potere pubblico e dunque di incontrollabilità e arbitrio uno degli insuccessi più pericolosi per le istituzioni democratiche:

«Il momento in cui nasce lo scandalo è il momento in cui viene reso pubblico un atto o una serie di atti che sino ad allora erano stati tenuti segreti e nascosti, in quanto non potevano essere resi pubblici, perché se resi pubblici quell'atto o quella serie di atti non avrebbero potuto essere compiuti. Si pensi alle varie forme che può assumere la pubblica corruzione, il peculato, la malversazione, la concussione, l'interesse privato in atti d'ufficio (...). Il criterio della pubblicità per

⁷⁰ A. PIZZORNO, *La corruzione nel sistema politico*, in *Lo scambio occulto*, di D. Della Porta, Bologna, Il Mulino, 1992, pp. 13-74.

⁷¹ S. BELLIGNI, *Il volto simoniacco del potere*, Torino, 1998.

distinguere il giusto dall'ingiusto, il lecito dall'illecito, non vale per chi, come il tiranno, pubblico e privato coincidono in quanto gli affari dello Stato sono gli affari del tiranno e viceversa⁷².

La corruzione è un'attività illegale che nei sistemi democratici per definizione deve essere tenuta nascosta nei moventi e, per quanto possibile, anche nei contenuti e nelle conseguenze disastrose per la collettività. Sono così negate visibilità, conoscibilità, accessibilità e quindi controllabilità degli atti di chi detiene il supremo potere»⁷³. Ma senza quella visibilità, senza quelle conoscenze, l'opinione pubblica diventa inerme.

Dunque, la corruzione sistemica produce ricadute negative di lungo periodo che non compaiono tra le poste di bilancio. La percezione di un'estesa circolazione di tangenti alimenta sfiducia e insoddisfazione verso le istituzioni, delegittima i meccanismi della rappresentanza e i partiti, premia gli imprenditori ammiragliati col potere, scoraggia gli investimenti produttivi, distorce la competizione democratica a vantaggio dei corrotti, rallenta il ricambio della classe dirigente, genera spinte collusive tra partiti ed esponenti politici, cementati dal reciproco potere di ricatto.

⁷² N. BOBBIO, *La democrazia e il potere invisibile*, in *Rivista italiana di scienza politica*, (2), 1980, p. 189.

⁷³ *Ibidem*, p. 186.

7. Le politiche anticorruzione: il modello top-down e quello bottom-up

Le politiche anticorruzione possono essere di due tipi: dall'alto e dal basso.

Rientrano nella prima categoria le politiche dirigitte di Singapore e Hong Kong che seguono una visione calata dall'alto dei processi politici e delle politiche anticorruzione, delegate alla volontà del legislatore e delle maggioranze politiche che ne animano le scelte.

Appartengono alla seconda categoria di esperienze quelle dei Paesi scandinavi, in cui di contro non vi sono leggi o autorità di controllo particolarmente severe:

«la politica pulita finlandese è soprattutto il prodotto dell'assoluta intransigenza dei cittadini verso la corruzione e di politiche che mantengono il sistema trasparente e aperto. Alti livelli di fiducia pubblica si accompagnano a istituzioni politiche efficienti e responsabili, traducendosi in una cultura politica del tutto refrattaria alla corruzione⁷⁴.

Gli anticorpi della corruzione si trovano nell'attivismo della società civile, la loro circolazione è facilitata dalla presenza di canali di comunicazione che da un lato creano reti di relazioni tra gruppi e cittadini, dall'altro rendono accessibile e controllabile l'esercizio del potere pubblico. Si tratta di ingredienti comuni alle istituzioni di tutti i Paesi scandinavi, non a caso ai vertici delle classifiche sull'integrità nel settore pubblico.

L'estesa salvaguardia dei diritti sociali e la partecipazione popolare ai processi decisionali, specie nelle comunità locali, ne sono il corollario.

⁷⁴ D.C. ZOOK, *The curious case of Finland's clean politics*, in *Journal of Democracy*, 20, n. 1, 2009, pp. 157-168.

Più che sulla paura e sulla repressione, strumenti cardine delle politiche dirigiste di Singapore e Hong Kong, il modello finlandese si fonda su fiducia e valori sociali come argine alla corruzione⁷⁵.

Nel corso della trattazione si avrà modo di sottolineare l'importanza del perseguimento dell'efficienza che indirettamente garantisce la lotta alla corruzione e si analizzerà il modello del “*Best Value*” britannico, che potrebbe essere esportato anche in Italia. Sul fronte della ricerca dell'efficienza di sistema si esaminerà la c.d. “ *riforma Brunetta*” che prevede il ricorso per l'efficienza delle pubbliche amministrazioni⁷⁶.

⁷⁵ A. VANNUCCI, *Atlante della corruzione*, Edizioni Gruppo Abele, Torino, 2012, p. 267.

⁷⁶ D.lgs. 20 dicembre 2009, n. 198 recante “Attuazione dell'articolo 4 della legge 4 marzo 2009, n. 15, in materia di ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici”. Occorre sottolineare che ai sensi dell'art. 7 del d.lgs. n. 198/2009, l'operatività dell'azione per l'efficienza della pubblica amministrazione risulta subordinata all'emanazione di futuri decreti del Presidente del Consiglio, impedendo di fatto l'entrata in vigore della disciplina.

Capitolo II

Tutela della concorrenza e appalti pubblici

Sommario: 1. Le diverse dimensioni della concorrenza – 2. La procedura ad evidenza pubblica come strumento di tutela del “principale” – 3. La matrice pro-concorrenziale della disciplina europea e nazionale sugli appalti pubblici – 4. I presidi organizzativi della concorrenza: l’Autorità garante della concorrenza e del mercato e l’Autorità nazionale anticorruzione – 5. La pubblica amministrazione come acquirente nel mercato – 6. La pubblica amministrazione come creatore e regolatore del mercato

1. Le diverse dimensioni della concorrenza

La teoria economica e in particolare l’analisi economica del diritto dimostrano che il rapporto tra concorrenza e contratti pubblici è molto articolato.

In particolare, nelle trattazioni scientifiche vengono distinte due diverse dimensioni della concorrenza. Una prima dimensione può essere definita “generale” o “macro”. La seconda, invece può essere definita “particolare” o “micro”⁷⁷.

Nella prima dimensione, la domanda di beni e servizi da parte della pubblica amministrazione può essere collocata nel segmento più

⁷⁷ In questi termini M. CLARICH, *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell’economia e contrasto alla corruzione*, in atti del 61° Convegno di Varenna, 17-19 Settembre 2015. Sulla domanda di beni, servizi e lavori avanzata dalle pubbliche amministrazioni come distinto segmento di mercato cfr. A. MASSERA, *Lo Stato che contratta e che si accorda*, Pisa University Press, 2011, pag. 36.

generale dell'azione pubblica sul funzionamento dei mercati⁷⁸. Nella seconda, la domanda pubblica di beni e servizi può essere collocata in una dimensione più atomistica che riguarda il rapporto con l'offerente.

In questa dimensione viene in rilievo la peculiarità della pubblica amministrazione che non è un libero operatore di mercato, come qualsiasi privato, ma è tenuta a svolgere una procedura ad evidenza pubblica al fine di scegliere il proprio interlocutore.

È stato osservato come nella dimensione "macro" la pubblica amministrazione possa essere vista come un agente che opera "nel mercato"; in quella "micro" come un agente che crea artificialmente un mercato, in relazione al singolo atto di scambio al quale sono interessate una pluralità di controparti (concorrenza per il mercato)⁷⁹.

Analizzando la visione "macro", conviene ricordare che lo Stato può condizionare in vario modo il funzionamento del mercato⁸⁰, potendo agire in qualità di operatore di mercato, in particolare come fornitore, offrendo beni e servizi ai cittadini (a titolo gratuito o oneroso o anche con formule miste) attraverso strutture pubblicistiche interne all'apparato o anche attraverso enti esterni come le imprese pubbliche. L'operazione di condizionamento del mercato può avvenire anche con l'offerta agli interessati di beni e servizi per consentire lo svolgimento di attività economiche, come il demanio o l'etere (tramite lo strumento della concessione) o con la decisione di sostenere finanziariamente le imprese attraverso erogazioni pubbliche, anche se si tratta di una possibilità ormai molto limitata per effetto della disciplina europea sugli aiuti di Stato. Ma non basta: lo Stato può mettere in atto sistemi di regolazione e anche di programmazione e pianificazione di alcune attività economiche e può svolgere un ruolo

⁷⁸ In questo senso M. CLARICH, *op. ult. cit.*

⁷⁹ Ancora M. CLARICH, *op. ult. cit.*

⁸⁰ Su questa prospettiva cfr. M. LIBERTINI, *Il diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, Milano, 2014, pag. 511 e seg.

di grande acquirente e utilizzatore di beni e servizi prodotti ed erogati da imprese operanti sui vari mercati.

La dottrina osserva che in Europa, negli Stati Uniti e in molti altri paesi il complesso delle risorse pubbliche mobilitate nel mercato del *public procurement* ammonta a vari punti di prodotto interno lordo⁸¹.

È chiaro, dunque, che le strategie di acquisto delle pubbliche amministrazioni, considerate come attori che operano principalmente dal lato della domanda in molti mercati, per le loro dimensioni quantitative, hanno effetti significativi sulla struttura e sulle dinamiche competitive di quest'ultimi⁸².

È stato osservato che se le procedure di selezione dei fornitori sono efficienti, sono cioè atte a selezionare le imprese in grado di effettuare una prestazione a condizioni di qualità e prezzo ottimali per la stazione appaltante, l'effetto finale è l'agevolazione sul mercato delle imprese migliori. Se, viceversa, il processo di selezione è distorto da fenomeni corruttivi o da altri tipi di conflitti di interesse, l'effetto finale è quello di concorrere al successo sul mercato di imprese inidonee a fornire prestazioni ottimali e interessate solo allo sfruttamento a proprio favore delle procedure di gara. Se la disciplina degli appalti pubblici e le prassi delle stazioni appaltanti consentono in modo sistematico questo tipo di distorsioni, il risultato finale è quello

⁸¹ M. CLARICH, *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, in atti del 61° Convegno di Varenna, 17-19 Settembre 2015. Per alcuni dati riferiti al contesto nazionale cfr. A. CAMANZI, *Introduzione*, in AREL (a cura di), *Contratti pubblici*, Roma, 2013, pag. 20-21. In particolare, nel 2010 il valore complessivo della spesa pubblica in contratti ammontava a 130 miliardi di euro ed era distribuita tra un numero elevatissimo di canali di spesa (29.000 stazioni appaltanti) con un valore medio dei contratti molto basso. Su circa 1.500.000 di contratti 1.200.000 aveva un importo inferiore a 40.000 euro.

⁸² Cfr. su questi aspetti 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, 2012, pag. 40 e seg.

di indebolire le imprese e in ultima analisi la capacità competitiva del sistema economico⁸³.

Anche le scelte organizzative della pubblica amministrazione – ossia la scelta di centralizzare o decentrare i centri di acquisto – possono avere effetti rilevanti sulle dinamiche competitive sui mercati. A questo riguardo, è stato rilevato che la frammentazione locale determina una domanda di minore importanza economica che, di conseguenza, attrae solo le imprese locali, in considerazione della modesta rilevanza economica degli appalti locali che dissuade le imprese non locali a causa di costi relativamente alti della procedura di gara⁸⁴.

L'obiettivo di tale frammentazione, esplicitato nelle nuove direttive europee, è quello di favorire le piccole e medie imprese anche al costo di rendere meno efficienti i mercati, atteso che una siffatta frammentazione favorisce la creazione di una moltitudine di mercati locali, di fatto aperti soltanto alle imprese locali: gli importi modesti dei contratti messi a gara, infatti, dissuadono le imprese non locali a partecipare a procedure che per loro hanno costi di partecipazione più elevati e dunque margini di profitto inferiori in caso di aggiudicazione.

Al riguardo, la dottrina più attenta si interroga se tra gli obiettivi della politica degli acquisti dello Stato possano legittimamente rientrare anche scelte di politica industriale che abbiano effetti sulla struttura del mercato, favorendo per esempio la nascita di campioni nazionali o lo sviluppo delle piccole e medi imprese⁸⁵.

⁸³ Cfr. M. CLARICH, *op. ult. cit.*

⁸⁴ M. CLARICH, *op.ult.cit.*

⁸⁵ Secondo gli autori citati alla nota precedente la strategia ritenuta preferibile per le pubbliche amministrazioni è quella di “*gestire il processo di procurement guardando esclusivamente ai propri obiettivi, ed al vincolo di bilancio che su di esse grava, lasciando che sia poi il sistema economico a decidere quali siano i processi di aggiustamento necessari* (op. cit., pag. 41). In generale sul rapporto tra

Conviene ora analizzare la visione “micro” della concorrenza, in cui ogni procedura a evidenza pubblica costituisce un atto di scambio su un determinato mercato, caratterizzato dalla presenza anche di altri acquirenti di beni, servizi e lavori del medesimo genere e di un numero più o meno elevato di fornitori⁸⁶.

E’ appena il caso di osservare che rispetto a quanto accade usualmente per coloro che si affacciano sul mercato nella veste di acquirenti o committenti interessati a un singolo atto di acquisto, le pubbliche amministrazioni, in base alla disciplina generale dei contratti pubblici, presentano alcune peculiarità.

In primo luogo, viene in rilievo quello che nel linguaggio degli economisti va considerato come un “costo di transazione”⁸⁷, che grava in capo alla pubblica amministrazione e consiste nell’obbligo di esperire una procedura a evidenza pubblica. Si tratta di costi diretti in termini di risorse finanziarie e professionali da impiegare e indiretti in termini di tempi spesso molto lunghi per il loro esperimento, tenuto anche conto delle frequenti contestazioni in sede giudiziaria⁸⁸.

Il punto nodale della questione è che tali costi non sono sempre compensati da guadagni di efficienza sotto il profilo dell’acquisizione da parte delle stazioni appaltanti di informazioni utili per selezionare l’offerta migliore. Occorre osservare che spesso, in assenza di una programmazione temporale oculata degli acquisti, i ritardi nella conclusione dei contratti pubblici possono comportare inefficienze

regolazione economica e politica industriale cfr. M. TATCHER, *From old to new industrial policy via economic regulation*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, 2014, pag. 6 e seg., con la replica di L. TORCHIA nella stessa rivista (n. 1 del 2015).

⁸⁶ Ogni asta può essere considerata come “*un mercato in miniatura*”: cfr. M. CAFAGNO, *Lo Stato banditore*, Milano, 2001 anche per l’ampia parte dedicata all’analisi economica.

⁸⁷ Cfr. M. LIBERTINI, *op. cit.*, pag. 547. Per converso e in parallelo le gare possono consentire l’abbattimento di alcune categorie di costi transattivi come quelli correlati all’esigenza della raccolta di informazioni da parte della stazione appaltante: cfr. M. CAFAGNO, *op. cit.*, pag. 132 e seg.

⁸⁸ M. CLARICH, *op. ult. cit.*

funzionali per le pubbliche amministrazioni che possono compromettere l'efficacia dell'azione svolta per il perseguimento di interessi pubblici. A ben vedere, proprio tale disfunzione può spingere anche le amministrazioni pubbliche più virtuose a evitare per quanto possibile l'esperimento delle procedure a evidenza pubblica optando, nei casi tassativi consentiti dalle disposizioni contenute nelle direttive europee e nel Codice dei contratti pubblici, per la procedura negoziata senza pubblicazione di un bando⁸⁹.

Ma vi è di più: la disciplina pubblicistica in tema di redazione e pubblicazione dei bandi e di immodificabilità dei medesimi ha anche un'altra implicazione per le pubbliche amministrazioni nella veste di acquirenti e cioè quella di essere costrette, prima di procedere all'atto di acquisto, a rivelare ai fornitori le proprie preferenze. E' questa una notevole differenza con il sistema degli acquisti in ambito prettamente privatistico. In un mercato libero e concorrenziale gli acquirenti privati infatti tendono a non rivelare *ex ante* le proprie preferenze e anzi proprio i contatti con i potenziali fornitori consentono ad essi di affinarle o modificarle via via fino a che diventa matura una decisione finale in ordine all'acquisto⁹⁰.

Si possono segnalare altre specificità nella posizione di contraente che condizionano le strategie negoziali delle pubbliche amministrazioni, consistenti nei vincoli che gravano su di esse in conseguenza dell'applicazione e della specificazione dei principi generali richiamati dal diritto europeo in tema di gare pubbliche. Assume rilievo qui la circostanza che l'amministrazione non possa

⁸⁹ M. CLARICH, *op. ult. cit.*

⁹⁰ Cfr. A. HEIMLER, *Appalti pubblici, prassi applicative e controlli: quale spazio per gli aspetti sostanziali?*, in *Mercato, Concorrenza e Regole*, 2015., pag. 187. Secondo l'Autore, viene in rilievo un'altra peculiarità, consistente nel fatto che le stazioni appaltanti debbono tener conto in sede di aggiudicazione anche dei costi (lavoro, oneri di sicurezza) degli offerenti, mentre di regola per l'acquirente sul libero mercato i costi di produzione del fornitore sono irrilevanti.

ricorrere a tecniche di fidelizzazione del fornitore che fungono da stimolo per una esecuzione puntuale delle prestazioni consistenti nella possibilità di prorogare o rinnovare il contratto o, viceversa, nella prospettiva della perdita di affari futuri⁹¹

2. La procedura ad evidenza pubblica come strumento di tutela del “principale”

Anche per comprendere il motivo per cui le pubbliche amministrazioni debbano svolgere una procedura ad evidenza pubblica per la selezione dei propri interlocutori commerciali, sovviene l’analisi economica.

I giuristi sono portati a ritenere in modo tradizionale che la ragione dell’evidenza pubblica sia la tutela delle finanze pubbliche. Tant’è che la disciplina della gara è effettivamente contenuta già nelle risalenti disposizioni nazionali sulla contabilità di Stato⁹². E, invece, non è solo e non tanto questione di convenienza economica.

Per giustificare la necessità dell’evidenza pubblica, viene richiamata la teoria dell’agenzia (*principal agent*), che trova ormai

⁹¹ Cfr. G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, 2014, pag. 254. Anche la giurisprudenza amministrativa ha la consapevolezza della specificità della posizione delle stazioni appaltanti rispetto a quanto avviene nel settore privato. Si è infatti osservato che “nel settore privato i comportamenti delle imprese sono diversi e, anche quando la scelta del fornitore è avvenuta in base a procedura selettiva, il soggetto prescelto ha interesse a valorizzare la qualità del servizio, anche in senso migliorativo rispetto all’offerta per mantenere il cliente tramite il semplice rinnovo del contratto, non possibile in via ordinaria per la pubblica amministrazione”: cfr. Cons. St., VI, 2 marzo 2004, n. 926 nel caso *Pellegrini/Consip*.

⁹² Sull’evoluzione della disciplina sui contratti pubblici cfr. G. URBANO, *Procedure per la scelta del contraente (art. 54-80)*, in *Commentario al Codice dei contratti pubblici* (a cura di M. CLARICH), p. 27.

un'ampia applicazione specie nella cultura anglosassone anche nel campo del diritto pubblico⁹³.

Come noto, i contratti pubblici presentano almeno due problemi di agenzia⁹⁴. Il primo attiene ai rapporti con il fornitore; il secondo ha una dimensione interna ai rapporti tra stazione appaltante e dirigente o funzionario responsabile della procedura di gara.

Con riguardo al primo problema, si osserva che in generale i contratti pubblici, come del resto quelli privati, sono caratterizzati dalla presenza di un "agente" (il fornitore) che assume dietro corrispettivo l'obbligo di fornire un bene, un servizio o un lavoro in favore del "principale" (l'acquirente pubblica amministrazione).

E' chiaro che gli obiettivi dei due soggetti spesso non coincidono, anzi tendono a confliggere. Infatti, il primo persegue generalmente come obiettivo principale il massimo profitto, magari anche a scapito della qualità della prestazione, mentre il secondo si prefissa l'obiettivo di operare un acquisto qualitativamente ed economicamente conveniente⁹⁵. A ben vedere, le informazioni di cui dispone l'"agente" in relazione alle specifiche caratteristiche della prestazione sono di regola superiori a quelle del "principale" (si tratta di un classico caso di asimmetria informativa) e ciò rende difficile la redazione dei bandi, la valutazione della qualità dell'offerta e il monitoraggio in sede di esecuzione delle prestazioni. Molte regole pubblicistiche hanno dunque come funzione quella di prevenire o di

⁹³ Cfr. G. NAPOLITANO - M. ABRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, 2009, pag. 95 e seg. per l'inquadramento della normativa dei contratti nel settore pubblico come forma di concorrenza per il mercato.

⁹⁴ Cfr. L. PROSPERETTI - M. MERINI, *op. cit.*, pag. 28; A. NICITA - V. SCOPPA, *Economia dei contratti*, Bari, 2005; 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*, Milano, 2013.

⁹⁵ M. CLARICH, *op. ult. cit.*,

limitare gli effetti di comportamenti “opportunistici” da parte dell’“agente” a danno del “principale”⁹⁶.

Con riferimento al secondo problema di agenzia, occorre notare che esso sorge allorché gli incentivi che motivano il comportamento del funzionario (“agente”) preposto al servizio acquisti o alla singola procedura di gara possono divergere da quelli dell’amministrazione di appartenenza (“principale”). Infatti, il primo può avere un interesse a mantenere buoni rapporti con alcune imprese partecipanti, può essere sensibile a pressioni dei vertici politici dai quali dipende la sua progressione di carriera, può essere tentato a estorcere o accettare compensi o altri vantaggi impropri. Occorre sottolineare che proprio per ridurre al minimo tale rischio le nuove direttive hanno predisposto una disposizione sui conflitti di interesse che obbliga gli Stati membri ad adottare misure adeguate per prevenire, individuare e porre rimedio in modo efficace a queste situazioni in modo da evitare qualsiasi distorsione della concorrenza e alterazione della parità di trattamento⁹⁷.

Un’altra ragione che sta alla base della necessità di introdurre regole speciali per i contratti della pubblica amministrazione è desumibile dalla particolare posizione di quest’ultima nella veste di contraente, posto che, come noto, le stazioni appaltanti possono essere considerate a seconda delle situazioni come contraenti “deboli” o come contraenti “forti”⁹⁸ e la debolezza cui si fa riferimento discende dai rischi di interferenze indebite di interessi individuali. Al contrario, la posizione di contraente forte emerge nei particolari mercati (uno su

⁹⁶ M. CLARICH, *op. ult. cit.*

⁹⁷ Cfr. art. 24 della Direttiva 2014/24/UE che riferisce il concetto di conflitto di interesse ai casi nei quali il personale di una stazione appaltante “*ha direttamente o indirettamente un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che può essere percepito come una minaccia alla sua imparzialità e indipendenza*”. Le medesime formule legislative si ritrovano nell’art. 42 della Direttiva 2014/25/UE.

⁹⁸ Cfr. M. LIBERTINI, *op. cit.*, pag. 547.

tutti il settore della difesa), nei quali l'amministrazione, nella veste di grande acquirente, ha una posizione di mercato che potrebbe prestarsi ad abusi che possono essere contrastati anche attraverso procedure competitive trasparenti e improntate al principio di non discriminazione.

3. La matrice pro-concorrenziale della disciplina europea e nazionale sugli appalti pubblici

L'idea di mettere in competizione - e dunque in concorrenza - gli operatori economici è sempre stata una costante della disciplina relativa all'aggiudicazione dei contratti pubblici.

La normativa di contabilità prevedeva quattro modalità di scelta del contraente: *a)* l'asta pubblica o pubblico incanto, *b)* la licitazione privata, *b)* l'appalto concorso e *d)* la trattativa privata⁹⁹.

Le descritte procedure erano distinguibili, in primo luogo, sulla base della maggiore o minore ampiezza della possibilità di partecipazione degli operatori economici e, in secondo luogo, in base alla flessibilità dell'oggetto di ciascuna procedura, che poteva essere predefinito in modo rigido dalla pubblica amministrazione, ovvero poteva essere soggetto a modifiche con la collaborazione dei partecipanti in corso di gara.

⁹⁹ Sulle procedure ad evidenza pubblica disciplinate dalla disciplina previgente al Codice cfr. G. GRECO, *I contratti dell'amministrazione tra pubblico e privato*, 1986, F.P. Pugliese, *Contratti della pubblica amministrazione*, in Enc. giur., vol. IX, 1988; A. CIANFLONE – G. GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, 1999, pp. 328 ss. S. BUSCEMA – A. BUSCEMA, *I contratti della pubblica amministrazione*, in G. SANTANIELLO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, 1987, Vol. VII; F. CARINGELLA – G. DE MARZO (a cura di), *La nuova disciplina dei lavori pubblici. Dalla legge quadro alla Merloni-quater. Le norme speciali e la nuova potestà regionale*, 2003, pp. 734 ss.; A. CARULLO – A. CLARIZIA (a cura di), *La legge «Quadro» in materia di lavori pubblici*, 2004, pp. 985 ss.

A parte le peculiarità di ciascuna procedura, in termini generali queste ultime garantivano in varia misura la competizione, imparziale e trasparente, tra gli operatori. Solo la trattativa privata sacrificava in modo più marcato il principio della competizione, ma in presenza ragioni contingenti di urgenza o, comunque, per circostanze speciali ed eccezionali tali da non consentire l'utile attivazione delle forme competitive ordinarie¹⁰⁰. Il carattere eccezionale della trattativa privata rendeva tassativi i presupposti oggettivi di applicazione indicati dal legislatore e assegnava all'amministrazione procedente l'onere di una congrua motivazione in ordine alla scelta effettuata¹⁰¹.

La concorrenzialità nell'aggiudicazione era, però, funzionale all'interesse finanziario dell'Amministrazione, nel senso che la procedura competitiva era vista come la modalità più efficace per

¹⁰⁰ La legislazione sulla contabilità dello Stato prevedeva l'istituto della trattativa privata come rimedio eccezionale: “*Qualora, per speciali ed eccezionali circostanze, che dovranno risultare nel decreto di approvazione del contratto, non possano essere utilmente seguite le forme indicate negli articoli 3 e 4 [pubblico incanto e licitazione privata], il contratto potrà essere concluso a trattativa privata*” (art. 6 del R.D. n. 2440/1923). Il Regolamento di attuazione della legge di contabilità precisava ulteriormente la eccezionalità dell'istituto individuando le ipotesi in presenza delle quali si poteva ricorrere alla trattativa privata: “*Si procede alla stipulazione dei contratti a trattativa privata: 1° quando gli incanti o le licitazioni siano andate deserte o si abbiano fondate prove per ritenere che ove si sperimentassero andrebbero deserte; 2° per l'acquisto di cose la cui produzione è garantita da privativa industriale, o per la cui natura non è possibile promuovere il concorso di pubbliche offerte; 3° quando trattasi di acquisto di macchine, strumenti o oggetti di precisione che una sola ditta può fornire con i requisiti tecnici e il grado di perfezione richiesti; 4° quando si debbano prendere in affitto locali destinati a servizi governativi; 5° quando l'urgenza dei lavori, acquisti, trasporti e forniture sia tale da non consentire l'indugio degli incanti o della licitazione; 6° ed in genere in ogni altro caso in cui ricorrono speciali ed eccezionali circostanze per le quali non possano essere utilmente seguite le forme degli articoli 37 a 40 del presente regolamento. Nei casi previsti nel presente articolo la ragione per la quale si ricorre alla trattativa privata, deve essere indicata nel decreto di approvazione del contratto e dimostrata al consiglio di Stato, quando occorra il suo preventivo avviso*” (art. 41 R.D. n. 827/1924).

¹⁰¹ Cfr. Cons. St., sez. V, 11 marzo 2003, n. 1295; Cons. St., sez. V, 16 gennaio 2002, n. 224; l'obbligo di motivazione in ordine alla sussistenza dei presupposti di ammissibilità della procedura deriva dal carattere eccezionale dell'istituto e aveva un fondamento normativo già nella legge di contabilità. cfr. art.6 del R.D. n. 2440/1923.

garantire la minore o migliore spendita del denaro pubblico¹⁰². Non a caso le disposizioni rilevanti erano contenute in testi normativi dedicati alla contabilità pubblica¹⁰³. Nell'ottica del legislatore un siffatto sistema avrebbe garantito anche il ridimensionamento di fenomeni corruttivi, particolarmente diffusi nel settore.

Il sistema delineato dalle disposizioni contenute nella legislazione di contabilità dello Stato è stato affiancato, con una diversa impostazione di principio e con un nuovo lessico di classificazione delle procedure, dalla sopravvenuta normativa comunitaria¹⁰⁴. L'ondata neolibertistica degli anni '80 e '90 del secolo scorso ha indotto, infatti, le autorità comunitarie a prendere in considerazione - a fini della tutela della concorrenza - l'impatto concorrenziale dell'azione degli enti pubblici in qualità di committenti o di concedenti. In questa ottica, la Comunità applica il principio di concorrenza anche al lato della domanda pubblica di beni e servizi, oltre che a quello dell'offerta¹⁰⁵.

Riprendendo i concetti utilizzati per spiegare la contendibilità tramite gara della posizione di monopolio, si parla anche qui di concorrenza "per" il mercato, nel senso che la procedura ad evidenza pubblica avrebbe l'effetto positivo di creare artificialmente gli effetti di un mercato reale e quindi gli effetti benefici della concorrenza "nel" mercato.

¹⁰² Cfr. M. D'ALBERTI, *Interesse pubblico e concorrenza nel Codice dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2008, n. 2, pp. 297-298.

¹⁰³ Cfr. F. LEDDA, *Per una nuova normativa sulla contrattualistica pubblica*, in AA. VV., *Studi in onore di Antonio Amorth*, vol. I, *scritti di diritto amministrativo*, pp. 317 e ss.; G. MORBIDELLI e M. ZOPPOLATO, *Appalti pubblici*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, a cura di M.P. CHITI e G. GRECO, pp. 214 e ss.

¹⁰⁴ Cfr. R. CARANTA, *I contratti pubblici*, in *Sistema del diritto amministrativo italiano*, a cura di F.G. SCOCA, F.A. ROVERSI MONACO e G. MORBIDELLI, 2004; A. MASSERA, *I contratti*, in *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo generale*, II, a cura di S. CASSESE, pp. 1547 e ss.

¹⁰⁵ Cfr. M. LIBERTINI, *Le società di autoproduzione in mano pubblica*, in *Le società a partecipazione pubblica* (a cura di F. GUERRERA), pp. 23 - 24.

L'incremento del tasso di concorrenza nell'ottica delle autorità comunitarie è funzionale a due obiettivi. Per un verso, verrebbe conseguita la libera circolazione intracomunitaria delle merci e dei servizi anche nel settore pubblico, con conseguenti effetti positivi sul lato della domanda in termini di maggiore qualità ed economicità degli affidamenti. Per altro vero, almeno nel disegno originario – oggi, peraltro, mitigato da obiettivi politici inversi, come ad esempio la tutela delle piccole e medie imprese – nell'ottica dell'offerta verrebbe perseguito il fine di sviluppare le imprese europee in modo tale da consentir loro di competere con imprese extracomunitarie in un'ottica globale. La creazione di "campioni europei", in particolare, è stato il maggior argomento a sostegno della realizzazione di un mercato unico nel settore degli appalti pubblici¹⁰⁶.

Peraltro, anche la regolazione pro-concorrenziale del mercato delle commesse pubbliche, attuata sia a livello legislativo sia nella prassi applicativa delle regole riferite alle singole gare, può rappresentare uno strumento per combattere il fenomeno della collusione e corruzione che continua ad affliggere il settore¹⁰⁷.

Nel nuovo contesto di principio, assume preminenza la posizione del singolo aspirante contraente e, dunque, la tutela dell'interesse a non essere discriminato e a gareggiare in condizioni di concorrenzialità. In concreto, il nuovo significato del principio concorrenziale ha comportato un aumento delle garanzie di pubblicità e di trasparenza, l'allargamento delle possibilità di partecipazione alle gare e la neutralizzazione delle discriminazioni derivanti dalla richiesta di prestazioni tecniche escludenti¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Cfr. Cfr. S. CADEDDU e S. FIENGA, *op. cit.*, p. 1002.

¹⁰⁷ Cfr. OCSE, *Public procurement - The role of competition authorities in promoting competition*, 5 giugno 2007.

¹⁰⁸ In questo senso cfr. M. D'ALBERTI, *op. cit.*, p. 299.

L'indice sintomatico del diverso fondamento che sorregge la normativa comunitaria sugli appalti è costituito anche dall'ampiezza dell'ambito di applicazione delle disposizioni in materia di gare. La normativa del Codice, rispetto a quella contenuta nella legislazione di contabilità pubblica, trova applicazione anche rispetto agli organismi di diritto pubblico e, nei settori speciali, alle imprese pubbliche e agli operatori privati titolari di diritto speciali o esclusivi, che non sono pubbliche amministrazioni in senso tradizionale e neppure necessariamente enti pubblici economici.

In particolare, mentre nei settori ordinari la finalità pro-concorrenziale si aggiunge ai fini tradizionali dell'evidenza pubblica (selezione dell'operatore più efficiente per l'allocazione delle risorse pubbliche e contrasto alla corruzione), nei settori speciali tale finalità assume un ruolo di maggiore centralità.

Infatti, gli operatori soggetti ai settori speciali non sempre dispongono di risorse pubbliche e possono essere imprenditori puri, per cui potrebbe non porsi un problema di efficiente allocazione delle risorse pubbliche. Né si porrebbe sempre un problema di contrasto alla corruzione, atteso che gli stessi operatori spesso non svolgono funzioni pubbliche né gestiscono pubblici servizi¹⁰⁹.

A dimostrazione della centralità della tutela della concorrenza nei settori speciali, l'instaurazione di un regime concorrenziale effettivo tra soggetti aggiudicatori in un determinato settore comporta la possibilità di disapplicare la disciplina sulle gare¹¹⁰. Ciò è dovuto alla circostanza che i settori speciali (gas, elettricità, trasporti, poste, porti, ecc.) sono tradizionalmente ambiti soggetti al monopolio dell'ente aggiudicatore che, dunque, senza la procedura ad evidenza

¹⁰⁹ In questo senso S. CADEDDU e S. FIENGA, *op. cit.*, p. 1003.

¹¹⁰ Cfr. art. 30 Direttiva 2004/17/Ce, recepito dall'art. 219 del Codice dei contratti pubblici.

pubblica, potrebbe falsare il meccanismo concorrenziale. Quando, nell'ambito delle politiche di liberalizzazione, tale posizione di monopolio viene meno, anche l'onere della gara in funzione pro-concorrenziale non avrebbe senso, poiché le dinamiche del mercato condurrebbero di per sé alla neutralizzazione del potenziale potere distorsivo di mercato dell'ente aggiudicatore¹¹¹.

La tutela della concorrenza come principio ispiratore della contrattualistica pubblica è stata più volte ribadita dalla Corte di giustizia¹¹² ed è stata riconosciuta come tale nell'ordinamento interno dalla Corte costituzionale che, con la sentenza n. 401/2007 ha respinto una serie di censure proposte dalle Regioni che lamentavano la lesione della propria competenza legislativa da parte del Codice. La pronuncia della Corte ha fatto perno proprio sull'art. 117, comma 2, lett. e) Cost., che riserva alla competenza esclusiva dello Stato la tutela della concorrenza e le libertà comunitarie di circolazione e stabilimento, ritenendo superata la concezione "contabilistica" della disciplina dei contratti pubblici. La nuova prospettiva di principio ha, dunque, effetti giuridici importanti anche nei rapporti fra legge statale e regionale, visto che il nucleo principale della disciplina pubblicistica sulle gare (qualificazione e selezione dei contraenti, procedure di affidamento, criteri di aggiudicazione, poteri di vigilanza dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, ecc.) è affidato alla competenza esclusiva dello Stato, con esclusione di ogni tentativo di differenziazione di disciplina da parte delle Regioni¹¹³. Anche il Consiglio di Stato ha chiaramente affermato che il fine di tutela della concorrenza ha "*determinato il definitivo superamento della*

¹¹¹ Per un maggior approfondimento, cfr. ancora S. CADEDDU e S. FIENGA, *op. cit.*, p. 1004.

¹¹² Cfr., tra le altre, C. giust. 12 dicembre 2002, *Universale-Bau AG*, causa C-470-99

¹¹³ Per un'analisi più approfondita della questione cfr. V. LOPILATO, *Il riparto di competenze fra Stato e Regioni nel Codice dei contratti pubblici*, in *Commentario al Codice dei contratti pubblici* (a cura di M. CLARICH), pp. 95 e ss.

concezione che vedeva la procedimentalizzazione dell'attività di scelta del contraente dettata nell'esclusivo interesse dell'amministrazione"¹¹⁴.

Il mutamento di prospettiva incide sull'assetto sostanziale e sull'approccio metodologico di regolazione degli appalti pubblici, nonché nell'interpretazione e nell'applicazione della relativa disciplina. Per un verso, la visione "contabilistica" della disciplina degli appalti pubblici pretende un reticolo fitto di regole rigide di tipo "*command and control*". Per altro verso, la visione pro-concorrenziale di matrice comunitaria lascia maggiori spazi di flessibilità alle stazioni appaltanti, introducendo anche momenti di regolazione cooperativa, cioè di interazione con i privati al fine di ridurre le asimmetrie informative¹¹⁵. Molte volte, infatti, l'amministrazione non si trova nella condizione ottimale di poter conoscere *a priori* la concreta conformazione del bene da aggiudicare. Ciò accade quando quest'ultimo sia complesso e l'amministrazione non sia in grado di valutarne tutte le caratteristiche.

Il primo approccio - mosso dalla sfiducia nei confronti della integrità morale delle stazioni appaltanti e delle imprese - mira a regolare in modo esteso e rigoroso la procedura ad evidenza pubblica per prevenire il rischio di una gestione scorretta e faziosa della gara e per neutralizzare l'eventuale tentativo di condizionamenti esterni da parte delle imprese. In questa prospettiva, la predeterminazione delle regole da rispettare preclude il più possibile lo svolgimento di attività discrezionali all'amministrazione. Il rispetto formale della *lex specialis* in funzione della *par condicio* prevale sull'esigenza di valutare in concreto la scelta più conveniente per l'amministrazione.

¹¹⁴ Cfr. Cons. St., Ad. pl., 3 marzo 2008, n. 1.

¹¹⁵ Cfr. M. CLARICH, *op. cit.*, pp XXIX e più in generale M. CAFAGNO, *Lo Stato banditore*, 2001, pp. 119 e ss.

Il secondo approccio persegue, invece, un diverso equilibrio tra discrezionalità e rigore formale. In particolare l'approccio pro-concorrenziale lascia maggiori spazi di valutazione e di flessibilità all'amministrazione e consente anche momenti di confronto, a fini conoscitivi, con le imprese (è il caso del dialogo competitivo). In questa prospettiva, la discrezionalità rappresenta un valore da coltivare, poiché consente la scelta migliore all'amministrazione in relazione alle singole circostanze concrete¹¹⁶. Il formalismo esasperato cede dunque il passo all'esercizio della discrezionalità, sia pure in modo equo e trasparente. Espressione di questo nuovo punto di equilibrio sono alcuni istituti nevralgici del Codice: la valorizzazione del criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa rispetto a quello vincolato del prezzo più basso; la specificazione progressiva dei criteri di valutazione delle offerte; la valutazione discrezionale e in contraddittorio della valutazione dell'anomalia dell'offerta.

In effetti l'aspirazione del legislatore - tipica del primo approccio - di poter predeterminare le regole della gara e ridurre l'amministrazione ad un mero applicatore delle stesse si scontra con la realtà e con gli studi più recenti della teoria economica, che si avvale anche della teoria dei giochi. In particolare, è stato dimostrato che non esiste un criterio di aggiudicazione e un procedimento di gara ottimali in astratto, ma che la scelta più opportuna dipende dal caso concreto, ossia dalle caratteristiche del mercato e da quelle del bene da aggiudicare¹¹⁷.

Il valore della concorrenza nei contratti pubblici viene perseguito in un'ottica di effettività anche al di là di quel segmento di

¹¹⁶ Cfr. per un inquadramento del problema nei termini indicati M. CLARICH, *op. cit.*, pp. XXX; cfr. anche L. ZANETTINI, *Appalti pubblici e concorrenza*, in *Lo Stato compratore* (a cura di L. FIORENTINO), 2007, pp. 119 e ss.

¹¹⁷ cfr. M. CAFAGNO, *op. cit.*; G. FIDONE, *op. cit.*, p. 23.

diritto sostanziale costituito dal procedimento di aggiudicazione. Ciò dipende principalmente dall'effetto immediatamente cogente dei principi del diritto comunitario sia di matrice normativa che giurisprudenziale.

In primo luogo, sul piano del diritto sostanziale, il regime della responsabilità civile della pubblica amministrazione per aggiudicazione illegittima è più severo rispetto a quanto accade normalmente. In particolare, l'ordinamento comunitario persegue il fine di una giustizia rapida ed effettiva avverso gli atti di gara illegittimi, principalmente attraverso strumenti processuali di tutela reale e pienamente ripristinatori (annullamento dell'aggiudicazione con efficacia *ex tunc* e subentro nel contratto). Il risarcimento è previsto, invece, come alternativa. E proprio per garantire l'effettività della tutela prevista dalle direttive comunitarie, l'azione risarcitoria prescinde dalla dimostrazione della colpa dell'amministrazione aggiudicatrice, anche per mezzo delle semplici presunzioni¹¹⁸.

In secondo luogo, sul piano del diritto processuale, la direttiva 2007/66/Ce (cd. direttiva ricorsi) ha imposto al legislatore italiano di prevedere un rito speciale in materia di contratti pubblici che ha caratteri marcatamente differenziati quanto a regole procedurali e ai poteri del giudice amministrativo (ora contenute negli artt. 120-124 del Codice del processo amministrativo). Come già accennato, si tratta di un rito particolarmente accelerato volto a garantire l'effettività della tutela attraverso un ripristino reale della posizione giuridica lesa e in alternativa attraverso un risarcimento pieno e senza l'attribuzione di oneri probatori eccessivi come il caso richiamato della colpa.

¹¹⁸ C. giust., *Stadt Graz*, 30 settembre 2010, C-314/09 che supera per certi versi l'orientamento del giudice amministrativo italiano Cons. St., sez. VI, 9 marzo 2007, n. 1114.

L'approccio pro-concorrenziale trova, infine, riscontro anche sul piano organizzativo e istituzionale. L'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici si rafforza estendendo il suo campo d'azione all'intero mercato degli appalti pubblici, sia attraverso l'attività di vigilanza, sia attraverso l'attività di promozione delle *best practices*. All'azione dell'Autorità si affiancano le prerogative dell'Autorità Antitrust che in più occasioni ha usato il suo potere di segnalazione al Governo e al Parlamento per censurare normative e prassi anticoncorrenziali e auspicarne la modifica.

4. I presidi organizzativi della concorrenza: l'Autorità garante della concorrenza e del mercato e l'Autorità nazionale anticorruzione

Sembra opportuno dar conto di una terza dimensione della rilevanza giuridica della concorrenza nel settore dei contratti pubblici, legata al ruolo dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato. E ciò sotto un doppio versante: il primo, legato ai poteri tradizionali dell'Autorità, relativo ai comportamenti delle imprese che partecipano alle procedure; il secondo, che costituisce una novità assoluta, relativo al monitoraggio sulle stazioni appaltanti soprattutto nella fase di predisposizione della *lex specialis* delle singole gare.

Innanzitutto, va ricordato che l'art. 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e l'art. 2 della legge 10 ottobre 1990, n. 287 pongono il divieto di intese restrittive della concorrenza, legittimando l'avvio di procedimenti volti ad accertare e sanzionare le condotte assunte in violazione.

Il divieto in argomento trova applicazione proprio nel settore delle procedure di gara per l'aggiudicazione di contratti pubblici,

particolarmente esposte a rischi collusivi da parte delle imprese partecipanti, in relazione alla modalità di presentazione e contenuti delle offerte e di ripartizione dei lotti disponibili (è molto alto il rischio di incorrere nel cosiddetto *bid rigging*)¹¹⁹.

Solo a titolo esemplificativo, due imprese di ristorazione sono state sanzionate dall’Autorità per essersi coordinate in occasione di una serie di gare per la subconcessione del ristoro sulla rete autostradale. L’accordo in parola era basato su una ripartizione dei lotti di rispettivo interesse, messi a gara dalla concessionaria autostradale, attraverso l’individuazione di un meccanismo di offerte incrociate, con le quali ciascuna impresa ha supportato di fatto l’offerta dell’altra impresa nei rispettivi lotti di interesse¹²⁰.

Un altro caso recente ha riguardato i comportamenti posti in essere da alcune compagnie di assicurazione in relazione ad alcune gare bandite da un numero consistente di aziende di trasporto pubblico locale per l’affidamento del servizio assicurativo responsabilità civile auto¹²¹. Per effetto dell’intesa, che ha di fatto determinato un coordinamento affinché nessuna impresa partecipasse alle gare per un

¹¹⁹ Cfr. M. CLARICH, *op. cit.*. Per la casistica più recente, cfr. la Relazione Annuale dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato sull’attività svolta nel 2014 accessibile sul sito dell’Autorità (pag. 29 e seg.) dalla quale risulta che “al 31 dicembre 2014 sono in corso nove procedimenti istruttori volti ad accertare eventuali violazioni del divieto di intese restrittive della concorrenza in occasione di gare pubbliche. I settori di mercato investigati dall’Autorità sono assai diversificati e vanno dai servizi pubblici locali ai servizi sanitari ai contratti di forniture ai servizi strumentali etc.”

¹²⁰ M. CLARICH, *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell’economia e contrasto alla corruzione*, in atti del 61° Convegno di Varenna, 17-19 Settembre 2015. Cfr. AS1775 Procedure di affidamento dei servizi di ristoro sulla rete autostradale ASPI, Provvedimento n. 25435 del 22 aprile 2015. Il meccanismo prevedeva che nei lotti di interesse di un’impresa essa presentasse offerte tecniche di buona qualità associate a rilanci contenuti sulla componente economica, mentre nei medesimi lotti l’altra impresa proponeva offerte tecniche di modesta qualità associate a rilanci economici elevati, sfruttando la formula matematica utilizzata dalla stazione appaltante per l’attribuzione dei punteggi.

¹²¹ Cfr. AS1744 Gare RCA per trasporto pubblico locale – Provvedimento n. 25382 del 25 marzo 2015.

arco temporale dal 2010 al 2014, gran parte delle gare erano andate deserte o erano state aggiudicate a un unico offerente, coincidente con la compagnia assicurativa già fornitrice del servizio.

Può trovare applicazione nella materia dei contratti pubblici anche il divieto di abuso di posizione dominante, posto dall'art. 103 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e dall'art. 3 della legge 10 ottobre 1990, n. 287. Così, per esempio, è stato sanzionato il comportamento di un'impresa del settore gas che non aveva collaborato con due comuni per conto dei quali gestiva il servizio di distribuzione del gas, non avendo fornito le informazioni necessarie per redigere il bando di gara per l'affidamento del servizio delle quali l'impresa aveva una disponibilità esclusiva: è evidente come in questo caso l'impresa creasse scientemente un ostacolo alla capacità di altri operatori di partecipare alla procedura¹²², denotando un vero e proprio intento escludente.

Nell'ambito dei poteri tradizionali si colloca anche l'attività di *advocacy* posta in essere dall'Autorità attraverso l'invio al Governo e al Parlamento di segnalazioni aventi per oggetto procedure di gara per l'affidamento di contratti pubblici, ai sensi dell'art. 21 della legge n. 287 del 1990¹²³.

In effetti, sin dall'origine, la legge 10 ottobre 1990, n. 287 aveva considerato il settore dei contratti pubblici come problematico sotto il profilo concorrenziale in una situazione nella quale le stazioni appaltanti ricorrevano, per esempio, ampiamente alla procedura negoziata piuttosto che alle procedure competitive. Ai sensi dell'art. 24 della suddetta legge, infatti, l'Autorità è tenuta a predisporre un

¹²² Cfr. 431 Comuni vari – Espletamento gare affidamento distribuzione gas, Provvedimento n. 23114 del 14 dicembre 2011.

¹²³ Si tratta del potere di *advocacy* sul quale cfr. in generale, G. BRUZZONE, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in M. D'ALBERTI - A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati – Le autorità indipendenti e l'economia*, Bologna, 2012, pag. 302 e seg.

rapporto sulle azioni da promuovere per adeguare ai principi della concorrenza, tra gli altri, il settore degli appalti pubblici. Occorre rilevare che già nel rapporto pubblicato nel 1992 l’Autorità metteva in evidenza una serie di criticità nella disciplina all’epoca vigente e nelle prassi applicative delle stazioni appaltanti¹²⁴.

La casistica delle segnalazioni riportata anche nelle relazioni annuali dell’Autorità è piuttosto ampia e ha riguardato sia situazioni specifiche sia problemi più generali per esempio in tema di bandi di gara¹²⁵.

Sembra ora opportuno dar conto del fatto che nella contrattualistica pubblica non esistono fasi immuni ai rischi di alterazione della *par condicio* e dunque della concorrenza per il mercato, potendo i fenomeni distorsivi riguardare tutti i momenti e coinvolgere i requisiti soggettivi di idoneità tecnica e di solidità economica richiesti per la partecipazione, i criteri di selezione del contraente, l’oggetto del contratto. Anche in sede di esecuzione del rapporto contrattuale, modifiche contrattuali e altri tipi di rinegoziazioni possono alterare, sia pure *ex post*, il senso della procedura di aggiudicazione¹²⁶.

Di recente, si è assistito a un rafforzamento del potere di segnalazione che, in considerazione della sua natura non cogente, in

¹²⁴ Cfr. M. CLARICH, *op. cit.* Il rapporto dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato “*Appalti pubblici e concorrenza*”, pubblicato nel 1992, è disponibile sul sito istituzionale dell’Autorità.

¹²⁵ In particolare Delibera AS187 del 17 dicembre 1999, *Bandi di gara in materia di appalti pubblici*; Delibera AS251 del 31 gennaio 2003, *Bandi predisposti dalla concessionaria dei servizi informatici pubblici – CONSIP S.p.a.*; AS336 del 22 giugno 2006, *Modalità di affidamento di lavori nell’ambito di concessioni pubbliche*; AS311 del 6 settembre 2005, *Modalità di affidamento della gestione dei servizi pubblici locali*.

¹²⁶ Cfr. M. CLARICH, *op. cit.* Su tutti questi aspetti si è soffermata la dottrina a commento delle norme europee e del Codice dei contratti pubblici e vi è un’ampia casistica giurisprudenziale: Cfr. A. LALLI, *op. cit.*, pag. 410 e seg.; A. MASSERA, *op. cit.*; C. FRANCHINI (a cura di), *op. cit.*; M. CLARICH (a cura di), *op. cit.*; M. LIBERTINI, *op. cit.*, pag. 552 e seg.; C. COLOSIMO, *L’oggetto del contratto, tra tutela della concorrenza e pubblico interesse*, in G.D. COMPORI (a cura di), pag. 66 e seg.

molti casi non trova seguito concreto in modifiche legislative e altri atti volti ad adeguare l'ordinamento ai principi di concorrenza, con uno strumento più efficace. All'Autorità garante della concorrenza e del mercato è stato attribuito infatti il potere di proporre un ricorso davanti al giudice amministrativo contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti e i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato (art. 21-*bis* della legge n. 287 del 1990)¹²⁷.

Il citato potere rappresenta quasi un *unicum* nel nostro ordinamento processuale che non prevede in termini generali il potere di impugnazione di atti amministrativi attribuito ad amministrazioni pubbliche a tutela degli interessi pubblici da esse curati. L'eccezione relativa all'interesse pubblico alla tutela della concorrenza appare particolarmente significativa, perché finisce per riconoscere a quest'ultimo una posizione di preminenza nella gerarchia degli interessi pubblici e per attribuire, di riflesso, all'Autorità garante della concorrenza e del mercato un rango più elevato rispetto ad altre autorità amministrative.

La casistica applicativa in materia di impugnazione degli atti lesivi della concorrenza è vasta: a titolo esemplificativo, l'Autorità ha inviato un parere e poi, a causa del mancato adeguamento della stazione appaltante ai rilievi, ha proposto ricorso al Tar in relazione a una gara per l'affidamento in concessione dei servizi di gestione e rendicontazione dei corrispettivi dovuti dall'utenza avviata dal Ministero delle infrastrutture e trasporti¹²⁸.

In un altro caso, dopo l'invio del parere da parte dell'Autorità, l'amministrazione ha provveduto a recepirne le indicazioni: nel

¹²⁷ L'articolo è stato inserito dall'art. 35 del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201 convertito in legge 22 dicembre 2011, n. 214.

¹²⁸ Cfr. AS1078 del 13 agosto 2013.

dettaglio, la questione aveva ad oggetto una lettera d'invito relativa a una procedura di affidamento in concessione dei servizi di trasporto pubblico locale da parte di una regione contenente una clausola ingiustificatamente restrittiva della concorrenza, cioè l'obbligo di subentro nella universalità di beni mobili e immobili già dal precedente gestore.¹²⁹

In definitiva, l'insieme dei poteri attribuiti all'Autorità garante della concorrenza e del mercato consente a quest'ultima di monitorare con strumenti efficaci e in una visione unitaria sia il versante delle imprese che partecipano alle gare sia quello delle stazioni appaltanti, cioè entrambi i soggetti che entrano in un rapporto contrattuale, attraverso entrambe le leve della tutela e della promozione della concorrenza.

5. La pubblica amministrazione come acquirente nel mercato

Nel corso della trattazione si è avuto modo di analizzare come il diritto europeo e nazionale concorrano a definire le varie dimensioni dei rapporti tra appalti pubblici e concorrenza. Conviene ora approfondire la posizione della pubblica amministrazione come operatore nel mercato (in senso "macro"), cioè come acquirente di beni, servizi e lavori¹³⁰.

Si è già menzionata la peculiarità delle stazioni appaltanti che, a differenza dei normali operatori economici, sono costrette a rivelare *ex*

¹²⁹ Cfr. AS 1184 dell'11 febbraio 2015, al quale è seguita, da parte della regione, un'attività di revisione dei beni oggetto di subentro obbligatorio ritenuta soddisfacente dall'Autorità ai fini di rimuovere i dubbi concorrenziali espressi nel parere.

¹³⁰ Non ci si occupa volutamente della sua posizione come venditore soprattutto di beni (immobili) e azioni detenute in società (privatizzazioni) con riferimento alla quale la normativa vigente prevede meccanismi di concorrenza per il mercato.

ante le proprie preferenze in ordine agli acquisti da effettuare già in sede di predisposizione della *lex specialis* della gara.

Giova ora precisare meglio che le stazioni appaltanti non sono del tutto libere, quanto alle preferenze da esprimere, ma sono almeno in parte orientate dalla disciplina europea e nazionale in materia di contratti pubblici.

Il considerando n. 2 della direttiva 2014/24/UE in materia di forniture e di servizi già richiamato chiarisce che gli appalti pubblici sono anche uno strumento per realizzare una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva con l'obiettivo di accrescere l'efficienza della spesa pubblica, di favorire la partecipazione alle gare delle piccole e medie imprese, di conseguire obiettivi a valenza sociale¹³¹.

Il considerando n. 91 ricorda in modo più specifico che l'art. 11 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea impone che le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente siano integrate nelle politiche e azioni dell'Unione nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile. Secondo la direttiva, inoltre, nell'individuare il miglior rapporto qualità/prezzo le stazioni appaltanti possono far riferimento a fattori che includono aspetti ambientali o sociali quali, per esempio, *“la stampa o meno di libri su carta riciclata (...) i costi imputabili alle esternalità ambientali o l'agevolazione o meno dell'integrazione sociale di persone svantaggiate o di membri di gruppi vulnerabili tra le persone incaricate dell'esecuzione dell'appalto”* (considerando n. 93).

Questa impostazione si riflette negli artt. 67 e 68 della Direttiva in tema di criteri di aggiudicazione dell'appalto e di costi del ciclo di vita. Nell'orizzonte degli appalti pubblici si appalesa l'assoluta novità

¹³¹ Cfr. M. CLARICH, *op. cit.* In particolare i cosiddetti appalti verdi cfr. G. FIDONE, *Il Green public procurement nel diritto comunitario con particolare riferimento alle nuove direttive appalti e concessioni*, in G.F. CARTEI- M. RICCHI (a cura di), *Finanza di progetto e partenariato pubblico-privato*, Napoli, 2015, pag. 223 e seg.

del citato criterio, che consente appunto alle stazioni appaltanti di scegliere l'offerta avente i costi minori in termini di esternalità negative, come per esempio i costi delle emissioni di gas a effetto serra e di altre sostanze inquinanti, nonché altri costi legati all'attenuazione dei cambiamenti climatici (art. 68, par. 1, lett. b)).

A tale riguardo, l'integrazione di considerazioni sociali e ambientali nelle procedure di appalto può essere effettuata ricorrendo a criteri di aggiudicazione o a condizioni di esecuzione dell'appalto che, per esempio, richiedano che la fabbricazione dei prodotti acquistati non comporti l'uso di sostanze chimiche tossiche, che i servizi siano forniti usando macchine efficienti dal punto di vista energetico, che siano utilizzati prodotti del commercio equo, che siano ridotti al minimo i rifiuti (considerando n. 97).

Stando alla direttiva 2014/24/UE, i criteri di aggiudicazione dovrebbero tener conto anche degli aspetti sociali del processo di produzione e dovrebbero favorire in particolare l'attuazione di misure volte a promuovere l'eguaglianza tra uomini e donne nel mercato del lavoro, la conciliazione tra lavoro e vita privata, l'assunzione di un numero di persone svantaggiate superiore a quello minimo stabilito dalla legislazione nazionale (considerando n. 98). Il legislatore europeo, con un occhio al benessere sociale, prevede che i medesimi criteri di aggiudicazione o le condizioni di esecuzione dell'appalto possano includere anche misure volte al miglioramento della salute del personale coinvolto nei processi produttivi e alla promozione dell'integrazione sociale di persone svantaggiate favorendo, per esempio, l'assunzione di disoccupati di lunga durata, la formazione dei giovani, l'accessibilità per persone con disabilità o la progettazione adeguata per tutti gli utenti (considerando n. 99).

Peraltro, come precisa l'art. 67, par. 4, i criteri di aggiudicazione non conferiscono all'amministrazione aggiudicatrice una libertà di

scelta illimitata, perché essi devono garantire “*la possibilità di una concorrenza effettiva*”, e ciò viene in rilievo nell’art. 67, par. 2, laddove si prevede che le preferenze delle stazioni appaltanti legate a fattori ambientali e sociali debbano essere strettamente legate all’oggetto dell’appalto e non possano spingersi sino “*a imporre agli offerenti di attuare una determinata politica aziendale di responsabilità sociale o ambientale*” (considerando n. 97). In ogni caso non devono scoraggiare la partecipazione alle procedure competitive.

Un’altra rilevante innovazione operata dal diritto europeo consiste nel manifestato *favor* per la partecipazione delle piccole e medie imprese alle gare¹³². A questo fine, in particolare, la Direttiva 2014/24/UE esprime l’orientamento secondo il quale le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero essere incoraggiate a suddividere in lotti i grandi appalti e nel far questo dovrebbero essere poste in condizioni di decidere liberamente l’entità e l’oggetto dei lotti, addirittura senza essere soggette “*a supervisione amministrativa o giudiziaria*”, essendo semmai obbligate a motivare la scelta opposta di non procedere alla suddivisione dell’appalto in lotti (considerando n. 78). In un’ottica pro-concorrenziale, inoltre, si prevede in capo alle amministrazioni aggiudicatrici la facoltà di limitare il numero dei lotti per i quali un operatore economico può presentare un’offerta (considerando n. 79). L’art. 46 della direttiva, infatti, obbliga le amministrazioni all’indicazione dei motivi principali della loro decisione di non suddividere l’appalto in lotti e consente di limitare il numero di lotti che possono essere aggiudicati a un solo offerente.

¹³² Cfr. M. CLARICH, *op. cit.*. Su questi temi cfr. M. COZZIO, *Percorsi di innovazione giuridica (e non solo) per le MicroPMI nella direttiva europea sulle concessioni*, in G.F. CARTEI - M. RICCHI (a cura di), *op. cit.*, pag. 255 e seg.

A onor del vero, la suddivisione in lotti non è una novità, atteso che già il Codice dei contratti pubblici, in seguito ad alcune modifiche specifiche introdotte nell'ambito della manovra volta a contrastare la crisi economica degli ultimi anni, prevede che le stazioni appaltanti, ove possibile ed economicamente conveniente, debbano suddividere gli appalti in lotti funzionali, che i criteri di partecipazione alle gare siano tali da non escludere le piccole e medie imprese e che anche la realizzazione delle grandi infrastrutture garantisca la modalità di coinvolgimento di queste ultime (art. 2, commi 1-*bis* e 1-*ter*).

Le considerazioni sopra esposte inducono a ritenere che le pubbliche amministrazioni vadano considerate come acquirenti dotati di preferenze spiccatamente distinte da quelle di gran parte degli operatori di mercato.

6. La pubblica amministrazione come creatore e regolatore del mercato

E' opportuno, a questo punto della trattazione, dedicare attenzione alla posizione della pubblica amministrazione responsabile della individuazione delle regole della concorrenza per il mercato, con riferimento al mercato nella dimensione "micro".

Si è avuto modo di sottolineare come la regola della concorsualità delle singole procedure di gara costituisca il corollario dei principi di non discriminazione, trasparenza e pubblicità, enunciati anzitutto dal diritto europeo.

Sembra necessario, dunque, stabilire il *quantum* minimo di partecipazione che deve essere assicurato per garantire una "concorrenza effettiva".

Al riguardo, si osserva che non sembra esistere un numero ottimale di fornitori per garantire il raggiungimento di questo

obiettivo, poiché talvolta sono sufficienti due imprese perché si instauri la concorrenza, mentre altre volte imprese in numero elevato possono avere interesse a non competere e tendono magari a colludere. Un'osservazione è però doverosa: la massimizzazione del numero dei partecipanti alle gare non garantisce di per sé un risultato vantaggioso per l'acquirente¹³³, se non nei casi ideali di concorrenza perfetta statica, caratterizzata da beni fungibili e da identità di informazioni disponibili¹³⁴.

Posiamo però ricavare qualche indicazione numerica dalle Direttive europee. Così, la Direttiva 2014/24/UE prevede che sia possibile ridurre il numero di candidati da invitare a partecipare alle procedure ristrette, alle procedure competitive con negoziazione e alle procedure di dialogo competitivo e di partenariato per l'innovazione, richiedendo che alle prime siano invitati almeno cinque candidati, alle altre almeno tre. Rileva, ai nostri fini, che il numero minimo deve essere sufficiente ad assicurare un'effettiva concorrenza (art. 65, par. 2) ed è possibile anche indicare il numero massimo (par. 3).

Con riferimento alla Direttiva 2014/23/UE in materia di concessioni, si osserva che essa non fissa un numero minimo, limitandosi a porre il criterio della garanzia di una concorrenza effettiva (art. 37, par. 3)¹³⁵.

E' necessario però che la stazione appaltante indichi nella *lex specialis* criteri obiettivi e non discriminatori, al fine di ridurre la discrezionalità nella scelta dei soggetti da invitare alla procedura. E' chiaro che l'operazione non è affatto semplice, può comportare il

¹³³ M. CLARICH, *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, in atti del 61° Convegno di Varenna, 17-19 Settembre 2015. Cfr. per queste tesi A. HEIMLER, *op. cit.*, pag. 185.

¹³⁴ Cfr. M. CLARICH, *op. cit.* Cfr. M. LIBERTINI, *Organismo di diritto pubblico, rischio d'impresa e concorrenza: una relazione ancora incerta*, pag. 1223.

¹³⁵ Neppure la Direttiva 2014/25/UE fornisce indicazioni numeriche (art. 78, par. 2).

rischio di contestazioni ed è per questa ragione che si spiega nell'ordinamento italiano l'insuccesso del cosiddetto metodo della forcella, volto a prevedere un numero minimo e massimo di offerenti da far partecipare alla procedura.

Più in generale, le nuove direttive ampliano in maniera significativa gli spazi di discrezionalità di cui dispongono le pubbliche amministrazioni nel disegnare le regole della gara nella *lex specialis*.

Il massimo di discrezionalità è previsto per le concessioni, con riferimento alle quali la Direttiva 2014/23/UE stabilisce che esse in linea di principio sono “*libere di organizzare la procedura per la scelta del concessionario, fatto salvo il rispetto della presente direttiva*” e che nella concezione della procedura devono rispettare i principi di parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza (art. 30 che rinvia all'art. 3).

Nonostante l'ampio margine di discrezionalità, secondo il già richiamato art. 18, par. 1, della Direttiva 2014/24/UE, la concezione della procedura non deve mirare a limitare artificialmente la concorrenza.

Si nota come particolare attenzione venga posta dalle direttive ad alcune situazioni e ad aspetti della *lex specialis* che si prestano a essere utilizzati per limitare o falsare la concorrenza. Così, in particolare, le stazioni appaltanti, prima dell'avvio della procedura, possono svolgere consultazioni di mercato ai fini della preparazione dell'appalto, avvalendosi anche di consulenze di esperti o degli stessi partecipanti al mercato, purché non abbiano l'effetto di falsare la concorrenza e comportare una violazione dei principi di non discriminazione e di trasparenza (art. 40 della Direttiva 2014/24/UE). Si prevede, inoltre, che le specifiche tecniche non debbano comportare la creazione di ostacoli ingiustificati all'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza (art. 42, par. 2, della medesima Direttiva) e che nella

stessa individuazione dei criteri di aggiudicazione debba essere garantita la possibilità di una concorrenza effettiva (art. 67, par. 4 della medesima Direttiva). Si stabilisce, da ultimo, che le amministrazioni aggiudicatrici possano procedere all'esclusione di un operatore economico dalla gara quando dispongano di indicazioni sufficientemente univoche per concludere che esso abbia sottoscritto accordi con altri operatori, intesi a falsare la concorrenza. Un ulteriore caso di possibile esclusione dalla procedura di gara è rinvenibile quando un conflitto di interesse tale da falsare la concorrenza o una distorsione della concorrenza derivante dal precedente coinvolgimento nella preparazione della procedura non possano essere risolti con misure meno intrusive (art.57, par. 4 lett. d), e), f) della medesima direttiva).

Occorre inoltre che gli Stati membri si adoperino affinché le amministrazioni aggiudicatrici adottino misure adeguate in materia di conflitti di interesse, in modo da evitare qualsiasi distorsione della concorrenza e per garantire la parità di trattamento di tutti gli operatori economici (art. 24 della medesima direttiva).

Per finalità legate alla salvaguardia della regola della concorsualità sono stati pensati istituti come la possibilità per le stazioni appaltanti di escludere le offerte anomalmente basse (art. 69 della medesima direttiva) o di ammettere modifiche contrattuali in fase di esecuzione nei casi e nei limiti ristretti consentiti dalla disciplina o, in alternativa, di risolvere il contratto (artt. 72 e 73, lett. a), della medesima Direttiva).

In conclusione, sembra opportuno dar conto della disciplina delle offerte anomale che è oggetto di varie interpretazioni. La dottrina maggioritaria ritiene che sia volta a garantire la qualità della prestazione a favore dell'amministrazione, in relazione ai rischi che l'impresa non completi o non esegua a regola d'arte la prestazione.

Altra parte della dottrina afferma che il divieto di offerte anomale costituisce un'applicazione particolare del principio della tutela della concorrenza, in quanto idoneo a scoraggiare la pratica dei prezzi predatori (in ciò ravvisandosi una specie di abuso di posizione dominante) e delle vendite sottocosto (come atto di concorrenza sleale)¹³⁶.

Alla luce delle disposizioni contenute nelle direttive europee, si può agevolmente constatare come la concorrenza, intesa come concorsualità effettiva della procedura, costituisca un limite generale alla discrezionalità delle stazioni appaltanti. Con ciò non si intende sostenere che le direttive esprimano un *favor* per gli automatismi e le decisioni vincolate, prediletti per lungo tempo dal legislatore italiano (per esempio, l'esclusione automatica delle offerte anomale) proprio a causa della tradizionale diffidenza nei confronti della discrezionalità della pubblica amministrazione. Come già argomentato, le nuove direttive europee sembrano andare nella direzione di ampliare la discrezionalità delle stazioni appaltanti e limitare per quanto possibile i vincoli e i formalismi non strettamente necessari per garantire la *par condicio* e la trasparenza. Si pensi, per esempio, alla disciplina del dialogo competitivo o a quella già richiamata delle concessioni.

Concorrenza e discrezionalità potrebbero sembrare a prima vista concetti antitetici, atteso che il mercato predilige un quadro di regole

¹³⁶ M. CLARICH, *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, in atti del 61° Convegno di Varenna, 17-19 Settembre 2015. Per quest'ultima tesi, cfr. M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'Unione europea, cit.*, pag. 564. Per l'altra tesi, cfr. A. HEIMLER, *op. cit.*, pag. 197 e seg., secondo il quale l'obiettivo della disciplina non è l'impatto sulla concorrenza, ma quello di verificare che il prezzo sia tale da incentivare l'impresa a non lasciare l'amministrazione senza la fornitura o con l'opera incompiuta, cioè di evitare la selezione avversa, l'azzardo morale o la cosiddetta maledizione del vincitore (chi vince la gara subisce perdite). Secondo Heimler il problema della scarsa affidabilità dell'offerente va risolto con strumenti diversi quali la possibilità di escludere dalle gare successive i fornitori che non abbiano rispettato i contratti precedenti, cioè sulla falsariga di quanto prevede l'art. 57, par. 4, lett. g) della Direttiva 2014/24/UE.

certe, stabili nel tempo, poste *ex ante*, mentre la discrezionalità introduce flessibilità, ma anche incertezza relativa alle determinazioni della pubblica amministrazione. In realtà, l'incertezza *ex ante* fa parte della fisiologia delle relazioni contrattuali, in considerazione della possibilità di rifiutare leciteamente le offerte fino all'ultimo momento, salvo il rispetto del principio di buona fede nella fase delle trattative.

In ogni caso, gran parte della discrezionalità viene spesa dalle stazioni appaltanti nella fase di redazione della *lex specialis*, esaurita la quale la competizione si svolge sulla base di regole certe che vincolano la stessa amministrazione, la quale non può legittimamente disapplicarle. A bene vedere, poi, è possibile effettuare un monitoraggio della discrezionalità attraverso obblighi di motivazione stringenti, sistemi di controllo sull'operato delle amministrazioni e regole sui conflitti di interessi.

Capitolo III

Discrezionalità e concorrenza nella procedura ad evidenza pubblica e nell'esecuzione dell'appalto

Sommario: 1. La definizione dell'oggetto dell'appalto. – 2. La scelta della procedura di affidamento. – 3. La fissazione dei requisiti di partecipazione. – 4. La scelta del criterio di aggiudicazione e la valutazione delle offerte. – 5. Il subappalto - 6. Il contraente generale e il “mercato” dei sub-affidamenti – 7. L'esecuzione del contratto e la disciplina delle varianti.

1. La definizione dell'oggetto dell'appalto

Con riguardo alla definizione dell'oggetto contrattuale, occorre osservare come essa sia funzionale all'individuazione del bene, servizio o opera che possa in modo ottimale rispondere alle esigenze della pubblica amministrazione e, in ultima analisi, della collettività.

Una scorretta definizione di esso può condurre, in un'ottica concorrenziale, ad una delimitazione impropria del mercato rilevante, ossia dell'ambito merceologico o geografico entro il quale gli operatori economici competono per aggiudicarsi la gara. In particolare, sono state individuate tre ipotesi di definizione dell'oggetto contrattuale, suscettibili di falsare il gioco della concorrenza¹³⁷.

¹³⁷ G.URBANO, *La disciplina dei contratti pubblici tra tutela della concorrenza e misure anticrisi*, in www.neldiritto.it. Agcm, AS187, *Bandi di gara in materia di appalti pubblici*, 17 dicembre 1999.

La prima ipotesi concerne l'eccessivo ampliamento dell'oggetto della gara. Secondo l'AGCM, ciò si verifica quando la stessa gara comporta l'aggiudicazione di beni o servizi tra di loro qualitativamente disomogenei, ovvero quando ciascuno di essi risponde ad una funzione specifica e che, dunque, potrebbe costituire oggetto di una separata ed autonoma gara.

Con l'artificiale allargamento dell'oggetto della gara, le amministrazioni possono precludere l'accesso a determinate categorie di operatori, in particolare a quelle in grado di realizzare solo una singola prestazione, ma incapaci di svolgere l'intero insieme delle prestazioni richieste.

In particolare, l'AGCM rileva come, in alcuni settori, al fine di fornire determinati beni o servizi, si richiedano autorizzazioni specifiche che non sembrano necessarie per lo svolgimento di altre attività; l'accorpamento in un unico bando di beni e servizi caratterizzati da obblighi regolamentari diversi determina l'esclusione automatica di tutte le imprese che non dispongono delle autorizzazioni a svolgere una parte delle prestazioni richieste, ma che sarebbero perfettamente in grado di svolgere altre prestazioni incluse nel bando¹³⁸.

Al riguardo, la disciplina del Codice dei contratti pubblici permette di sopperire ai *deficit* relativi ai requisiti di partecipazione alla gara in capo a ciascun partecipante, mediante gli istituti del raggruppamento d'impresa (art. 37) e dell'avvalimento (art. 49).

A bene vedere, rimarrebbe il disvalore concorrenziale in quelle ipotesi in cui – stante la scorretta conformazione della gara - un

¹³⁸ G.URBANO, *La disciplina dei contratti pubblici tra tutela della concorrenza e misure anticrisi*, in www.neldiritto.it. Agcm, AS187, *Bandi di gara in materia di appalti pubblici*, cit.

soggetto sia costretto al ricorso a tali forme di cooperazione che provocano notevoli costi transattivi.

Una seconda anomalia concorrenziale si verifica nel caso opposto di frazionamento dell'oggetto del contratto. La differenza rispetto alla prima ipotesi - in cui l'ampliamento dell'oggetto investe beni qualitativamente disomogenei - consiste nell'omogeneità dei beni oggetto del frazionamento. L'elemento distorsivo della concorrenza risiede nel fatto che tale frazionamento produce un abbassamento dell'importo economico della gara e, dunque, l'applicazione di regole meno stringenti nell'ambito della pubblicità, importando, inoltre, grandi difficoltà alle imprese straniere per la partecipazione alla gara, in quanto magari non adeguatamente informate sull'indizione della procedura di gara.

Giova ricordare che, al riguardo, è intervenuto di recente il legislatore che, con un occhio attento alle esigenze delle piccole e medie imprese, ha imposto la suddivisione in lotti: al fine di favorire l'accesso alle gare delle piccole e medie imprese, le stazioni appaltanti debbono, ove possibile ed economicamente conveniente, suddividere gli appalti in lotti funzionali (art. 2, commi 1-*bis* del Codice, inserito dall'art. 44, comma 7, l. n. 214 del 2011).

Sulla stessa scia si è mosso il legislatore europeo, atteso che le nuove direttive europee fanno espresso riferimento alla tutela delle micro, piccole e medie imprese.

A questo punto della trattazione, si pone il problema di valutare la portata di tali disposizioni che potrebbero apparire addirittura in antitesi con l'esigenza pro-concorrenziale di non frazionare l'oggetto della gara.

Al riguardo, non può sottacersi come già nel passato l'AGCM abbia evidenziato che, in alcune circostanze, la suddivisione in lotti

possa avere effetti positivi per la concorrenza, purché siano rispettate due condizioni.

La prima è che *"il numero dei lotti sia determinato in modo tale da risultare sempre inferiore al numero dei partecipanti alla gara"*¹³⁹, imponendo a carico della stazione appaltante l'onere di un'adeguata considerazione *"delle caratteristiche e della struttura dei mercati di riferimento, volta ad una determinazione del numero dei lotti che tenga conto, caso per caso e nei limiti delle informazioni disponibili, del numero e delle dimensioni degli operatori che prenderanno parte alle gare"*¹⁴⁰.

La seconda condizione rilevante è che non sia limitato il numero di lotti di cui ciascun partecipante può risultare aggiudicatario, poiché *"una simile limitazione potrebbe favorire forme di coordinamento tra i partecipanti alla gara aventi ad oggetto la ripartizione dei lotti sui quali indirizzare le offerte"*¹⁴¹.

Il frazionamento in lotti, dunque, dovrebbe sottostare alle condizioni specifiche individuate dall'AGCM, al fine di favorire le piccole e medie imprese e sortire così effetti pro-concorrenziali, affinché sia garantita l'aderenza ai principi informativi del Codice dei contratti pubblici.

Una terza patologia della procedura di gara, riconducibile alla scorretta definizione dell'oggetto della gara, si verifica quando la *lex specialis*, anziché individuare le caratteristiche tecniche ed economiche che il bene deve presentare, identifica lo stesso mediante il riferimento ad un determinato marchio. Viene in rilievo la tematica delle "specifiche tecniche", a cui è dedicata una norma del Codice dei

¹³⁹ Agcm, AS251, *Bandi predisposti dalla concessionaria servizi informatici pubblici – Consip s.p.a.*, 7 febbraio 2003.

¹⁴⁰ *Ibidem*.

¹⁴¹ Agcm, parere 14 aprile 2000, S371, *Bando di gara per l'aggiudicazione del servizio sostitutivo di buoni pasto*.

contratti pubblici (art. 68 che riprende le norme comunitarie contenute nell'art. 23, direttiva 2004/18 e l'art. 34, direttiva 2004/17).

Il termine "specifiche tecniche" fa riferimento alle prescrizioni atte a definire le caratteristiche richieste della prestazione dedotta nel contratto. Esse definiscono, in particolare, le caratteristiche tecniche dei materiali, dei prodotti, forniture o dei servizi richiesti in modo che rispondano all'uso a cui sono destinati dall'amministrazione¹⁴².

Nel definire dettagliatamente l'oggetto della prestazione contrattuale, informano i potenziali offerenti degli aspetti a cui dovranno conformarsi obbligatoriamente le offerte da presentare e, inoltre, costituiscono un parametro di valutazione della regolarità delle offerte concorrenti.

¹⁴² L'allegato VIII al Codice ("Definizione di alcune specifiche tecniche") stabilisce che si intende per: a) "specifiche tecniche", nel caso di appalti pubblici di lavori, "l'insieme delle prescrizioni tecniche contenute, in particolare, nei capitolati d'oneri, che definiscono le caratteristiche richieste di un materiale, un prodotto o una fornitura e che permettono di caratterizzare un materiale, un prodotto o una fornitura in modo che rispondano all'uso a cui sono destinati dall'amministrazione aggiudicatrice o dagli enti aggiudicatori. Tra queste caratteristiche rientrano i livelli della prestazione ambientale, la progettazione che tenga conto di tutte le esigenze (ivi compresa l'accessibilità per i disabili) e la valutazione della conformità, la proprietà d'uso, la sicurezza o le dimensioni, incluse le procedure riguardanti il sistema di garanzia della qualità, la terminologia, i simboli, il collaudo ed i metodi di prova, l'imballaggio, la marcatura e l'etichettatura, le istruzioni per l'uso nonché i processi e i metodi di produzione. Esse comprendono altresì le norme riguardanti la progettazione e la determinazione dei costi, le condizioni di collaudo, d'ispezione e di accettazione delle opere nonché i metodi e le tecniche di costruzione come pure ogni altra condizione tecnica che l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore, può prescrivere, mediante regolamentazione generale o particolare, in relazione alle opere finite ed ai materiali o alle parti che la compongono".

b) "specifiche tecniche", nel caso di appalti pubblici di forniture o di servizi, sono invece "le specifiche contenute in un documento, che definiscono le caratteristiche richieste di un prodotto o di un servizio, quali i livelli di qualità, i livelli della prestazione ambientale, una progettazione che tenga conto di tutte le esigenze (ivi compresa l'accessibilità per i disabili) la valutazione della conformità, la proprietà d'uso, l'uso del prodotto, la sua sicurezza o le sue dimensioni, ivi compresi le prescrizioni applicabili al prodotto per quanto la denominazione di vendita, la terminologia, i simboli, il collaudo e i metodi di prova, l'imballaggio, la marcatura e l'etichettatura, le istruzioni per l'uso, i processi e i metodi di produzione, nonché le procedure di valutazione della conformità".

Le specifiche tecniche sono contenute nei documenti relativi al contratto da stipulare, quali il bando di gara, il capitolato d'oneri o gli altri documenti complementari.

Il Codice prevede, inoltre, una serie di criteri di riferimento per le "specifiche tecniche", che infatti devono essere definite in modo da tener conto dei criteri di accessibilità per i soggetti disabili, di una progettazione adeguata per tutti gli utenti e della tutela ambientale.

E' opportuno dar conto anche del limite funzionale delle specifiche tecniche, consistente nell'esigenza di consentire pari accesso agli offerenti, al fine di evitare la creazione di ostacoli ingiustificati all'apertura dei contratti pubblici alla concorrenza.

E' evidente come la tutela effettiva della concorrenza richieda, oltre al rigore nella valutazione e nella selezione dell'offerta nel corso della gara, anche la limitazione della discrezionalità dell'amministrazione nella fase a monte, ossia nell'individuazione dell'oggetto del contratto, così da evitare che la definizione dell'oggetto del contratto possa celare intenti discriminatori e anticoncorrenziali¹⁴³.

Nella definizione delle specifiche tecniche la stazione appaltante può avvalersi di varie modalità alternative, disciplinate analiticamente dal Codice, fatta salva comunque la possibilità dell'applicazione delle regole tecniche nazionali obbligatorie, nei limiti in cui siano compatibili con il diritto europeo.

Analizzando una prima modalità alternativa, si nota che le specifiche tecniche possono essere formulate mediante il rinvio a norme nazionali di derivazione europea o internazionali, omologazioni tecniche europee o nazionali, specifiche tecniche comuni o nazionali,

¹⁴³ Sulle specifiche tecniche e in particolare sul rapporto tra oggetto della prestazione contrattuale e tutela della concorrenza cfr. R. INVERNIZZI, *Specifiche tecniche*, in *Trattato sui contratti pubblici* (diretto da M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS e R. GAROFOLI), 2008, pp. 2046 e ss.

ad altri sistemi tecnici di riferimento adottati dagli organismi europei di normalizzazione, nel rispetto dell'ordine di preferenza fissato dallo stesso art. 68 del Codice¹⁴⁴.

Con riguardo alla seconda modalità alternativa, si osserva che essa consente la formulazione di specifiche tecniche in termini di prestazioni o di requisiti funzionali, che vanno specificati ad un livello di dettaglio tale da consentire agli offerenti di determinare in modo certo l'oggetto dell'appalto e alla stazione appaltante di aggiudicare l'appalto.

Il Codice prevede, infine, altre due modalità alternative che permettono di coniugare, secondo due diversi profili, le modalità di formulazione delle specifiche tecniche già esaminate.

¹⁴⁴ G.URBANO, *La disciplina dei contratti pubblici tra tutela della concorrenza e misure anticrisi*, in www.neldiritto.it. L'art. 68, comma 3, lett. a) del Codice stabilisce che “*Fatte salve le regole tecniche nazionali obbligatorie, nei limiti in cui sono compatibili con la normativa comunitaria, le specifiche tecniche sono formulate secondo una delle modalità seguenti: a) mediante riferimento a specifiche tecniche definite nell'allegato VIII, e, in ordine di preferenza, alle norme nazionali che recepiscono norme europee, alle omologazioni tecniche europee, alle specifiche tecniche comuni, alle norme internazionali, ad altri sistemi tecnici di riferimento adottati dagli organismi europei di normalizzazione o, se questi mancano, alle norme nazionali, alle omologazioni tecniche nazionali o alle specifiche tecniche nazionali in materia di progettazione, di calcolo e di realizzazione delle opere e di messa in opera dei prodotti. Ciascun riferimento contiene la menzione «o equivalente»*”. Con riferimento agli organismi di normalizzazione la disciplina di riferimento a livello comunitario è contenuta nella direttiva 98/34/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 giugno 1998, modificata dalla direttiva 98/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 luglio 1998. A livello nazionale la direttiva 98/34/CE è stata recepita con legge 21 giugno 1998, n. 317 relativa a “*Procedura d'informazione nel settore delle norme e regolamentazioni tecniche e delle regole relative ai servizi della società dell'informazione in attuazione della direttiva 98/34/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 giugno 1998, modificata dalla direttiva 98/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 luglio 1998*”. A livello internazionale, gli organismi cui occorre fare riferimento sono l'IEC (“*International Electrotechnical Commission*”) e l'ISO (“*International Organization for Standardization*”). A livello europeo, invece, operano il CENELEC (“*Comitato Europeo di Normazione Elettrotecnica*”), l'ETSI (“*Istituto europeo per la standardizzazione nelle telecomunicazioni*”) e il CEN (“*Comitato Europeo di Normazione*”) in relazione ai settori diversi da quelli in cui operano il CENELEC e l'ETSI. Gli organismi italiani sono invece il CEI (“*Comitato Elettrotecnico Italiano*”) e l'UNI (“*Ente Italiano di Unificazione*”).

Le stazioni appaltanti possono, infatti, stabilire le specifiche tecniche in termini di prestazioni o di requisiti funzionali per rinvio a norme, omologazioni o agli altri sistemi tecnici di riferimento adottati dagli organismi europei di normalizzazione. Quest'ultime specifiche tecniche assumono il ruolo di parametro di riferimento che consente di presumere la conformità alle prestazioni o ai requisiti fissati dalla stazione appaltante.

Occorre sottolineare che il Codice prevede un limite ancor più stringente in ordine al potere della stazione appaltante di fissare il contenuto delle specifiche tecniche: non possono, infatti, menzionare una fabbricazione o provenienza determinata o un procedimento particolare, né far riferimento a un marchio, a un brevetto o a un tipo, a un'origine o a una produzione specifica, che avrebbero come effetto di favorire o eliminare talune imprese o taluni prodotti, purché non siano giustificate dall'oggetto dell'appalto. Tale riferimento è autorizzato in via eccezionale solo quando una descrizione sufficientemente precisa e intelligibile dell'oggetto dell'appalto non sia possibile applicando le regole ordinarie già esaminate, a patto che sia sempre presente la dicitura “*o equivalente*”.

Preme evidenziare, inoltre, che la tutela della concorrenza e della *par condicio* tra gli offerenti, che costituisce la *ratio* delle disposizioni sulle specifiche tecniche di cui all'art. 68 del Codice, è idonea a spiegare le ulteriori previsioni sui poteri delle stazioni appaltanti di valutare la conformità delle offerte alle specifiche tecniche stabilite nei documenti di gara.

In particolare, le stazioni appaltanti non possono respingere un'offerta per il motivo che i prodotti e i servizi offerti non sono conformi alle specifiche alle quali hanno fatto riferimento, quando si avvalgono della possibilità di fare riferimento alle specifiche tecniche per rinvio a norme, omologazioni o gli altri sistemi tecnici di

riferimento adottati dagli organismi europei di normalizzazione, se nella propria offerta l'offerente prova in modo ritenuto soddisfacente dalle stazioni appaltanti, con qualsiasi mezzo appropriato, che le soluzioni da lui offerte rispondono in maniera equivalente ai requisiti definiti dalle specifiche tecniche.

Le stazioni appaltanti, inoltre, non possono respingere un'offerta di lavori, di prodotti o di servizi conformi ad una norma nazionale che recepisce una norma europea, ad un'omologazione tecnica europea, ad una specifica tecnica comune, ad una norma internazionale o ad un riferimento tecnico elaborato da un organismo europeo di normalizzazione se tali specifiche contemplano le prestazioni o i requisiti funzionali da esse prescritti.

E' di tutta evidenza la finalità di tali disposizioni codicistiche, tese a scongiurare il rischio che una disciplina troppo dettagliata delle specifiche tecniche possa essere strumentalmente utilizzata dalle stazioni appaltanti per restringere all'atto pratico l'oggetto dell'appalto ad un prodotto o servizio specifico (dando luogo al deprecabile fenomeno dei cd. bandi fotografia).

In relazione alla definizione dell'oggetto contrattuale, l'AGCM ha fornito alla stazione appaltante indicazioni ulteriori rispetto a quelle espresse dalla normativa di rango primario, al fine di orientare in senso pro-concorrenziale l'esercizio della discrezionalità amministrativa. Vi sono, infatti, situazioni particolari in cui l'astrattezza normativa sembra insufficiente e occorre fare ricorso alla potestà regolatoria della singola stazione appaltante rispetto al caso concreto, anche in considerazione del fatto che spesso la definizione specifica dell'oggetto contrattuale, attraverso l'indicazione del marchio, possiede un apprezzabile fondamento giustificativo per la pubblica amministrazione in termini di convenienza.

Per esigenze di completezza, occorre dar conto di alcuni pareri resi dall'AGCM, inerenti alla questione in esame, su bandi di gara per la fornitura di personal computer che prevedevano particolari specifiche *hardware e software* idonee a consentire la partecipazione alla gara ai soli produttori di computer dotati del sistema operativo Windows¹⁴⁵.

Non manca di osservare l'AGCM come i prodotti in questione siano caratterizzati da elevati *switching costs* dal lato del consumo: i costi che l'amministrazione dovrebbe sostenere per imparare ad utilizzare un nuovo sistema operativo sono spesso maggiori dei benefici che nel lungo termine possono derivare dall'uso dei nuovi prodotti¹⁴⁶. In simili circostanze l'identificazione dell'oggetto contrattuale con riferimento ad un marchio diffuso soddisfa la convenienza amministrativa.

Di contro, l'utilizzo del marchio rischia di "*pregiudicare la possibilità di soddisfare quella eventuale porzione della domanda [pubblica] che manifesti esigenze di beni con caratteristiche tecniche diverse da quelle previste nel bando*" o che sia comunque più incline al cambiamento. Vi è di più: spesso si pone in contrasto con i principi di concorrenza, poiché conduce all'esclusione dalla gara delle imprese che forniscono prodotti con marchi e tecnologie diversi da quelli

¹⁴⁵ Agcm, parere 20 ottobre 2002, S 509, *Fornitura di personal computer portatili e dei servizi connessi per le Pubbliche amministrazioni*, non pubblicato; parere 18 novembre 2002, S520, *Fornitura di personal computer desktop e dei servizi connessi per le Pubbliche amministrazioni*, non pubblicato. La definizione dell'oggetto contrattuale tramite il riferimento ad un marchio specifico è stata esaminata anche in Agcm, segnalazione 1 luglio 1999, AS178, *Appalti pubblici di forniture di materiale radiografico*, in *Boll.* n. 25/1999.

¹⁴⁶ Dell'analisi di questi pareri si è occupato M. CLARICH, *le condotte anticoncorrenziali nel settore degli appalti pubblici*, convegno paradigma 2010, nella cui relazione si sofferma anche sugli *switching costs* come strumento di concorrenza strategica tra le imprese, nell'ottica propria della teoria dei giochi che analizza le condotte degli operatori economici nei termini di un gioco con determinate strategie e pay off, richiamando J. CHURCH - R. WARE, *Industrial Organization. A Strategic Approach*, McGraw-Hill, 2000, p. 546 e ss.

richiesti, anche se migliori sia sotto il profilo economico che tecnico¹⁴⁷.

Si tratta di un caso emblematico di *trade off*, da una parte, tra convenienza e concorrenza, dall'altra tra la convenienza amministrativa di una porzione della domanda pubblica e quella di un'altra porzione con esigenze e sensibilità differenti.

In questi casi, secondo l'AGCM è importante evitare "*sia ingiustificate restrizioni della concorrenza, sia un arbitrario condizionamento degli utenti finali*", vale a dire i dipendenti pubblici¹⁴⁸, suggerendo "*l'adozione di ogni necessaria misura per il soddisfacimento dell'utenza che manifestasse esigenze di prodotti con specifiche tecniche differenti, non escludendo, per le relative commesse, la predisposizione di altre procedure di evidenza pubblica*"¹⁴⁹.

2. La scelta della procedura di affidamento

Come ampiamente illustrato in apertura, l'attività contrattuale della pubblica amministrazione, pur essendo manifestazione della capacità di diritto privato, è regolata, oltre che dal diritto privato, da disposizioni proprie dell'ordinamento pubblicistico.

¹⁴⁷ In questo senso cfr., ancora, M. CLARICH, *le condotte anticoncorrenziali nel settore degli appalti pubblici*, op. ult. cit.

¹⁴⁸ Agcm, AS251, *Bandi predisposti dalla concessionaria servizi informatici pubblici – Consip s.p.a. cit.*

¹⁴⁹ G.URBANO, *La disciplina dei contratti pubblici tra tutela della concorrenza e misure anticrisi*, in www.neldiritto.it.

In particolare, si appalesa come nei rapporti tra privati la scelta del contraente e ogni altra scelta relativa all'oggetto del contratto siano rimesse, di regola, all'autonomia negoziale delle parti e siano pertanto tendenzialmente libere; al contrario, la pubblica amministrazione incontra dei limiti nella fase formativa della sua volontà contrattuale. Nella fase che precede la conclusione del contratto di appalto, infatti, la scelta del soggetto contraente è sottratta all'ambito dei poteri di autonomia negoziale ed è affidata agli schemi del diritto pubblico, consistenti nelle cosiddette “*procedure ad evidenza pubblica*”¹⁵⁰, le quali culminano nel provvedimento amministrativo di individuazione del contraente.

Come noto, il procedimento ad evidenza pubblica, limitativo dell'autonomia negoziale della pubblica amministrazione, è caratterizzato da disposizioni inderogabili e costituisce lo strumento di verifica della conformità del contratto di appalto all'interesse pubblico.

L'interesse pubblico che presidia la fase di scelta del contraente privato, come si è visto, ha mutato la sua conformazione nel corso del tempo ed è oggi definito anche da disposizioni cogenti di derivazione europea.

Nel corso dell'esposizione, si ha avuto modo di illustrare come nell'assetto normativo originario della legislazione di contabilità, l'asta pubblica assumesse un ruolo primario tra le quattro tipologie di procedure ad evidenza pubblica previste, trattandosi di un sistema generale di scelta del contraente, mentre le altre procedure erano

¹⁵⁰ S. MEZZACAPO, *Procedure ad evidenza pubblica*, in *Dizionario di diritto amministrativo* (a cura di M. CLARICH e G. FONDERICO), 2008, pp. 521 e ss. Sulle procedure ad evidenza pubblica in generale cfr. M. CAFAGNO, *Gare pubbliche*, in *Dizionario di diritto pubblico* (diretto da S. CASSESE), 2006, pp. 2651 e ss. M. ATELLI, *L'attività contrattuale della pubblica amministrazione*, in AA.VV., *Lineamenti di diritto amministrativo*, 2006, pp. 705 e ss.; F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, 2006, pp. 1221 e ss.

considerate sistemi di selezione eccezionali¹⁵¹. Per lungo tempo, dunque, l'asta pubblica è stata la procedura più importante tra quelle ad evidenza pubblica perché, nell'ottica della normativa di contabilità, ancora estranea alla finalità pro-concorrenziale, era idonea a garantire il massimo della partecipazione e, al contempo, evitava qualsiasi forma cooperativa *ex post*, predefinendo in modo rigido e imm modificabile l'oggetto della gara.

Nel corso del tempo, ampio spazio è stato affidato anche alla licitazione privata che ha assunto il carattere di sistema generale e ordinario di selezione dei contraenti, discrezionalmente utilizzabile dall'amministrazione in alternativa all'asta pubblica¹⁵².

Tale impostazione è stata confermata dal diritto europeo e, di conseguenza dal Codice, che considera le procedure ristrette, al pari delle procedure aperte, come procedure ordinarie di selezione dei contraenti¹⁵³.

¹⁵¹ In base alla versione originaria dell'art. 3 del R.D. n. 2440/1923 *“Tutti i contratti dai quali derivi una entrata od una spesa per lo Stato debbono essere preceduti da pubblici incanti, a meno che, per particolari ragioni, delle quali dovrà farsi menzione nel decreto di approvazione del contratto, e limitatamente ai casi da determinarsi nel regolamento, l'amministrazione non ritenga preferibile la privata licitazione”*. Il carattere di sistema generale di selezione dei contraenti attribuito esclusivamente all'asta pubblica o pubblico incanto era confermato anche dall'art. 37 del R.D. n. 827/1924, in base al quale: *“Tutti i contratti dai quali derivi entrata o spesa dello Stato debbono essere preceduti da pubblici incanti, eccetto i casi indicati da leggi speciali e quelli previsti nei successivi articoli”*.

¹⁵² L'art. 2, D.P.R. 30 giugno 1972, n. 627 ha modificato l'art. 3 del R.D. n. 2440/1923, che, dopo tale modifica ha parificato la licitazione privata al pubblico incanto nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica: *“I contratti dai quali derivi una spesa per lo Stato debbono essere preceduti da gare mediante pubblico incanto o licitazione privata, a giudizio discrezionale dell'amministrazione”*.

¹⁵³ Anche prima dell'entrata in vigore del Codice la legislazione nazionale in materia di appalti di lavori, servizi e forniture confermava che la licitazione privata al pari dell'asta pubblica o pubblico incanto doveva considerarsi sistema ordinario di selezione del contraente: art. 20 della legge n. 104/1994 (in relazione agli appalti di lavori pubblici); art. 9 del d.lgs. n. 358/1992 (in relazione agli appalti di fornitura); art. 6 del d.lgs. n. 157/1995 (in relazione agli appalti di servizi). In relazione ai settori esclusi, oggi definiti settori speciali, l'art. 12 del d.lgs. n. 158/1995 dava già preferenza alla tripartizione operata dal diritto comunitario. Tuttavia riconosceva la vigenza del sistema classificatorio tradizionale in relazione agli appalti indetti da alcuni soggetti pubblici. Infatti, in relazione a *“le amministrazioni dello Stato, le*

In particolare, il sistema delineato dalle disposizioni contenute nella legislazione di contabilità dello Stato è stato affiancato dalla sopravvenuta normativa comunitaria¹⁵⁴.

La legislazione interna, nel recepire le innovazioni di ordine sostanziale dettate dal diritto comunitario, ha mantenuto la tradizionale denominazione delle procedure ad evidenza pubblica, sia pure alla luce delle nuove classificazioni comunitarie¹⁵⁵.

Occorre evidenziare che, rispetto alla quadripartizione prevista dalla legislazione nazionale, il diritto comunitario ha distinto “*procedure aperte*”, “*procedure ristrette*” e “*procedure negoziate*” (art. 1, comma 11, direttiva n. 2004/17/Ce e art. 1, comma 9, direttiva

regioni, le province autonome di Trento e Bolzano, gli enti territoriali e locali, gli altri enti pubblici non economici, gli organismi di diritto pubblico comunque denominati e loro associazioni”, l’art. 12 precisava che a) il pubblico incanto costituisce procedura aperta; b) la licitazione privata e l’appalto concorso costituiscono procedure ristrette; c) la trattativa privata preceduta dalla pubblicazione di un bando costituisce procedura negoziata.

¹⁵⁴ Cfr. R. CARANTA, *I contratti pubblici*, in *Sistema del diritto amministrativo italiano*, a cura di F.G. SCOCA, F.A. ROVERSI MONACO e G. MORBIDELLI, 2004; A. MASSERA, *I contratti*, in *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo generale*, II, a cura di S. CASSESE, pp. 1547 e ss.

¹⁵⁵ A livello comunitario, le direttive 93/37/Cee (relativa agli appalti pubblici di lavori nei settori ordinari), 93/36/Cee (relativa agli appalti pubblici di fornitura nei settori ordinari), 92/50/Cee (relativa agli appalti pubblici di servizi nei settori ordinari) 92/50/Cee (relativa agli appalti pubblici di servizi) 93/38/Cee (relativa agli appalti degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni- cd. settori esclusi) utilizzano la tripartizione terminologica (“*procedure aperte*”, “*procedure ristrette*” e “*procedure negoziate*”) confermata poi dalle successive direttive 2004/17/Ce (relativa agli appalti di lavori, servizi, e forniture nei settori speciali, ex settori esclusi) e 2004/18/Ce (relativa agli appalti di lavori, servizi e forniture nei settori ordinari). Rispetto alla distinzione terminologica operante nel diritto comunitario, nell’ordinamento interno è stata conservata la quadripartizione tradizionale. Tuttavia lo stesso legislatore nazionale ha correlato le categorie interne alle definizioni comunitarie, stabilendo sostanzialmente che: a) l’asta pubblica o pubblico incanto costituisce procedura aperta; b) la licitazione privata e l’appalto concorso costituiscono procedure ristrette; c) la trattativa privata costituisce procedura negoziata. Le disposizioni di riferimento erano contenute nell’art. 6 e 7 del d.lgs 17 marzo 1995 n. 157 (relativo agli appalti pubblici di servizi), l’art. 9 del d.lgs. 24 luglio 1992, n. 358 (relativo agli appalti pubblici di forniture) e l’art. 12 del d.lgs 17 marzo 1995, n. 158 (relativo agli appalti nei settori esclusi). L’art. 20 della legge n. 109/1994 non faceva alcun riferimento, invece, alla tripartizione classificatoria operata dalle direttive comunitarie in materia di appalti.

2004/18/Ce, in continuità con le previsioni della direttiva 93/37/Cee sui lavori pubblici, la direttiva 93/36/Cee sulle forniture, la direttiva 92/50/Cee relativa ai servizi e la direttiva 93/38/Cee sugli appalti nei settori esclusi)¹⁵⁶.

Come noto, la distinzione terminologica utilizzata in ambito comunitario è recepita oggi nell'ordinamento nazionale con l'art. 3 del Codice, relativo alle “*definizioni*” e con l'art. 54, dedicato alle “*procedure per l'individuazione degli offerenti*”. Emerge come, rispetto al passato, non si faccia più menzione delle classificazioni tradizionali (asta pubblica o pubblico incanto, licitazione privata, appalto-concorso e trattativa privata) che avevano origine nella legislazione di contabilità.

Ciò nonostante, le originarie procedure previste dalla legislazione previgente al Codice possono essere ricondotte nell'ambito delle nuove categorie codicistiche, sia pure tenendo in considerazione le innovazioni di ordine sostanziale introdotte su impulso del diritto comunitario.

L'asta pubblica è una procedura aperta, la licitazione privata potrebbe essere definita come procedura ristretta e, infine, la trattativa privata è assimilabile alla procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara.

¹⁵⁶ Le procedure aperte sono “*le procedure in cui ogni operatore economico interessato può presentare un'offerta*”, mentre le procedure ristrette sono “*le procedure alle quali ogni operatore economico può chiedere di partecipare e in cui possono presentare un'offerta soltanto gli operatori economici invitati dalle stazioni appaltanti, con le modalità stabilite dal presente codice*” (art. 3, commi 37 e 38 del Codice). Le procedure negoziate sono “*le procedure in cui le stazioni appaltanti consultano gli operatori economici da loro scelti e negoziano con uno o più di essi le condizioni dell'appalto. Il cottimo fiduciario costituisce procedura negoziata*” (art. 3, comma 40).

A ben vedere, poi, oltre alle tradizionali tipologie di procedure ad evidenza pubblica, il diritto europeo ha previsto anche nuove figure non conosciute nella legislazione previgente.

In caso di appalti particolarmente complessi, infatti, le stazioni appaltanti possono promuovere il “*dialogo competitivo*”, una particolare procedura in cui la stazione appaltante avvia, in una prima fase, un dialogo con i candidati ammessi alla procedura al fine di elaborare una o più soluzioni che soddisfino le sue esigenze. Ma è solo nella seconda fase di tale procedura che la stazione appaltante invita i candidati selezionati a presentare le offerte, dopo aver definito con i privati il progetto ottimale in relazione alle proprie necessità.

In occasione del recepimento delle direttive europee, il legislatore ha previsto, inoltre, la possibilità per le stazioni appaltanti di avvalersi degli “*accordi quadro*”, ossia degli accordi che possono essere conclusi tra uno o più stazioni appaltanti e uno o più operatori economici allo scopo di stabilire le clausole degli appalti da aggiudicare in un dato periodo¹⁵⁷.

Mentre il diritto positivo considera l'accordo quadro come mera modalità di svolgimento delle procedure aperte o ristrette, la struttura dell'istituto potrebbe far ritenere che esso sia un'autonoma procedura ad evidenza pubblica alternativa a quelle tradizionali¹⁵⁸.

In particolare, il Codice dei contratti pubblici non si limita a disciplinare le singole procedure ad evidenza pubblica, ma indica anche i criteri di base che si impongono alle stazioni appaltanti nella loro scelta rispetto a ciascun caso concreto.

¹⁵⁷ La figura dell'accordo quadro era in precedenza prevista anche dall'art. 16 del d. lgs 17 marzo 1995, n. 158 relativo agli appalti nei settori esclusi o, secondo la denominazione odierna, settori speciali.

¹⁵⁸ La natura dell'accordo quadro come mera modalità di svolgimento della procedura ad evidenza pubblica e non come autonoma procedura ad evidenza pubblica deriverebbe, infatti, dall'art. 54 del Codice, dedicato alle “*procedure per l'individuazione degli offerenti*”, che non annovera l'accordo quadro accanto alle procedure tradizionali.

Si è già constatato come, in genere, procedura aperta e procedura ristretta siano figure liberamente utilizzabili dalle stazioni appaltanti, mentre il dialogo competitivo e la procedura negoziata siano, invece, ipotesi eccezionali utilizzabili solo nei casi e/o alle condizioni specifiche espressamente previste (art. 54, commi 2, 3 e 4).

Giova sottolineare che tale fungibilità tra procedura aperta e ristretta è temperata però in alcuni casi determinati dal Codice. Quest'ultimo attribuisce una preferenza alla procedura ristretta, in una prima ipotesi, in ragione dell'oggetto del contratto, e in una seconda ipotesi, a causa del criterio di aggiudicazione scelto dalla stazione appaltante (art. 55, comma 2)¹⁵⁹.

Nel dettaglio, il Codice ritiene preferibile la procedura ristretta rispetto alla procedura aperta nei casi in cui il contratto d'appalto non abbia ad oggetto la sola esecuzione o quando il criterio di aggiudicazione sia quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Il Codice presume, invece, che la struttura della procedura ristretta sia più idonea a consentire alla stazione appaltante la scelta più efficiente quando l'oggetto del affidamento riguarda anche la fase progettuale più complessa, che si pone a monte della mera esecuzione, o quando il criterio di aggiudicazione scelto comporta la proposizione di offerte più articolate rispetto alla mera offerta del prezzo più basso.

La preferenza espressa dal Codice per la procedura ristretta importa che se la stazione appaltante volesse comunque avvalersi della procedura aperta dovrebbe giustificare la sua scelta con una

¹⁵⁹ La disposizione in commento non si applica ai settori speciali. Infatti l'art. 206 del Codice (che è l'articolo di apertura sugli appalti nei settori speciali), nel disciplinare le disposizioni sugli appalti nei settori ordinari che si applicano anche ai settori speciali, non richiama l'art. 55, comma 2.

motivazione specifica in ordine alle ragioni per le quali ha ritenuto opportuno derogare ai dettami del legislatore¹⁶⁰.

Quando però l'oggetto dell'affidamento riguarda la sola esecuzione o se il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso, la stazione appaltante non ha un onere motivazionale particolarmente intenso e deve, comunque, indicare nella determina a contrarre se intende svolgere una procedura aperta o una procedura ristretta (art. 55, comma 1)¹⁶¹.

Fino a qualche tempo fa, la distinzione tra procedure aperte e ristrette era, comunque, più formale, atteso che si risolveva principalmente nelle diverse cadenze procedimentali, ma il risultato finale in entrambi i casi era l'apertura della gara a tutti coloro che avessero presentato domanda di partecipazione.

Preme evidenziare il carattere bifasico della procedura ristretta: la prima fase concerne l'accertamento dei requisiti di partecipazione richiesti, mentre la seconda comporta l'invio della lettera di invito a partecipare alla gara successiva. La procedura aperta rimane invece una procedura monofasica, ad accesso diretto e senza la necessità di un previo invito, dove le domande di partecipazione e le offerte sono presentate contestualmente e valutate nella medesima fase¹⁶².

Prima dell'entrata in vigore dell'art. 4, comma 3, lett. e-ter e comma 2, lett. g-bis), legge n. 106 del 2011, nella procedura ristretta

¹⁶⁰ M. SANINO e L. AURELI, *Oggetto del contratto e procedure di scelta del contraente (artt. 53 – 62)*, in *Commento al Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture* (a cura di M. Sanino), 2006, p. 226.

¹⁶¹ La stazione appaltante è tenuta comunque a motivare le scelte svolte: P. CIRIACO, *Procedure aperte e procedure ristrette (art. 55)*, in *Codice degli appalti pubblici* (a cura di P. DE LISE e R. GAROFOLI), 2007, p. 289; M. SANINO e L. AURELI, *Oggetto del contratto e procedure di scelta del contraente (artt. 53 – 62)*, *op. cit.*, p. 226. Negli appalti nei settori speciali, in base all'art. 206 (che, come ricordato, disciplina le disposizioni applicabili), la disposizione in commento si applica solo a quegli enti aggiudicatori che sono "amministrazioni aggiudicatrici" secondo la definizione prevista dall'art. 3, comma 25 del Codice.

¹⁶² G. URBANO, *Procedure per la scelta del contraente (artt. 54-80)*, in *Commentario al Codice dei contratti pubblici* (a cura di M. CLARICH), pp. 350 e ss.

l'invito a partecipare alla gara doveva essere esteso a "tutti" coloro che fossero in possesso dei requisiti previsti. Con tale intervento legislativo è stata prevista la possibilità di inserire un limite numerico di soggetti idonei, mentre in precedenza tale possibilità era consentita solo con riferimento ai lavori superiori ai 40 milioni di euro (si trattava del metodo della c.d. forcella).

Il Codice attribuisce medesima dignità pro-concorrenziale alla procedura aperta e a quella ristretta, tanto che la scelta tra le due è rimessa alla stazione appaltante, mentre la procedura negoziata può essere esperita solo nei casi tassativamente previsti dalla legge. E' sempre fatta salva, comunque, la facoltà della stazione appaltante di utilizzare una procedura aperta o ristretta anche in presenza dei presupposti che legittimerebbero l'utilizzo della procedura negoziata¹⁶³.

A livello procedurale, inoltre, il Codice prevede due diverse configurazioni della procedura negoziata, riproducendo una distinzione già presente nel nostro ordinamento.

E' bene evidenziare che le differenze esistenti tra le due specie di procedura negoziata non incidono esclusivamente sugli aspetti formali, ma investono la struttura sostanziale della procedura, creando due istituti diversi.

La procedura negoziata previa pubblicazione del bando è una procedura a concorso, sia pure limitato, caratterizzata dalla presenza di un procedimento di scelta predeterminato in via legislativa e obbligatorio in ogni caso per la stazione appaltante. Il potere di scelta dell'amministrazione non è però limitato direttamente in via legislativa, ma è posto l'obbligo di fissare nel bando i criteri di selezione dei contraenti da invitare alla fase della negoziazione.

¹⁶³ La facoltatività deriva anche dalle disposizioni comunitarie: cfr. R. DE NICTOLIS, *La procedura negoziata*, op. cit., pp. 433 e ss.

La procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando, invece, è caratterizzata da una procedimentalizzazione minima rispetto a quella più estesa della procedura negoziata con pubblicazione del bando. Dal punto di vista sostanziale, nonostante il legislatore abbia imposto una serie di principi da osservare, l'applicazione degli stessi consente comunque l'esercizio di un potere ampiamente discrezionale in ordine alla scelta degli operatori da invitare alla negoziazione.

Non mancano profili di criticità con riferimento al rispetto dei principi di concorrenza che hanno determinato interpretazioni giurisprudenziali restrittive con riguardo ai vari presupposti di legge in forza dei quali è consentito l'esperimento della procedura¹⁶⁴.

E' opportuno notare che il Codice prevede attualmente due soli casi in cui le stazioni appaltanti possono affidare contratti pubblici mediante procedura negoziata previa pubblicazione di un bando di gara.

Nella prima ipotesi, la stazione appaltante può aggiudicare l'appalto tramite procedura negoziata quando, all'esito della procedura indetta, non è stato possibile procedere con l'aggiudicazione, in quanto tutte le offerte presentate sono irregolari o inammissibili.

L'offerta può definirsi irregolare quando manchi dei requisiti di forma e di validità previsti dal Codice o da specifiche disposizioni regolamentari o dal bando¹⁶⁵. L'offerta è invece inammissibile quando è colpita da una causa di esclusione dovuta alla insussistenza dei

¹⁶⁴ In questo contesto ci si occuperà solo della procedura negoziata nei settori ordinari. La procedura è ammessa anche nei settori speciali a condizioni parzialmente diverse. G. URBANO, *Procedimento, responsabilità e rischi nella procedura negoziata senza bando: tutela della concorrenza e profili ordinamentali connessi* in *GiustAmm.it*, 10 settembre 2012.

¹⁶⁵ P. CIRIACO, *Procedura negoziata previa pubblicazione del bando di gara (art. 56)*, op. cit., p. 296, secondo cui si tratta di requisiti posti a garanzia della *par condicio* tra i concorrenti e diretti ad assicurare la regolarità e l'imparzialità della gara.

requisiti soggettivi o oggettivi previsti dal Codice¹⁶⁶. Si tratta di ipotesi caratterizzate dall'assenza di offerte o in cui il giudizio di irregolarità e inammissibilità non coinvolge valutazioni di adeguatezza e per questa ragione la disposizione non opera nel caso di gara deserta o di offerte regolari e/o ammissibili ma inappropriate¹⁶⁷.

Nella seconda ipotesi, invece, vengono in rilievo i casi di appalti di lavori, il cui scopo sia circoscritto alla ricerca, alla sperimentazione o alla messa a punto inidonei alla realizzazione di un lucro per la stazione appaltante. Da un punto di vista pratico, la fattispecie potrebbe essere di dubbia applicazione nelle ipotesi di appalti misti, nei quali l'oggetto riguarda solo in parte lo scopo descritto dalla norma. In tali casi si dovrebbe fare riferimento ad un criterio di prevalenza economica, con la conseguenza che, in caso di appalti misti, la procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando potrebbe essere esperita solo quando il valore della prestazione correlato agli scopi di ricerca, sperimentazione o messa a punto sia superiore a quello delle prestazioni correlate¹⁶⁸.

Si è già evidenziato che il Codice ha provveduto anche a definire in modo tassativo il perimetro oggettivo di applicabilità della procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando. In particolare, l'art. 57 distingue tra: *i*) procedure negoziate ammissibili in tutti e tre i settori (lavori, servizi e forniture); *ii*) procedure consentite sia nel settore dei lavori che dei servizi; *iii*) procedure esperibili solo con riferimento agli appalti di forniture; *iv*) e, infine, procedure ammissibili nel solo settore dei servizi.

¹⁶⁶ Sui concetti di irregolarità e inammissibilità in giurisprudenza: cfr. T.A.R. Puglia Lecce sez. II 16 maggio 2005 n. 2775; T.A.R. Lazio Roma sez. II 5 marzo 2004 n. 2139

¹⁶⁷ In tal senso anche R. DE NICTOLIS e C. VOLPE, *Le procedure aperte, ristrette e negoziate*, op. cit., pp. 1769 e ss.

¹⁶⁸ Cfr. DE NICTOLIS e C. VOLPE, *Le procedure aperte, ristrette e negoziate*, op. cit., p. 1774, i quali richiamano alcuni precedenti orientamenti giurisprudenziali.

Più nel dettaglio, le stazioni appaltanti possono ricorrere all'istituto in commento per tutti e tre i settori nelle seguenti ipotesi:

a) Gara deserta: l'ipotesi si verifica quando all'esito dell'esperimento di una procedura aperta o ristretta non sia stata presentata alcuna offerta, ovvero alcuna offerta appropriata. Si osserva che anche in tale ipotesi le stazioni appaltanti debbono mantenere ferme le condizioni sostanziali del contratto come posto a base della precedente procedura, e devono trasmettere alla Commissione dell'Unione Europea (qualora ne faccia richiesta) una relazione sulle ragioni della mancata aggiudicazione del contratto nella prima gara e dell'opportunità di ricorrere alla procedura negoziata.

Si osserva come la procedura in esame sia ammissibile nel caso di offerte formalmente valide ma sostanzialmente inadeguate, cioè valutate negativamente dal punto di vista tecnico/economico. La disposizione parifica dunque le offerte inadeguate sul piano tecnico/economico a quelle non pervenute¹⁶⁹.

Al riguardo, la giurisprudenza ha precisato che la *lex specialis* non possa avere contenuti innovativi rispetto all'oggetto del precedente procedimento con riferimento ai contenuti prestazionali, mentre i requisiti richiesti per l'ammissione possono essere modificati al fine di ampliare il ventaglio dei possibili candidati attraverso la riapertura della gara¹⁷⁰.

E' opportuno osservare come la procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara in caso di offerte inappropriate in una precedente procedura aperta o ristretta sia, dunque, un procedimento autonomo rispetto alla prima gara e dunque la stazione

¹⁶⁹ In tal senso cfr. P. CIRIACO, *Procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara*, in *Codice degli appalti pubblici* (R. GAROFOLI e G. FERRARI, p. 303).

¹⁷⁰ Cons. St., sez. V, 8 luglio 2002, n. 3790; T.A.R. Puglia, sez. I, 21 marzo 2006, n. 926.

appaltante non è tenuta ad invitare alla seconda gara solo le imprese che avevano presentato offerte nella prima non andata a buon fine¹⁷¹.

b) Unico operatore: l'ipotesi si verifica quando per ragioni di natura tecnica, artistica, ovvero afferenti alla tutela di diritti di esclusiva, il contratto possa essere affidato ad un unico operatore determinato. In simili circostanze, lo svolgimento di un confronto concorrenziale si tradurrebbe in un dispendio inutile di risorse.

L'unicità del prestatore può derivare anzitutto da diritti di esclusiva su determinati processi di fabbricazione, sempre che in virtù di tali diritti un solo soggetto possa prestare il servizio di interesse dell'amministrazione¹⁷². Può altresì dipendere da motivi di natura tecnica che determinano *ex ante* il possibile esecutore.

E' opportuno porre in rilievo che tale clausola di deroga al confronto concorrenziale va intesa restrittivamente. Spetta poi al soggetto aggiudicatore che intende avvalersene provare che ricorrano le condizioni di legge¹⁷³. In particolare, secondo l'elaborazione giurisprudenziale formatasi sull'ipotesi simile prevista dall'art. 41, n. 2 del R.D. n. 827/1924 non è sufficiente la mera affermazione che l'attività dell'aggiudicataria non risulti esercitata da altra impresa, ma è necessario svolgere una preventiva indagine di mercato che attesti in modo obiettivo la veridicità del presupposto previsto dalla disposizione in esame¹⁷⁴.

Nella casistica in materia è altresì precisato che l'amministrazione debba individuare le caratteristiche "esclusive" del servizio "con estremo rigore e ampiezza descrittiva in modo da poter

¹⁷¹ R. DE NICTOLIS e C. VOLPE, *Le procedure aperte, ristrette e negoziate*, op. cit., p. 1784.

¹⁷² Cfr. Corte giust., 3 maggio 1994, *Commissione c. Spagna*, in causa C-328/92, al punto 17.

¹⁷³ Corte giust., *Commissione c. Spagna*, cit., ai punti 15-16; v. anche Corte giust., 14 settembre 2004, *Commissione c. Italia*, in causa C-385/02, ai punti 18-24.

¹⁷⁴ R. DE NICTOLIS e C. VOLPE, *Le procedure aperte, ristrette e negoziate*, op. cit., p. 1785.

dimostrare l'inutilità o comunque l'impossibilità di un confronto concorrenziale"¹⁷⁵. Le caratteristiche del servizio devono essere connesse "a specifiche esigenze di tutela dell'interesse pubblico [...] diversamente, il principio di par condicio potrebbe risultare agevolmente eluso, mercé l'inserimento di caratteristiche tecniche del tutto irrilevanti o minimali rispetto all'effettiva destinazione pubblica del bene, che nella sua configurazione tipica potrebbe invece essere fornito da più d'una impresa"¹⁷⁶.

Quanto alle ragioni per il ricorso dell'affidamento diretto, si osserva come debbano essere esclusivamente di natura tecnica e debbano consistere in qualità particolari dell'impresa, tali da farla apparire, sotto il profilo dei processi produttivi di cui è capace, come l'unica in grado di eseguire un contratto dalle caratteristiche particolari¹⁷⁷. Non sono invece rilevanti ragioni di convenienza operativa, di opportunità amministrativa o di vantaggio economico¹⁷⁸.

E' evidente come l'indagine di mercato rappresenti lo strumento per poter giustificare in modo attendibile la sussistenza del presupposto in esame.

Nel vigore della disciplina anteriore al Codice, l'indagine di mercato è stata ritenuta alla stregua di una mera consultazione informale del mercato stesso, finalizzata non già alla ricerca del contraente ma del soggetto con cui intavolare la susseguente trattativa privata: procedura che, per sua natura, non soggiace ai vincoli che

¹⁷⁵ Tar Campania, Napoli, sez. I, 10 novembre 2005, n. 18839; v. anche Cons. St., sez. V, 10 giugno 2002, n. 3208, che chiede di "spiegare in modo analitico e ragionevole per quale motivo ricorrano i presupposti indicati dalle norme richiamate per poter ricorrere a tale schema, a carattere eccezionale".

¹⁷⁶ id.; v. anche, in termini di principio, Cons. St., sez. IV, 6 ottobre 2004, n. 6491.

¹⁷⁷ Tar Lombardia, Milano, sez. III, 3 novembre 2004, n. 5575; Tar Sicilia, Palermo, 12 maggio 1998, n. 875.

¹⁷⁸ Cons. St., sez. V, 18 giugno 2001, n. 3213; Tar Sicilia, Palermo, 14 dicembre 1998, n. 2836.

irrigidiscono l'azione amministrativa in uno schema concorsuale in senso stretto¹⁷⁹.

L'indagine di mercato deve essere dunque preordinata esclusivamente a conoscere l'assetto di mercato, e cioè quali sono i potenziali offerenti e il tipo di condizioni contrattuali che essi sono disposti a praticare. Da un punto di vista procedurale, si osserva che le modalità concrete di svolgimento dell'indagine sono tendenzialmente libere, fermo restando gli obblighi di trasparenza, non discriminazione e parità di trattamento. Anche la valutazione dei dati ottenuti dall'indagine di mercato deve essere obiettiva e/o attendibile e comunque improntarsi ai principi di logicità e ragionevolezza, atteso che ogni valutazione distorta potrebbe, infatti, comportare a valle un vizio della motivazione o altra figura sintomatica dell'eccesso di potere.

c) Estrema urgenza: l'ipotesi si verifica quando, a causa di ragioni di estrema urgenza dovute ad eventi imprevedibili e non imputabili alla Amministrazione, l'esecuzione del lavoro, del servizio o della fornitura non sono compatibili con il rispetto delle regole procedurali e i termini imposti dalle procedure ordinarie ovvero dalla procedura negoziata previo bando.

Ai fini della sussistenza in concreto del presupposto oggettivo in commento sono necessarie tre condizioni: (i) l'evento imprevedibile, (ii) un'eccezionale urgenza incompatibile con i termini richiesti da altre procedure (iii) il nesso di causalità tra l'evento straordinario e la situazione di eccezionale urgenza che ne deriva¹⁸⁰.

¹⁷⁹ G.URBANO, *La disciplina dei contratti pubblici tra tutela della concorrenza e misure anticrisi*, in www.neldiritto.it. T.A.R. Veneto, sez. I, 4 novembre 2002, n. 6199 che richiama Cons. St., Sez. V, 20 settembre 1990 n. 686 e Cons. St., Sez. V, 28 giugno 1995 n. 649.

¹⁸⁰ Corte giust. CE, sez. I, 18 novembre 2004, causa C-126/03 secondo cui il presupposto dell'urgenza non sussiste nel caso in cui risulti ancora possibile ricorrere ad una procedura ristretta accelerata.

Un possibile parametro di riferimento nel definire la prevedibilità dell'evento è stato individuato nell'ordinaria diligenza¹⁸¹, mentre secondo l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, la quale si è conformata agli orientamenti comunitari in materia, l'urgenza che legittima il ricorso alla procedura deve essere qualificata e non generica, deve corrispondere ad esigenze eccezionali e contingenti e deve essere tale da far ritenere che il rinvio dell'intervento comprometterebbe irrimediabilmente il raggiungimento degli obiettivi che la stazione appaltante si è posta mediante la realizzazione dell'intervento stesso e non deve essere imputabile all'inerzia della stazione appaltante stessa¹⁸².

I principi espressi dall'Autorità di Vigilanza sono stati accolti anche dalla giurisprudenza che in più occasioni ha ribadito la necessità dell'urgenza qualificata e non generica, cioè improvvisa e imprevedibile, l'oggettiva impossibilità di acquisire la prestazione da altri contraenti e la non addebitabilità dell'inerzia all'amministrazione precedente che, pur avendo la possibilità di procedere con gli ordinari sistemi di scelta del contraente, non vi abbia tempestivamente provveduto. Si evidenzia in giurisprudenza come non basti la sola condizione dell'urgenza in assenza dell'imprevedibilità.

Infine, il presupposto in questione non è invocabile in via generica, ma solo nel caso estremo in cui l'urgenza sia tale da rendere incompatibile la tempestività dell'intervento con il rinvio dello stesso per il tempo occorrente per lo svolgimento delle gare¹⁸³.

La Corte di giustizia, al riguardo, ha ribadito che la procedura negoziata senza previa indizione di gara è ammissibile in presenza di

¹⁸¹ P. CIRIACO, *Procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara*, op. cit., p. 303.

¹⁸² Aut. Vig. Contr. Pubbl. determinazione 5 aprile 2000 n. 18.

¹⁸³ Cfr. R. DE NICTOLIS e C. VOLPE, *Le procedure aperte, ristrette e negoziate*, op. cit., pp. 1786 – 1787 anche per i riferimenti giurisprudenziali richiamati.

tre elementi cumulativi, vale a dire l'esistenza di un evento imprevedibile, un'eccezionale urgenza inconciliabile con i termini imposti dalle condizioni di concorrenza e il nesso causale tra l'evento imprevedibile e l'eccezionale urgenza che ne deriva. La Corte ha inoltre aggiunto che le relative disposizioni, *“in quanto deroghe alle norme relative alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, devono essere interpretate restrittivamente. Inoltre l'onere della prova grava su colui che intende avvalersene”*¹⁸⁴.

Il giudice amministrativo ha osservato che la trattativa privata si pone in tendenziale contrasto con i fondamentali canoni dell'efficienza, efficacia e trasparenza dell'attività della P.A., così come con il principio comunitario della concorrenza, *“sicché deve essere oggettivamente riconoscibile e giuridicamente qualificata l'urgenza che può consentire il ricorso a questo tipo, “non concorrenziale”, di individuazione del privato contraente”*¹⁸⁵.

Più di recente, il Consiglio di Stato ha ribadito che *“l'urgenza, che può giustificare l'omissione dei giusti procedimenti di evidenza pubblica (senza con ciò violare i principi di legalità, imparzialità e buon andamento fissati dall'articolo 97 della Costituzione), deve avere le caratteristiche della assoluta imprevedibilità e della non evitabilità altrimenti dei fatti o delle circostanze che la caratterizzano, solo così potendosi ammettere una così grave violazione ai predetti principi costituzionali: il ritardo nell'approvazione di un progetto di opere pubbliche, asseritamente dovuto ai contenziosi insorti al riguardo, ed alla conseguente necessità di integrazione ed aggiornamento dello stesso, non può configurare l'urgenza giustificatrice della deroga ai predetti principi”*¹⁸⁶.

¹⁸⁴ Cfr. Corte di Giustizia Ue sez. I 2 giugno 2005 n. C-394/02.

¹⁸⁵ Cons. St. 27 ottobre 2005, n. 5996.

¹⁸⁶ Cons. St. sez. VI, 10 gennaio 2006, n. 27.

Con riferimento alla “*misura strettamente necessaria*”, occorre sottolineare che si tratta dell’applicazione del principio di proporzionalità, di conseguenza il sacrificio imposto alla regola dell’evidenza pubblica deve essere quello strettamente necessario per raggiungere il fine da perseguire. La dottrina, nel concretizzare tale principio, ha affermato che non sarebbe consentito l’acquisto di prestazioni che, seppur legate all’affidamento principale, non richiedano una riduzione della tempistica ordinaria¹⁸⁷.

Anche secondo la giurisprudenza l’affidamento di un servizio per l’intera durata pluriennale del contratto appaltato e non per una durata limitata è contrario alla statuizione secondo cui la trattativa privata deve essere utilizzata nella misura strettamente necessaria¹⁸⁸.

Altre indicazioni utili sul carattere assolutamente eccezionale dell’affidamento diretto per motivi di urgenza sono ricavabili anche da una Direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri del 22 ottobre 2004, adottata per rispondere ad alcune sollecitazioni della Commissione e recante “*Indirizzi in materia di protezione civile in relazione all’attività contrattuale riguardante gli appalti pubblici di lavori, di servizi e di forniture di rilievo comunitario*”.

In particolare, l’art. 3 della Direttiva stabilisce che “*Nel caso di ricorrenza di situazioni di urgenza e di necessità aventi carattere di assoluta imperiosità, le ordinanze di protezione civile previste dall’art. 5, comma 2, della legge n. 225/1992 potranno prevedere la deroga alle disposizioni della legge nazionale nella materia degli appalti pubblici di lavori, di servizi e di forniture di rilievo comunitario di cui in premessa, nel rispetto, comunque, delle norme contenute nelle pertinenti direttive comunitarie*”.

¹⁸⁷ L. D’OTTAVI, *Commento al codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, a cura di AA. VV., 2007, p. 221.

¹⁸⁸ T.A.R. Sardegna, 31 Ottobre 2006, n. 2325.

Infine, l'art. 4 della stessa dispone che *“Nell'ipotesi di assoluta eccezionalità dell'emergenza, da valutarsi in relazione al grave rischio di compromissione dell'integrità' della vita umana, il Capo del Dipartimento della protezione civile può essere motivatamente autorizzato a procedere ad affidamenti diretti in materia di appalti pubblici di lavori, di servizi e di forniture di rilievo comunitario di cui in premessa, sempreché non sia possibile provvedere altrimenti, in termini di rigorosa proporzionalità, e soltanto per periodi di tempo prestabiliti, limitati alla adozione dei primi indispensabili interventi”*.

E' così dimostrato che il principio di proporzionalità costituisce un presidio di legalità quando l'ordinamento, per cause necessarie, deve conferire all'amministrazione il potere di agire per far fronte a fenomeni gravi ed imprevisti¹⁸⁹.

E' prevista un'unica ipotesi che consente l'esperibilità della procedura negoziata senza bando nei soli settori dei servizi e dei lavori.

Si tratta di quei lavori o servizi che completano, dal punto di vista tecnico e/o funzionale, quelli oggetto di un appalto già affidato. La disposizione individua una serie cumulativa di condizioni il cui ricorso è necessario affinché si possa procedere all'affidamento tramite procedura negoziata senza bando.

In particolare, i lavori e i servizi complementari: (i) non devono essere stati compresi nel progetto iniziale, dovendo essere collegati ad una circostanza imprevista al momento in cui si è affidato il primo appalto; (ii) devono essere necessari, cioè indispensabili ai fini della funzionalità completa dell'opera; (iii) non possono essere separati, sotto il profilo tecnico o economico, dall'appalto iniziale, ovvero, pur

¹⁸⁹ In questa ottica, il principio di proporzionalità costituisce un limite delle ordinanze contingibili e urgenti, cfr. M. CLARICH, *Appunti per le lezioni di diritto amministrativo*, a.a. 2011-2012, p. 59.

essendo separabili, devono essere strettamente necessari al perfezionamento dell'appalto iniziale; (iv) il loro valore economico non può superare del 50% l'importo del contratto originario.

Qualora ricorrano dette condizioni, i lavori e i servizi complementari potranno essere affidati all'appaltatore originario, in linea con la *ratio* della disposizione che assicura il completamento dell'opera con l'esecuzione dei lavori complementari da parte dello stesso soggetto a prescindere dalle modalità con cui è stato originariamente prescelto.

A ben vedere, non sono mancati i dubbi con riferimento al concetto di "complementarietà" dei lavori che giustificherebbe il ricorso alla procedura. La questione della complementarietà in punto di principio riguarda comunque anche i servizi, essendo un presupposto comune di applicazione della disposizione.

Secondo una prima tesi, la disposizione in commento si riferisce ai cd. lavori suppletivi, cioè ai lavori che, pur comportando una modifica del progetto, rientrano però nel piano dell'opera, mentre non troverebbe applicazione invece ai lavori cosiddetti extracontrattuali, ossia quei lavori che si concretano in opere aventi una propria individualità distinta dall'opera originaria e non necessari né per la migliore esecuzione, né per il completamento della stessa.

Secondo una diversa tesi, la disposizione in esame avrebbe una portata più ampia e si applicherebbe anche ai lavori extracontrattuali in ragione di un concetto più esteso di complementarietà¹⁹⁰.

Occorre segnalare che la giurisprudenza sembra attestata su posizioni restrittive, precisando che il carattere complementare dei lavori è soddisfatto solo se si tratta di interventi che costituiscono una

¹⁹⁰ R. DE NICTOLIS e C. VOLPE, *Le procedure aperte, ristrette e negoziate*, op. cit., p. 1788).

integrazione dell'opera e non si riferiscono, invece, a stralci o lotti successivi¹⁹¹.

Sul tema della complementarità, la giurisprudenza ha avuto modo di chiarire – sia pure con riferimento alla previgente disposizione operante nei settori speciali (art. 13 lett. f) d.lgs 17 marzo 1995, n. 158 - che rientra in questa fattispecie *“il caso del completamento della rete del gas e della estensione della durata del servizio di gestione della rete già realizzato, allorché il pregresso affidatario ha già realizzato e gestisce parte della rete, rispetto alla quale i nuovi lavori sono una necessaria integrazione”*¹⁹².

Inoltre, secondo il giudice amministrativo *“alla luce delle disposizioni di legge surriportate (art. 13, lett. f) d.lgs n. 158 del 1995) e tenuto conto che la società SO.L.E. è proprietaria e gestore di circa metà dei punti luce appare legittimo l'affidamento alla stessa società della gestione dei restanti impianti di illuminazione di proprietà comunale, al fine di garantire, tra l'altro, con maggiore razionalità, le condizioni di sicurezza e di efficienza dell'impianto con riferimento ai sopravvenuti parametri stabiliti dalla normativa comunitaria. A ben vedere, l'affidamento dell'altra metà del servizio in argomento risulta complementare rispetto a quello già affidato alla medesima società di seguito a gara di appalto, per cui la sua gestione unitaria, secondo il paradigma normativo, consente l'attuazione del programma di riqualificazione strutturale degli impianti sia di proprietà della società S.O.L.E. che comunale, diversamente non conseguibile”*¹⁹³.

Infine, il carattere eccezionale della procedura è stato rigorosamente ribadito dalla giurisprudenza, secondo cui

¹⁹¹ Cons. giust. sic., 3 febbraio 2000, n. 38.

¹⁹² T.A.R. Lazio, sez. III, 11 febbraio 1997, n. 309.

¹⁹³ T.A.R. Palermo, sez. II, 19 gennaio 2004, n. 117.

l'affidamento per trattativa privata dei lavori e dei servizi complementari “*che non figurino nel progetto iniziale aggiudicato, né nel primo contratto concluso, è condizionato al fatto che siano divenuti necessari per l'esecuzione dell'appalto a causa di una circostanza imprevista; pertanto, l'ente aggiudicatore deve precisare puntualmente i motivi della sopravvenuta inscindibilità dei predetti servizi, sia sotto il profilo tecnico che sotto quello economico e gestionale*”¹⁹⁴.

Con riferimento agli appalti di fornitura, si evidenzia che l'Amministrazione può esperire la procedura negoziata senza pubblicare il relativo bando anche nei casi di:

a) Prodotti fabbricati a fini scientifici. L'ipotesi ricorre qualora i prodotti oggetto del contratto siano fabbricati esclusivamente a scopo di sperimentazione, di studio o di sviluppo, a meno che non si tratti di produzione in quantità sufficiente ad accertare la redditività del prodotto o a coprire i costi di ricerca e messa a punto.

In questo caso, la possibilità di ricorrere alla procedura negoziata senza bando si giustifica nella peculiarità funzionale dell'oggetto dell'appalto che va salvaguardata (lo scopo di sperimentazione, studio e sviluppo).

Posta in questi termini la *ratio* della disposizione, è necessario, in primo luogo, che la sperimentazione, lo scopo di studio o di ricerca costituiscano l'oggetto esclusivo del contratto. Ne consegue l'inapplicabilità della disposizione quando la sperimentazione, lo scopo di studio o di ricerca costituiscono mero oggetto accessorio del contratto che, in realtà, persegue altri fini.

Inoltre, la quantità prodotta non deve essere tale da garantire comunque l'economicità della produzione.

¹⁹⁴ Cons. St., sez. V, 4 luglio 2002, n. 3684.

Il requisito finalistico e quello relativo alla non redditività della produzione sono richiesti in via cumulativa, per cui basta l'assenza di uno di essi per determinare l'illegittimità dell'affidamento.

b) Forniture complementari. Si tratta di consegne complementari effettuate dal fornitore originario e destinate al rinnovo parziale di forniture o di impianti di uso corrente o all'ampliamento di forniture o impianti esistenti, qualora il cambiamento di fornitore obbligasse la stazione appaltante ad acquistare materiali con caratteristiche tecniche differenti, il cui impiego o la cui manutenzione comporterebbero incompatibilità o difficoltà tecniche sproporzionate.

La disposizione è chiara nel prevedere che solo se il cambiamento del fornitore o del materiale comportasse difficoltà nell'attività di rinnovo e manutenzione degli impianti tali da risultare sproporzionate sarebbe consentita la deroga alle regole ordinarie.

Si appalesa il ricorso a concetti giuridici indeterminati (*"incompatibilità o difficoltà tecniche sproporzionate"*), la cui sussistenza in concreto non è facilmente definibile *a priori*.

Andrebbe comunque rispettata la regola generale in materia di procedure senza bando, secondo la quale la stazione appaltante deve agire secondo proporzionalità e ha l'onere di dimostrare in modo analitico i motivi che giustificano il ricorso ad una procedura eccezionale rispetto a quelle ordinarie.

Si può inoltre osservare il bilanciamento operato dal legislatore del sacrificio imposto alla concorrenza con una limitazione di ordine temporale, posto che la durata di tali contratti e dei contratti rinnovabili non può comunque di regola superare i tre anni.

c) Forniture quotate. L'ipotesi riguarda le forniture quotate e acquistate in una borsa di materie prime. La ragione della deroga è intrinseca alla fattispecie. La procedura di gara ordinaria in questo caso si risolverebbe nell'inutile dispendio di tempo e risorse, atteso

che la tutela della concorrenza e dell'interesse pubblico sono salvaguardate in modo adeguato dal fatto che i materiali possono essere acquistati soltanto in un mercato organizzato secondo procedure trasparenti e non discriminatorie.

d) Condizioni particolarmente vantaggiose. Questa ipotesi è ammissibile per l'acquisto di forniture a condizioni particolarmente vantaggiose, da un fornitore che cessa definitivamente l'attività commerciale, oppure dal curatore o liquidatore di un fallimento, di un concordato preventivo, di una liquidazione coatta amministrativa, di un'amministrazione straordinaria di grandi imprese.

Si evidenzia che la *ratio* della previsione risiede nel fatto che in questo caso le ragioni di convenienza particolarmente significativa prevalgono sull'esigenza di tutela della concorrenza in vista dell'interesse pubblico ad ottenere materie necessarie a prezzi considerevolmente al di sotto di quelli di mercato.

Nei soli appalti di servizi la procedura negoziata senza bando è ammessa inoltre nei seguenti casi:

a) Lotti funzionali. L'ipotesi ricorre nel caso di nuovi servizi consistenti nella ripetizione di servizi analoghi, ove sussistano le seguenti condizioni: (i) i nuovi servizi siano affidati all'operatore economico aggiudicatario del contratto iniziale dalla medesima stazione appaltante; (ii) i nuovi servizi debbano essere analoghi ai precedenti; (iii) i nuovi servizi siano conformi a un progetto di base e tale progetto sia stato oggetto di un primo contratto aggiudicato secondo una procedura aperta o ristretta; (iv) la possibilità del ricorso alla procedura negoziata senza bando sia consentita solo nei tre anni successivi alla stipulazione del contratto iniziale; (v) la possibilità del ricorso alla procedura negoziata senza bando sia indicata nel bando del contratto originario; (vi) l'importo complessivo stimato dei servizi successivi sia computato per la determinazione del valore globale del

contratto, ai fini delle soglie di rilevanza comunitaria previste dall'art. 28 del Codice.

Con riferimento alla decorrenza del termine triennale, la giurisprudenza comunitaria aveva osservato che tale termine (peraltro previsto anche nell'art. 7, comma 2, lett. f) del d.lgs n. 157/1995 sui servizi) dovesse decorrere dalla stipula del contratto iniziale e non (come pure poteva astrattamente interpretarsi) dalla conclusione dei lavori sui quali verte l'appalto¹⁹⁵.

Il Codice, con il riferimento alla “*stipulazione*” del contratto si è conformato a tale indirizzo maggiormente rispettoso della concorrenza, riducendo in modo significativo l'arco temporale entro il quale è possibile l'indizione della procedura negoziata.

La *ratio* della disposizione è stata individuata nella necessità di evitare le diseconomie che si imporrebbero all'amministrazione se, per servizi in tutto e per tutto analoghi a quelli già assegnati, la stessa dovesse procedere a nuova e autonoma gara che con tutta probabilità finirebbe per essere aggiudicata allo stesso operatore risultato vittorioso nella prima procedura¹⁹⁶.

Peraltro, l'esigenza di tutela della concorrenza è salvaguardata dalla circostanza che nel caso di specie la possibilità di ricorrere alla procedura negoziata è prevista nel bando della gara originaria.

b) Contratto che faccia seguito ad un concorso di progettazione. E' consentito l'affidamento tramite procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara, qualora il contratto faccia seguito ad un concorso di progettazione e debba, in base alle norme applicabili,

¹⁹⁵ Corte giust. Ue, 14 settembre 2004, causa C-358/2002.

¹⁹⁶ G.URBANO, *La disciplina dei contratti pubblici tra tutela della concorrenza e misure anticrisi*, in www.neldiritto.it. In tal senso cfr. P.L. PORTULARI, *Le procedure di scelta del contraente, la selezione qualitativa dei concorrenti, la selezione delle offerte*, in *Trattato sui contratti pubblici*, cit., p. 3311.

essere aggiudicato al vincitore o ad uno dei vincitori del concorso (art. 57, comma 4).

E' evidente come la tutela della concorrenza non venga solo in rilievo nella scelta della procedura di gara, ma anche nel momento in cui, al termine di un rapporto contrattuale, la pubblica amministrazione abbia la possibilità di rinnovare il rapporto senza procedere a nuova gara.

Sembra opportuno segnalare che uno dei meccanismi attraverso i quali l'amministrazione può eludere il rispetto del principio della gara è costituito dal rinnovo automatico dei contratti scaduti, il quale determina "*la sottrazione dal contesto competitivo di quote consistenti di domanda*" provenienti dal settore pubblico¹⁹⁷. Al riguardo, nel 1997 l'AGCM ha denunciato la diffusione di tale prassi nell'acquisizione dei servizi assicurativi da parte degli enti pubblici¹⁹⁸, osservando che il mancato ricorso alle procedure di aggiudicazione di tipo aperto fosse irragionevole, anche perché non erano invocabili "*esigenze di speditezza nell'espletamento delle procedure di evidenza pubblica, che verrebbero compromesse dal ricorso alla procedura di aggiudicazione aperta. Solo raramente infatti i bisogni assicurativi di un ente o di un'amministrazione pubblici sfuggono all'ordinaria organizzazione e programmazione di spesa*"¹⁹⁹.

Un istituto saliente che può determinare la lesione dei principi a tutela della concorrenza è il rinnovo del contratto previamente affidato. Sul punto, l'art. 57, comma 7, del Codice, nell'ambito delle disposizioni sulla procedura negoziata senza bando, dispone che è in

¹⁹⁷ Agcm, parere 13 novembre 1997, AS107, *Affidamento dei servizi assicurativi da parte degli enti pubblici*, in *Boll.* n. 47/1997.

¹⁹⁸ Agcm, AS107, *Affidamento dei servizi assicurativi da parte degli enti pubblici cit.*

¹⁹⁹ *Ibidem.*

ogni caso vietato il rinnovo²⁰⁰ tacito dei contratti aventi ad oggetto forniture, servizi e i contratti rinnovati tacitamente sono nulli.

E' necessario dar conto del fatto che il rinnovo espresso era invece consentito dall'art. 6, comma 2, della legge n. 537/1993 (a condizione che fosse ritenuto conveniente per l'amministrazione, avvenisse entro tre mesi dalla scadenza del contratto e fosse comunicato alla controparte privata entro il suddetto termine), ma successivamente la norma è stata abrogata dall'art. 23 della legge n. 62/2005²⁰¹.

Alla luce delle disposizioni riportate, alcune pronunce hanno affermato l'impossibilità di procedere a qualsiasi forma di rinnovo²⁰²,

²⁰⁰ La figura del rinnovo è generalmente distinta dalla "proroga". In particolare la proroga si limita a differire il termine di scadenza del rapporto, mentre il rinnovo comporta una nuova negoziazione con lo stesso soggetto, ossia un nuovo esercizio dell'autonomia negoziale. Il rinnovo rientrerebbe, dunque, nello schema della trattativa privata: cfr. in questi termini P. CIRIACO, Art. 57 (*Procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando i gara*), in *Codice degli appalti pubblici e nuova direttiva ricorsi*, (R. GAROFOLI e G. FERRARI), 2009, pp. 463 e ss;

²⁰¹ L'art. 6, comma 2, della legge n. 537/1993, modificato dall'art. 44 della legge n. 724/1994, stabiliva che "Entro tre mesi dalla scadenza dei contratti, le amministrazioni accertano le ragioni di convenienza e di pubblico interesse per la rinnovazione dei contratti medesimi e, ove verificata detta sussistenza, comunicano al contraente la volontà di procedere alla rinnovazione". L'art. 23 della legge n. 62/2005 ha abrogato tale disposizione e ha previsto inoltre che "I contratti per acquisti e forniture di beni e servizi, già scaduti o che vengano a scadere nei sei mesi successivi alla data di entrata in vigore della presente legge, possono essere prorogati per il tempo necessario alla stipula dei nuovi contratti a seguito di espletamento di gare ad evidenza pubblica a condizione che la proroga non superi comunque i sei mesi e che il bando di gara venga pubblicato entro e non oltre novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge". L'art. 23 della legge n. 62/2005 trae origine dalla procedura di infrazione n. 2110/2003, avviata dalla Commissione Europea nei confronti dell'Italia per il fatto che, a giudizio della Commissione, l'art. 6 della legge 537/93 consentiva alle amministrazioni pubbliche di attribuire, in modo diretto e senza alcuna procedura concorrenziale, nuovi appalti di servizi e forniture, che sarebbero stati così affidati mediante procedure non coerenti con il diritto comunitario. La Commissione sosteneva che tali disposizioni dovessero ritenersi già abrogate alla luce di una interpretazione sistematica, rilevava però che le pronunce giurisprudenziali e la prassi amministrativa fossero orientate nel senso di ammettere la vigenza delle disposizioni in questione (cfr. parere motivato del 16 dicembre 2003 della Commissione Europea). Per tale ragione la Commissione chiedeva l'emanazione di una espressa disposizione che ponesse fine alla procedura di infrazione.

²⁰² cfr. Cons. St., sez. V, 31 ottobre 2006, n. 6458.

mentre altre hanno ammesso la praticabilità del rinnovo espresso, sia pure precisando come tale strumento sia rispettoso dei principi di concorrenza e trasparenza solo a condizione che la possibilità di rinnovo “*sia stata espressamente considerata in sede di indizione della prima gara e recepita nella conclusiva stipula contrattuale*”²⁰³.

Sembra oggi prevalente l’orientamento che nega la possibilità del rinnovo in quanto tale (che sarebbe nei fatti un affidamento senza gara), ammettendo solo quelle forme di rinnovo che sono espressamente previste dal legislatore²⁰⁴.

A tale riguardo, si osserva che una figura assimilabile al rinnovo è quella prevista dallo stesso art. 57, comma 5, lett. b) del Codice (“*ripetizione di servizi analoghi*” originariamente contenuta nel art. 7, comma 2, lett. f) del d.lgs. n. 157/1995).

Tuttavia la “*ripetizione di servizi analoghi*” non è propriamente un rinnovo contrattuale in senso stretto, poiché tra i due istituti sussiste una differenza in termini di *ratio* e presupposti. Si nota infatti come nella ripetizione dei servizi analoghi essi debbano essere “*conformi ad un progetto di base*”. La ripetizione, inoltre, necessita di una valutazione *ex ante* in sede di indizione della prima gara sia nell’*an* che nel *quantum*²⁰⁵.

3. La fissazione dei requisiti di partecipazione

I requisiti oggettivi di capacità finanziaria, tecnica e professionale dei concorrenti sono disciplinati dalla normativa

²⁰³ cfr. T.A.R. Lazio n. 12 dicembre 2005, n. 13406.

²⁰⁴ In questo senso cfr. R. DE NICTOLIS e C. VOLPE, *Le procedure aperte, ristrette e negoziate*, op. cit., che richiamano anche Cons. St., sez. IV, 31 maggio 2007, n. 2866. Da ultimo cfr. Cons. St., sez. V, 8 luglio 2008, n. 3391.

²⁰⁵ cfr. C. GUCCIONE e F. ISGRÒ, *Il divieto di rinnovo dei contratti pubblici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 5/2007

nazionale (art. 41 e 42 del Codice dei contratti pubblici) che traspone le corrispondenti norme comunitarie (artt. 48 e 49 direttiva 2004/18), confermando peraltro la disciplina previgente al Codice, contenuta negli artt. 13 e 14 del d.lgs. n. 157/1995 e artt. 13 e 14 del d.lgs. n. 358/1992.

Si osserva come le norme richiamate abbiano però carattere prevalentemente procedimentale, nel senso che indicano in quale *modo* le stazioni appaltanti possono accertare il possesso dei requisiti richiesti o quali parametri utilizzare, ma non condizionano in modo sostanziale il *contenuto* degli stessi.

In questa direzione va anche la recente novità che prevede la predisposizione di bandi tipo. Anche questa previsione - per quanto volta, tra l'altro, a ridimensionare la degenerazione anticoncorrenziale della potestà regolatoria delle stazioni appaltanti - non contiene un principio sostanziale di condizionamento di tale potere.

Un principio di questa natura è invece contenuto nella normativa comunitaria, all'art. 44, laddove si prevede che “*la portata delle informazioni di cui agli artt. 47 e 48 [e cioè relativi alla capacità economico-finanziaria e tecnica] nonché ai livelli minimi di capacità richiesti per un determinato appalto devono essere connessi e proporzionati all'oggetto dell'appalto*”.

Si tratta di un principio generale, secondo cui le stazioni appaltanti non possono introdurre nella *lex specialis* requisiti di ammissione irragionevoli, avuto riguardo all'oggetto dell'appalto e alle sue caratteristiche particolari, pena un contrasto con i principi, di derivazione comunitaria ed immanenti nell'ordinamento nazionale, di ragionevolezza e proporzionalità, nonché di apertura alla concorrenza degli appalti pubblici²⁰⁶.

²⁰⁶ Cfr. G. PESCE, *Requisiti di partecipazione, accesso alle gare pubbliche e riflessi sulla tutela della concorrenza tra le imprese*, in *Commentario al Codice dei*

Al riguardo, l'importanza del principio di proporzionalità è stata ribadita in un'importante segnalazione dell'AGCM del 1999, dedicata in generale ai bandi relativi agli appalti pubblici, che ha rilevato proprio come l'ingiustificata restrizione delle possibilità di partecipazione alla gara si realizzi perlopiù attraverso *"l'adozione di prescrizioni che hanno l'effetto di favorire alcuni operatori a scapito di altri sia individuandoli direttamente che tramite il riferimento a soglie di fatturato sproporzionate rispetto all'ammontare della gara stessa"*²⁰⁷.

Accanto al principio di proporzionalità, secondo l'AGCM *"i requisiti di idoneità e di solidità economica e finanziaria richiesti alle imprese ai fini della partecipazione alle gare d'appalto devono rispondere a esigenze oggettive dell'amministrazione e, più in generale, ai principi di ragionevolezza e di imparzialità che regolano l'esercizio della discrezionalità amministrativa"*²⁰⁸.

Alla luce di queste coordinate generali, la prassi fa tuttora emergere comportamenti anticoncorrenziali accentuati.

L'AGCM, in particolare, ha rilevato come i criteri di preselezione per la partecipazione alle gare pubbliche siano spesso *"eccessivamente rigidi e non commisurati all'oggetto e all'effettivo valore della prestazione"* bandita e per tale ragione *"possono limitare ingiustificatamente la partecipazione delle imprese alle gare e ostacolare l'accesso al mercato"*²⁰⁹.

Nell'ipotesi più frequente le amministrazioni aggiudicatrici vincolano l'ammissione alla procedura *"non già alle imprese che*

contratti pubblici (a cura di M. CLARICH), p. 296 anche per i riferimenti giurisprudenziali.

²⁰⁷ Agcm, AS187, *Bandi di gara in materia di appalti pubblici cit.*

²⁰⁸ *Ibidem.*

²⁰⁹ Agcm, AS187, *Bandi di gara in materia di appalti pubblici cit.* L'inciso è riportato per esteso in Agcm, AS251, *Bandi predisposti dalla concessionaria servizi informatici pubblici – Consip s.p.a. cit.*

abbiano dimostrato di avere esperienza nel mercato specifico, indipendentemente cioè dalla natura proprietaria degli operatori a cui abbiano effettuato commesse, ma alle sole imprese che abbiano già fornito all'amministrazione prestazioni o svolto lavori analoghi a quelli oggetto della gara"²¹⁰.

E' chiaro che le suddette clausole determinano la costituzione e/o il rafforzamento della posizione dominante delle imprese che sono state già controparti di amministrazioni pubbliche. Esse rappresentano delle barriere normative all'entrata per tutti quegli operatori che entrano per la prima volta nel mercato delle commesse pubbliche, oppure che hanno operato in passato al servizio dei privati²¹¹.

Degno di menzione è poi un altro meccanismo discriminatorio che si traduce in una barriera all'ingresso nel mercato della commessa pubblica bandita, soprattutto per le imprese di piccole dimensioni o che non vantano una lunga esperienza negli appalti pubblici, consistente nella fissazione di un livello di fatturato "*sproporzionato rispetto all'ammontare della prestazione oggetto della gara*"²¹².

La sproporzione può riguardare tanto l'importo economico, quanto il numero di anni in relazione ai quali si chiede la dimostrazione del fatturato.

Con riguardo all'importo economico, si è espressa l'AGCM con una segnalazione del 1997, relativa alla fornitura di prodotti sanitari²¹³, osservando come tale prassi comportasse l'attribuzione di

²¹⁰ *Ibidem*.

²¹¹ Cfr. M. CLARICH, *le condotte anticoncorrenziali nel settore degli appalti pubblici*, cit.

²¹² Agcm, AS187, *Bandi di gara in materia di appalti pubblici cit.*

²¹³ Agcm, segnalazione 30 luglio 1997, AS097, *Gare pubbliche per le forniture di prodotti sanitari*, in *Boll.* n. 29/1997. La stessa fattispecie è stata esaminata in anche in: parere 22 agosto 2002, S499, *Bando di gara per l'affidamento del servizio di noleggio a lungo termine di veicoli senza conducente predisposto dalla Consip s.p.a.*, non pubblicato; parere 6 maggio 2003, *Bando di gara per la fornitura di chimica clinica per le pubbliche amministrazioni predisposto dalla Consip s.p.a.*, non pubblicato.

un'efficacia escludente al mero criterio del fatturato, provocando un indebito allargamento del novero delle clausole di esclusione tassativamente individuate a livello comunitario e, in sede di recepimento, a livello nazionale. Sembra opportuno rilevare che il diritto comunitario consente infatti alle imprese di provare la propria capacità economica e finanziaria attraverso una pluralità di strumenti alternativi. Ai sensi dell'art. 47, par. 5, della direttiva 2004/18/Ce, che riproduce analoghe disposizioni previgenti, *"L'operatore economico che per fondati motivi non è in grado di presentare le referenze richieste dall'amministrazione aggiudicatrice è autorizzato a provare la propria capacità economica e finanziaria mediante qualsiasi altro documento considerato idoneo dall'amministrazione aggiudicatrice"* (la disposizione è riprodotta all'art. 41, comma 3, Codice dei contratti pubblici).

Con riferimento al requisito del numero di anni in relazione ai quali si chiede la dimostrazione del fatturato, l'AGCM si è pronunciata con una segnalazione del 1998 sulla raccolta e il trasporto di rifiuti solidi urbani²¹⁴. I bandi analizzati dall'AGCM prescrivevano, a pena di esclusione dalla gara, che le imprese partecipanti fornissero *"una dichiarazione del fatturato realizzato negli ultimi tre esercizi finanziari per servizi uguali a quelli cui si riferisce l'appalto"*. Detta prassi *"determina una chiusura del mercato alle imprese di nuova costituzione, alle quali è impedito di provare in altro modo la propria capacità finanziaria e, quindi, di partecipare alle gare"*²¹⁵. Senza considerare che in relazione a *"prodotti come quelli farmaceutici in cui l'idoneità dell'impresa a fornirli viene certificata da un complesso*

²¹⁴ Agcm, segnalazione 12 marzo 1998, AS130, *Appalti pubblici di servizi di raccolta e trasporto di rifiuti solidi urbani*, in *Boll.* n. 11/1998.

²¹⁵ *Ibidem.* A conclusioni analoghe perviene Agcm, parere 10 luglio 2002, S488, *Bando di gara per la fornitura di biodisel a uso riscaldamento predisposto dalla Consip s.p.a.*, non pubblicato.

meccanismo autorizzatorio, il raggiungimento di un certo livello di fatturato non può costituire un criterio vincolante per la aggiudicazione finale della fornitura o anche della semplice partecipazione alla gara".

La "proporzionalità nell'individuazione delle soglie di fatturato per la partecipazione alle gare deve [pertanto] essere valutata anche in relazione al numero di anni per cui il raggiungimento di un certo fatturato viene richiesto"²¹⁶.

In un'altra segnalazione del 2003 l'AGCM ha esortato la Consip, ma le indicazioni possono essere estese a tutti i committenti pubblici, ad ispirarsi ad una maggiore flessibilità nell'individuazione dei requisiti di ammissione alle gare. In particolare, ha suggerito di prevedere referenze alternative a quelle relative al fatturato e di rinviare esplicitamente alla disposizione di legge che consente all'impresa di provare la sua capacità economica e finanziaria attraverso documenti diversi da quelli indicati nel bando, purché idonei²¹⁷.

Tale previsione appare *"coniugare l'esigenza avvertita da Consip [e dalle stazioni appaltanti in generale] di garantire la continuità e affidabilità delle forniture con l'obiettivo di ampliare il novero dei partecipanti alla gara, rendendo più agevole la partecipazione anche alle imprese con disponibilità economico-finanziarie minori"*²¹⁸.

²¹⁶ Agcm, AS187, *Bandi di gara in materia di appalti pubblici cit.*, ove si osserva che *"pertanto, soprattutto per le prestazioni di minore complessità, occorre evitare che l'individuazione del livello di fatturato e del numero di anni nei quali esso viene raggiunto si traduca in discriminazioni nei confronti degli operatori di minori dimensioni o degli operatori non presenti sui mercati di riferimento, ma comunque in possesso delle capacità tecniche ed economiche necessarie per partecipare alla gara"*.

²¹⁷ Agcm, AS251, *Bandi predisposti dalla Consip s.p.a. cit.*

²¹⁸ *Ibidem*. Accanto alla previsione richiamata, l'AGCM ha suggerito di inserire nei bandi clausole che contemplano *"l'attestazione di un livello di fatturato specifico conseguito cumulativamente nel biennio precedente all'espletamento della gara di*

Diversamente da quanto emerso dalle segnalazioni e dai pareri sulla definizione dell'oggetto contrattuale, le indicazioni fornite dall'Autorità in relazione ai requisiti di capacità economica e finanziaria attengono ad una questione oggetto di previsioni normative sia comunitarie che nazionali. A fronte di una diffusa disapplicazione della normativa di riferimento da parte delle stazioni appaltanti, l'AGCM si è limitata a sollecitare il rispetto delle prescrizioni disattese, già contenute nel quadro regolatorio²¹⁹.

Un decisivo passo in avanti dell'AGCM si riscontra nell'esame della valenza antitrust del ricorso ai raggruppamenti temporanei di impresa. Al riguardo, l'AGCM ha osservato che : *"tenuto conto [...] della ratio anti-monopolistica e pro-concorrenziale del Rti, volta ad ampliare il novero degli offerenti ed accentuare, per tale via, il confronto concorrenziale in sede di gara, appare legittimo che le stazioni appaltanti, e nella fattispecie la Consip, nel silenzio di legge, limitino la possibilità di associarsi in rti da parte di due o più imprese che singolarmente sarebbero in grado di soddisfare i requisiti finanziari e tecnici per poter partecipare alla gara. [...] Solo in presenza di esigenze eccezionali dell'amministrazione – che andrebbero debitamente motivate nel bando, in modo da esplicitare le ragioni per cui, nella specie, il raggruppamento delle imprese singolarmente idonee a prendere parte alla gara può avere di per sé una valenza per così dire “virtuosa” – potrebbe ammettersi in via del*

ammontare non superiore al valore massimo della fornitura indicato nel bando, da computarsi con riferimento al medesimo arco temporale preso a base per il calcolo del fatturato specifico; [...] il deposito di una cauzione provvisoria il cui importo sia calcolato sulla base del valore annuale della fornitura, atteso che la funzione di tale garanzia risiede soltanto nell'assicurare la partecipazione alla gara da parte delle imprese e non l'esecuzione delle forniture".

²¹⁹ M. CLARICH, *op. ult. cit.*

*tutto straordinaria, il raggruppamento anche tra imprese che singolarmente possiedono i requisiti richiesti nel bando*²²⁰.

Sebbene la normativa comunitaria e quella nazionale tacciano sul punto, l'AGCM esorta dunque i committenti pubblici a sottoporre l'ammissione di ati "*a limiti e condizioni di volta in volta individuati*", così da evitare che un istituto volto a promuovere la competizione in sede di gara possa essere piegato a finalità anticoncorrenziali, falsando la relativa causa giuridica²²¹. Quando ciò accade la stazione appaltante è tenuta a valutare l'opportunità di escludere la partecipazione al raggruppamento di due o più imprese singolarmente in grado di soddisfare i requisiti tecnici ed economici per essere ammesse da sole alla gara²²².

Senonché, rispetto ai pareri dell'AGCM, la giurisprudenza amministrativa sembra muoversi in senso difforme. In particolare, è stato sostenuto che non vi sia alcun limite legale ad associarsi in ATI per imprese già autonome e che, pertanto, sarebbe illegittimo precludere la partecipazione in ATI di società che avrebbero i requisiti per partecipare anche singolarmente, non vigendo alcun espresso divieto legale in tal senso²²³. Per ragioni di esaustività occorre dar conto anche di un indirizzo minoritario, secondo cui la clausola inserita nel bando di gara che preveda limitazioni alla possibilità di

²²⁰ Cfr. anche Agcm, AS187, *Bandi di gara in materia di appalti pubblici cit.*, ove si introduce un ulteriore elemento di cautela: i rti in relazione ai quali deve essere più alta la soglia di attenzione delle stazioni appaltanti sono quelli conclusi tra imprese che producono il medesimo bene o servizio e sono dunque concorrenti. Diversamente, "*i raggruppamenti temporanei di imprese sono generalmente compatibili con le disposizioni della normativa antitrust nella misura in cui consentono a imprese che operano in fasi differenziate di una stessa filiera di poter presentare la propria offerta a gare a cui individualmente non potrebbero partecipare*".

²²¹ Cfr. M. CLARICH, op. ult. cit.

²²² Così in Agcm: parere 2 dicembre 2002, S529, *Bando di gara avente ad oggetto la fornitura di "lubrificanti per autotrazione mediante consegna a domicilio"*.

²²³ Tar Lazio-Roma, 27 ottobre 2011, n. 8367. Per una ricostruzione della vicenda cfr. anche Tar Lazio-Roma, 4 gennaio 2012, n. 82.

associarsi in ATI per le imprese che singolarmente sarebbero in grado di partecipare alla gara, sebbene non sia imposta da alcuna disposizione normativa, è legittima, in quanto l'introduzione della menzionata limitazione rientra tra le opzioni a disposizione della stazione appaltante, da esercitare in relazione alle specifiche caratteristiche del mercato oggetto della procedura²²⁴.

4. La scelta del criterio di aggiudicazione e la valutazione delle offerte

Effettuata la disamina sulla fissazione dei requisiti di partecipazione, sembra opportuno passare brevemente in rassegna i criteri di aggiudicazione delle offerte che, come noto, sono tradizionalmente quelli del prezzo più basso e dell'offerta economicamente più vantaggiosa (ai sensi dell'art. 81, comma 1, Codice dei contratti pubblici). Non sono ammessi altri criteri, posto che, secondo la direttiva (considerando 46), solo quelli indicati hanno carattere obiettivo e garantiscono il rispetto della parità di trattamento. In particolare, non sono ammessi criteri che dipendano dalle qualità soggettive degli offerenti²²⁵.

Sembra opportuno sottolineare che le stazioni appaltanti non possano introdurre criteri alternativi di aggiudicazione rispetto a quelli previsti dal legislatore, mentre sono dotate di ampia potestà discrezionale in merito alla scelta tra i due criteri indicati.

²²⁴Cons. St., sez. VI, 19 giugno 2009, n. 4145

²²⁵ Cfr. G. FONDERICO, *La selezione delle offerte e la verifica dell'anormalità*, in *Commentario al Codice dei contratti pubblici* (a cura di M. CLARICH), p. 452.

Prima dell'emanazione del Codice, la stessa alternativa era prevista per i servizi e le forniture²²⁶, ma non per i lavori, per i quali si ammetteva il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa solo per determinate tipologie di contratti²²⁷, a causa della sfiducia del legislatore nei confronti dell'esercizio della discrezionalità delle stazioni appaltanti

Senonché, quest'ultima disposizione è stata dichiarata non conforme al diritto comunitario proprio nella parte in cui non consentiva alle stazioni appaltanti di scegliere caso per caso tra i due criteri di aggiudicazione²²⁸. La Corte ha giustificato la sua pronuncia, evidenziando che l'impossibilità di considerare le caratteristiche del singolo appalto impedisce, a sua volta, di scegliere il criterio di selezione "*più idoneo a garantire la libera concorrenza e ad assicurare la selezione della migliore offerta*".

Il segmento argomentativo riportato significa che la Corte ha valorizzato la "concorrenza effettiva", comprendendovi tanto il diritto "negativo" a non essere discriminati quanto quello "positivo" a far valere tutte le proprie peculiari capacità imprenditoriali. La Corte ha, dunque, attenuato l'artificialità del mercato dei contratti pubblici, cercando di avvicinare il suo funzionamento a quello reale, dove la varietà qualitativa dell'offerta incide almeno quanto il prezzo²²⁹.

Si ribadisce che il Codice dei contratti pubblici stabilisce, all'art. 81, la regola della perfetta equivalenza dei criteri di scelta, al fine di valorizzare tendenzialmente l'apporto collaborativo dei concorrenti²³⁰.

Rimane ferma, però, per determinate tipologie di contratti, la possibilità di un'imposizione in via generalizzata di un determinato

²²⁶ Cfr. art. 23 del d.lgs. n. 157/1995 e l'art. 19 del d.lgs n. 358/1992.

²²⁷ Cfr. art. 21, comma 1. legge n. 109/1994.

²²⁸ Cfr. C. giust. Ue, 7 ottobre 2004 causa C-274/2002.

²²⁹ Cfr. in questo senso G. FONDERICO, *op. ult. cit.*, p. 452.

²³⁰ Cfr. S. MEZZACAPO, *Procedure ad evidenza pubblica*, in *Dizionario di diritto amministrativo* (a cura di M. CLARICH e G. FONDERICO), p. 526.

criterio di aggiudicazione in coerenza con le caratteristiche di tali contratti. Nel dialogo competitivo è la stessa direttiva 2004/18/Ce (art. 29) a prevedere esclusivamente il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. L'ontologica esigenza di perfezionamento della prestazione e la complessità che caratterizzano i contratti da aggiudicare secondo tale procedura sono *a priori* incompatibili con il criterio del prezzo più basso²³¹.

Preme rilevare che il Codice indica anche un limite generale in grado di condizionare il potere di scelta, atteso che il criterio di aggiudicazione deve essere quello "*più adeguato in relazione alle caratteristiche dell'oggetto del contratto*".

E' evidente come la scelta del criterio sia ampiamente discrezionale, ma comunque sindacabile sotto i profili della ragionevolezza e logicità²³².

L'AGCM ritiene infatti che il criterio del prezzo più basso sia il più adatto nell'ottica di promozione della concorrenza "*quando le caratteristiche del bene o del servizio posto a gara, più appropriate alla cura dell'interesse pubblico da soddisfare con la commessa, possono essere agevolmente individuate e definite, nella fissazione delle specifiche tecniche, senza che ciò induca, implicitamente o esplicitamente, una discriminazione tra i fornitori concorrenti*"²³³. Ciò sta a significare che quando il committente pubblico è in grado di definire puntualmente *ex ante*, nel bando di gara o nel capitolato d'onori, tutte le caratteristiche dell'oggetto contrattuale, il ricorso al "*parametro oggettivo e trasparente*" rappresentato dal prezzo "*favorisce un più corretto svolgimento del processo competitivo*" e

²³¹ Cfr. G. FONDERICO, *op. ult. cit.*, p. 452.

²³² Cfr. Cons. St., sez. V, 14 marzo 2007, n. 1246.

²³³ Agcm, segnalazione 30 gennaio 2003, AS251, *I bandi predisposti dalla concessionaria servizi informatici pubblici- Consip s.p.a.*, in *Boll.* n. 5/2003.

soddisfa al tempo stesso l'"obiettivo di minimizzazione della spesa della P.a."²³⁴.

In buona sostanza, il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa è adeguato per l'affidamento di beni di natura complessa, mentre il criterio del prezzo più basso può trovare applicazione con riguardo all'aggiudicazione di beni standardizzati. La scelta del criterio si riflette anche sulla conformazione della *lex specialis*, posto che nel caso del criterio del prezzo più basso la descrizione qualitativa dell'oggetto deve essere adeguatamente precisa per consentire di spostare correttamente la competizione sul prezzo. Nel caso del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa la descrizione dell'oggetto deve essere tale da consentire gli auspicati apporti migliorativi dei concorrenti²³⁵.

E' evidente come la scelta del criterio di aggiudicazione debba essere formalizzata nel bando di gara, atteso che andrebbe indicata in sede di *lex specialis* della procedura, al fine di consentire alle imprese partecipanti una corretta ponderazione della propria offerta in ragione del criterio di aggiudicazione preventivamente prescelto dalla stazione appaltante²³⁶.

E' appena il caso di precisare come non sia richiesta una esplicitazione della motivazione in ordine alla scelta, se non quando sia data preferenza a uno dei due criteri. La motivazione andrebbe resa nella determina a contrarre, la quale a monte del bando indica gli

²³⁴ Così Agcm, parere 20 maggio 2004, AS233, *Previsioni sul modello di gara da adottare per l'evoluzione della rete unitaria per la pubblica amministrazione (Rupa) nell'ambito del sistema pubblico di connettività*, in *Boll.* n. 8/2006. Nello stesso senso Agcm, parere 5 maggio 2000, AS199, *Procedure per il rilascio delle licenze Umts*, in *Boll.* n. 16/2000.

²³⁵ Sul rapporto tra la selezione del criterio di scelta e la conformazione della gara cfr. G. FONDERICO, *op. ult. cit.*,

²³⁶ Cfr. S. MEZZACAPO, *op. ult. cit.*, p. 526.

elementi essenziali del contratto e "*i criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte*" (art. 11, comma 2)²³⁷.

Con riferimento al criterio del prezzo più basso, non si pongono problemi in relazione alla procedura di selezione in sé, posto che l'aggiudicazione avviene attraverso l'applicazione di un meccanismo automatizzato di confronto di dati numerico-economici oggettivi che non involgono valutazioni discrezionali.

Un profilo critico dal punto di vista concorrenziale concerne il prezzo da porre a base d'asta, detto anche prezzo di riserva e inteso come il prezzo massimo che la stazione appaltante è disposta a pagare per un determinato bene, servizio o lavoro. In particolare, l'AGCM ha sottolineato come esso sia "*il più possibile prossimo ad una stima plausibile del valore di mercato; ciò anche allo scopo di disincentivare la definizione di accordi collusivi, meno probabili quando valori contenuti del prezzo a base d'asta definiscano margini di guadagni attesi ridotti*"²³⁸.

Con riguardo al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, il problema concorrenziale condiziona la più complessa valutazione delle offerte e a monte la definizione dei criteri ai quali la stazione deve uniformarsi in tale attività valutativa²³⁹.

Come noto, il Codice dei contratti pubblici - nel recepire la normativa comunitaria - detta regole sostanziali e procedurali.

Quanto al piano sostanziale, si può osservare come i criteri di aggiudicazione debbano essere "*pertinenti alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto*" (art. 83, comma 1, primo periodo).

²³⁷ Cfr. G. FONDERICO, *op. ult. cit.*, p. 455.

²³⁸ Agcm, AS233, *Previsioni sul modello di gara da adottare per l'evoluzione della rete unitaria per la pubblica amministrazione (Rupa) nell'ambito del sistema pubblico di connettività cit.*

²³⁹ Cfr. Cons. St., sez. V, 9 maggio 2006, n. 2524.

Inoltre, il Codice - in parte riprendendo le norme comunitarie e in parte integrandole - fornisce più concretamente un elenco esemplificativo di criteri ammissibili (art. 83, comma 1, lett. da *a*) a *o*)).

Oltre alle indicazioni di diritto positivo si segnalano gli indirizzi forniti dalla giurisprudenza.

In particolare, secondo la Corte di giustizia, i criteri di aggiudicazione devono tradursi in un vantaggio patrimonialmente apprezzabile per l'amministrazione²⁴⁰, tenendo presente i suoi interessi come committente o come ente rappresentativo della comunità di riferimento. A ben vedere, la possibilità di tener conto di benefici per la collettività e non specificamente per l'amministrazione committente trova un limite nel criterio di "connessione" con l'oggetto del contratto²⁴¹.

La giurisprudenza si è occupata, altresì, della commistione, ai fini valutativi, dei criteri oggettivi di valutazione con le qualità soggettive degli offerenti, che rilevano ai fini dell'ammissione alla gara entro certi limiti, ma non possono intaccare la valutazione oggettiva delle offerte²⁴².

Sul piano procedurale, occorre individuare il momento temporale in cui i criteri possono essere stabiliti e pubblicizzati ai soggetti interessati alla procedura.

La questione sembra oggi risolta in via legislativa in seguito al dirimente intervento del giudice comunitario.

²⁴⁰ C. giust. Ce 3 ottobre 2000, *Università di Cambridge*, in causa C-380/98.

²⁴¹ Cfr. G. FONDERICO, *op. ult. cit.*, pp. 460-461. Secondo l'autore sarebbe legittimo, per esempio, che in una gara per la fornitura di automezzi sia valorizzata la qualità ambientale dei beni e nel caso di fornitura di energia sia valorizzata la produzione da fonte rinnovabile. In quest'ultimo caso, invece, non sarebbero ammissibili criteri atti a valorizzare una produzione superiore a quella di cui l'amministrazione avrebbe bisogno.

²⁴² Cfr. Cons. St., sez. V, 4 marzo 2008, n. 912.

In passato, il giudice amministrativo italiano richiedeva soltanto che negli atti di indizione della procedura fossero individuati i criteri generali di valutazione delle offerte, mentre la commissione giudicatrice poteva stabilire successivamente *sub* criteri più precisi, ma comunque prima dell'apertura delle buste contenenti le offerte.

Il regime in questione è stato irrigidito dalla Corte di giustizia, secondo la quale la comunicazione preventiva dei criteri risponde ad una esigenza di trasparenza non necessariamente strumentale al solo rispetto del principio della parità di trattamento, ma anche - in un'ultima analisi - ad una esigenza pro-concorrenziale di garantire ai partecipanti la piena esplicazione della propria capacità imprenditoriale²⁴³.

Secondo la giurisprudenza, dunque, l'amministrazione deve esplicitare i criteri di valutazione prima della valutazione delle offerte, potendo la stessa successivamente indicare coefficienti di ponderazione degli elementi o dei *sub* elementi²⁴⁴. Il limite a tale potestà successiva è il divieto di modificare i criteri originari o di introdurre elementi valutativi che se fossero stati noti avrebbero potuto condizionare la predisposizione dell'offerta²⁴⁵.

Accogliendo i principi giurisprudenziali richiamati, il Codice dei contratti pubblici prevede che i criteri e la loro ponderazione relativa siano indicati nel bando (art. 83, comma 2) e che anche gli eventuali *sub* criteri e *sub* pesi o *sub* punteggi siano resi noti prima della presentazione delle offerte (art. 83, comma 4). In sintesi, il Codice vieta ciò che prima era consentito alla commissione aggiudicatrice anche dopo la presentazione delle offerte. Rimane, comunque, fermo il principio in forza del quale l'ulteriore articolazione dei criteri di

²⁴³ Cfr. S. VINTI, *L'evidenza pubblica*, in *I contratti con la pubblica amministrazione* (a cura di C. FRANCHINI), p. 338.

²⁴⁴ Cfr. C. giust. Ce, 12 dicembre 2002, *Universale - Bau AG*, in causa C-470.

²⁴⁵ Cfr. C. giust. Ce, 24 novembre 2005, *Ati Eac*, in causa C-331/04.

valutazione è solo eventuale, cioè essa si rende necessaria solo quando la fissazione dei criteri di primo grado lasci ancora alla commissione giudicatrice ampie possibilità di scelta²⁴⁶.

Nonostante la limitazione della discrezionalità della commissione di gara nella fissazione dei criteri motivazionali, non è stato eliminato l'onere motivazionale da parte della stessa in ordine alla corretta attribuzione dei punteggi, in omaggio al principio della massima trasparenza e della *par condicio*²⁴⁷.

Il ricorso a giudizi espressi in meri numeri è, infatti, sufficiente a motivare le scelte solo laddove nelle regole di gara vi sia una previsione sufficientemente analitica della suddivisione delle offerte in sottovoci ancorate a parametri di valutazione, tra un minimo e un massimo, tali da rendere comprensibile le ragioni di scelta, le quali differentemente debbono essere esplicitate²⁴⁸.

Quanto al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, un cenno merita il rapporto tra gli elementi qualitativi delle offerte e il prezzo ai fini dell'aggiudicazione. La giurisprudenza ritiene che, nelle procedure caratterizzate dal suddetto criterio, la ripartizione del punteggio tra la componente tecnica e quella economica costituisca frutto di una scelta discrezionale sindacabile solo se illogica e irragionevole²⁴⁹.

In altre parole, secondo la giurisprudenza, la valutazione del prezzo non deve condizionare quella qualitativa che - a differenza della prima - ha carattere discrezionale²⁵⁰, sicché sembra opportuna la separazione dell'offerta economica da quella tecnica, con l'apertura

²⁴⁶ TAR Lazio- Roma, Sez. III, 17 maggio 2011 n. 4251.

²⁴⁷ TAR Emilia Romagna - Parma, Sez. I, 15 giugno 2011 n. 198.

²⁴⁸ TAR Lazio - Roma, Sez. II-bis, 18 maggio 2011, n. 4302.

²⁴⁹ Cons. St., sez. V, 12 ottobre 2010, n. 7409.

²⁵⁰ Cons. St., sez. VI, 22 gennaio 2001, n. 192.

della busta contenente l'offerta economica solo successivamente alla valutazione dell'offerta di carattere tecnico-qualitativo.

5. Il subappalto

Il subappalto è un istituto di grande rilevanza nei rapporti tra pubblica amministrazione e operatori nel settore degli appalti pubblici, perché idoneo a creare in capo all'aggiudicatario, la possibilità di distribuire subcontratti in misura largamente discrezionale. In effetti, con il ricorso al subappalto, un appaltatore qualificato ed in regola con la disciplina antimafia potrebbe permettere a soggetti terzi, non altrettanto qualificati, di essere gli esecutori materiali²⁵¹, in tutto od in parte, di opere finanziate con l'impiego di risorse pubbliche²⁵².

L'esigenza di consentire alla stazione appaltante una sufficiente discrezionalità nella valutazione della qualità dei subappaltatori è sentita tanto dal diritto comunitario quanto dal diritto interno²⁵³. Come

²⁵¹ Nell'Audizione del Presidente dell'Avcp alla Commissione parlamentare d'inchiesta sul fenomeno delle mafie e sulle altre associazioni criminali anche straniere, tenutasi a Roma il 25 maggio 2010, si legge, a proposito delle criticità dell'istituto del subappalto a livello concorrenziale, che: *“alcune forniture come il calcestruzzo, non configurabili come subappalti, risultano rilevanti economicamente e richiedono particolare attenzione in relazione alla posizione dominante delle società che effettuano tali forniture. La presenza in Sicilia della società Calcestruzzi s.p.a. come unico fornitore di calcestruzzo [...] può verosimilmente attribuirsi all'esistenza di: [...] barriere di tipo “ambientale”, create cioè da infiltrazioni criminali che impediscono ad altre imprese di operare nel settore [...]. Nei mercati in regime di monopolio l'unica impresa presente, detenendo l'intera quota di mercato, può operare con piena discrezionalità nello stabilire qualità e prezzo del prodotto fornito, cercando sostanzialmente di massimizzare i propri profitti imponendo prezzi elevati ed approfittando così dell'elevata concentrazione del mercato”*.

²⁵² F. CARINGELLA, L. TARANTINO, *Subappalto e normativa antimafia negli appalti pubblici*, Milano, Ipsoa - Urbanistica e appalti, 2001.

²⁵³ F. GARRI, *op. cit.*, 635, a proposito della sentenza della Corte di Giustizia, 17 settembre 2002, C-513/99. Come precisato dalla stessa Corte, in riferimento alle direttive 1992/50/CE e 1993/38/CE, i fattori che la stazione appaltante deve valutare ai fini dell'aggiudicazione possono non essere di mera natura economica: altri valori «non economici» possono incidere sul valore dell'offerta presentata in sede di gara.

è stato rilevato dalla dottrina²⁵⁴, il subappalto contempera alcune esigenze del diritto europeo, quali la garanzia della libertà nell'utilizzo dell'istituto e la trasparenza dell'operazione, ed alcune del diritto interno, volte ad evitare gli illeciti (quali la corruzione o fenomeni di infiltrazioni mafiose).

Ai fini della trattazione dell'argomento, occorre partire dall'analisi della nozione di subappalto contenuta nel codice, specie della più ampia figura del sub-affidamento, che è di natura sostanziale²⁵⁵ e ha applicazione generale: costituisce subappalto qualsiasi tipo di contratto di lavori, servizi, forniture, nei settori ordinari, speciali o per la realizzazione di infrastrutture strategiche, stipulato tra l'appaltatore ed un terzo, per mezzo del quale alcune prestazioni appaltate sono eseguite da soggetti giuridici distinti dall'appaltatore stesso, con propria manodopera ed organizzazione²⁵⁶.

Per tali ragioni, si prevede l'assoggettamento alla disciplina antimafia a carattere preventivo anche per i subappaltatori. A titolo esemplificativo, l'art. 118, comma 2, n. 4 non consente l'affidamento in subappalto o in cottimo qualora sussista nei confronti del subappaltatore o dell'affidatario del cottimo uno dei divieti²⁵⁷

²⁵⁴ R. DE NICTOLIS, *Manuale degli appalti pubblici*, cit., 1078.

²⁵⁵ Consiglio di Stato, sez. VI, 9 febbraio 2006, n. 518.

²⁵⁶ In particolare, il Codice indica, all'art. 118, comma 11, che il subappalto è rappresentato da qualsiasi figura contrattuale che comprenda prestazioni, quali l'impiego di manodopera, che singolarmente costituiscano un importo superiore del due per cento rispetto alle prestazioni appaltate o di importo superiore a 100 mila euro qualora l'incidenza del costo della manodopera risulti superiore al cinquanta per cento dell'importo dell'intero contratto da affidare.

²⁵⁷ Le persone alle quali è stata applicata, con provvedimento definitivo, una misura di prevenzione non possono ottenere concessioni di costruzione, concessioni di costruzione e gestione di opere riguardanti la pubblica amministrazione, iscrizioni negli albi appaltatori o di fornitori di opere, beni e servizi riguardanti la pubblica amministrazione e nell'albo nazionale costruttori, hanno il divieto di concludere contratti di appalto, di cottimo fiduciario, di forniture di opere, beni o servizi riguardanti la pubblica amministrazione e relativi subcontratti, compresi i cottimi di qualsiasi tipo, i noli a caldo e le forniture con posa in opera.

contenuti nell'art. 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575²⁵⁸. Si rileva che sono assoggettate al divieto i raggruppamenti temporanei di imprese e le società consortili, nelle ipotesi in cui le imprese riunite o consorziate non intendano eseguire direttamente le prestazioni scorporabili, le associazioni in partecipazione, quando l'associante non intende eseguire direttamente le prestazioni assunte in subappalto, le concessioni di opere pubbliche e gli affidamenti con procedura negoziata.

In seguito all'emanazione degli ultimi decreti correttivi sono sorte rilevanti modifiche alla disciplina del subappalto contenuta nel codice. Come noto, esso mostra un *favor* nei confronti dell'appaltatore che esegue in proprio i lavori, ossia con propri mezzi e personale²⁵⁹ e pone una serie di limiti all'utilizzo dell'istituto, al fine di renderlo trasparente. Perché sia possibile il subappalto, infatti, sono necessari la previa autorizzazione della stazione appaltante e l'assoggettamento a precisi limiti rispetto alle quote dei lavori subappaltabili o alle modalità con cui si possono subaffidare interi contratti. Nel dettaglio, si richiede che l'appaltatore esegua in proprio almeno il settanta per cento della categoria prevalente dei lavori ed almeno il settanta per cento dei servizi e delle forniture, in relazione all'importo complessivo del contratto. L'offerente, in sede di gara, è tenuto ad indicare quali prestazioni intenderà subappaltare, in modo che la stazione appaltante sia in grado di individuarle, ma non è tenuto ad indicare, in sede di offerta, i nominativi dei subappaltatori.

Senonché, con il terzo decreto correttivo, che ha abrogato il secondo periodo del comma 2 dell'art. 118, in seguito alla procedura

²⁵⁸ Così come sostituito dall'art. 3 della legge 19 marzo 1990, n. 55, ed integrato dalla legge 12 luglio 1991, n. 203 e dalla legge 7 agosto 1992, n. 356.

²⁵⁹ F. DI CRISTINA, *La corruzione negli appalti pubblici*, in *Rivista Trimestrale di diritto pubblico*, n. 1/2012. L. MANZELLA, *Il subappalto alla luce del d.lgs. 152/2008 c.d. «terzo decreto correttivo» al codice degli appalti*, in *App. contr.*, n. 3, 2009, 25-29.

di infrazione avviata dalla Commissione europea contro l'Italia²⁶⁰, è venuto meno ogni vincolo in relazione alle categorie subappaltabili. Sono quindi liberamente subappaltabili i lavori che non rientrano nella categoria prevalente ed i lavori ad elevato contenuto tecnologico ed alto grado di complessità tecnica che superino il quindici per cento del totale dei lavori se gli affidatari non sono in grado di eseguirli e se sussistono evidenti ragioni di convenienza economica.

In particolare, l'art. 118 subordina l'autorizzazione del subappalto al rispetto di alcune condizioni: indicazione da parte degli offerenti prima e dell'appaltatore poi dei lavori o delle parti dei lavori, servizi o forniture che si intendono subappaltare o concedere in cottimo, deposito del contratto di subappalto presso la stazione appaltante almeno venti giorni prima dell'effettivo inizio dell'esecuzione delle prestazioni subappaltate e trasmissione della certificazione attestante che i subappaltatori posseggono i requisiti tecnici e quelli ex art. 38 del codice, non sussistenza, a carico del subappaltatore o dell'affidatario del cottimo, di uno dei divieti ex art. 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575. Oltre alle stringenti condizioni necessarie per la realizzazione de subappalto, è di fondamentale

²⁶⁰ F. DI CRISTINA, *La corruzione negli appalti pubblici*, in *Rivista Trimestrale di diritto pubblico*, n. 1/2012. Sulle origini del terzo decreto correttivo al Codice dei contratti pubblici, M. GRECO, A. MASSARI, *Gli appalti dopo il terzo decreto correttivo al Codice dei contratti pubblici*, Rimini, Maggioli, 2008, 9-15; R. DE NICTOLIS, *Le novità del terzo (e ultimo) decreto correttivo al codice dei contratti pubblici*, in *Urb. app.*, 2008, 1225. Alla procedura di infrazione (n. 2007/2309 e nota di costituzione in mora inviata il 1° febbraio 2008 dalla Commissione europea alla Rappresentanza permanente dell'Italia presso l'Unione europea), si sono aggiunte una condanna da parte della Corte di Giustizia (15 maggio 2008, C-147/06 e C-148/06, relativamente all'esclusione automatica delle offerte anomale negli appalti sotto soglia comunitaria), una sentenza della Corte di Giustizia (21 febbraio 2008, C-412/04) avverso alcune disposizioni della legge Merloni ed una lettera della Commissione europea (3 giugno 2008, n. 5455) che ha rilevato che talune disposizioni della legge Merloni, censurate dalla Corte di Giustizia, erano state riprodotte pedissequamente dal Codice dei contratti pubblici.

importanza l'autorizzazione della stazione appaltante, in assenza della quale si configura un reato²⁶¹.

D'altra parte, non può sottacersi come uno dei principali punti deboli della disciplina sia costituito dai tempi del sub-procedimento di autorizzazione del subappalto: decorsi quarantacinque giorni dalla ricezione della richiesta di informazioni prefettizie o immediatamente, se ricorrono ragioni di urgenza, le stazioni appaltanti possono concedere il subcontratto sotto condizione risolutiva costituita dall'accertamento successivo delle cause ostative ex art. 10 della legge antimafia.

Le stazioni appaltanti dispongono di trenta giorni, eventualmente prorogabili di altri trenta, ai sensi dell'art. 118, comma 8, del codice, per il rilascio della necessaria autorizzazione al subappalto. Una volta scaduto il termine, maturano le condizioni per il silenzio-assenso. Sembra interessante porre in luce che se il termine di trenta giorni non fosse prorogato, l'assenso della stazione appaltante maturerebbe prima della scadenza del termine previsto per la ricezione dell'informativa antimafia, ovvero la stazione appaltante autorizzerebbe il subappalto senza conoscere l'eventuale presenza di una delle cause ostative previste dalla vigente legislazione antimafia²⁶².

²⁶¹ F. DI CRISTINA, *La corruzione negli appalti pubblici*, in *Rivista Trimestrale di diritto pubblico*, n. 1/2012. Chi concede, anche di fatto, in subappalto o a cottimo le opere è punito con l'arresto da sei mesi ad un anno e con un'ammenda il cui valore è compreso tra un terzo dell'opera concessa in subappalto o a cottimo ed un terzo dell'opera ricevuta in appalto. Il subappaltatore e l'affidatario del cottimo sono puniti con l'arresto da sei mesi ad un anno e con un'ammenda il cui valore è pari ad un terzo del valore dell'opera ricevuta in subappalto o in cottimo. È facoltà della stazione appaltante richiedere la risoluzione del contratto.

²⁶² Le linee tendenziali della giurisprudenza hanno tuttavia confermato la sussistenza della condizione risolutiva e della necessità di autorizzazione del subappalto da parte della stazione appaltante. Ciò detto, la soluzione generalmente accettata è quella che prevede, una volta scaduto il termine di trenta giorni non prorogato e, quindi, una volta maturato il silenzio-assenso, il decorrere di altri quindici giorni, utili per il

Degna di menzione, infine, è la questione del difficile coordinamento tra le norme in materia di avvalimento e l'art. 118 del codice. Ciò è evidente perché l'impresa ausiliaria potrebbe stipulare con la principale un contratto di affitto di azienda o di ramo d'azienda e, pertanto, non essere sottoposta alla disciplina del subappalto. Occorre dunque chiedersi se i limiti²⁶³ e la necessaria autorizzazione del subappalto da parte della stazione appaltante si applichino anche se il subappalto rientra nel rapporto di avvalimento.

Una soluzione alla questione può essere approntata se si considera che, nel caso di avvalimento, impresa principale ed impresa ausiliaria sono solidalmente responsabili nei confronti della stazione appaltante per le prestazioni oggetto del contratto. Ma non è così nel caso di subappalto, posto che l'impresa appaltatrice è l'unica responsabile verso la stazione appaltante e l'impresa subappaltatrice è responsabile solo ed esclusivamente nei confronti dell'appaltatrice.

Almeno sul piano della responsabilità, si denota una natura «speciale», ossia estranea all'ipotesi ordinaria prevista dall'art. 118 del codice, nel caso di subappalto nell'ambito della figura dell'avvalimento.

Si profila poi un possibile spazio per l'annidarsi di fenomeni corruttivi, poiché un operatore economico potrebbe cercare di «comprare», tramite uno scambio corruttivo, od ottenere illecitamente i requisiti di un'altra impresa²⁶⁴ o, più semplicemente, diventarne

ricepimento dell'informativa antimafia, affinché l'esecuzione dei lavori possa essere avviata.

²⁶³ In sintesi, è fatto divieto di subappaltare le prestazioni della categoria prevalente in misura superiore al trenta per cento del relativo importo, le opere oggetto di subappalto devono necessariamente essere individuate dal concorrente in sede di offerta, per le prestazioni oggetto di subappalto vanno applicati gli stessi prezzi unitari risultanti dall'aggiudicazione con un ribasso massimo pari al venti per cento, l'esecuzione delle prestazioni subappaltate non può formare oggetto di ulteriore subappalto.

²⁶⁴F. DI CRISTINA, *La corruzione negli appalti pubblici*, in *Rivista Trimestrale di diritto pubblico*, n. 1/2012. L. FIORENTINO, *Attività di impresa della criminalità*

subappaltatrice sfruttando le modifiche dell'art. 49 del codice contenute nel primo decreto correttivo.

Ciò determina come conseguenza che i limiti quantitativi previsti per il subappalto ex art. 118 non trovano applicazione²⁶⁵, mentre non viene meno l'autorizzazione del subappalto, caratterizzata da doverosità, sottoposta a tutela penale e riferibile a qualsiasi istituto giuridico che permetta il sub-affidamento.

6. Il contraente generale e il “mercato” dei sub-affidamenti

Un istituto di rilievo nel sistema dei contratti pubblici è “l'affidamento al contraente generale”. L'art. 173 del Codice dispone, infatti, che la realizzazione delle infrastrutture strategiche²⁶⁶, in deroga all'art. 53, possa essere oggetto di “concessione di costruzione e gestione” o di “affidamento unitario a contraente generale”. Nell'intento del legislatore, le procedure di progettazione, approvazione dei progetti e realizzazione di grandi opere sarebbero state più rapide di quelle ordinarie²⁶⁷. Il modello del contraente generale (*general contractor*) è mutuato dal diritto europeo e si applica esclusivamente alla realizzazione delle infrastrutture

organizzata e distorsioni della concorrenza, cit., 12, a proposito dei legami tra concorrenza ed azione amministrativa e delle criticità del meccanismo dell'aggiudicazione competitiva.

²⁶⁵ Se l'avvalimento, come previsto, configura la necessità che l'impresa ausiliaria divenga subappaltatrice nei limiti dei requisiti prestati e questi superino il trenta per cento dell'importo delle prestazioni della categoria prevalente, il limite dell'art. 118 non può essere invocato.

²⁶⁶ Le infrastrutture di interesse nazionale sono individuate dall'art. 1, comma 1, della legge 21 dicembre 2001, n. 443, la c.d. «legge obiettivo sulle grandi opere», recante delega al governo in materia di infrastrutture ed insediamenti produttivi strategici ed altri interventi per il rilancio delle attività produttive. Fatto salvo il rispetto della normativa comunitaria, la ratio della disciplina era quella di introdurre specifiche deroghe alla normativa vigente in materia di aggiudicazione e realizzazione di lavori pubblici.

²⁶⁷ R. DE NICTOLIS, *Manuale degli appalti pubblici*, cit., 954.

strategiche e al *leasing* finanziario di opere pubbliche²⁶⁸. Si evidenzia tra le caratteristiche del “contraente generale” la previsione della sola procedura ristretta e la realizzazione di un'opera con piena discrezionalità circa i mezzi, nel rispetto delle indicazioni “di scopo” della stazione appaltante, ma in assenza della gestione, tipica della concessione di lavori pubblici.

Si prevede l'assegnazione di una sostanziale autonomia nell'esecuzione dei lavori assegnati al contraente generale, idonea a creare un vero e proprio mercato dei sub-affidamenti e a gestire una rilevante rendita di posizione, suscettibile di scambi occulti. Occorre osservare come il contraente generale possa gestire l'esecuzione dell'opera, i sub-affidamenti, le dovute attività collaterali e di progettazione, nonché le necessarie espropriazioni tramite delega in maniera libera, assoggettando i rapporti con i terzi a norme civilistiche, salvo quanto previsto dalle verifiche antimafia per i lavori pubblici (art. 176, comma 8, del Codice), quali la tracciabilità dei flussi finanziari²⁶⁹ delle risorse totalmente o parzialmente utilizzate dal contraente (ma non dai subaffidatari). Si nota dunque che il contraente generale, oltre al ruolo di appaltatore, svolge quello di amministrazione pubblica.

Con riguardo alla fase di esecuzione, sembra opportuno segnalare che il contraente generale non subisce i poteri ispettivi e di

²⁶⁸ Come previsto dalla legge finanziaria per il 2007.

²⁶⁹ La l. n. 13 agosto 2010, n. 136 ha introdotto, all'art. 3, l'obbligo di tracciabilità dei flussi finanziari connessi agli appalti pubblici o alle concessioni di lavori pubblici, imponendo ai soggetti interessati (appaltatori, subappaltatori, subcontraenti, concessionari di finanziamenti pubblici) l'obbligo di tenere conti bancari o postali sui quali devono transitare tutti i flussi finanziari collegati alle commesse pubbliche. Le stazioni appaltanti, compreso il contraente generale, dovranno inserire nel contratto una clausola risolutiva nel caso in cui la controparte non adempia al suddetto obbligo. Secondo quanto rimarcato dall'Avcp, l'obbligo di tracciabilità non sussiste per le società in house nei confronti dell'amministrazione che esercita il controllo analogo, per le società che realizzano prestazioni di lavori, servizi o forniture in economia rispetto all'amministrazione committente.

verifica di un ufficio di direzione dei lavori interno all'amministrazione. Ciò determina, in primo luogo, l'aumento della concentrazione del mercato, ossia la possibilità di verifica del fenomeno delle cordate e dell'utilizzo frequente del collegamento tra servizi ed esecuzione dei lavori pubblici; in secondo luogo, l'aumento della probabilità delle infiltrazioni mafiose²⁷⁰ che possono esercitare pressioni non più sull'amministrazione appaltante ma direttamente sull'affidatario.

A tale riguardo, il Codice (agli artt. 186-193) è intervenuto al fine di temperare l'elevato grado di discrezionalità affidato al contraente generale, disciplinandone il sistema di qualificazione, nettamente distinto da quello ordinario gestito dalle Soa. Come noto, rispetto all'attestazione operata dalle Soa, si prevede l'asseveramento del possesso dei requisiti del *general contractor* in capo al Ministero delle infrastrutture e dei trasporti. I requisiti richiesti sono più stringenti, in relazione al sistema di qualità aziendale, alla durata della validità dei requisiti (tre anni anziché cinque), all'avvalimento (escluso), alla partecipazione ad un'ati²⁷¹ (consentita se tutti i partecipanti sono qualificati come contraenti generali). Sussistono differenze anche in ordine alle garanzie globali di esecuzione di cui all'art. 129, comma 3, del Codice, che vanno prestate obbligatoriamente, nonché alla disciplina delle varianti (a carico del

²⁷⁰ F. DI CRISTINA, *La corruzione negli appalti pubblici*, in *Rivista Trimestrale di diritto pubblico*, n. 1/2012. Alto Commissario per la prevenzione e il contrasto della corruzione e delle altre forme di illecito nella pubblica amministrazione, *Studio sui pericoli di condizionamento della pubblica amministrazione da parte della criminalità organizzata*, Roma, giugno 2006, 50 ss.

²⁷¹ La norma è disapplicata per contrasto con il diritto comunitario sotto il profilo della proporzionalità e della non discriminazione: le restrizioni in tema di Ati avrebbero escluso dalle gare i contraenti generali di minori dimensioni che non avrebbero potuto associarsi con altre imprese, anch'esse di piccole dimensioni. Si veda, sul punto, Tar Lazio-Roma, sez. III, 2 ottobre 2007, n. 9630.

contraente generale se emendano i vizi del progetto d'opera o per integrarne il contenuto).

Ma vi è di più: ai sensi dell'art. 176, comma 3, lett. e), il contraente generale stipula appositi accordi con gli organi competenti in materia di sicurezza, prevenzione e repressione della criminalità, finalizzati alla verifica preventiva del programma di esecuzione dei lavori e al successivo monitoraggio di tutte le fasi di esecuzione delle opere e dei soggetti che le realizzano. Tali accordi vengono definiti dal Comitato interministeriale per la programmazione economica (Cipe), in base alle indicazioni del Casgo, insieme al Ministro della giustizia e al Ministro delle infrastrutture. A tal fine, il Cipe delinea specifici «protocolli di legalità», dei quali si darà conto nel prosieguo della trattazione, che comportano l'impegno da parte dell'impresa aggiudicataria, la quale deve trasferire tale obbligo anche alle imprese interessate alla realizzazione dei lavori, di denunciare tentativi di influenze indebite. Detto sistema, di tipo premiale, si basa su una valutazione del comportamento dell'impresa aggiudicataria ai fini dell'ammissione ad eventuali future procedure ristrette. Inoltre, il Cipe stabilisce complesse misure di monitoraggio²⁷² per la prevenzione e repressione di tentativi di infiltrazione mafiosa includenti il controllo dei flussi finanziari legati alla realizzazione dei lavori, quello dei

²⁷² Il reperimento dei fondi destinati all'attività di monitoraggio è a carico del soggetto aggiudicatore che predispose, nel bando, un'aliquota forfetaria, non sottoposta al ribasso d'asta, ragguagliata all'importo complessivo dell'intervento, secondo valutazioni preliminari che il contraente generale è tenuto a recepire nell'offerta formulata in sede di gara. Con riferimento alle opere strategiche ex art. 180, gli oneri relativi alle procedure per il monitoraggio delle infrastrutture e degli insediamenti industriali al fine di prevenire e reprimere tentativi di infiltrazione mafiosa sono posti a carico dei fondi del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze. Pertanto, quando si tratta di un insediamento con le caratteristiche di cui all'art. 253 o di cui all'art. 274, alla normativa antimafia che l'art. 247 mantiene «ferma», si affiancano una serie di obblighi di natura contrattuale in capo all'aggiudicatario e alle altre imprese interessate ad eseguire parte dei lavori, contenuti in accordi-quadro elaborati dal Cipe allo scopo di prevenire i tentativi di estorsione, l'impiego di risorse finanziarie di provenienza illecita o forme di corruzione.

flussi finanziari connessi a risorse totalmente o parzialmente a carico dei promotori, indicando i soggetti sottoposti al controllo, le modalità attraverso le quali espletarlo, il valore-soglia delle transazioni finanziarie oggetto del controllo²⁷³.

7. L'esecuzione del contratto e la disciplina delle varianti

La disciplina delle varianti in corso di esecuzione può essere considerata un terreno fertile per l'emersione di fenomeni collusivi e può determinare un aumento spropositato del prezzo posto inizialmente a base d'asta.

Per tali ragioni, nel suddetto ambito, vige il principio della tassatività: le stazioni appaltanti possono consentire varianti in corso d'opera solo in presenza di uno o più casi elencati nel Codice (art. 132, comma 1). In effetti, il rischio di distorsioni è elevato, in relazione alle varianti, poiché il funzionario o il responsabile dei lavori possono certificare la necessità di una variante non supportata da verificabili ragioni di fatto: la diretta proporzionalità tra aumento di spesa da parte dell'amministrazione e prezzo dello scambio occulto rappresenta un indice del rischio.

Si prevede che le varianti c.d. «migliorative», ossia quelle varianti in aumento o in diminuzione che hanno lo scopo di migliorare

²⁷³ F. DI CRISTINA, *La corruzione negli appalti pubblici*, in *Rivista Trimestrale di diritto pubblico*, n. 1/2012. L'art. 274, comma 1-bis, richiama la disciplina fin qui esposta che si estende, ricomprendendo anche i progetti individuati dal Ministro delle infrastrutture di importo superiore a 250 milioni di euro interconnessi con altri sistemi di collegamento su scala europea o particolarmente complessi, dal punto di vista progettuale e tecnico, tali da richiedere un'unica logica realizzativa e gestionale, secondo quanto disposto dall'art. 253, comma 7, lett. f).

la funzionalità dell'opera, siano ammesse solo in presenza di circostanze sopravvenute ed imprevedibili che le rendono obiettivamente necessarie. La loro disciplina è, perlopiù, demandata al regolamento attuativo del Codice. Sono queste varianti che possano prestarsi ad utilizzi occulti e al pagamento di tangenti poiché, se approvate, consentono o un aumento del prezzo della prestazione o un risparmio per l'appaltatore, il quale potrebbe accordarsi con il direttore dei lavori e con il responsabile unico del procedimento al fine di ottenere i vantaggi del caso. Per l'appunto, sia l'Avcp che la Corte dei conti sono concordi nel ritenere che l'uso smodato delle varianti copra parte della corruzione nel settore degli appalti pubblici: buona parte delle risorse che fanno lievitare i costi delle opere alimenta gli scambi occulti tra imprenditori, funzionari e politici. Nella Relazione annuale del 2009, l'Avcp ha fornito alcuni dati sugli scostamenti di costo a seguito di varianti in corso d'opera²⁷⁴, in tendenza crescente rispetto al quinquennio precedente: lo scostamento medio, per ogni classe di importo, è stato di circa il dodici per cento sul valore totale dell'affidamento, con un picco di circa il quattordici per cento per la classe con i valori compresi tra cinque e quindici milioni di euro.

Tra l'utilizzo delle varianti in corso d'opera e i ribassi in sede di svolgimento della gara, come accennato, sussiste uno stretto legame. In particolare, l'adozione del criterio del massimo ribasso rispetto al prezzo a base d'asta può favorire le cordate²⁷⁵, ossia i gruppi di imprese che partecipano separatamente ad una gara, ma hanno preventivamente formulato un accordo al fine di favorirne una, e quindi possono abbandonare la gara, parteciparvi con il solo intento di

²⁷⁴ Escluse quelle disposte dal direttore dei lavori e di valore pari o inferiore al cinque per cento dell'importo dell'affidamento.

²⁷⁵ Il punto è sottolineato dalla Commissione parlamentare d'inchiesta sul fenomeno della criminalità organizzata mafiosa o similare nella sua Relazione conclusiva del 19 febbraio 2008.

far lievitare il prezzo rispetto a quello a base d'asta e permettere così all'impresa aggiudicataria di offrire il massimo ribasso possibile.

Capitolo IV

La lotta alla corruzione nei contratti pubblici

Sommario: 1. La lotta alla corruzione nella “legge Merloni”: limitazione della discrezionalità, irrigidimento delle procedure e inefficienza. – 2. Le fasi a rischio corruzione negli appalti pubblici. - 3. La legge 190/2012 e il potenziamento delle misure generali di prevenzione.

1. La lotta alla corruzione nella “legge Merloni”: limitazione della discrezionalità, irrigidimento delle procedure e inefficienza.

Nel corso della trattazione si è accennato al fatto che il legislatore italiano degli anni Novanta ha cercato di garantire nella fase di aggiudicazione il rispetto dei principi di imparzialità e trasparenza e abbia introdotto stringenti vincoli alla discrezionalità delle amministrazioni contraenti, ponendo in secondo piano le esigenze di apertura del mercato interno alla concorrenza europea. Vincolare l'amministrazione aggiudicatrice alla scelta di un solo criterio, quello del prezzo più basso²⁷⁶ costituiva, nell'ottica della legge Merloni²⁷⁷, il viatico per assicurare trasparenza e controllo

²⁷⁶ Ad eccezione di quelle gare in cui fosse risultato indispensabile l'apporto progettuale dei concorrenti.

²⁷⁷ M. CLARICH, *La legge Merloni quater tra instabilità e flessibilità*, in *Corr. giur.*, 2002, 1401 ss., secondo cui si pone sempre «un equilibrio tra due ordini di valori irrinunciabili, ma in parte confliggenti: rigore, trasparenza, imparzialità, da un lato; flessibilità, informalità, celerità delle procedure dall'altro». L'esigenza dei primi valori tende a «favorire regole rigide tali da garantire al massimo grado la par condicio tra le imprese che aspirino a stipulare il contratto con l'amministrazione appaltante» che si risolve in «meccanismi di valutazione di tipo

dell'operato dei pubblici funzionari. La previsione di rigidi meccanismi di aggiudicazione e di compressione della discrezionalità, infatti, era volta a prevenire fenomeni di corruzione ed il legislatore italiano, per molto tempo, ne ha fatto un baluardo in difesa dell'attività vincolata²⁷⁸.

La legge in questione è stata promulgata in una situazione emergenziale, in seguito alle inchieste di “Mani pulite” che avevano da poco portato alla luce lo scandalo cd. di “Tangentopoli”, causando la dissoluzione di quasi tutti i principali partiti politici rappresentati in Parlamento. Considerata l'emersione di tutto il malcostume che aveva fino a quel momento permeato il sistema degli appalti pubblici in Italia, si respirava un clima di profonda sfiducia nei confronti degli operatori economici e delle stazioni appaltanti.

La dottrina ritiene che la legge Merloni fosse dotata di una “ingenuità palingenetica”²⁷⁹, in quanto pretendeva di estirpare la corruzione ingessando il sistema, di fatto rendendo difficoltosa la realizzazione di opere pubbliche e paradossalmente creando addirittura nuove occasioni di corruzione, per superare le difficoltà operative che essa stessa andava ad introdurre. Traendo spunto dalla generalizzata sfiducia verso le stazioni appaltanti e verso le imprese, la legge Merloni si armò di uno “spirito purificatore”²⁸⁰ che non mutò

automatico» e in procedure che «non dovrebbero attribuire all'amministrazione alcun margine di discrezionalità».

²⁷⁸Sul punto, F. GARRI, *Il mercato dei contratti pubblici: il ruolo dell'Autorità di vigilanza di settore e dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, vol. I, Milano, Giuffrè, 2008, 630; M.A. SANDULLI, A. CANCRINI, *I contratti pubblici*, in F. Merloni, L. Vandelli (a cura di), *La corruzione amministrativa*, cit., 437 ss.

²⁷⁹ A. BOTTO, materiale didattico per il corso di “Diritto e regolazione dei contratti pubblici” tenuto presso l'Università “LUISS Guido Carli”, in www.luiss.it, Aprile 2015.

²⁸⁰ M. CLARICH, *Codice dei contratti pubblici: ancora correttivi e modifiche*, in *Corriere giuridico*, 2006, 11, nonché G. FIDONE, *La corruzione e la discrezionalità*

neppure con l'emanazione del D.lsg. 12 aprile 2006, n. 163, con il quale il legislatore ha unito in unico testo normativo tutta la materia dei contratti pubblici, attuando il recepimento delle 2004/17/CE e 2994/18/CE.

Nella convinzione che gli episodi di corruzione riguardassero unicamente la fase di assegnazione degli appalti – sottovalutando quindi a torto la fase di esecuzione - e che la discrezionalità amministrativa fosse fonte di corruzione, per combattere l'illegalità scelse di adottare per lo più moduli vincolati di azione delle pubbliche amministrazione, con meccanismi automatici di aggiudicazione e procedure estremamente rigide²⁸¹ e “spostò decisamente l'asse dell'equilibrio tra flessibilità e rigore, sempre assai delicato nelle procedure di evidenza pubblica finalizzate alla stipula dei contratti pubblici, a favore di quest'ultimo”²⁸².

I principi informatori della legge erano, in sintesi, l'irrigidimento delle procedure, la mortificazione della discrezionalità amministrativa, la creazione di automatismi per l'aggiudicazione dei contratti e il massiccio uso dello strumento penale a fini repressivi.

Balza agli occhi che il legislatore italiano ha scelto la moltiplicazione dei modelli tipizzati, una serie di taglie

amministrativa: il caso dei contratti pubblici, in *Giornale del Diritto Amministrativo*, 2015, 3, pp. 325-344.

²⁸¹ M. CAFAGNO, *Flessibilità e negoziazioni. Riflessioni sull'affidamento dei contratti complessi*, in *Il diritto degli appalti pubblici all'alba delle nuove direttive comunitarie*, Convegno, Camera dei deputati, 15 novembre 2013, sintetizza così queste dinamiche evolutive della disciplina: “E' risaputo che in Italia una normativa e soprattutto una prassi incentrate sulla meta del controllo degli amministratori pubblici, a presidio della imparzialità e della trasparenza delle decisioni di spesa, hanno tradizionalmente favorito una limitata classe di modelli concorsuali, decisamente distanti dalla negoziazione competitiva e inclini piuttosto al massimo abbattimento della discrezionalità amministrativa, tramite una rigida omologazione dei procedimenti a criteri formali di segretezza, immutabilità delle offerte rassegnate, automatismo dei confronti. Questa propensione ha plausibilmente raggiunto il proprio apice con l'approvazione della legge n.109 del 1994, sotto l'influenza di conosciuti rivolgimenti politici e giudiziari”:

²⁸² M. CLARICH, *op. ult. cit.*

preconfezionate come “abiti dei grandi magazzini”, mentre il legislatore comunitario immagina che l’amministrazione possa assumere il ruolo di “sarto”, confezionando abiti su misura per le esigenze del committente. Nel nostro Paese il legislatore non si fida dell’abilità del sarto di cucire, ossia dell’attitudine delle stazioni appaltanti ad usare la discrezionalità amministrativa senza che questa si tramuti in corruzione. Si evince come questo vada a scapito della qualità dell’abito, che non sarà mai della stessa qualità di quello realizzato dal sarto: l’efficienza si trova ad essere programmaticamente sacrificata in nome di una particolare strategia di lotta alla corruzione.

In effetti per molto tempo si è optato per la rigidità delle procedure con un massiccio ricorso ad apposite deroghe, che si traducevano in affidamenti diretti in assenza di concorrenzialità, finendo per ricreare nuove occasioni di collusione e per provocare nuove perdite di efficienza. Secondo autorevole dottrina, “è certamente sproporzionata l’attenzione che il legislatore dedica alla fase di aggiudicazione, in collaborazione con quella precedente della preparazione del contratto e con quella successiva dell’esecuzione”²⁸³, anche per via della succitata possibilità di derogare “legittimamente” alle disposizioni in materia previste dalla legge, in caso di situazioni di urgenza e di emergenza.

La prevenzione della corruzione così come intesa nella legge finì poi con il determinare la chiusura protezionistica del mercato delle commesse pubbliche, il rallentamento delle procedure di affidamento non adeguatamente flessibili, la generale inefficienza delle norme sui lavori pubblici. Il problema, oggi, sembra ancora presente: a detta della stessa Avcp, infatti, la iper-regolazione settoriale ha determinato

²⁸³ G. FIDONE, *op. ult. cit.*

un sostanziale irrigidimento delle regole ed un'eccessiva burocratizzazione di un mercato dinamico che richiede, per il suo corretto funzionamento²⁸⁴, strumenti normativi snelli e di agevole applicabilità²⁸⁵.

Con il presente lavoro si intende sostenere che la prevenzione della corruzione debba reggersi su strategie che contemperino regolazione pubblicistica ed efficienza di mercato²⁸⁶, accompagnate da strutturati sistemi di controlli e sanzioni. Si avrà modo di tornare sul punto.

La riforma della disciplina degli appalti pubblici, avviata successivamente agli anni Novanta, ha avuto l'obiettivo di combattere la corruzione con metodi di natura amministrativa e di specie procedimentale, quali l'aumento della trasparenza e la riduzione della discrezionalità amministrativa dei funzionari responsabili. L'introduzione del Codice dei contratti pubblici non ha tuttavia risolto appieno alcuni nodi critici, tra i quali spiccano la permanenza di schemi procedurali eccessivamente rigidi, fonte di costi per i privati se associati ai tradizionali tempi lunghi delle procedure di aggiudicazione

²⁸⁴ R. TREPTE, *Regulating Procurement. Understanding the Ends and Means of Public Procurement Regulation*, Oxford University Press, 2004, 392-393.

²⁸⁵ Il Codice dei contratti pubblici ha cercato di garantire maggiore flessibilità all'amministrazione nella gestione degli appalti mediante l'utilizzo di nuovi strumenti contrattuali ed organizzativi (accordo-quadro, dialogo competitivo, sistemi dinamici di acquisizione) ma di questi strumenti l'applicazione è ancora incerta e poco estesa, visti anche i prolungati differimenti della loro entrata in vigore. M. CLARICH, L. FIORENTINO, *Appalti e concessioni: regole e prassi per il mercato*, in I. CIPOLLETTA, S. MICOSSI, G. NARDOZZI, *Appalti pubblici e concorrenza*, progetto a cura del Centro studi di Confindustria, aprile 2006. Sull'inefficienza dell'amministrazione italiana come fattore generatore di corruzione, G. D'Auria, *La corruzione e le leggi*, in M. D'ALBERTI, R. FINOCCHI (a cura di), *Corruzione e sistema istituzionale*, Bologna, il Mulino, 1994, 23 ss.

²⁸⁶ Sulla nozione si rimanda a R. COASE, *The Firm, The Market, The Law*, University of Chicago, 1988, trad. it. *Impresa, mercato e diritto*, Bologna, il Mulino, 2006 e a F. DENOZZA, *Norme efficienti. L'analisi economica delle regole giuridiche*, Milano, Giuffrè, 2002, in part. cap. 1.

nel nostro Paese ²⁸⁷, nonché alcuni istituti nati per finalità pro-concorrenziali o per ragioni di rapidità ed efficienza il cui utilizzo pone rilevanti problemi applicativi e determina frequenti comportamenti opportunistici da parte dei privati e rischi di corruzione.

E' sotto gli occhi di tutti che il legislatore non riuscì nel suo intento e andò incontro a un duplice fallimento: il primo, quello della lotta alla corruzione che il legislatore perseguiva tenacemente e il secondo, quello dell'efficienza del sistema. Nel corso della trattazione si è argomentato che la corruzione e l'inefficienza sono due fenomeni distinti, che vanno combattuti con soluzioni differenti. Il legislatore degli anni Novanta, invece, riteneva che combattendo la corruzione attraverso l'irrigidimento dei modelli e comprimendo gli spazi di discrezionalità in capo alla pubblica amministrazione, si sarebbe garantita anche l'efficienza. Si trattava ovviamente di una convinzione errata.

Si è illustrato che mentre la corruzione è per definizione un fenomeno nascosto, l'inefficienza è riscontrabile nei fatti e nelle statistiche: in Italia si spende più che in altri Paesi per la costruzione delle opere, che hanno tempi più lunghi e che spesso rimangono incompiute. E' possibile che questi dati celino fenomeni corruttivi ma di ciò non può aversi certezza fino a quando non emergano con le indagini penali²⁸⁸ ed è in ciò che si annovera l'essenza del problema,

²⁸⁷ In Italia, la fase che va dall'affidamento dell'incarico di progettazione all'aggiudicazione dura in media 924 giorni. La fase che va dall'aggiudicazione alla fine dei lavori ha portato, nel periodo compreso tra il 2000 ed il 2005, alla conclusione del venti per cento rispetto al totale dei lavori assegnati con un importo superiore a 150 mila euro. I dati, rielaborati da quelli forniti dall'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, sono contenuti in C. Guccio, G. Pignataro, I. Rizzo, Efficienza delle procedure di appalto dei lavori pubblici: un'analisi empirica del caso italiano, relazione presentata alla XIX conferenza della Società italiana di economia pubblica, Pavia, settembre 2007.

²⁸⁸ R. CANTONE- G. DI FEO, *Il male italiano*, Rizzoli, 2015, p. 8.

ossia la difficoltà di ideazione di strumenti di prevenzione della corruzione e, soprattutto, di verifica della loro efficacia.

Alla luce della tesi che si intende sostenere con la presente trattazione, appare opportuno uno stravolgimento dell'approccio di analisi del fenomeno corruttivo, tale per cui il perseguimento dell'efficienza possa avere come conseguenza la riduzione della corruzione.

Si avrà modo di notare che il miglioramento dell'efficienza, la diminuzione dei costi, l'accorciamento dei tempi e in definitiva il conseguimento della *performance* possono ridurre gli spazi di attuazione dei patti corruttivi che si nascondono molto spesso dietro all'inefficienza stessa. La dottrina più attenta non manca di osservare che se si conseguisse la piena efficienza si azzererebbe lo spazio per la corruzione o potrebbe permanere uno spazio solo per forme di corruzione neutrali all'efficienza, indesiderabili sul piano etico e della moralità pubblica che, peraltro, non sarebbero di ostacolo al raggiungimento dell'interesse pubblico legato alla realizzazione di buone opere con una spesa contenuta²⁸⁹.

La stessa dottrina, a conferma di ciò, osserva che i Paesi notoriamente più efficienti sotto il profilo della contrattazione pubblica sono anche quelli nei quali è meno sentito il problema della corruzione e ove i cittadini la percepiscono meno.

La presente tesi si propone di perseguire in primo luogo l'efficienza della contrattazione pubblica, attraverso una riforma della disciplina di settore che vada in tale senso, senza però negare l'importanza dell'adozione di misure specifiche volte alla prevenzione della corruzione, “purché le stesse non abbiano come effetto

²⁸⁹ G. FIDONE, *Relazione per il seminario “Prevenzione della corruzione nella riforma della P.A e nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, 9 novembre 2015, Sala del Mappamondo-Camera dei Deputati.

collaterale la perdita dell'efficienza, instaurando un circolo vizioso caratterizzato da sacche di inefficienza dietro alle quali si annidano fenomeni corruttivi”²⁹⁰.

Questo non significa che incrementare la discrezionalità a disposizione delle pubbliche amministrazioni sia immune da rischi; di tale discrezionalità accade talvolta che si abusi. A tal proposito, a titolo meramente esemplificativo, possono ritenersi a rischio le procedure negoziate senza previa pubblicazione del bando.

Onde evitare tali situazioni, occorre che la garanzia del margine di discrezionalità delle pubbliche amministrazioni sia accompagnata da un altro concetto-chiave, quello della responsabilità.

Sarebbe auspicabile che discrezionalità e responsabilità viaggiassero di pari passo. Il rispetto del principio di trasparenza consentirebbe di realizzare un sistema in cui le pubbliche amministrazioni possano esercitare apprezzabili margini di discrezionalità senza però uno schermo di irresponsabilità, in relazione alle scelte discrezionali effettuate²⁹¹.

Sembra opportuno ammettere che l'irrigidimento delle procedure, la privazione della discrezionalità amministrativa, la creazione di automatismi per l'aggiudicazione dei contratti abbiano causato solo perdita di efficienza dell'azione amministrativa, senza risolvere il problema della corruzione. Gli economisti²⁹² dimostrano che, laddove si registri una asimmetria informativa a danno dell'amministrazione, una selezione basata su criteri automatici finisce

²⁹⁰ G. FIDONE, *op. ult. cit.*

²⁹¹ In questo senso l'intervento di Raffaele Cantone al seminario *Prevenzione della corruzione nella riforma della P.A. e nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, 9 novembre 2015, Sala del Mappamondo, Camera dei Deputati: “Stimolare la responsabilità, lavorare sulla trasparenza”.

²⁹² Si faccia riferimento in particolare ai premi Nobel George Akerlof e William Spencer Wickrey.

per essere una “selezione avversa”, comportando una scelta inefficiente per la stazione appaltante.

La via da seguire, in caso di asimmetrie informative particolarmente ampie, dovrebbe preferibilmente essere quella del ricorso a procedure flessibili quali il dialogo competitivo o le negoziazioni competitive, in modo da consentire all’amministrazione di colmare il suo deficit conoscitivo durante la procedura. Sarà in tal modo possibile effettuare la scelta finale sulla base di un bagaglio informativo maggiore di quello posseduto all’inizio della procedura, riducendo così il rischio di selezione avversa²⁹³. Sennonché, come poc’anzi illustrato, il legislatore italiano, al modello del “sarto”- che permette di cucire una procedura su misura rispetto all’oggetto del contratto, ha dimostrato di preferire quello dei “grandi magazzini” - in cui è disponibile una dilunga serie di modelli procedurali tipizzati. Evidentemente il legislatore italiano non si fida della capacità del sarto – amministrazione che potrebbe però garantire un prodotto di qualità di gran lunga superiore rispetto a quello offerto nei grandi magazzini. Autorevole dottrina osserva che “la limitazione della discrezionalità, soprattutto nel caso di contratti complessi, è fonte di inefficienza, dal momento che impedisce procedure di affidamento esattamente calibrate sul contratto da aggiudicare. L’assenza di negoziazioni competitive impedisce alla pubblica amministrazione di migliorare la sua conoscenza e di fare scelte più consapevoli”²⁹⁴.

In linea di massima, sembrerebbe sbagliato predeterminare in astratto *ex ante* la scelta da effettuare circa una procedura di aggiudicazione; tale scelta, più correttamente, dovrebbe dipendere –

²⁹³ 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*, Giuffrè, 2013.

²⁹⁴ G. FIDONE, *La corruzione e la discrezionalità amministrativa: il caso dei contratti pubblici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2015, 3.

volta per volta - dalle caratteristiche del mercato e dalle caratteristiche del bene da aggiudicare. “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, ad esempio, per contratti aventi per 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 dell’offerta economicamente più vantaggiosa”²⁹⁵.

I dati ufficiali certificano la bassissima incidenza percentuale nel nostro ordinamento delle procedure flessibili per importi soprasoglia, largamente inferiore, ad esempio, alla percentuale di Paesi quali il Regno Unito e la Germania. In Italia le procedure negoziate sono invece usate per contratti semplici e di importi modesti, evidenziando una ingiustificata fuga della concorrenza (“essa stessa sintomo di corruzione”²⁹⁶) per l’assegnazione di contratti standardizzati, non complessi e di valore esiguo.

2. Le fasi a rischio corruzione negli appalti pubblici

Nel corso della trattazione abbiamo avuto modo di argomentare che in realtà 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

²⁹⁵ G. FIDONE, *Relazione per il seminario “Prevenzione della corruzione nella riforma della P.A e nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, 9 novembre 2015, Sala del Mappamondo-Camera dei Deputati.

²⁹⁶ G. FIDONE, *La corruzione e la discrezionalità amministrativa: il caso dei contratti pubblici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2015, 3.

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%)²⁹⁷.

Autorevole dottrina²⁹⁸ individua una serie di istituti critici, che vanno collocati nelle diverse fasi della vita di un contratto pubblico.

E' ad alto tasso di corruzione la fase precedente all'aggiudicazione, ovvero quella dell'individuazione del fabbisogno e della programmazione e progettazione dell'intervento, che però spesso appare trascurata dal Legislatore, soprattutto se confrontata con quella successiva dell'aggiudicazione del contratto. Nella fase programmatica si inseriscono con frequenza i bandi su misura e le specifiche tecniche su misura: potrebbe accadere infatti che una stazione appaltante, al momento della redazione della *lex specialis* di gara e dei documenti tecnici possa richiedere prestazioni, caratteristiche, requisiti che, seppur in apparenza pensati per una gara pubblica, in realtà sono predisposti ad hoc per una o più imprese preindividuate, in grado di aggiudicarsi il contratto. Nel gergo si parla anche di "bandi fatti a

²⁹⁷ Le 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%).

²⁹⁸ G. FIDONE, *op. cit.*

pennello” che vanificano gli strumenti di trasparenza e di controllo predisposti per la fase di aggiudicazione, determinando la violazione della concorrenza e degli interessi degli altri operatori economici, di fatto impossibilitati a vincere la gara.

Con riguardo alla fase di aggiudicazione del contratto, si osserva come anch'essa sia esposta al rischio di corruzione, nonostante sia quella più regolata a livello europeo e nazionale e più assoggettata alle regole di trasparenza e pubblicità, oltretutto ai maggiori controlli anche giurisdizionali per effetto del controllo incrociato tra concorrenti.

Merita approfondita analisi la fase dell'esecuzione, che risulta spesso priva di regolamentazione ed è invece il momento senza dubbio più a rischio di patti corruttivi e nella quale l'AVCP ha rilevato il maggior numero di segnalazioni²⁹⁹ poiché si presta facilmente all'elusione dei principi di gara. 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/servizi³⁰⁰.

L'esecuzione è la vita dell'appalto meno regolata, in cui si ha una minore applicazione della trasparenza dell'azione amministrativa, una minore garanzia della concorrenza e, soprattutto, un minor numero di controlli. Sono molteplici i momenti della fase

²⁹⁹ Relazione annuale 2013 Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici (AVCP).

³⁰⁰ Relazione della Commissione Europea sulla corruzione, 3.02.2014, COM 2014/38, annex 12 sull'Italia. (Si confronti anche “*Public Procurement in Europe: cost and effectiveness*”, 2011, su www.ec.europa.eu. Può anche essere citato, a titolo meramente esemplificativo, un dato fornito dal quotidiano La Repubblica (Fonte: www.larepubblica.it dicembre 2011) secondo il quale le indagini svolte da più Procure nel triennio 2007-2010 su 33 grandi opere affidate hanno svelato come il costo sostenuto dalle casse dell'Erario sia passato dagli iniziali 574 milioni di euro a 834 milioni finali, con un aumento, quindi, pari al 45% del valore iniziale dell'aggiudicazione.

dell'esecuzione del contratto che si prestano a forme di manipolazione dell'interesse pubblico in nome di interessi privati³⁰¹.

Uno di tali momenti è quello della modifica dei termini contrattuali dopo l'aggiudicazione: attraverso l'istituto delle *varianti in corso d'opera* si dà la possibilità all'Amministrazione e all'appaltatore di modificare, anche in maniera sostanziale, il contenuto del progetto inizialmente posto a base di gara o del contratto aggiudicato, vanificando in questo modo l'intera procedura pubblica eventualmente bandita; tali modifiche non sono sottoposte ad attenti controlli e spesso sono decise a seguito di un confronto personale fra la stazione appaltante e l'appaltatore, dunque, senza la pubblicità e la trasparenza necessaria. È quanto accade anche nel caso delle rinegoziazioni dei contratti aggiudicati che spesso sono necessarie per fronteggiare esigenze nuove che non erano emerse in fase di gara o per aggiornare quei contratti che, a causa della lunga durata, rischiano di diventare obsoleti. Queste modifiche, connesse all'aumento dei costi contrattuali che ne consegue con l'iscrizione delle riserve o con la compensazione dei prezzi per rincaro dei materiali, sono terreno fertile per fenomeni corruttivi che possono dare la possibilità all'appaltatore di ottenere un riequilibrio finanziario delle operazioni che gli sono richieste o, in ogni caso, un aumento dei ricavi dovuti per il contratto³⁰².

La fase dell'esecuzione, inoltre, è molto spesso lo stadio prediletto per il ricorso alle procedure derogatorie dettate da situazioni

³⁰¹ Si pensi agli artt. da 113 a 120 del d.lgs. 163/2006 e, per i soli appalti di lavori, da 126 a 141, che devono ritenersi, in linea di principio, applicabili anche alle concessioni, fatte salve le disposizioni speciali dettate per la concessione di lavori dall'art. 148 del Codice e dagli artt. da 156 a 160, in relazione alla finanza di progetto.

³⁰² G. FIDONE, *op.cit.*

asseritamente di emergenza³⁰³, sebbene il Codice dei contratti pubblici e le direttive europee assicurino un'adeguata trasparenza dell'azione amministrativa in fase di aggiudicazione, corredata da opportuni controlli.

Occorre rilevare, al riguardo, come la legislazione di emergenza sia proprio una delle maggiori criticità sistemiche della contrattualistica pubblica, permettendo alle stazioni appaltanti di derogare alle procedure contenute nel Codice, specialmente in forza di un'ordinanza di protezione civile. Sennoché, le ordinanze vengono utilizzate non solo come strumento per far fronte ad emergenze e a fatti imprevedibili che richiedono una risposta rapida, non sempre sottoponibile ai tempi lunghi dell'evidenza pubblica, ma anche per la gestione dei c.d. «grandi eventi», per i quali, spesso, non è ravvisabile alcuna urgenza. In tal caso, il ricorso alle procedure di emergenza può essere visto tanto come un «surrogato dell'inefficienza»³⁰⁴ e delle carenze in fase di programmazione dei tempi di realizzazione delle opere³⁰⁵, quanto come un modo per celare scambi occulti, non mediati

³⁰³ In alcuni casi, si abusa del concetto di urgenza, che viene allargato fino a ricomprendere eventi non eccezionali né imprevedibili (es. l'art. 5-bis, comma 5, del d.l. 7.09.2001, n. 343, convertito in l. 9.11.2001, n. 401 – oggi abrogato – equiparava i grandi eventi alle calamità naturali, portando a diversi scandali come quelli dei mondiali di nuoto a Roma nel 2009, del G8 alla Maddalena nonché per i festeggiamenti per il 150° anniversario dell'Unità d'Italia); in altri casi, interventi dettati da effettiva urgenza portano all'adozione di apposite leggi speciali, ma, poi, nella pratica, si traducono in operazioni protratte per anni, ben oltre l'esigenza del momento, come nel caso del Mose.

³⁰⁴ Così A. FIORITTO, *L'amministrazione delle emergenze tra autorità e garanzia*, Bologna, il Mulino, 2008, 230 ss. Sulle deroghe eccezionali al principio di pubblicità negli appalti pubblici secondo l'orientamento giurisprudenziale della Corte di Giustizia, si veda R. NOVELLI, *Urgenza ed imprevedibilità come deroghe eccezionali al principio di pubblicità negli appalti*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2005, 1787-1791.

³⁰⁵ Sul punto, G. FIDONE, *Id.* Le ordinanze di protezione civile trovano il loro fondamento normativo nell'art. 5 della legge istitutiva del servizio nazionale della Protezione Civile (legge 24 febbraio 1992, n. 225). Le ordinanze riportano sia gli importi massimi stanziati per gli interventi ritenuti necessari, sia la specifica indicazione delle norme di legge alle quali è consentito derogare. In diversi casi gli

dal diritto, e per aumentare al massimo grado la discrezionalità dell'amministrazione a danno della trasparenza e delle garanzie per i terzi. La dottrina non manca di osservare che la stessa Avcp, nella Relazione annuale del 2009, ha segnalato, tra le disposizioni del Codice maggiormente derogate per ragioni di urgenza, quelle relative alla figura del responsabile del procedimento, alla qualificazione, ai criteri di selezione delle offerte, alla verifica delle offerte anomale, alla pubblicazione degli avvisi e dei bandi, alle garanzie in fase di gara e ai subappalti. Le tendenze quantitative mostrano un sensibile aumento del numero delle ordinanze, quasi raddoppiato dal 2001 al 2009. La spesa globale, nello stesso lasso di tempo, è quasi triplicata.³⁰⁶

Preme evidenziare che in taluni casi, la deroga all'evidenza pubblica è stata pressoché costante nel tempo: si pensi al caso dell'emergenza rifiuti in Campania che ha visto l'emanazione di un'ordinanza emergenziale per ogni anno, dal 2001 al 2005, oppure, ancora, all'applicazione della nozione di «grande evento» a fattispecie estremamente eterogenee tra loro (tra le tante, i lavori per il G8 del 2009 inizialmente previsto alla Maddalena, i mondiali di nuoto a Roma nello stesso anno, i lavori per l'Expo di Milano del 2015) in assenza dei necessari requisiti di urgenza.

In relazione alle procedure derogatorie, l'Avcp ha statuito alcuni principi già prima che il Codice fosse emanato. In primo luogo, la deroga alla disciplina ordinaria degli appalti pubblici non può essere *sine die* e deve essere circoscritta alla specifica situazione di fatto in virtù della quale si procede all'avvio della procedura di emergenza. In secondo luogo, le deroghe non possono interessare tutte le

importi dei finanziamenti originariamente ed immediatamente stanziati sono stati successivamente integrati da provvedimenti di analoga natura.

³⁰⁶ G. FIDONE, *id.*

disposizioni ordinarie ma solo alcune, espressamente indicate. In terzo luogo, la deroga è sempre e comunque limitata da alcuni principi generali quali la ragionevolezza, la proporzionalità, l'obbligo di motivazione. Inoltre, non potrebbe mai essere ammessa una deroga alle norme sui controlli e, soprattutto, sulla vigilanza, poiché non sussiste il nesso di strumentalità tra le esigenze del rapido ed immediato intervento ed il procedimento di controllo dettato dalle norme. Pertanto, l'affidamento di lavori o servizi mediante procedura ristretta può rivestire profili di illegittimità se avviene dopo la fine dell'emergenza, in un momento in cui lo stato di fatto è consolidato. In altri termini, venuto meno il tempo dell'emergenza, la deroga perde valore e l'iter procedurale di affidamento, così come le esigenze di trasparenza e concorrenza, si riespandono. Gli stretti vincoli alla temporaneità della gestione delle emergenze, se non intervenissero disposizioni di legge dilatorie, rappresenterebbero un efficace deterrente per la corruzione, volto ad innalzarne i costi.

Altre deroghe sono previste dallo stesso Codice, che esclude espressamente alcune categorie di contratti dall'applicazione delle proprie disposizioni, pur richiedendo il rispetto dei principi fondamentali della materia, fra cui la trasparenza e la pubblicità dell'azione amministrativa³⁰⁷.

In conclusione, un cenno va effettuato al fenomeno dell'abuso della discrezionalità dell'Amministrazione. Con la presente trattazione si tenterà di dimostrare che l'uso corretto della discrezionalità non può

³⁰⁷ È quanto accade per i servizi di cui all'allegato IIB del Codice, per i contratti segreti, per alcune tipologie di contratti in settori speciali, e altri casi previsti dalla legge. La fuga dal Codice in tali casi – nonostante l'elevato valore degli importi interessati – non è assistita da controlli adeguati sull'azione amministrativa che, dunque, si presta a essere terreno più fertile per la corruzione. Si pensi, ad esempio, che i contratti segreti sono del tutto sottratti alla vigilanza dell'AVCP (oggi ANAC) e solo dal 2010 sono sottoposti all'obbligo di richiesta del Codice identificativo della gara (CIG), che permette un monitoraggio attenuato da parte dell'Autorità.

che apportare benefici in termini di maggior consapevolezza delle scelte affrontate dalla P.A. e di riduzione del noto *gap* informativo che caratterizza i rapporti pubblico-privato. E' però chiaro che l'abuso della discrezionalità è deleterio perché può favorire fenomeni di corruzione. Gli istituti dell'aggiudicazione del contratto caratterizzati da un'ampia discrezionalità sono infatti particolarmente pericolosi per la stazione appaltante poiché rischiano di tradursi in un abuso di tale potestà di scelta da parte delle stesse. Il pericolo è ancora maggiore nell'ambito della contrattazione senza gara, per l'assenza di pubblicità e di adeguati controlli, uniti alla scarsa concorrenza. Per tali ragioni, la dottrina³⁰⁸ ritiene a rischio corruzione il momento della valutazione delle offerte; le procedure negoziate, soprattutto quelle senza una previa pubblicazione del bando, in quanto l'Amministrazione ha ampia libertà di scelta sia in merito ai soggetti da coinvolgere nelle contrattazioni sia in merito a come comportarsi durante le stesse, senza che siano previste particolari forme di pubblicità di tali scelte; l'affidamento diretto, nel quale manca una vera e propria procedura ma è l'Amministrazione che sceglie con una procedura discrezionale l'affidatario del contratto³⁰⁹.

Appare del pari insidiosa la tendenza opposta che si sostanzia nell'automatica esclusione delle offerte anomale, in spregio ai principi di concorrenza e *par condicio* fra gli operatori; in particolare l'automatismo in sede di offerta anomale potrebbe prestarsi a forme di collusione tra gli offerenti.

Giova, a questo punto dell'esposizione, soffermare l'attenzione sui rapporti tra i tipi di aste utilizzati e gli eventuali fenomeni

³⁰⁸ G. FIDONE, *Relazione per il seminario "Prevenzione della corruzione nella riforma della P.A. e nella nuova disciplina dei contratti pubblici"*, 9 novembre 2015, Sala del Mappamondo-Camera dei Deputati.

³⁰⁹ Secondo i dati dell'AVCP, le segnalazioni che pervengono all'Autorità si concentrano in alcuni settori dove è più facile il ricorso all'affidamento diretto (fonte Relazione annuale 2013 dell'AVCP).

collusivi. Gli studi di analisi economica del diritto evidenziano un vero e proprio *trade-off* tra rischi di collusione e corruzione a seconda del tipo di «asta» utilizzata per la selezione del contraente³¹⁰. L'asta al prezzo più basso con eliminazione automatica delle offerte anomale (*average bid auction*), specialmente se utilizzata nelle procedure ristrette, è la modalità di scelta del contraente che comporta il maggior rischio di collusione tra imprese e che, parimenti, rappresenta un'effettiva tutela avverso i rischi di corruzione³¹¹, poiché rende difficile, a prescindere da considerazioni di efficienza, lo scambio occulto tra operatore economico e funzionario pubblico.

E' evidente come la collusione possa facilitare le distorsioni delle gare d'appalto. La dottrina³¹², al riguardo, ha sottolineato che le modalità distorsive della concorrenza sono molteplici³¹³: alcune attengono alla collusione tra imprese³¹⁴, intesa quale fattore facilitante

³¹⁰ F. DI CRISTINA, *La corruzione negli appalti pubblici*, in *Rivista Trimestrale di diritto pubblico*, n. 1/2012. Il punto è sottolineato in uno studio della Banca d'Italia F. DE CAROLIS, C. GIORGIANTONIO, V. GIOVANNIELLO, *L'affidamento dei lavori pubblici in Italia: un'analisi dei meccanismi di selezione del contraente privato*, in *Questioni di Economia e Finanza* a cura della Banca d'Italia, n. 53, dicembre 2010, 19 ss.

³¹¹ Il ragionamento può essere invertito per le aste all'offerta economicamente più vantaggiosa (*scoring rule auctions*) e per le procedure negoziate (*negotiations*).

³¹² Ne offre una sintesi G. CASTRONOVO, *cit.*, 393-394. Si veda, *amplius*, C. Lembo, *Appalti di opere pubbliche ed infiltrazioni mafiose: analisi di protocolli investigativi*, incontro di studio presso il Consiglio Superiore della Magistratura, Roma, 21-23 maggio 2007, 9, nonché Commissione parlamentare d'inchiesta sul fenomeno della criminalità organizzata mafiosa o similare, *Relazione conclusiva*, 19 febbraio 2008, 24.

³¹³ Ai sensi del d.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34, la pubblica amministrazione non può chiedere ai concorrenti particolari qualificazioni con modalità, procedure e contenuti diversi da quelli contenuti espressamente nel d.P.R. stesso. Spesso, questa disposizione viene disattesa con evidenti svantaggi per alcuni concorrenti. Se il bando di gara richiede, per l'ammissione ad una gara d'appalto, il possesso di requisiti eccessivamente onerosi che non trovano alcuna giustificazione nelle fonti normative, ciò rappresenta una indebita restrizione del mercato di cui è responsabile la stazione appaltante che ha predisposto il bando. Sul punto, F. GARRI, *cit.*, 654 ss.

³¹⁴ Si veda l'Audizione alla Commissione parlamentare d'inchiesta sul fenomeno delle mafie e sulle altre associazioni criminali anche straniere, Roma, 25 maggio 2010, e Commission of the European Communities, *An examination of the links between organised crime and corruption*, Commission Staff Working Document, n. 196, 2008, 7.

della corruzione, altre, invece, riguardano specificamente ipotesi di corruzione dei funzionari.

Tra le prime, rientrano la presentazione di offerte plurime riconducibili ad un unico centro di interessi, la presenza di cartelli di imprese, di sistemi di turnazione (*bid rotation*) e di coordinamento delle offerte per gli appalti di rilevante importo³¹⁵, la presentazione di offerte caratterizzate da rialzi troppo elevati in modo da essere escluse a favore di un altro concorrente (*cover bidding*)³¹⁶, le cordate di imprese ed il coordinamento delle offerte al ribasso, il coordinamento al fine di predeterminare la partecipazione ad una gara, le condizioni di partecipazione³¹⁷ o la spartizione dei lotti disponibili (*market allocation*), la presenza di sub-affidamenti di varia natura contrattuale³¹⁸, concessi ad imprese controllate, il ritiro delle offerte senza giustificato motivo (*bid suppression*).

Le seconde, invece, riguardano la predisposizione di bandi di gara contenenti requisiti soggettivi od oggettivi, volti appositamente ad escludere concorrenti non graditi, la violazione della segretezza delle offerte, il mancato controllo sui ribassi, sulla documentazione antimafia necessaria o sull'esecuzione dei lavori, la mancata autorizzazione di subappalti, l'ammissibilità di varianti in corso d'opera di valore superiore a quello di aggiudicazione, le pressioni indebite sul direttore dei lavori per gli appalti di minore entità, la

³¹⁵ F. DI CRISTINA, *La corruzione negli appalti pubblici*, in *Rivista Trimestrale di diritto pubblico*, n. 1/2012. Un'analisi delle tendenze collusive del mercato degli appalti pubblici è contenuta in D. DELLA PORTA, A. VANNUCCI, *Forme di controllo e corruzione politica in Italia*, cit., 144-145.

³¹⁶ Organisation for Economic Co-operation and Development, *Guidelines for Fighting Bid Rigging in Public Procurement. Helping Governments to Obtain Best Value for Money*, 2007, 2.

³¹⁷ L.G. RADICATI DI BROZOLO, M. GUSTAFSSON, *Partecipazione alle gare e regole di concorrenza*, in *Dir. comm. int.*, n. 4, 2002, 813.

³¹⁸ Subappalti, noli a caldo, noli a freddo, movimento terra, trasporto di materiali, forniture di inerti, forniture di conglomerati cementizi o bituminosi.

predisposizione di bandi o capitolati «fotografia» o di «griglie di sbarramento tecnico» da parte dei pubblici funzionari responsabili.

Sul punto, la migliore dottrina economica³¹⁹ evidenzia come non sempre le gare pubbliche rappresentino un'occasione di impegno (*commitment*) per gli operatori economici e, pertanto, non sempre l'evidenza pubblica conduce a risultati efficienti. Basti pensare, a tal proposito, al celebre saggio di Oliver Williamson che identifica nei comportamenti opportunistici e nella scarsità di informazioni disponibili al «banditore» le principali cause di inefficienze della gare ad evidenza pubblica³²⁰. In alcuni casi, infatti, specialmente se le procedure di gara al prezzo medio prevedono l'esclusione automatica delle offerte anomale, l'operatore che presenta l'offerta di maggior valore può perdere la gara, con la paradossale conseguenza che i vincitori possono essere i meno idonei a rispettare i termini contrattuali.

D'altra parte, il ridotto livello di *enforcement* contrattuale, determinato ad esempio dall'assenza di assicurazione sul modello statunitense (*surety bond*), rappresenta un rischio concreto per l'amministrazione aggiudicatrice. Non di meno, la letteratura economica ritiene che il metodo delle aste al prezzo medio, largamente utilizzato nelle procedure per l'esecuzione di lavori autostradali, faciliti la collusione tra imprese, i rischi di corruzione e

³¹⁹ F. DI CRISTINA, *La corruzione negli appalti pubblici*, in *Rivista Trimestrale di diritto pubblico*, n. 1/2012. Viene utilmente riassunta in F. DECAROLIS, *When the highest bidder loses the auction: theory and evidence from public procurement*, Banca d'Italia, Temi di discussione - working papers, n. 717, giugno 2009, passim.

³²⁰ O.E. WILLIAMSON, *Franchise Bidding for Natural Monopolies - In General and with Respect to CATV*, in *Bell Journal of Economics*, n. 1, 1976, 73-104, ripubblicato in *The Economic Institutions of Capitalism*, New York, The Free Press, 1985, trad. it. *Le istituzioni economiche del capitalismo*, Milano, Franco Angeli, 1987. Il saggio critica l'impostazione di Harold Demsetz secondo cui il criterio del massimo ribasso avrebbe consentito all'impresa maggiormente efficiente di vincere la gara. Sul punto, H. DEMSETZ, *Why Regulate Utilities ?*, in *Journal of Law and Economics*, vol. 11, 1968, 55-66.

massimizzî i costi per individuare possibili «offerenti disallineati», ossia operatori economici che presentano offerte potenzialmente migliori ed idonee a vincere la gara: in questo caso, la corruzione può essere davvero l'«arma della mediocrità»³²¹; il criterio del prezzo più basso (a torto considerato come criterio più sicuro rispetto a quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa) può determinare il fatto che un operatore economico offra un prezzo molto basso per aggiudicarsi il contratto, consapevole che, poi, in fase di esecuzione, potrà farlo aumentare attraverso riserve e altre forme di compensazione.

Inoltre, il prezzo più basso avvantaggia le imprese connesse alla criminalità organizzata, che dispongono di ingenti capitali e possono, quindi, operare in condizioni più vantaggiose di altri operatori economici, anche per riciclare denaro sporco. In fase esecutiva viene spesso in luce l'uso smodato del criterio del massimo ribasso rispetto al prezzo a base d'asta che può favorire le cordate. Le imprese in cordata, infatti, in forza di un accordo preventivamente formulato al fine di favorire una di loro, possono abbandonare la gara, parteciparvi con il solo intento di far lievitare il prezzo rispetto a quello a base d'asta e permettere così all'impresa aggiudicataria di offrire il massimo ribasso possibile. Questa, in forza di un successivo accordo di natura corruttiva, può facilmente ottenere elevati margini di profitto grazie alla concessione di varianti ingiustificate.

Rispetto alla fase dell'aggiudicazione dei contratti, deve anche essere accolta favorevolmente la disposizione di cui all'art 9 della l. 23.06.2014, n. 89, che ha convertito con modificazioni il d.l. 24.04.2014, n. 66, contenente «misure urgenti per la competitività e la

³²¹ F. DI CRISTINA, *La corruzione negli appalti pubblici*, in *Rivista Trimestrale di diritto pubblico*, n. 1/2012. L'espressione è ripresa da H. de Balzac, Papà Goriot, (1834), Milano, Garzanti, 2008, cui fece eco Leonardo Sciascia in un'intervista rilasciata a *Il Globo* del 24 luglio 1982.

giustizia sociale” (decreto IRPEF), che ha disciplinato la figura dei “soggetti aggregatori” per l’acquisizione di beni e servizi³²², in forza della quale, 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. 18.10.2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla l. 17.12.2012, n. 221), è creato un nuovo elenco ove dovranno iscriversi i “soggetti aggregatori”. Hanno l’obbligo di iscriversi in questo particolare elenco la Consip S.p.A.³²³ e “una centrale di committenza per ciascuna regione, qualora costituita ai sensi dell’articolo 1, comma 455, della legge 27 dicembre 2006, n. 296”³²⁴.

Al di là del dato letterale, è bene evidenziare la portata innovativa del sistema di centralizzazione delle stazioni appaltanti che è collegato tanto al tema dell’efficienza degli affidamenti, quanto a quello della lotta alla corruzione. La centralizzazione, infatti, è in grado di garantire maggiore informazione e consapevolezza alla Pubblica Amministrazione nella fase della scelta del contraente, riducendo la fisiologica *asimmetria informativa* a danno della

³²² Sul punto, G. FIDONE – F. MATALUNI, *L’aggregazione dei soggetti aggiudicatori di contratti pubblici fra ragioni di integrità, specializzazione e riduzione della spesa*, in Foro Amministrativo, 2014, 11.

³²³ 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 funzioni centrali di committenza nazionale.

³²⁴ Art. 9, comma 1, l. 89/2014. Il comma 455 citato da tale disposizione prevede che le Regioni possano 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, l. 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, l. 89/2014).

Pubblica Amministrazione nei confronti dei privati e consentendo alle pubbliche amministrazioni di aggiudicare contratti più efficienti grazie alle maggiori informazioni di cui dispongono; ma vi è di più. La centralizzazione, riducendo al minimo il numero dei soggetti da controllare e monitorare, consente un più efficace contrasto alla corruzione, anche attraverso la scelta di pubblici amministratori affidabili.

Tornando all'esame delle fasi dei contratti pubblici a rischio di corruzione, si è diffusamente esaminato il subappalto.

Un altro istituto a rischio corruzione è l'avvalimento, in forza del quale l'operatore economico che difetta di alcuni requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo richiesti dal bando può usufruire di quelli che gli mette a disposizione un'altra impresa (c.d. ausiliaria) per potersi aggiudicare il contratto.

Sul fronte della risoluzione delle controversie, un istituto critico è l'arbitrato che ha portato quasi sempre alla soccombenza della Pubblica Amministrazione. I problemi legati all'arbitrato sono anche dovuti alla poca trasparenza sulle nomine degli arbitri e sui compensi che spettano agli stessi.

Con la legge 6 novembre 2012, n. 190 (legge anticorruzione), della quale si tratterà diffusamente, sono state introdotte norme per la trasparenza della nomina degli arbitri e che limitano i compensi degli stessi.

3. La legge 190/2012 e il potenziamento delle misure generali di prevenzione

Come anticipato nel paragrafo precedente, nell'ottica di prevenzione della corruzione, il legislatore del 2012 sembra avere cambiato rotta approvando la legge 6 novembre 2012 n. 190, recante "disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione", che potenzia le misure generali di prevenzione, pur non trascurando interventi a carattere penale³²⁵. Per questa ragione è stata accolta con favore sia dalla Commissione Europea³²⁶ che dall'OCSE³²⁷.

La legge in questione ha posto al centro della lotta all'illegalità diffusa nella pubblica amministrazione misure improntate alla trasparenza.

La trasparenza è infatti principio fondamentale dell'attività amministrativa ed in particolare dei contratti pubblici sia nella disciplina nazionale sia europea.

La legge 6 novembre 2012, n. 190 estende l'applicazione del principio della trasparenza, rendendolo il cardine della prevenzione e del contrasto all'illegalità ed alla corruzione nel settore dei contratti pubblici³²⁸, poiché costituisce il presupposto dell'imparzialità e della non discriminazione, favorendo innanzitutto la partecipazione degli

³²⁵ Si pensi alla ristrutturazione delle principali figure di *corruption-crime*.

³²⁶ COMMISSIONE EUROPEA, COM. 3 Febbraio 2014, *Final Report from the Commission to the Council and the European Parliament EU Anti-corruption Report*.

³²⁷ OECD, *Public Governance Review, OECD Integrity Review of Italy, Reinforcing Public Sector Integrity, Restoring Trust For Sustainable Growth*, 2013.

³²⁸ Legge 6 novembre 2012, n. 190, art. 1, comma 16, lett. b). Cfr. anche l'art. 1, comma 15, in cui gli strumenti tecnologici sono individuati quali mezzi con cui si assicura l'accessibilità, la completezza e la semplicità di consultazione dei dati. La norma richiama altresì i criteri di «*facile accessibilità, completezza e semplicità di consultazione*» cui deve essere improntata la pubblicazione delle informazioni: cfr. anche legge 4 marzo 2009, n. 15, art. 4, comma 6.

operatori economici interessati alle procedure di selezione del contraente³²⁹.

La trasparenza e la pubblicità della volontà di stipulare un contratto pubblico assicurano la concorrenza fra gli operatori economici interessati e la verifica della correttezza³³⁰ della scelta rispetto ai criteri di aggiudicazione predeterminati nell'interesse pubblico.

Preme evidenziare che in passato l'obbligo di trasparenza veniva individuato nella fase di selezione del contraente, senza prestare attenzione alla fase altrettanto rilevante dell'esecuzione del contratto: in effetti, il rispetto dell'esito della selezione è assicurato solo se l'esecuzione risulta effettivamente conforme a quanto definito in sede di aggiudicazione, altrimenti le modifiche sostanziali in sede di esecuzione possono determinare vantaggi discriminatori (che restano oscurati dalla mancanza di trasparenza³³¹) in favore dell'aggiudicatario. Tali comportamenti determinano una violazione del confronto concorrenziale realizzato in sede di esecuzione del contratto. Senonché, un'importante novità apportata dalla legge 190/2012 è l'estensione dell'obbligo di trasparenza anche alla fase di

³²⁹ Sull'art. 97 Cost., come fondamento del principio di trasparenza: Cons. Stato, Sez. VI, 30 gennaio 2007, n. 362, in *Foro amm-CDS*, 2007, p.226. A. MASSERA-M. SIMONCINI, *Fondamenti dei contratti pubblici in Italia*, in *Ius Publicum Network Review*, 2011, in <http://www.ius-publicum.com>, p.5; A. ROMANO, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi, se sono risarcibili sono diritti soggettivi*, in *Dir. Amm.*, 1998, p.1 ss; G. GRECO, *Gli affidamenti in house di servizi e forniture, Le concessioni di servizio pubblico e il principio della gara*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. comunit.* 2000, p. 1661; S. SCOCA, *I principi dell'evidenza pubblica*, in C. FRANCHINI (a cura di), *I contratti di appalto pubblico*, Utet, Torino, 2010, p. 322 ss; F. GOISIS, *Principi in tema di evidenza pubblica e di rinegoziazione successiva del contratto: conseguenze della loro violazione sulla serie pubblicistica e privatistica, autotutela e riparto di giurisdizione*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2011, p. 815 ss.

³³⁰ G.M. RACCA, *La prevenzione e il contrasto della corruzione nei contratti pubblici (art. 1, commi 14-25, 32 e 52-58) in La legge anticorruzione, Prevenzione e repressione della corruzione*, B.G. MATTARELLA, M. PELISSERO (a cura di), Torino, 2013.

³³¹ R. CAVALLO PERIN.- G.M. RACCA, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2010.

esecuzione del contratto con la pubblicazione delle somme liquidate dall'aggiudicatario³³².

L'estensione dell'obbligo di trasparenza e degli strumenti che la attuano costituiscono due strumenti di significativo cambiamento nei contratti pubblici, potendo tradursi in efficaci strumenti di prevenzione dell'illegalità e della corruzione nel settore.

Proprio l'accettazione di prestazioni contrattuali di minore valore e qualità in sede di esecuzione contrattuale costituiscono uno dei più evidenti rischi nell'esecuzione dei contratti pubblici, per ovviare ai quali sovengono istituti come la trasparenza dei pagamenti, la rotazione del personale dirigente e ogni misura che non lasci alla segretezza ogni rapporto tra aggiudicatario e responsabile del procedimento la verifica della conformità della prestazione a quanto offerto in sede di gara.

La legge anticorruzione pone in luce la fase notoriamente più oscura che rimane quella dell'esecuzione contrattuale quando, esaurita la gara e l'eventuale frequente contenzioso, il rapporto precontrattuale tra tutti i partecipanti e l'amministrazione aggiudicatrice si chiude con il recesso dalle trattative con i partecipanti non vincitori e avviene la stipula del contratto con l'aggiudicatario³³³.

Sembra necessaria l'attivazione di tutte le forme organizzative di prevenzione della corruzione, al fine di rendere trasparente anche questa fase e assicurare la qualità delle prestazioni con l'attuazione di ogni forma di monitoraggio e controllo anche esterno da parte degli operatori del settore e della società civile.

³³² Basti pensare che la Legge 6 novembre 2012, n. 190, all'art. 1, comma 32, prevede la pubblicazione dei dati relativi alla struttura proponente, all'oggetto del bando, l'elenco degli operatori invitati a presentare offerte, l'aggiudicatario, l'importo di aggiudicazione, i tempi di completamento dell'opera, servizio, fornitura.

³³³ R. CAVALLO PERIN - G.M. RACCA, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, cit. p. 329.

In considerazione della rilevanza europea e internazionale dei contratti pubblici³³⁴ e dei differenti interessi primari e secondari riconnessi (*secondary considerations*)³³⁵, si richiedono una sempre maggiore trasparenza e nuovi strumenti per garantirla³³⁶.

Per questa ragione è necessario che il principio di trasparenza sia assicurato in tutte le differenti fasi del ciclo della contrattazione pubblica: dalla definizione dei fabbisogni fino al termine dell'esecuzione del contratto. E' vero, infatti, che lo sviamento della gara verso l'illegalità può riscontrarsi anche nella fase iniziale di individuazione e definizione dei fabbisogni; al riguardo, la scelta di introdurre nella contrattazione pubblica il perseguimento di obiettivi secondari sociali e ambientali rende ancora più necessaria la trasparenza, posto che la relativa valutazione può derogare rispetto al consueto principio di economicità.

La legge 190/2012, infatti, afferma il dovere delle pubbliche amministrazioni di "assicurare" la trasparenza che assurge a livello essenziale delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali³³⁷ con

³³⁴ D.WALLACE JR., *The changing World of Nationale Procurement systems: Global reformation*, in *Public Priocurement Law Review*, 1995, p. 57; S. ARROWSMITH –A. DAVIES, *Public Procurement: Global Revolution*, Kluwer Law International, Londra-Boston, 1998; H. CARIOLI CASAVOLA, *L'appalto pubblico e la globalizzazione*, in C. FRANCHINI (a cura di), *I contratti di appalto pubblico*, Utet, Torino, 2010, p. 64 ss; F.LICHÈRE, *L'influence du droit communautaire sur le droit des contrats publics*, in J.-B. AUBY-J. DUTHEIL DE LA ROCHERE, *Droit Administratif Euroéen*, Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 963.

³³⁵ G.M. RACCA, *L'aggregazione dei contratti pubblici per la sostenibilità, la concorrenza e la qualità delle prestazioni*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, III, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011, p. 2259.

R. CARANTA, *Transparance et concurrence*, in R. NOGUELLOU- U.STELKENS, Editoriale Scientifica, Napoli, *Comparative Law on Public Contracts*, Bruylant, Bruxelles, 2010, pp. 149-150.

³³⁶ G.M.RACCA, *The role of IT solutions in the award and execution of public procuremet below thereshold and list B services: overcoming e-barriers*, in D. DRAGOS - R. CARANTA, *Outside the Directive-inside the Treaty*, Djof publishing, Copenhagen, 2012, p. 373.

³³⁷ Legge 6 novembre 2012, n. 190, art. 1, comma 16, lett. b). Cfr. Costituzione italiana, art. 117, comma 2, lett. m), ove è attribuita allo Stato la competenza legislativa esclusiva nella «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni

l'utilizzo di strumenti tecnologici atti a garantire accessibilità, completezza e semplicità di consultazione³³⁸. Tali previsioni dovrebbero tendere ad assicurare una effettiva trasparenza che consenta i necessari controlli interni ed esterni sull'attività contrattuale come strumento di prevenzione dell'illegalità e della corruzione nel settore. A tal fine, sono senz'altro utili le "tabelle riassuntive liberamente scaricabili in un formato digitale *standard* aperto che consenta di analizzare e rielaborare, anche a fini statistici, i dati informatici", sostanziandosi in uno strumento per il superamento di sprechi di risorse.

Come osservato nelle prime battute, è molto importante che le disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione richiedano l'applicazione del principio della trasparenza non solo nella fase prodromica alla stipula del contratto pubblico³³⁹, ma anche in quella successiva, per assicurare il necessario confronto e *benchmarking*³⁴⁰.

concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale».

³³⁸ Legge 6 novembre 2012, n. 190, art. 1, comma 15, in cui si individuano i criteri di «*facile accessibilità, completezza e semplicità di consultazione*» cui deve essere improntata la pubblicazione delle informazioni: si veda anche il comma 32, in cui si prevede la trasmissione dei dati all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, la quale provvede alla pubblicazione nel proprio sito web «in una sezione liberamente consultabile da tutti i cittadini». In caso di inadempimento dell'obbligo di comunicazione è prevista la trasmissione alla Corte dei conti dell'elenco delle amministrazioni inadempienti»

³³⁹ Cfr. la «*risoluzione del contratto per reati accertati e per decadenza dell'attestazione di qualificazione*», d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, art. 135. 'art. 1, comma 58, della legge 190/2012 ha previsto casi in cui in base alle nuove disposizioni penali, il responsabile del procedimento può proporre alla stazione appaltante la risoluzione del contratto.

³⁴⁰ Legge 6 novembre 2012, n. 190, art. 1, comma 15, in cui è prevista la pubblicazione sul sito web di ogni amministrazione pubblica, del costo unitario di realizzazione delle opere pubbliche e di produzione dei servizi erogati ai cittadini.

E' però evidente come sia necessario un coordinamento tra le previsioni in esame, le norme del Codice dei contratti pubblici e quelle contenute nel c.d. Codice antimafia³⁴¹.

La legge 6 novembre 2012 n. 190, dunque, segna un deciso cambiamento di rotta nell'ambito della lotta alla corruzione andando a prevedere l'introduzione di nuovi istituti giuridici³⁴², nonché nuovi strumenti *ad hoc*, come i cd. "piani anticorruzione". Ha posto le basi per un Codice di comportamento dei dipendenti pubblici³⁴³, una nuova disciplina circa il conferimento di incarichi dirigenziali in caso di particolari attività e un nuovo regime delle incompatibilità.

L'Autorità di Vigilanza - per effetto di tale legge - viene ad assumere una posizione sempre più centrale, approvando il Piano Nazionale Anticorruzione e illustrando al Parlamento una relazione sullo "stato dell'arte" in materia di contrasto all'illegalità nella pubblica amministrazione entro il 31 dicembre di ogni anno. Vede aumentati sensibilmente i suoi poteri consultivi; si pensi ai pareri (facoltativi) in tema di autorizzazioni allo svolgimento di incarichi esterni da parte dei dirigenti di pubbliche amministrazioni.

Viene espressa la consapevolezza circa la necessità che il sistema di prevenzione vada sviluppato in maniera graduale, in modo da essere assimilato, accettato ed infine concretamente promosso dagli operatori del settore³⁴⁴. Si prevede poi che ogni pubblica amministrazione a livello decentrato, sulla base dello stesso PNA,

³⁴¹ Legge 14 agosto 2010, n. 136 "Piano straordinario contro le mafie, nonché delega al Governo in materia di normativa antimafia", al cui interno è prevista la tracciabilità dei flussi finanziari e ove è disciplinata la delega al Governo per promuovere le modalità e l'istituzione delle autorità denominate "Stazione Unica Appaltante".

³⁴² *Ex multis*, l'art. 54 bis del d.lgs. 165 del 30 marzo 2001, introdotto dall'art. 1, c. 51, della l. n. 190/2012 tutela il dipendente pubblico che denuncia gli illeciti.

³⁴³ Poi adottato con il D.P.R. n. 62/2013.

³⁴⁴ G. FIDONE, *La corruzione e la discrezionalità amministrativa: il caso dei contratti pubblici*, in *Giornale del Diritto Amministrativo*, 2015, 3, pp. 325-344.

rediga i cd. Piani Triennali Anticorruzione, alla cui attuazione viene preposta la figura del responsabile della prevenzione della corruzione. Autorevole dottrina denuncia il grave ritardo di numerose amministrazioni – specialmente nel Meridione - nella redazione di tali Piani Triennali³⁴⁵ e il malcostume dei cd. “Piani fotocopia”, pedissequamente riproduttivi di quello nazionale, senza il minimo approfondimento critico.

Altra innovazione di primario rilievo è data dall’attenzione finalmente dedicata alla fase esecutiva dei contratti pubblici, con misure volte alla prevenzione e al contrasto di infiltrazioni mafiose in tale fase. Si prevede la redazione delle cd. *white lists*, di cui si è trattato, ossia elenchi da istituire presso le prefetture in cui inserire le imprese che – pur operanti in settori particolarmente soggetti al rischio di infiltrazioni criminali - hanno superato con esito positivo le verifiche prefettizie circa dette infiltrazioni. L’iscrizione in queste liste soddisfa quindi i requisiti previsti per il rilascio dell’informazione antimafia.

In base alla legge 190/2012, l’ANAC è a tutti gli effetti un’Autorità preposta alla lotta alla corruzione in tutti i settori dell’attività amministrativa. Con specifico riferimento ai contratti pubblici ricopre poi il ruolo di Autorità di settore, svolgendo attività di vigilanza e garanzia della qualità, efficienza e efficacia dell’azione amministrativa, con la possibilità di esercitare poteri sanzionatori.

Assolutamente da ricordare sono le misure amministrative previste recentemente nei confronti delle imprese coinvolte in

³⁴⁵ M. CLARICH, *Corruzione: il rischio dei cali di tensione*, in *Guida al Diritto*, Sole 24 Ore, 8 gennaio 2015. L’autore sottolinea che «A circa un anno dalla scadenza del termine per l’adozione del piano triennale anticorruzione più della metà di comuni, regioni e Asl sono rimasti inerti. Più virtuosi sono stati i ministeri con una percentuale di adempimento del 78%. Nel complesso su 12.172 pubbliche amministrazioni obbligate, solo 5.373 sono risultate adempienti. Meno riottose sono state le amministrazioni del Nord Ovest, in grave ritardo sono invece quelle del Sud (18% di adempimenti).

fenomeni di corruzione, a testimonianza del rinnovato impegno del legislatore italiano a non concentrarsi unicamente sugli aspetti penali della battaglia per la trasparenza e la legalità³⁴⁶.

Sempre all'ANAC deve essere trasmessa – unitamente al progetto esecutivo, all'atto di validazione e ad apposita relazione del responsabile del procedimento - comunicazione delle varianti in corso d'opera di importo eccedente il 10 per cento dell'importo originario del contratto, entro il termine di trenta giorni dall'approvazione da parte della stazione appaltante³⁴⁷.

Come già anticipato, in verità, tale legge anti-corruzione non trascura nemmeno l'aspetto penalistico. Si può infatti segnalare la ristrutturazione di alcune figure di *corruption-crime*, nonché l'introduzione di nuove figure di reato come il “traffico di influenze illecite” di cui all'art. 346 bis c.p. e la “induzione indebita a dare o promettere utilità” di cui all'art. 319 *quater* c.p. Peraltro, assume particolare rilievo la riformulazione della fattispecie di cui all'art. 2635, ora rubricata “corruzione tra privati”, che prevede particolari fattispecie di reato per chi, rivestendo determinate cariche nell'ambito di società private, a seguito della dazione o della promessa di denaro o altra utilità, compia od ometta atti, in violazione degli obblighi inerenti al loro ufficio o degli obblighi di fedeltà, cagionando nocumento alla società.

Gli interventi del legislatore italiano qui da ultimo richiamati, infondono fiducia circa l'avvenuta presa di coscienza del fatto che sia possibile combattere la corruzione senza rinunciare a priori a sfruttare le potenzialità di crescita economica insite nei principi di origine europea, guardando alle imprese come attori necessariamente protagonisti del film che vedrà l'Italia allontanare lo spettro della

³⁴⁶ D.L. n. 90/2014.

³⁴⁷ G. FIDONE, *op. ult. cit.*

recessione e tornare ai livelli di sviluppo precedenti alla crisi.

Come si è affermato in dottrina, buone regole contro la corruzione sono necessarie, ma devono riguardare principalmente il contesto in cui la gara si svolge e non la gara in senso stretto. E' più che mai necessaria un'efficace disciplina di prevenzione della corruzione "fuori dalle gare", che vada a rafforzare gli oneri di pubblicità e trasparenza delle stazioni appaltanti. Restando nell'ambito della legge cd. anticorruzione del 2012, possono in tal senso essere menzionati i "patti di integrità" e i "protocolli di legalità".

Con riferimento ai patti di integrità, occorre notare che sono stati adottati dalle Prefetture su indicazione del Ministero dell'Interno per rafforzare gli obblighi di cooperazione tra amministrazioni pubbliche, ad esempio in ordine alla richiesta e trasmissione di informazioni antimafia anche ove non sussistesse obbligo di legge, come ad esempio per i contratti di valore inferiore alle soglie europee ovvero assegnati in forme diverse dal subappalto. In essi si definiscono modalità di cooperazione che trascendono gli obblighi normativi e si introduce la facoltà per le stazioni appaltanti di prevedere, come sanzione, all'interno dei documenti di gara (avvisi, bandi, lettere di invito) l'esclusione dalla gara per il "mancato rispetto delle clausole contenute nei protocolli di legalità o nei patti di integrità"³⁴⁸.

In altre parole, "mediante l'accettazione delle clausole sancite nei patti di integrità e nei protocolli di legalità, al momento della presentazione della domanda di partecipazione e/o dell'offerta, l'impresa concorrente 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, comune a tutte le procedure

³⁴⁸ Legge 6 novembre 2012, n. 190, art. 1, comma 17.

concorsuali, della estromissione dalla gara”³⁴⁹.

Si tratta di una possibile deroga al principio della “tassatività delle clausole di esclusione”³⁵⁰. Le esigenze tutelate dalla previsione di esclusione per violazione delle clausole previste dai controlli di legalità non contrastano con la precedente norma che del pari è posta per favorire la partecipazione ed evitare preclusioni per violazioni meramente formali e limitare il contenzioso³⁵¹.

³⁴⁹ G. FIDONE, *Relazione per il seminario “Prevenzione della corruzione nella riforma della P.A e nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, 9 novembre 2015, Sala del Mappamondo-Camera dei Deputati.

³⁵⁰ D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, in cui l’articolo 46, comma 1.bis, introdotto con il d.l. 13 maggio 2011, n., 70, art. 4, comma 2, lett. d), convertito in legge 12 luglio 2011, n. 106, nel circoscrivere l’area delle esclusioni legittime presenta una duplice valenza, poiché opera sia con riguardo alla successiva valutazione del comportamento dei concorrenti, in quanto impone di verificare se tale comportamento, anche a prescindere da quanto previsto dalla *lex specialis* di gara, produca comunque le conseguenze di cui all’articolo 46, comma 1 bis del codice (incertezza assoluta sul contenuto dell’offerta o sulla provenienza della stessa, non integrità del plico o altre irregolarità relative alla chiusura tali da far ritenere violato il principio di segretezza delle offerte) e comporti pertanto l’esclusione del concorrente.

La disposizione inoltre rafforza il dovere di leale collaborazione tra stazione appaltante e partecipanti alla procedura di gara, già codificato dal medesimo articolo 46, comma 2, secondo cui le stazioni appaltanti “invitano, se necessario, a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei documenti, certificati e dichiarazioni presentate”.

L’articolo 4, comma 2, lett. n) del Decreto Sviluppo è volto a sancire la “tipizzazione delle cause di esclusione dalle gare, cause che possono essere solo quelle previste dal Codice dei contratti pubblici, con irrilevanza delle clausole addizionali eventualmente previste dalle stazioni appaltanti nella documentazione di gara”. Successivamente l’Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici, con determinazione 4 del 2012, ha chiarito che il bando tipo costituisce il quadro giuridico di riferimento sulla base del quale le stazioni appaltanti sono tenute a redigere la documentazione di gara, quanto all’individuazione delle cause tassative di esclusione, salva la facoltà di derogare motivando (“*comply or explain*”).

³⁵¹ Le eventuali prescrizioni imposte a pena di esclusione nei bandi, diverse da quelle derivanti dal Codice e dal Regolamento o da altre disposizioni vigenti ovvero che non siano riconducibili alle ulteriori ipotesi prospettate dall’art. 46, comma 1 bis, sono nulle per espressa previsione del medesimo articolo. La sanzione della nullità comporta che le clausole di bandi e lettere di invito, laddove prevedano cause di esclusione non consentite, siano automaticamente inefficaci e vadano disapplicati dal seggio di gara, senza ricorrere all’annullamento giurisdizionale. C.E. GALLO, *Le prescrizioni a pena di esclusione alla luce dell’art. 46, comma 1 bis, del codice dei contratti pubblici*, in *Foro amm – CDS*, 2011, p. 3733; A. MASSERA, *Il “decreto sviluppo”*, in *Giorn. Di dir. amm.*, 2011, p. 1049; S. PONZIO, *I limiti all’esclusione*

Sembra opportuno osservare che la legge non specifica il contenuto di tali documenti i quali, mediante successive integrazioni, potrebbero costituire una significativa innovazione per l'attuazione della prevenzione e del contrasto dell'illegalità e della corruzione nel settore, attraverso la previsione di clausole contrattuali che i partecipanti alle gare pubbliche sono tenuti a sottoscrivere. E' Sussiste però il rischio che tali impegni possano risultare formali ed ineffettivi, con effetto contrario all'obiettivo.

Nel dettaglio, si nota come le previsioni dei protocolli di legalità richiedano agli operatori economici privati che intendano divenire parti di contratti pubblici, di aderire in via contrattuale e di accettare *standard* più elevati di legalità e correttezza³⁵² che possono precedere e superare quelli che il solo aggiudicatario assume con la stipulazione del contratto pubblico.

Per i privati operatori economici si tratta di un vincolo assunto con l'accettazione delle clausole integrate nei documenti di gara che impongono vincoli precontrattuali di correttezza nelle trattative e che possono estendersi anche alla fase di esecuzione del contratto per tutti i soggetti coinvolti. Possono configurarsi come un'integrazione della buona fede precontrattuale richiesta ai partecipanti alle gare pubbliche, specificandone i comportamenti dovuti e prevedendo anche le connesse sanzioni. In base ai protocolli di legalità attualmente esistenti, tali obblighi contrattualmente assunti possono riguardare la comunicazione dell'elenco delle imprese coinvolte nel piano di affidamento e sub-affidamento di parte dell'esecuzione del contratto,

dalle gare pubbliche e la regolarizzazione documentale, in *Foro amm – CDS*, 2011, p. 2464.

³⁵² G.M. RACCA, *La prevenzione e il contrasto della corruzione nei contratti pubblici (art. 1, commi 14-25, 32 e 52-58)*, in Mattarella B.G. (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Giappichelli, 2013. Con riferimento al principio di correttezza cfr: G.M. RACCA, voce *Correttezza* (dir. amm), in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, II, Milano, 2006, p. 1529.

obblighi di tempestiva denuncia in caso di illecita richiesta di denaro, l'obbligo di pagamento di penali ove il contratto sia stato stipulato nelle more dell'acquisizione di una informativa interdittiva.

Al fine di rafforzare il contrasto e la prevenzione delle infiltrazioni mafiose nelle attività economiche maggiormente a rischio, la legge 190/2012 prevede l'istituzione presso ogni prefettura di un elenco di operatori economici non soggetti a tentativi di infiltrazione mafiosa³⁵³, una vera e propria *white list*.

Giova sottolineare che sono individuate con d.p.c.m. le modalità per l'istituzione e l'aggiornamento di tale elenco³⁵⁴, nonché per la verifica della correttezza delle informazioni trasmesse dai privati, i quali sono tenuti a comunicare ogni variazione dell'assetto proprietario e degli organi sociali entro trenta giorni a pena di cancellazione dall'elenco³⁵⁵.

Si appalesa il carattere premiale della *white list*, atteso che l'inserimento nella stessa costituisce un importante riconoscimento reputazionale per l'impresa, ove non si trasformi in un mero adempimento burocratico.

L'art. 1, comma 53, della legge 190/2012 individua come maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa le seguenti categorie di attività:

- a) trasporto di materiali a discarica per conto di terzi;
- b) trasporto, anche transfrontaliero, e smaltimento di rifiuti per conto di terzi;
- c) estrazione, fornitura e trasporto di terra e materiali inerti;
- d) confezionamento, fornitura e trasporto di calcestruzzo e di bitume;

³⁵³G.M. RACCA, *Op. Cit.*, Legge 6 novembre 2012, n. 190, art. 1, comma 52.

³⁵⁴ Legge 6 novembre 2012, n. 190, art. 1, comma 56 e d.p.c.m. 18 aprile 2013.

³⁵⁵ Legge 6 novembre 2012, n. 190, art. 1, comma 55.

- e) noli a freddo di macchinari;
- f) fornitura di ferro lavorato;
- g) noli a caldo;
- h) autotrasporti per conto di terzi;
- i) guardiana dei cantieri.

Sembra opportuno notare che tale elencazione potrà essere aggiornata entro il 31 dicembre di ogni anno «con apposito decreto del Ministro dell'interno, adottato di concerto con i Ministri della giustizia, delle infrastrutture e dei trasporti e dell'economia e delle finanze, previo parere delle Commissioni parlamentari competenti, da rendere entro trenta giorni dalla data di trasmissione del relativo schema alle Camere. Qualora le Commissioni non si pronuncino entro il termine, il decreto può essere comunque adottato (comma 54).

Sulla base dei protocolli di legalità vengono stipulati i *patti di integrità*, che costituiscono un accordo tra gli operatori economici e la stazione appaltante interessata, in forza del quale le parti firmatarie si impegnano a tenere un comportamento lecito ed eticamente corretto al fine di rafforzare l'integrità nella contrattazione pubblica mediante il contrasto a corruzione e collusione³⁵⁶.

Si tratta in particolare di una forma di adesione volontaria in sede di partecipazione ad una procedura selettiva delle clausole definite nei protocolli di legalità per rafforzare il vincolo di collaborazione alla legalità tra amministrazione aggiudicatrice e partecipanti privati.

³⁵⁶G.M.RACCA, *La prevenzione e il contrasto della corruzione nei contratti pubblici (art. 1, commi 14-25, 32 e 52-58)*, in Mattarella B.G. (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Giappichelli, 2013. Mediante i patti d'integrità operatori economici che intendono partecipare ad una procedura per l'aggiudicazione di un contratto pubblico, stazione appaltante e funzionari pubblici dichiarano di comprendere ed accettare gli obblighi che derivano loro in conseguenza dell'attività svolta, OECD, *Integrity in Public Procurement: good practice from A to Z*, p. 158.

La giurisprudenza ha già chiarito che il patto d'integrità configura un sistema di condizioni o requisiti la cui accettazione è presupposto necessario per la partecipazione delle imprese ad una specifica gara e la relativa sottoscrizione comporta per l'impresa concorrente l'accettazione delle regole del bando, le quali rafforzano comportamenti già doverosi per coloro che sono ammessi a partecipare a gare e che prevedono, in caso di violazione di tali doveri, sanzioni di carattere patrimoniale, oltre alla conseguenza, ordinaria e comune a tutte le procedure concorsuali, dell'estromissione dalla gara stessa³⁵⁷.

Tale strumento non è nuovo sul fronte della prevenzione della corruzione e, anzi, è da tempo richiamato nei documenti di *Transparency International* per contrastare collusione e corruzione nei contratti pubblici.

La parte pubblica si impegna alla trasparenza e correttezza per il contrasto alla corruzione, il privato si impegna al rispetto di obblighi di comportamento lecito, improntato a lealtà e correttezza, sia nei confronti della parte pubblica che nei confronti degli altri operatori privati coinvolti nella selezione.

Giova osservare che i patti d'integrità non si limitano infatti ad esplicitare e chiarire i principi e le disposizioni dei contratti pubblici, ma specificano obblighi ulteriori di correttezza.

La finalità di questi strumenti è infatti il maggior coinvolgimento degli operatori economici per garantire l'integrità nelle varie fasi di cui si compone il ciclo di attività relativo alla gestione di un contratto pubblico. I vincoli a cui si obbligano

³⁵⁷ G.M.RACCA, *Op.cit.* Cons. Stato, Sez. V, 8 febbraio 2005, n. 343, in *Foro amm.-CDS*, 2005, p.432.

reciprocamente le parti hanno lo scopo di instaurare fiducia e trasparenza nei comportamenti³⁵⁸.

Tali reciproci obblighi tra i concorrenti e l'amministrazione rendono ogni soggetto responsabile nei confronti degli altri per le violazioni che intercorrono in ogni fase del contratto³⁵⁹.

Sembra opportuno dar conto della piena operatività del patto d'integrità e delle relative sanzioni fino alla completa esecuzione del contratto, atteso che ogni operatore economico è obbligato al rispetto delle condizioni cui si è vincolato sino al termine dell'esecuzione anche ove non sia stato selezionato quale concorrente. Tale possibilità, integrata dalla previsione di una maggiore trasparenza, rende tutti gli operatori del settore interessati alla corretta selezione ed esecuzione, in taluni casi potendo giovare del diritto allo scorrimento della graduatoria in caso di risoluzione del contratto per inadempimento.

Nelle attuali formulazioni dei Patti di integrità si prevede l'accordo per la «reciproca e formale obbligazione» tra ente pubblico e «potenziali concorrenti» a conformare i propri comportamenti a principi di lealtà, trasparenza e correttezza, nonché ad assumersi «l'espresso impegno anticorruzione consistente nel non offrire, accettare o richiedere somme di denaro o qualsiasi ricompensa, vantaggio o beneficio, sia direttamente che indirettamente [...] al fine dell'assegnazione del contratto». Con il Patto di Integrità le parti si impegnano a contrastare sia intese illecite tra privati e stazioni appaltanti, sia intese collusive tra privati per evitare la distorsione

³⁵⁸ TRANSPARENCY INTERNATIONAL, *The integrity pacts in the Water Sector*, 2010.

³⁵⁹ Transparency International, *The integrity pact. The Concept, the Model and the Present Application. A Status Report*, 2002, p.5. Cfr. Anche OECD, *Principles for Integrity in Public Procurement*, 2009, p.36-37, ove si afferma che differenti categorie d'individui s'impegnano reciprocamente conferendo ai patti d'integrità un meccanismo peculiare basato sulla cooperazione tra pubblica amministrazione e privati, collaborazione che deve essere incoraggiata proprio per rinforzare l'integrità delle procedure di approvigionamento pubblico.

della concorrenza. In particolare, è richiesto che ogni impresa che formuli un'offerta dichiari di non trovarsi in situazioni di controllo o di collegamento, sia esso sostanziale o formale, con altri concorrenti, cui in caso di aggiudicazione del contratto non subappalterà lavorazioni di alcun tipo. E' altresì possibile l'inserimento nei patti di integrità dell'obbligo in capo a ogni concorrente di fornire una "dichiarazione di salvaguardia della concorrenza", assicurando la serietà, integrità, indipendenza e segretezza dell'offerta presentata ed impegnandosi a non concludere accordi con altri partecipanti al fine di limitare o escludere la concorrenza.

Con talune clausole contrattuali è richiesto ad ogni concorrente "l'impegno al rigoroso rispetto delle disposizioni vigenti in materia di obblighi sociali e di sicurezza del lavoro", oppure si stabilisce che "le ditte accondiscendenti a richieste estorsive ovvero a richieste di tangenti, sotto qualsiasi forma, non possono partecipare a bandi di gara o intrattenere rapporti economici di qualsiasi natura con il Comune". Anche l'amministrazione, dal canto suo, si obbliga a collaborare con gli operatori economici e a garantire la piena trasparenza della propria azione. A tal fine rende pertanto pubblici l'elenco dei prezzi quotati, l'elenco delle offerte respinte con la motivazione dell'esclusione e le ragioni specifiche per l'assegnazione del contratto al vincitore, con relativa attestazione del rispetto dei criteri di valutazione indicati nel capitolato di gara o nel bando".

Per il buon funzionamento del sistema, è necessario il contributo dei funzionari pubblici che dovrebbero assicurare la massima trasparenza sul proprio operato rendendo pubblici i propri interessi. Trasparenza e *accountability* sono essenziali per assicurare che i funzionari pubblici evitino e segnalino ogni irregolarità di cui vengano a conoscenza.

Le linee guida dei patti d'integrità prevedono, inoltre, l'obbligo per i privati di adottare un codice di condotta interno, ispirato alla c.d. *corporate social responsibility*, responsabilità che garantisce una condotta improntata ai valori dell'integrità, della correttezza e della legalità, assurgendo al ruolo di assicurazione sugli *standard* etici di tutti coloro che contrattano con l'amministrazione pubblica. L'inosservanza delle obbligazioni cui le parti si vincolano costituisce un inadempimento contrattuale che può essere sanzionato mediante specifiche previsioni contrattuali che integrano il dettato normativo.

In particolare, oltre alla esclusione dalla selezione, si prevedono clausole penali d'immediata esecuzione³⁶⁰, sanzioni di natura economica (una su tutte, la possibilità dell'amministrazione di ritenere la cauzione – provvisoria e definitiva - prestata dal concorrente e il risarcimento del danno arrecato alla stazione appaltante), come pure la risoluzione del contratto ove stipulato³⁶¹.

Quanto al profilo risarcitorio, posto che l'obbligazione risarcitoria dipende dalla semplice violazione degli obblighi assunti, il risarcimento previsto nel patto di integrità prescinde dalla prova del danno, sicché l'obbligazione appare più simile a una penale.

La violazione delle regole d'integrità può essere sanzionata non solo con l'esclusione dalla singola gara ma anche da quelle future per determinati periodi.

³⁶⁰G.M. RACCA, *Op.Cit.*, *TRANSPARENCY INTERNATIONAL, Handbook for Corruption in Public Procurement*, 2007, p.82, ove vengono individuati contenuti di patti di integrità e codici di condotta, nonché la possibilità di devolvere le controversie ad arbitri.

³⁶¹ Se l'accettazione del patto di integrità era condizione sospensiva d'accesso alla gara il rispetto degli obblighi con esso accettati diviene condizione risolutiva delle trattative instaurate o del contratto concluso. Le sanzioni producono i loro effetti anche in relazione ai possibili contratti di subappalto e subcontratto. Cfr. G.M. RACCA, *Op.Cit.*

Recentemente, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, dando attuazione al testo normativo,³⁶² ha disciplinato le modalità per l'attribuzione del *rating* di legalità³⁶³.

La domanda deve contenere una dichiarazione concernente sia l'assenza di sentenze penali o misure sanzionatorie, anche irrogate dalla stessa AGCM adottate nei confronti dei soggetti che compongono gli organi apicali dell'impresa, sia il rispetto della disciplina sulla tracciabilità dei flussi finanziari.

Si nota come la valutazione dei requisiti possa prevedere la possibilità per l'impresa di migliorare il proprio *rating* nel caso in cui la stessa adotti comportamenti virtuosi non previsti dagli obblighi di legge³⁶⁴. Il rilascio del *rating* da parte dell'Agcm è previsto nel termine di sessanta giorni dalla domanda ³⁶⁵e ha una durata di due anni, rinnovabili su richiesta della parte interessata.

Il *rating* può essere ridotto, revocato³⁶⁶ o sospeso³⁶⁷ da parte dell'Agcm mediante un procedimento che prevede il contraddittorio con l'impresa destinataria della decisione dell'Autorità.

La trasparenza di tale attività è garantita con la pubblicazione sul sito dell'Agcm, con modalità accessibili anche ai cittadini,

³⁶² D.l. 25 gennaio 2012, n. 1, art. 5-ter, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 marzo 2012, n. 27.

³⁶³ Autorità garante della concorrenza e del mercato, delibera 14 novembre 2012, *Regolamento di attuazione dell'articolo 5-ter del decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1, così come modificato dall'art. 1, comma 1-quinquies, del decreto-legge 24 marzo 2012, n. 29, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 maggio 2012, n. 62.*

³⁶⁴ Autorità garante della concorrenza e del mercato, delibera 14 marzo 2012, cit., art. 3 a tenore del quale: “ i comportamenti descritti attengono al rispetto del protocollo di legalità sottoscritto dal Ministero dell'Interno e da Confindustria, il rispetto della disciplina dei flussi finanziari anche nei casi in cui ciò non è richiesto dalla legge, nonché l'adozione di processi volti a garantire forme di *Corporate Social Responsibility*, l'inserimento in *white lists* previste dalla legge o l'aver aderito ai codici etici previsti da associazioni di categoria.

³⁶⁵ Nel termine di sessanta giorni l'Autorità verifica la veridicità delle dichiarazioni contenute nella domanda.

³⁶⁶ In caso di perdita di uno dei requisiti previsti dalla domanda.

³⁶⁷ In caso di adozione di misure cautelari in capo ad uno dei componenti degli organi di vertice dell'impresa.

dell'elenco non solo delle imprese a cui è stato attribuito un *rating* di legalità, ma anche di quelle cui è stato sospeso o revocato.

I protocolli di legalità, i patti d'integrità e il *rating* di legalità determinano un'estensione delle regole di etica pubblica anche agli operatori economici con l'obiettivo di assicurare una piena effettività.

In conclusione, la trasparenza, la segnalazione dei comportamenti scorretti, la pubblicità delle condotte illecite, l'avvertimento delle loro pericolosità possono costituire un efficace deterrente e rafforzare la professionalità dei soggetti coinvolti, disincentivando i comportamenti lesivi dell'interesse pubblico.

Capitolo V

La direttiva 2014/24/UE e il perseguimento dell'efficienza

Sommario: 1. La strategia Europa 2020. - 2. Il “*green public procurement*” e la concorrenza. - 3. La flessibilità nei contratti pubblici alla luce delle nuove direttive europee. - 4. La concorrenza strumentale all'efficienza. - 5. La legge delega: efficienza e contrasto alla corruzione. - 6. Il ruolo dell'ANAC alla luce della legge 11/2016. - 7. Il modello del “*Best Value*” per la lotta alla corruzione. - 8. Il ricorso per l'efficienza delle pubbliche amministrazioni. - 9. La misurazione della *performance* nel D.lgs. 198/2009 e nel sistema del “*Best Value*”: la necessità della responsabilizzazione della P.A. - 10. La possibilità di una commistione del sistema anglosassone con quello italiano in un'ottica di maggiore efficienza della P.A.

1. La strategia Europa 2020

In seguito alla crisi finanziaria del 2008, la completa autoregolazione del mercato inizia ad essere percepita come non più sufficiente a rispondere alle nuove sfide globali. Se prima si perseguiva la crescita *tout court*, con la Strategia Europa 2020 si persegue una crescita che sia *intelligente* – basata sulla conoscenza e sull'innovazione -, *sostenibile* – più efficiente sotto il profilo delle risorse, più verde e più competitiva - ed *inclusiva* – impegnata nella creazione di nuovi posti di lavoro e nella riduzione della povertà, al fine di favorire la coesione sociale e territoriale. Al fine di realizzare questo ambizioso progetto di crescita, l'Unione – con la Strategia di

cui si tratta - fissa cinque obiettivi da raggiungere entro il 2020. Essi sono: l'innalzamento del tasso di occupazione delle persone di età compresa tra i 20 e i 64 anni dal 69% al 75%, anche mediante una maggior partecipazione delle donne e dei lavoratori più anziani, nonché una migliore integrazione dei migranti nella popolazione attiva; il consolidamento degli investimenti in ricerca e sviluppo ad un livello pari al 3% del PIL dell'Unione; la riduzione delle emissioni di gas a effetto serra almeno del 20% rispetto ai livelli del 1990, un miglioramento dell'efficienza energetica stimato al 20% e il raggiungimento della quota del 20% del consumo finale per l'energia prodotta con fonti rinnovabili; la riduzione al di sotto del 10% del tasso di abbandono scolastico precoce e l'aumento al 40% dei trentenni con un'istruzione universitaria; la riduzione del 25% del numero di cittadini dell'Unione che vivono al di sotto della soglia di povertà. E' evidente come si tratti di obiettivi interconnessi e di reciproca utilità. La stessa Commissione sottolinea che "livelli di istruzione più elevati, ad esempio, favoriscono l'occupabilità" e che "i progressi compiuti nell'aumentare il tasso di occupazione contribuiscono a ridurre la povertà".

Con la Strategia Europa 2020, nella linea politica generale dell'Unione, la tutela della concorrenza sembra arretrare. Resta il principale obiettivo da perseguire, ma a tale obiettivo se ne affiancano altri, come suggeriva l'economista John Kenneth Galbraith, secondo il quale erano necessari "*pragmatic limits to competition*"³⁶⁸.

Anche le posizioni dell'Unione Europea si evolvevano in materia di contrattualistica pubblica.

Come ampiamente illustrato, agli albori dello Stato moderno, le commesse pubbliche erano finalizzate unicamente al perseguimento

³⁶⁸ Cfr. A. CALDWELL, H. WALKER, C. HARLAND, L. KNIGHT, J. ZHENG, T. WAKELEY, *op. cit.*

dell'interesse della pubblica amministrazione. Successivamente, i principi di derivazione comunitaria hanno individuato quale obiettivo finale della disciplina di settore la tutela della concorrenza e del mercato, e i contratti pubblici sono divenuti uno strumento di crescita economica. Oggi, a seguito della crisi economica e finanziaria del 2008, la crescita economica a cui tendono non è più la crescita *tout court*, ma una crescita intelligente, sostenibile ed inclusiva. Lo stesso tipo di crescita a cui tende la politica generale dell'UE, in virtù del principio di coerenza ed unitarietà dell'ordinamento (*principle of consistency*) sancito dall'art. 7 TFUE.

Nel 2011 è stato pubblicato il “Libro Verde sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di contratti pubblici³⁶⁹”, che prevede una serie di questioni emerse all'esito di consultazioni con i vari *stakeholders*. La finalità principale di tale documento era consentire che i contratti pubblici fossero efficacemente utilizzati come leva a sostegno di altre politiche, contribuendo al raggiungimento dei già citati obiettivi della Strategia Europa 2020. Ancora una volta era la crisi economica a forzare la Commissione all'azione³⁷⁰. E' lo stesso Libro Verde a ricordare che “*Obtaining optimal procurement outcomes through efficient procedures is of crucial importance in the context of the severe budgetary constraints and economic difficulties in many EU Member States*”. Dopo le direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE – aventi ad oggetto rispettivamente i settori speciali e i settori ordinari - si avvertiva distintamente l'esigenza di una riforma della disciplina europea di settore, e si avviarono quindi i lavori che avrebbero portato

³⁶⁹ The *Green Paper on the modernization of EU public procurement policy, towards a more efficient European Public Procurement Market*.

³⁷⁰ R. CARANTA, *The changes to the Public Contract Directives and the story they tell about how EU law works*, in *Common Market Law Review*, 2015, 52, pp. 391-460.

alle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, rispettivamente riferite alle concessioni, agli appalti e ai settori speciali. Tali ultime direttive ad un'attenta analisi dell'evoluzione del diritto secondario di settore, se per alcuni aspetti di dettaglio si pongono in una linea di ideale continuità³⁷¹, denotano nella filosofia ispiratrice una significativa inversione di tendenza, che va a svilupparsi in maniera speculare all'evoluzione degli indirizzi comunitari di politica generale. Si può di conseguenza affermare come rappresentino uno stadio profondamente innovativo della disciplina di settore.

Si è già evidenziato come, nell'originaria concezione contabilistica, la disciplina dei contratti pubblici fosse finalizzata principalmente all'interesse finanziario dell'amministrazione, volta cioè a garantire il miglior utilizzo possibile del denaro pubblico. Ebbene, il Libro Verde ci ricorda come la Strategia Europa 2020 sottolinei che le politiche in materia di contratti pubblici “*must ensure the most efficient use of public funds and that procurement markets must be kept open EU wide*”.

In questo contesto, verso la fine dell'anno 2011 la Commissione Europea presenta le tre proposte di direttive, che entrano poi in vigore nel 2014 dopo essere state approvate con sostanziali cambiamenti da Parlamento e Consiglio.

Quanto alla base giuridica di tali direttive, in particolar modo della 2014/24/UE, “*the public procurement directives have always been based on the Treaty's internal market provisions on free movement*”³⁷². La stessa Corte di Giustizia ha spesso ripetuto che l'obiettivo principale delle regole europee nel settore dei contratti

³⁷¹ Cfr. A. BOTTO, materiale didattico per il corso di “Diritto e regolazione dei contratti pubblici” tenuto presso l'Università “LUISS Guido Carli”, in www.luiss.it, aprile 2015.

³⁷² R. CARANTA, *The changes to the Public Contract Directives and the story they tell about how EU law works*, in *Common Market Law Review*, 2015, 52, pp. 391-460.

pubblici è “*the free movement of services and the opening-up to undistorted competition in all the Member States*”³⁷³. Anche la migliore dottrina concorda sul punto. “La base giuridica delle direttive europee in materia di contratti pubblici si è sempre fondata, non già sui principi del Trattato in materia di concorrenza (art. 101 e seg. del Trattato sul Funzionamento dell’Unione Europea), bensì sui principi di libera circolazione delle merci, di libertà di stabilimento e di libera circolazione dei servizi espressamente richiamati nelle premesse e nei considerando delle nuove direttive. Da questi principi la direttiva 2014/24/UE fa derivare quelli della parità di trattamento, di non discriminazione di mutuo riconoscimento, di proporzionalità e di trasparenza attorno ai quali si sviluppa l’intera disciplina”³⁷⁴. Infatti, nel primo considerando della direttiva 2014/24/UE – la quale nel preambolo richiama gli artt. 53, 62 e 114 TFUE - viene espressamente affermato che “l’aggiudicazione degli appalti pubblici da o per conto di autorità degli Stati membri deve rispettare i principi del Trattato sul funzionamento dell’Unione Europea (TFUE) e in particolare la libera circolazione delle merci, la libertà di stabilimento e la libera prestazione di servizi, nonché i principi che ne derivano, come la parità di trattamento, la non discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza”. Come segnalato dalla dottrina, “del resto anche l’art. 2 del Codice dei contratti pubblici, nell’individuare i principi che ispirano l’intero corpo normativo, pone in primo piano la qualità delle prestazioni e i principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza. La disposizione aggiunge che l’affidamento dei contratti *deve altresì rispettare i principi di libera*

³⁷³ C. Giust., *Stadt Halle*, causa C-26/03

³⁷⁴ M. CLARICH, relazione su *Contratti pubblici e concorrenza*, presentata al 61° Convegno di Studi Amministrativi, “*La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell’economia e contrasto alla corruzione*”, 17-19 settembre 2015, Villa Monastero, Varenna.

*concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità nonché quello di pubblicità. Potrebbe costituire forse una forzatura instaurare una gerarchia tra l'uno e l'altro gruppo di principi, ma certamente il principio di libera concorrenza non si colloca al primo posto*³⁷⁵.

La riforma ha reso più complesso individuare il fondamento logico della legislazione europea sugli appalti pubblici³⁷⁶. A fronte di tempi difficili, era comunque nitidamente avvertita la necessità di un mercato europeo delle commesse pubbliche funzionante ed efficiente.

L'idea è quella di agire sulla contrattualistica pubblica come leva per operare –in via indiretta - su altri settori. In dottrina³⁷⁷ si è rilevato, infatti, come il nuovo pacchetto di direttive sugli appalti pubblici sia stato presentato dalla Commissione Europea nell'ambito delle iniziative volte a favorire il mercato unico europeo prospettate nel *Single Market Act* del 13 aprile 2011. Tale “Atto per il Mercato Unico” ha individuato le cosiddette “dodici leve” per stimolare la crescita, ricomprendendovi la revisione e l'ammodernamento della normativa in materia di appalti pubblici, perseguendo l'introduzione di procedure sempre più semplici e flessibili.

Il processo evolutivo si intravede chiaramente, ed è lo stesso Libro Verde a tracciarne le linee: “*The same Green Paper sketches a historical evolution of sorts*”. Le direttive promulgate fino ad allora avevano come principale scopo quello di assicurare che gli operatori

³⁷⁵ M. CLARICH, relazione su *Contratti pubblici e concorrenza*, presentata al 61° Convegno di Studi Amministrativi, “*La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*”, 17-19 settembre 2015, Villa Monastero, Varenna.

³⁷⁶ Cfr. S. ARROWSMITH, *Understanding the purpose of the EU's Procurement Directives: the limited role of the EU regime and some proposals for reform* in AA.VV., *The cost of different goals of Public Procurement*, Sweden, Vasteras, 2012, pp. 44-119.

³⁷⁷ Cfr. N. TORCHIO, *Le nuove direttive europee in materia di appalti e concessioni*, Relazione tenuta per il Corso di formazione sui contratti pubblici per il personale di magistratura della Corte dei conti, 12-13 maggio 2014.

economici potessero beneficiare al massimo delle libertà fondamentali dei Trattati nel settore del *public procurement*. Quelle promulgate dopo la pubblicazione del Libro Verde fanno invece menzione di una serie di “*objectives relating to the integration of other policies in this framework, such as protection of the environment and social standards or the fight against corruption*”. Gli strumenti di contrattualistica pubblica vanno resi idonei a perseguire una serie di obiettivi complementari allo sviluppo della concorrenza e del mercato. Tra questi, spicca quello di accrescere l’efficienza della spesa pubblica, eco della precedente concezione “contabile”³⁷⁸.

Non sarebbe tuttavia corretto parlare di un “ritorno al passato”, nonostante la visione della concorrenza in chiave strumentale e non finale rappresentasse effettivamente un ritorno alla situazione precedente rispetto alla nascita della contrattualistica pubblica comunitaria; questa tematica si affianca e si integra con obiettivi di nuovissima emersione, legati al mutamento della comune sensibilità sociale ed ambientale e tali da spingere autorevole dottrina a parlare di “*general genetic modification of the procurement directives*”³⁷⁹.

2. Il “green public procurement” e la concorrenza

Il cambio di passo rispetto alle precedenti direttive è evidente. Lo si percepisce anche in relazione al deciso contrasto al “*dumping sociale*” messo in atto tramite le nuove e più severe norme circa il subappalto e le offerte anormalmente basse. L’art. 71 della direttiva

³⁷⁸ Cfr. R. CARANTA, *The changes to the public contract directives and the story they tell about how EU law works*, in *Common market law review*, 2015, 52 : “*Recital 2 of Directive 2014/24, draws heavily on the Green Paper, mentioning twice the efficient spending of public funds*”.

³⁷⁹ R. CARANTA, *op. ult. cit.*

2014/24/UE afferma che le autorità nazionali competenti sono tenute a garantire l'osservanza, da parte dei subappaltatori, degli obblighi di cui all'art. 18 ed all'art. 36 della medesima direttiva, ossia quelli “applicabili in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro stabilite dal diritto dell'Unione, dal diritto nazionale, da contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro”.

Quanto alle offerte anormalmente basse, l'art. 69 della direttiva 2014/24/UE prevede in capo all'amministrazione aggiudicatrice la facoltà di richiedere agli operatori economici spiegazioni sul prezzo o sui costi da loro proposti, laddove le offerte siano anormalmente basse. In particolar modo si prevede che tali spiegazioni possano riferirsi al rispetto degli obblighi di cui sopra, ossia di cui all'art. 18 e 36 par. 2 della direttiva in esame.

Altro settore in cui si manifesta il mutamento nella sensibilità sociale avvertito a livello europeo, è quello ambientale. La “Strategia Europa 2020” ha stabilito che lo sviluppo economico deve essere uno sviluppo sostenibile; ciò rendeva imprescindibile un'accelerazione sulla strada dei cosiddetti “appalti verdi”, ossia del *green public procurement*. Si è evidenziato in dottrina che “la sfida di uno sviluppo sostenibile per le generazioni presenti e future conferma la centralità dell'ambiente quale valore giuridico, e l'accresciuta consapevolezza del carattere inscindibile delle questioni della salute ambientale del pianeta e dell'avvenire economico dei suoi abitanti”³⁸⁰, in un contesto di aumento della discrezionalità amministrativa, da esercitarsi in procedimenti di negoziazione competitivi volti ad accrescere il bagaglio di conoscenza dell'amministrazione, attraverso

³⁸⁰ S. BIANCAREDDU, G. SERRA, *Gli appalti verdi: la soddisfazione di interessi ambientali attraverso le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici*, s.l, s.n., 2014.

l'apprendimento nel corso della procedura. Si pensi al nuovo istituto del partenariato per l'innovazione³⁸¹, che si aggiunge al dialogo competitivo³⁸². Nella direttiva 2014/24/UE molteplici sono le disposizioni di interesse ambientale. In particolar modo, per far assumere centralità ancora maggiore all'approccio di *green public procurement*, si è andati ad operare con riferimento all'uso delle etichettature, al concetto - di nuovo conio - di "*life-cycle costing*", alla capacità tecnica dei candidati ed ai criteri di selezione.

Di estrema rilevanza è il concetto di "costo del ciclo di vita" (*life-style costing*), espresso dall'art. 68 dopo essere stato introdotto dall'art. 67, relativo ai criteri di aggiudicazione dell'appalto, il quale prescrive che l'offerta economicamente più vantaggiosa dal punto di vista dell'amministrazione aggiudicatrice sia "individuata sulla base del prezzo o del costo, seguendo un approccio costo/efficacia, quale il costo del ciclo di vita conformemente all'articolo 68", e che possa "includere il miglior rapporto qualità/prezzo, valutato sulla base di criteri, quali gli aspetti qualitativi, ambientali e/o sociali, connessi all'oggetto dell'appalto pubblico in questione". Ai sensi dell'art. 68, ciò che è oggetto di acquisizione da parte del committente non viene più valutato unicamente in relazione al suo prezzo, ma anche con riferimento al suo costo di gestione ed al costo della sua eliminazione

³⁸¹ Come rilevato in dottrina da N. TORCHIO, *Le nuove direttive europee in materia di appalti e concessioni*, Relazione tenuta per il Corso di formazione sui contratti pubblici per il personale di magistratura della Corte dei conti, 12-13 maggio 2014, "Il partenariato per l'innovazione è una procedura speciale per la ricerca, lo sviluppo e il successivo acquisto o fornitura di prodotti, lavori e servizi innovativi, non disponibili sul mercato, nel rispetto di prestazioni e costi concordati con procedura articolata in più fasi, con negoziazione volta a individuare la migliore soluzione e aggiudicazione con il criterio del miglior rapporto qualità/prezzo. Il partenariato per l'innovazione è strutturato in fasi successive secondo la sequenza delle fasi del processo di ricerca e innovazione, che può comprendere la fabbricazione dei prodotti o la prestazione dei servizi o la realizzazione dei lavori".

³⁸² G. FIDONE, *Gli appalti verdi all'alba delle nuove direttive: verso modelli più flessibili orientati a scelte eco-efficienti*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2012, p. 819 ss.

alla fine del relativo ciclo di vita. Più precisamente, i costi del ciclo di vita vanno a ricomprendere costi sostenuti dall'amministrazione aggiudicatrice o da altri utenti, 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. Devono poi essere conteggiati i costi imputati a esternalità ambientali legate ai prodotti, servizi o lavori nel corso del ciclo di vita, a condizione che il loro valore monetario possa essere determinato e verificato³⁸³. Le amministrazioni aggiudicatrici – qualora vadano a tenere conto del *life-cycle costing* - sono tenute a indicare nei documenti di gara i documenti che i concorrenti sono tenuti a fornire, nonché il metodo di computo utilizzato. Tale metodo deve basarsi su criteri oggettivi, verificabili e non discriminatori e deve essere accessibile a tutti gli interessati. Lo sforzo profuso dagli operatori per la fornitura dei dati deve infine essere “ragionevole”.

Quanto al già citato art. 67 della direttiva 2014/24/UE, relativo ai criteri di aggiudicazione, esso vuole riconoscere agli Stati membri, in sede di recepimento, di valorizzare i criteri di valutazione qualitativi e di sostenibilità sociale. Dopo aver chiarito al primo comma che il criterio di aggiudicazione da utilizzare in via prioritaria è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, “fatte salve le disposizioni legislative, regolamentari o amministrative nazionali relative al prezzo di determinate forniture o alla remunerazione di taluni servizi”, aggiunge che l'offerta economicamente più vantaggiosa è individuata sulla base di un approccio costo-efficacia, “quale il costo del ciclo di vita conformemente all'art. 68, e può includere il miglior rapporto qualità/prezzo, valutato sulla base di

³⁸³ Tali costi 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.

criteri, quali gli aspetti qualitativi, ambientali e/o sociali, connessi all'oggetto dell'appalto pubblico in questione”.

Si tratta di un insieme di previsioni fortemente coraggioso ed innovativo, che – si auspica – favorirà una più decisa presa di coscienza della centralità del tema da parte dei legislatori di tutti gli Stati membri. Si vuole evitare che le esternalità negative (ossia i costi futuri di un bene, non predeterminati né predeterminabili) vadano a ricadere sulla collettività. Lo sviluppo economico deve poter essere sostenibile per le future generazioni; per la crescita economica non ci si può più affidare alla sola tutela della concorrenza. Altri valori sono stati elevanti al rango di valori fondamentali dell'ordinamento; tra questi c'è la salvaguardia del patrimonio ambientale, e da essi non si può più prescindere.

La medesima attenzione per le tematiche “verdi” non può che rinvenirsi in quelle misure volte a garantire il rispetto dei criteri di sostenibilità energetica e ambientale, con conseguente valorizzazione del criterio di aggiudicazione basato sui costi del ciclo di vita e previsione di un maggiore punteggio per i lavori, i beni e i servizi comportanti un minore impatto sulla salute e sull'ambiente.

Si va poi a richiedere la “valorizzazione delle esigenze sociali e di sostenibilità ambientale, mediante introduzione di criteri e modalità premiali di valutazione delle offerte nei confronti delle imprese che, in caso di aggiudicazione, si impegnino, per l'esecuzione dell'appalto, a utilizzare anche in parte manodopera o personale a livello locale ovvero in via prioritaria gli addetti già impiegati nel medesimo appalto, in ottemperanza ai principi di economicità dell'appalto, promozione della continuità dei livelli occupazionali, semplificazione ed implementazione dell'accesso delle micro, piccole e medie imprese, tenendo anche in considerazione gli aspetti della territorialità e della filiera corta e attribuendo un peso specifico anche alle ricadute

occupazionali sottese alle procedure di accesso al mercato degli appalti pubblici, comunque nel rispetto del diritto dell'Unione Europea”.

Si può ulteriormente rilevare un forte impegno della nuova disciplina di settore nel fare proprie istanze sociali dall'elevato grado di “politicità”. Tra i valori di nuova emersione compare anche la “stabilità occupazionale”, concetto che ricorre varie volte nel testo della legge delega. Registriamo, ad esempio, le “clausole sociali” chiamate a garantire la stabilità occupazionale del personale impiegato nell'ambito degli appalti pubblici di lavori e servizi.

Dopo essersi confermato il “divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive”³⁸⁴ (cd. divieto di *gold plating*), tra i vari “principi e criteri direttivi specifici”, diversamente dal precedente testo, viene richiesta espressamente la “previsione di specifiche tecniche nei criteri di aggiudicazione di un appalto, nelle condizioni di esecuzione del medesimo nonché nei criteri per la scelta delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione tali da assicurare l'accessibilità da parte delle persone con disabilità, conformemente agli *standard europei*”³⁸⁵.

Connessa alle tematiche sociali ed ambientali è poi la previsione relativa all'utilizzo, “nel rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento, (...) del criterio dell'*offerta economicamente più vantaggiosa*, seguendo un approccio costo/efficacia, quale il costo del ciclo di vita e includendo il miglior

³⁸⁴ L. 11/2016 recante “deleghe al Governo per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture”, art. 1.

³⁸⁵ *Id.*

rapporto qualità/prezzo, valutato con criteri oggettivi sulla base degli aspetti qualitativi, ambientali e/o sociali connessi all'oggetto dell'appalto pubblico o del contratto di concessione; regolazione espressa dei criteri, delle caratteristiche tecniche e prestazionali e delle soglie di importo entro le quali le stazioni appaltanti ricorrono al solo criterio di aggiudicazione del prezzo o del costo, (...) nonché indicazione delle modalità di individuazione e valutazione delle offerte anomale (...)”³⁸⁶. Come si è rilevato, “anche per i lavori l'opzione del massimo ribasso diventa residuale, mentre il criterio normale di assegnazione degli appalti diventa quello dell'offerta più vantaggiosa (che oltre al prezzo tiene conto anche degli aspetti di organizzazione del cantiere e miglioramento del progetto)”³⁸⁷.

Si registrano anche molte misure volte a favorire l'accesso dei professionisti e delle PMI al mondo degli appalti, tra le quali – ad esempio - quelle relative alla digitalizzazione delle procedure. Si prevede inoltre il pagamento diretto delle PMI coinvolte nei subappalti. Si vuole promuovere il “miglioramento delle condizioni di accesso al mercato degli appalti pubblici e dei contratti di concessione, anche con riferimento ai servizi di architettura e ingegneria e agli altri servizi professionali dell'area tecnica, per i piccoli e medi operatori economici, per i giovani professionisti, per le micro, piccole e medie imprese e per le imprese di nuova costituzione, anche attraverso il divieto di aggregazione artificiosa degli appalti e l'obbligo di motivazione della mancata suddivisione in lotti, prevedendo in particolare che la dimensione degli appalti ed il conseguente valore delle gare e dei lotti in cui queste risultino eventualmente suddivise siano adeguati al fine di garantire l'effettiva

³⁸⁶ *Id.*

³⁸⁷ M. SALERNO, “Appalti, la Camera dà l'ok alla riforma. Delrio: nuovo codice operativo entro giugno”, in *Quotidiano del Sole24Ore* “Edilizia e territorio”, 18 novembre 2015.

possibilità di partecipazione da parte delle micro, piccole e medie imprese nonché introducendo misure premiali per gli appaltatori e i concessionari che coinvolgano i predetti soggetti nelle procedure di gara e nell'esecuzione dei contratti”³⁸⁸.

Spicca poi la “previsione di disposizioni concernenti le procedure di acquisizione di servizi, forniture e lavori da applicare in occasione di emergenze di protezione civile, che coniughino la necessaria tempestività d'azione con adeguati meccanismi di controllo e pubblicità successiva, con conseguente espresso divieto di affidamento di contratti attraverso procedure derogatorie rispetto a quelle ordinarie, ad eccezione di singole fattispecie connesse a particolari esigenze collegate alle situazioni emergenziali”³⁸⁹. Questa disposizione può apparire controversa, nella misura in cui può essere ritenuta coerente con l'intento di garantire una maggiore certezza del diritto, ma apparentemente in contrasto con l'intenzione di ridurre la mole della regolazione di settore. Lo stesso può rilevarsi con riferimento alla previsione di particolari norme relative ai contratti segreti o che esigono particolari misure di sicurezza.

Si prevede, in ossequio a quanto previsto dalle nuove direttive, una precisa indicazione dei contratti esclusi dall'ambito di applicazione del decreto di recepimento e di quello eventuale di riordino del sistema.

Rispetto al testo originario, risultano inoltre confermate: l'intenzione di indicare espressamente i casi in cui, eccezionalmente, è possibile ricorrere alla procedura negoziata senza previa

³⁸⁸ L. 11/2016 recante “deleghe al Governo per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture”, art. 1.

³⁸⁹ *Id.*

pubblicazione di un bando di gara; l'imposizione del "ricorso a conti dedicati per le imprese aggiudicatarie di appalti pubblici attraverso i quali regolare tutti i flussi finanziari dei pagamenti verso tutti i prestatori d'opera e di lavoro e verso tutte le imprese che entrano a vario titolo in rapporto con l'impresa aggiudicataria in relazione agli appalti assegnati"³⁹⁰; la previsione che la definizione dei requisiti di capacità economico-finanziaria, tecnica e professionale debba promuovere il rispetto dei principi di trasparenza e rotazione, nonché favorire l'accesso da parte delle PMI³⁹¹; una serie di previsioni finalizzate alla trasparenza ed alla semplificazione delle procedure, nonché ad una loro sempre maggiore digitalizzazione; le innovazioni relative al documento di gara unico europeo (DGUE) e alla suddivisione in lotti; le disposizioni relative alla finanza di progetto e alla locazione finanziaria di opere pubbliche o di pubblica utilità³⁹²; la richiesta di una disciplina specifica per gli appalti pubblici di servizi, diversi da quelli aventi natura intellettuale³⁹³; la previsione di una rinnovata e più analitica disciplina per il subappalto, nei contratti di

³⁹⁰ *Id.*

³⁹¹ Con l'aggiunta, rispetto al testo originario, della previsione per cui tali requisiti debbano essere attinenti e proporzionati all'oggetto dell'appalto.

³⁹² L. 11/2016 recante "deleghe al Governo per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture", art. 1.

³⁹³ Anche questa previsione testimonia la forte vocazione "sociale" delle nuove direttive. Infatti, nello specifico, va a richiedere "la previsione di una disciplina specifica per gli appalti pubblici di servizi, diversi da quelli aventi natura intellettuale, con particolare riguardo a quelli ad alta intensità di manodopera, definiti come quelli nei quali il costo della manodopera è pari almeno al 50 per cento dell'importo totale del contratto, prevedendo l'introduzione di clausole *sociali volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato*, prendendo a riferimento, per ciascun comparto merceologico o di attività, il contratto collettivo nazionale di lavoro che presenta le migliori condizioni per i lavoratori ed escludendo espressamente il ricorso al solo criterio di aggiudicazione del prezzo o del costo, inteso come criterio del prezzo più basso o del massimo ribasso d'asta, comunque nel rispetto del diritto dell'Unione Europea".

lavori, servizi e forniture³⁹⁴.

3. La flessibilità nei contratti pubblici alla luce delle nuove direttive europee

Le nuove direttive in tema di contrattualistica pubblica si muovono all'insegna della flessibilità, della semplificazione e della fiducia fino a prova contraria nelle stazioni appaltanti, sulla base del convincimento che il modo migliore per contrastare la corruzione sia renderla sostanzialmente inutile, facendo in modo che la normativa vigente sia sufficientemente flessibile da permettere a tutte le parti in causa di massimizzare il proprio interesse. In un'ottica di semplificazione l'art. 59 della direttiva 2014/24/UE prevede che i partecipanti ad una procedura ad evidenza pubblica, in sostituzione del considerevole numero di certificati precedentemente richiesti, possano fornire all'amministrazione il "documento di gara unico europeo", un'autodichiarazione aggiornata come prova documentale preliminare. Soltanto il vincitore dovrà fornire la documentazione originale,

³⁹⁴ Si prefigura, in particolare, la previsione dell'"obbligo per il concorrente di indicare in sede di offerta le parti del contratto che intende subappaltare; l'espressa individuazione dei casi specifici in cui vige l'obbligo di indicare, in sede di offerta, una terna di nominativi di subappaltatori per ogni tipologia di attività prevista in progetto; l'obbligo di dimostrare l'assenza in capo ai subappaltatori indicati di motivi di esclusione e di sostituire i subappaltatori relativamente ai quali apposita verifica abbia dimostrato la sussistenza di motivi di esclusione; l'obbligo per la stazione appaltante di procedere al pagamento diretto dei subappaltatori in caso di inadempimento da parte dell'appaltatore o anche su richiesta del subappaltatore e se la natura del contratto lo consente, per i servizi, le forniture o i lavori forniti; ove il subappaltatore sia una microimpresa o una piccola impresa, espressa individuazione delle fattispecie in cui la stazione appaltante procede al pagamento diretto, fatta salva la facoltà per le regioni a statuto speciale e le province autonome, sulla base dei rispettivi statuti e delle relative norme di attuazione e nel rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento dell'Unione Europea, di disciplinare ulteriori casi di pagamento diretto dei subappaltatori". Questa disposizione della legge delega, in realtà, è più analitica della previsione corrispondente che si può rintracciare nel testo originario.

consistente in certificati rilasciati da autorità pubbliche o terzi in cui si conferma che l'operatore economico in questione soddisfa una serie di condizioni.

Un aumento della flessibilità³⁹⁵ si registra poi in relazione all'istituto dell'avvalimento, laddove nel caso in cui un'impresa ausiliaria non dimostri il possesso dei requisiti necessari, non scatta l'automatica esclusione dell'impresa ausiliata, dandosi a quest'ultima la possibilità di operare una sostituzione con un'altra impresa che possieda i requisiti richiesti.

Con riguardo ai criteri di aggiudicazione delle offerte, si fa riferimento agli artt. 67, 68 e 69 della direttiva 2014/24/UE, in combinato disposto con l'art. 56, a mente del quale “nelle procedure aperte, le amministrazioni aggiudicatrici possono decidere di esaminare le offerte prima di verificare l'assenza di motivi di esclusione e il rispetto dei criteri di selezione (...). Se si avvalgono di tale possibilità, garantiscono che la verifica dell'assenza di motivi di esclusione e del rispetto dei criteri di selezione si è effettuata in maniera imparziale e trasparente”. E' bene precisare che le amministrazioni aggiudicatrici sono tenute a garantire che la verifica della mancanza di cause di esclusione e del rispetto dei criteri di selezione sia condotta nel rispetto dei principi di imparzialità e trasparenza³⁹⁶. Secondo l'art. 24 della direttiva 2014/24/UE inoltre “gli Stati membri provvedono affinché le amministrazioni aggiudicatrici adottino misure adeguate per prevenire, individuare e porre rimedio in modo efficace a conflitti di interesse nello

³⁹⁵ Ulteriori esempi di ricerca della flessibilità e della semplificazione delle procedure sono da rintracciarsi nelle disposizioni che riducono i tempi minimi per la presentazione delle offerte, nonché in quelle che impongono che lo scambio elettronico di documenti e informazioni tra imprese e pubblica amministrazione diventi la regola.

³⁹⁶ Cfr. N. TORCHIO, *Le nuove direttive europee in materia di appalti e concessioni*, Relazione tenuta per il Corso di formazione sui contratti pubblici per il personale di magistratura della Corte dei conti, 12-13 maggio 2014.

svolgimento delle procedure di aggiudicazione degli appalti in modo da evitare qualsiasi distorsione della concorrenza e garantire la parità di trattamento di tutti gli operatori economici”. Il secondo comma dello stesso articolo va poi a dare una definizione di “conflitto di interessi”, prevedendo però soltanto una nozione minima. Si enuncia infatti che “il concetto di conflitto di interessi copre almeno i casi in cui il personale di un’amministrazione aggiudicatrice o di un prestatore di servizi che per conto dell’amministrazione aggiudicatrice interviene nello svolgimento della procedura di aggiudicazione degli appalti o può influenzare il risultato di tale procedura ha, direttamente o indirettamente, un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che può essere percepito come una minaccia alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di appalto”. Se un conflitto di interessi non può essere risolto in maniera efficace con altre misure meno intrusive, l’operatore economico deve essere escluso dalla gara.

Preme soffermarsi ora sui criteri di aggiudicazione delle offerte: nelle nuove direttive si privilegia il ricorso al criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, rispetto al criterio del prezzo più basso. Quest’ultimo criterio evidentemente comprime i margini di discrezionalità della stazione appaltante nell’aggiudicazione del contratto; tuttavia mortifica l’aspetto qualitativo, favorendo l’acquisto da parte delle amministrazioni di beni e servizi di qualità scadente. Il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa massimizza i margini di scelta della stazione appaltante, ma contemporaneamente aumenta il rischio di trattamenti discriminatori e di pratiche collusive.

Il legislatore europeo in nome dell’efficienza sceglie di avere fiducia fino a prova contraria nell’onestà di tutti gli operatori e confida sull’influsso positivo che procedure più snelle e flessibili possono produrre sulle scelte etiche degli operatori pubblici e privati. L’art. 67

si spinge a stabilire che “l’elemento relativo al costo può inoltre assumere la forma di un prezzo fisso sulla base del quale gli operatori economici competeranno solo in base a criteri qualitativi”. Lo stesso articolo consente espressamente agli Stati membri di vietare *tout court* che le stazioni appaltanti possano usare il prezzo più basso come unico criterio di aggiudicazione.

La peculiare ricerca di un nuovo equilibrio tra contrasto alla corruzione ed efficienza intrapresa dall’Unione si evince anche dal Considerando 100 della nuova direttiva sugli appalti nei settori ordinari, che ricorda come sia “opportuno evitare l’aggiudicazione di appalti pubblici ad operatori economici che hanno partecipato a un’organizzazione criminale o che si sono resi colpevoli di corruzione, di frode a danno degli interessi finanziari dell’Unione, di reati di terrorismo, di riciclaggio dei proventi di attività illecite o di finanziamento del terrorismo”, salvo poi precisare che “gli Stati membri dovrebbero, tuttavia, avere la facoltà di prevedere una deroga a queste esclusioni obbligatorie in situazioni eccezionali in cui esigenze imperative di interesse generale rendano indispensabile l’aggiudicazione di un appalto. Tale situazione potrebbe verificarsi, per esempio, se è possibile procurarsi vaccini o attrezzature di emergenza urgentemente necessari solo attraverso un operatore economico al quale altrimenti si applicano i motivi di esclusione obbligatoria”. Se già le precedenti direttive accordavano la possibilità deroghe eccezionali “per esigenze imperative di interesse generale”, il Considerando 100 della 2014/24/UE va oltre nella misura in cui va a tipizzare due esempi concreti in cui sia possibile derogare all’esclusione obbligatoria.

Le lettere e) ed f) del par. 4 dell’art. 57 della 2014/24/UE ineriscono più da vicino la promozione dell’integrità, introducendo quali ulteriori ipotesi di esclusione non obbligatoria il caso in cui non

si possa risolvere efficacemente con altre misure meno intrusive un conflitto di interessi ai sensi dell'articolo 24 e quello in cui con misure meno intrusive non possa essere risolta una distorsione della concorrenza, derivante dal precedente coinvolgimento degli operatori economici nella procedura di appalto. Peraltro, un ulteriore segno di quanta flessibilità si sia voluto introdurre sul tema con le ultime direttive, si evince dal par. 6 dell'art. 57, il quale permette ad un operatore economico che versi in una delle situazioni obbligatoriamente potenzialmente comportanti l'esclusione dalla procedura, di fornire prova della sua affidabilità in modo da non essere escluso dalla procedura d'appalto. Si tratta del cosiddetto “*self-cleaning regime*”.

Procedure flessibili sono senza dubbio il partenariato per l'innovazione e la procedura competitiva con negoziazione.

I partenariati per l'innovazione fanno il loro ingresso nell'ordinamento per il tramite dell'articolo 31. Si consente alle pubbliche autorità di indire bandi di gara per risolvere problemi specifici, senza pregiudicare la soluzione; saranno le autorità stesse, insieme agli offerenti, ad elaborare soluzioni innovative, utilizzando gli appalti come strumento di supporto alle politiche di innovazione. In risposta ad un bando di gara qualsiasi operatore economico può chiedere di partecipare a queste procedure. L'amministrazione aggiudicatrice identifica nei documenti di gara i prodotti o servizi di cui necessita e che si trova impossibilitata a reperire sul mercato, fornendo agli operatori informazioni sufficientemente precise per poter decidere se chiedere di partecipare alla procedura. La scelta di instaurare il partenariato per l'innovazione con un solo partner o con più partner è rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante, che provvederà ad aggiudicare l'appalto unicamente sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, conformemente all'articolo 67. Questo

partenariato è “strutturato in fasi successive secondo la sequenza delle fasi del processo di ricerca e innovazione”³⁹⁷. Le amministrazioni aggiudicatrici negoziano con gli offerenti le offerte iniziali e tutte le offerte successive da essi presentate, tranne le offerte finali, per migliorare il contenuto. I requisiti minimi e i criteri di aggiudicazione non sono soggetti a negoziazioni. Nel corso delle negoziazioni, chiaramente, le amministrazioni aggiudicatrici sono tenute al rispetto dei principi di parità di trattamento e non discriminazione. Il numero dei partecipanti può essere progressivamente ridotto, applicando in particolare i criteri relativi alle capacità dei candidati nel settore dell’innovazione.

Quanto alla “procedura competitiva con negoziazione”, occorre notare che essa amplia le possibilità di dialogo tra PA e imprese in corso di gara e non è più considerata una mera “facoltà” concessa agli Stati membri. Ora la scelta spetta esclusivamente alle stazioni appaltanti, che potranno scegliere in autonomia se avviare un partenariato per l’innovazione o una procedura competitiva con negoziazione, entro i limiti previsti dal par. 1 dell’art. 26 della 2014/24/UE.

4. La concorrenza strumentale all’efficienza

Nel corso della trattazione si è argomentato che occorrerebbe perseguire la concorrenza non quale valore “finale”, ma “*strumentale*” rispetto all’esigenza – ritenuta primaria e prioritaria - di assicurare l’efficiente e corretta erogazione dei servizi pubblici, con la finalità di garantire il benessere del cittadino, senza però trascurare le esigenze

³⁹⁷ C. IEMULO, *Directive Appalti 2014. Guida alle novità.*, 2°ediz.. ebook ne “I quaderni di giuridanella.it”, 2014.

di finanza pubblica.

Da una parte troviamo la corruzione, che fa lievitare i costi delle opere e disincentiva gli investimenti stranieri, dall'altra invece si trova il binomio inscindibile "concorrenza ed efficienza".

Nel dettaglio, inefficienza e corruzione sono due distinte patologie della contrattualistica pubblica, ma non possono essere combattute separatamente. L'inefficienza infatti, che si riferisce allo spreco di risorse finanziarie, alla dilatazione dei tempi di aggiudicazione e di esecuzione ed alla acquisizione di beni e servizi scadenti da parte delle pubbliche amministrazioni, sarebbe perfettamente possibile anche in assenza di corruzione³⁹⁸. In Italia, come si è già diffusamente argomentato, "può considerarsi dimostrato dai fatti il fallimento della regolazione fondata su norme preposte a contrastare la corruzione che prescindano dalla ricerca dell'efficienza, come nel caso della privazione della discrezionalità amministrativa e della limitazione dell'utilizzo di procedure volte all'apprendimento dell'amministrazione"³⁹⁹.

Questo metodo non si è dimostrato adeguato a contrastare efficacemente la corruzione, causando peraltro ingenti perdite di efficienza. "Sulla base della constatazione di tale fallimento, a partire dal 2012, l'approccio del Legislatore alla lotta alla corruzione è cambiato e si è costituito un sistema di norme di natura amministrativa per il contrasto e la prevenzione della corruzione"⁴⁰⁰.

Nel 2012, la legge cd. "anticorruzione", di cui si è diffusamente trattato, ha provveduto ad introdurre una serie di misure contro la corruzione aventi carattere e respiro generale, relative alla globalità

³⁹⁸ Cfr. G. FIDONE, *La corruzione e la discrezionalità amministrativa: il caso dei contratti pubblici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2015, 3.

³⁹⁹ G. FIDONE, *Relazione per il seminario "Prevenzione della corruzione nella riforma della P.A e nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, 9 novembre 2015, Sala del Mappamondo-Camera dei Deputati.

⁴⁰⁰ G. FIDONE, *id.*

dell'attività amministrativa. Oltre a tali misure generali, che già sono state richiamate in precedenza e che ovviamente si applicano anche al settore dei contratti pubblici, sono state poi dettate diverse misure con specifico riferimento alla contrattualistica pubblica. Si ricorda sinteticamente che “la riforma ha operato, in primo luogo, sulla trasparenza e pubblicità dell'operato delle stazioni appaltanti, prevedendo un contenuto minimo della pubblicità sui siti istituzionali delle stesse⁴⁰¹,”⁴⁰². Si è poi rinviato ad uno schema-tipo redatto dall'ANAC – al quale spetta l'onere di pubblicare sul proprio sito web una serie di informazioni in modo che siano consultabili da tutti i cittadini - per ciò che concerne l'informazione relativa ai costi di realizzazione delle opere e di erogazione dei servizi pubblici. Ogni inadempimento comporta a carico della stazione appaltante l'irrogazione di una sanzione. Diversi possibili addebiti sanzionatori sono stati previsti a carico dei singoli funzionari. Si sono ampliati i poteri negoziali delle stazioni appaltanti. Sono stati introdotti, in proposito, importanti strumenti quali i “patti di integrità” e i “protocolli di legalità”; mediante l'accettazione delle clausole sancite negli stessi, “al momento della presentazione della domanda di partecipazione e/o dell'offerta, l'impresa concorrente 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, comune a tutte le procedure concorsuali, della estromissione dalla gara”. La riforma del 2012, inoltre, è intervenuta

⁴⁰¹ Ci si riferisce alla 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 liquidate.

⁴⁰² G. FIDONE, *Relazione per il seminario “Prevenzione della corruzione nella riforma della P.A e nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, 9 novembre 2015, Sala del Mappamondo-Camera dei Deputati.

anche in merito all'affidabilità degli operatori economici partecipanti alle procedure ad evidenza pubblica; si pensi alle cd. *white lists*. E' stato poi esteso il novero dei reati idonei a giustificare la risoluzione del contratto. Si è cercato di limitare l'applicazione dell'istituto dell'arbitrato, "che è tradizionalmente svantaggioso per la pubblica amministrazione e si presta ad infiltrazioni di corruttele"⁴⁰³.

Quanto all'ANAC, "è oggi a tutti gli effetti un'Autorità preposta alla lotta alla corruzione in tutti i settori dell'attività amministrativa"⁴⁰⁴. Come è stato evidenziato in dottrina, "le nuove misure descritte hanno, dunque, costituito un indubbio cambiamento di tendenza rispetto al precedente assetto della normativa anticorruzione per il settore della contrattualistica pubblica"⁴⁰⁵. Si è forse preso definitivamente coscienza che "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"⁴⁰⁶. E' fuori dalla gara che "occorre creare un contesto ambientale che sterilizzi le procedure dalla corruzione"⁴⁰⁷. Risulta pertanto evidente il cambiamento di prospettiva operato dal legislatore italiano nella sua attività di contrasto alla corruzione. "Tale cambiamento di prospettiva, a prescindere dalla valutazione delle singole misure introdotte, può considerarsi nel complesso un fatto positivo. Tuttavia, sembra opportuno un ulteriore passo in avanti, che si fondi sul capovolgimento del rapporto tra efficienza e corruzione"⁴⁰⁸. Occorrerebbe infatti che il legislatore delegato concentrasse i suoi sforzi, in via prioritaria, verso la creazione di un sistema che si ponga

⁴⁰³ G. FIDONE, *id.*

⁴⁰⁴ G. FIDONE, *id.*

⁴⁰⁵ G. FIDONE, *id.*

⁴⁰⁶ G. FIDONE, *id.*

⁴⁰⁷ G. FIDONE, *id.*

⁴⁰⁸ G. FIDONE, *id.*

quale obiettivo primo ed irrinunciabile la massimizzazione dell'efficienza. Il conseguimento di tale obiettivo potrebbe eliminare gli spazi entro cui si possono annidare i fenomeni corruttivi. Azzerando le inefficienze potrebbe unicamente residuare uno spazio per forme di corruzione neutrali all'efficienza, chiaramente indesiderabili sul piano etico ma non ostative rispetto alla realizzazione dell'interesse pubblico.

E' noto che una delle prime cause di inefficienza è l'ipertrofia normativa, come abbiamo evidenziato riportando la massima di Tacito. Il contenimento della tendenza all'iper-regolazione non solo favorirebbe una maggiore efficienza, riducendo, oltre al numero delle norme, anche la loro difficoltà applicativa; quale effetto secondario si andrebbe ad erigere un ostacolo alle possibili manifestazioni di fenomeni corruttivi, poiché l'incertezza del diritto "può costituire il fondamento della rendita di potere sulla base della quale il funzionario pubblico si accosta al patto corruttivo"⁴⁰⁹. Mediante la semplificazione, possono eliminarsi sia l'oggetto che il presupposto dello scambio illecito⁴¹⁰ e in questo senso sembra muoversi la legge delega di cui si darà conto, che è improntata alla flessibilità e al ricorso a strumenti di *soft law*⁴¹¹ in luogo del lungo e dettagliatissimo Regolamento 207/2010.

In particolare, stando al dettato normativo, saranno emanate

⁴⁰⁹ G. FIDONE, *id*

⁴¹⁰ Cfr. G. FIDONE, *id.*: "Si pensi a strumenti di semplificazione e accelerazione dell'attività amministrativa quali il silenzio assenso o la SCIA, che vengono a privare il funzionario pubblico del presupposto di un possibile scambio corruttivo, ovvero del provvedimento da scambiare".

⁴¹¹ Cfr. G. SANTILLI, *Semplificare per crescere*, in *Il Sole24Ore*, 15 Gennaio 2016: "È un terreno largamente sperimentale (e per certi versi rischioso) ma va apprezzato il coraggio di una scelta voluta dal ministro delle Infrastrutture Delrio che è l'unica strada percorribile se si vuole semplificare davvero e si vuole ridurre quel mostruoso e abnorme apparato normativo che dà lavoro agli avvocati amministrativisti ma non porta alla realizzazione delle opere in tempi accettabili. In questo senso anche la stretta sulla possibilità di fare ricorsi (soprattutto quelli sui requisiti di gara che sono l'80% del contenzioso amministrativo) va in direzione giusta".

“linee guida di carattere generale proposte dall’ANAC e approvate con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, che sono trasmesse prima dell’adozione alle competenti Commissioni parlamentari per il parere”⁴¹². Quest’ultima previsione era contenuta anche nel testo originario della delega, trattandosi di un’intenzione che il governo ha manifestato sin dall’inizio dell’*iter* di recepimento.

Il vecchio “regolamento appalti” di cui al DPR 207/2010 – un provvedimento di enorme mole contenente 359 articoli - sarà così sostituito da linee-guida che secondo le intenzioni dovranno essere molto flessibili. In altre parole si riconosce la necessità di abbandonare l’approccio positivista che per decenni, a giudizio di molti, è stato fonte di inefficienza nell’attività del legislatore italiano. All’approccio formalista si va sostituendo un approccio maggiormente sostanzialista, che riconosce l’opportunità di una riduzione del peso della regolazione di settore.

Autorevole dottrina osserva che occorrerà intervenire sul rapporto tra gli stessi e il controllo giurisdizionale: in effetti tali atti per le pubbliche amministrazioni potranno essere vincolanti, ed occorrerà evitare che vengano sconfessati dal giudice amministrativo per il tramite dell’annullamento di provvedimenti che le pubbliche amministrazioni abbiano adottato conformemente alla *soft law*. In dottrina si è rilevato come “occorrerebbe, dunque, un preventivo raccordo tra ANAC e Consiglio di Stato, in sede consultiva, al fine di adottare decisioni condivise”⁴¹³.

⁴¹² L. 11/2016 recante “deleghe al Governo per l’attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull’aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d’appalto degli enti erogatori nei settori dell’acqua, dell’energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture”, art. 1.

⁴¹³ G. FIDONE, *Relazione per il seminario “Prevenzione della corruzione nella riforma della P.A e nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, 9 novembre 2015, Sala del Mappamondo-Camera dei Deputati.

Il perseguimento della concorrenza fine a sé stessa, in maniera slegata dal perseguimento dell'efficienza, il c.d. *Compulsory Competitive Tendering*, si rivela spesso privo di concreti benefici⁴¹⁴. Non sembra infatti proficuo contrastare la corruzione soltanto mediante le regole della gara, dimenticando che l'obiettivo principale della stessa non è la promozione della concorrenza in quanto tale, ma l'individuazione dell'offerta migliore. In tal modo, funzionalizzando la concorrenza agli obiettivi di “*Best Value*”, si andranno anche a ridurre gli spazi entro i quali può avere luogo la corruzione.

Così come è inutile perseguire la concorrenza fine a se stessa (*Compulsory Competitive Tendering*) perdendo di vista gli obiettivi di efficienza e di lotta alla corruzione, è altrettanto inutile una lotta alla corruzione fine a se stessa, c.d. *Compulsory Anti-Corruption*⁴¹⁵, che non si preoccupi cioè di eliminare le sacche di inefficienza.

Per questi motivi si ritiene opportuna – in sede di riforma del settore - la realizzazione di un sistema che affronti congiuntamente le tematiche di concorrenza, efficienza e corruzione, sul modello dell'ordinamento britannico. Del resto, è lo stesso disegno di legge di delega che all'art. 1, comma 1, richiede di “tenere conto delle migliori pratiche adottate in altri Paesi dell'Unione Europea”. In conclusione, si ritiene che lo strumento più efficace per il contrasto alla corruzione sia proprio il perseguimento dell'efficienza nella contrattazione pubblica. E' in questo modo che all'interno dell'amministrazione

⁴¹⁴ Per anni il Consiglio di Stato ha giustificato con l'obiettivo di tutelare la concorrenza un orientamento giurisprudenziale estremamente formalistico che tendeva all'esclusione delle offerte per violazioni formali, in nome della *par condicio*. Tuttavia, questa interpretazione in senso eccessivamente formale della *par condicio*, pur basata sul principio di concorrenza, sembra alquanto distorta. Il disegno di legge di delega prevede espressamente, per tali casi, il ricorso al soccorso istruttorio. E' in questa direzione che sarebbe opportuno proseguire.

⁴¹⁵ Cfr. G. FIDONE, *Relazione per il seminario “Prevenzione della corruzione nella riforma della P.A e nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, 9 novembre 2015, Sala del Mappamondo-Camera dei Deputati.

vengono a svilupparsi gli anticorpi contro il germe della corruzione⁴¹⁶.

5. La legge delega: efficienza e contrasto alla corruzione

Si è tentato di focalizzare l'attenzione sul concetto di efficienza, troppo spesso trascurato per perseguire politiche di lotta alla corruzione che a volte si sono rivelate fallimentari.

Con il conseguimento dell'efficienza di sistema si ridurrebbero gli spazi per il manifestarsi di fenomeni corruttivi, quale conseguenza naturale del raggiungimento dell'efficienza stessa. Questa tesi mira infatti a sostenere che la concorrenza non dovrebbe essere considerata quale fine a se stessa, ma quale strumento per la realizzazione dell'interesse generale. Tale interesse si può considerare conseguito qualora il risultato dell'attività amministrativa sia positivo in termini di soddisfazione dei bisogni della collettività, o meglio sia percepito come tale. L'attività amministrativa, quindi, dovrebbe essere efficace.

Sembra opportuno, al riguardo, distinguere tra efficacia ed efficienza attingendo dalla letteratura economica.

Appare utile, ai fini della trattazione, evidenziare che “l'attività amministrativa deve assumere una propria rilevanza giuridica, indipendentemente dai singoli atti, comportamenti o omissioni che l'hanno composta”⁴¹⁷. L'art. 1 della l. 241/1990 prescrive che l'attività amministrativa è retta da criteri di economicità e di efficacia. Il perseguimento di soli obiettivi relativi alla *performance* esterna, indipendentemente dal dispendio economico che comporta, si riferisce al concetto di efficacia. Tuttavia, specialmente alla luce delle

⁴¹⁶ Cfr. R. CANTONE – G. DI FEO, *Il male italiano*, Rizzoli, 2015.

⁴¹⁷ G. FIDONE, *L'azione per l'efficienza nel processo amministrativo: dal giudizio sull'atto a quello sull'attività*, Giappichelli, Torino, 2012.

particolari contingenze di natura economica in cui tuttora versiamo, non vi può essere dubbio sul fatto che l'attività della pubblica amministrazione dovrebbe anche, e soprattutto, essere efficiente, in ossequio al principio di buon andamento –dettato dall'art. 97 della Costituzione.

Nonostante anche l'efficienza sia un concetto di risultato, esso - a differenza del concetto di efficacia - è legato non solo agli effetti esterni dell'attività dell'amministrazione, ma anche alle risorse necessarie al suo conseguimento. L'efficienza di un risultato amministrativo non può che essere relativa alla produttività dei fattori di produzione.

Affinché l'insieme delle pubbliche amministrazioni di uno Stato possa considerarsi efficiente, occorre che il legislatore implementi un efficace sistema di controllo sui risultati dell'attività amministrativa, a cui si accompagni l'effettiva possibilità – in caso di esiti negativi di tale controllo - di porre in essere qualche tipo di intervento che sia effettivamente in grado di correggere le disfunzioni registrate, con la finalità precipua di conseguire l'efficienza dell'amministrazione.

Più specificamente, in proposito, nell'ordinamento italiano si può utilizzare l'azione per l'efficienza nel processo amministrativo, introdotta nell'ambito della cd. “riforma Brunetta” della Pubblica Amministrazione (d.lgs. 150/2009), mediante il d.lgs. 198/2009; nel Regno Unito, invece, si è provveduto alla costruzione del sistema di “*Best Value*”. Di entrambi i sistemi si darà conto più diffusamente nel corso della trattazione.

Per il momento, ai nostri fini, basti evidenziare che il modello italiano, relativo all'azione per l'efficienza delle pubbliche amministrazioni, prevede forme di controllo giurisdizionale attivabili direttamente dai cittadini. Quello inglese, al di là della disciplina generale dei procedimenti giurisdizionali dinanzi alla *Administrative*

Court, prevede invece un sistema di controllo, monitoraggio e sanzione che si espleta e si esaurisce entro la sfera dei soggetti pubblici.

Entrambi i modelli prevedono che gli obiettivi di risultato delle amministrazioni vengano individuati a priori (“dato programmato”), per poi essere valutati a posteriori (“dato conseguito”). A seconda degli esiti della valutazione, seguiranno interventi sanzionatori o premiali.

Entrambi i modelli sono apprezzabili, ma quello inglese presenta un grado maggiore di effettività e di efficacia.

Il recepimento dell’ultimo pacchetto di direttive europee in materia di contratti pubblici potrebbe rappresentare l’occasione, per il legislatore italiano, di muovere un decisivo passo verso la creazione di un sistema efficace come quello inglese. Questo potrebbe avvenire replicando il modello del Regno Unito, oppure realizzando pienamente il modello che avevamo elaborato nell’ambito della cd. “riforma Brunetta” – specificamente con riferimento al ricorso per l’efficienza nel processo amministrativo -, oppure conciliando i due modelli.

Atteso che il modo migliore per contrastare la corruzione è il perseguimento dell’efficienza, con il principio di concorrenza quale strumento utilizzabile in quest’ottica in maniera proficua, si cercherà di capire se il legislatore delegante abbia scelto di procedere in questa direzione esaminando le disposizioni della delega relative al perseguimento dell’efficienza e della concorrenza e al contrasto ai fenomeni corruttivi.

Anzitutto è possibile rilevare come, quanto ai contenuti, la delega sembri ispirata al criterio dell’efficienza della contrattazione pubblica.

Si propone, infatti, “l’obiettivo della drastica riduzione e

razionalizzazione delle disposizioni vigenti, un maggiore livello di certezza del diritto da conseguire attraverso la semplificazione dei procedimenti, il perseguimento delle migliori pratiche adottate in altri Paesi dell'Unione, la riduzione e la certezza dei tempi di durata delle procedure e dell'esecuzione dei contratti. Sempre ispirate al criterio dell'efficienza appaiono le disposizioni generali che si prefiggono la razionalizzazione delle forme di partenariato pubblico privato. Al contempo, dovrà essere sancito l'esplicito divieto della derogabilità delle nuove procedure⁴¹⁸. L'eliminazione delle inefficienze, come ribadito nel corso della trattazione, è utile anche nell'ottica del contrasto alla corruzione, e “dunque gli obiettivi generali dichiarati dal disegno di legge sono tutti ambiziosi e apprezzabili progetti di efficienza. A ciò si accompagnano numerosissime disposizioni puntuali che si prefiggono dichiaratamente l'obiettivo dell'efficienza”⁴¹⁹.

E' in questa direzione che va il recepimento degli strumenti europei di flessibilità, così come la progressiva digitalizzazione delle procedure e la necessaria proporzionalità dei requisiti di ammissione alle procedure di gara rispetto all'oggetto dell'appalto, per favorire la più ampia partecipazione alla gara. Improntate al perseguimento delle esigenze di efficienza appaiono inoltre “la riduzione degli oneri documentali ed economici per le imprese con espressa previsione della possibilità di ricorrere all'eventuale integrazione documentale delle offerte (c.d. soccorso istruttorio) con riguardo a violazioni non sostanziali, nonché l'efficientamento delle procedure utilizzabili da CONSIP e dagli altri soggetti aggregatori”⁴²⁰. Anche le intenzioni di

⁴¹⁸ G. FIDONE, *Relazione per il seminario “Prevenzione della corruzione nella riforma della P.A e nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, 9 novembre 2015, Sala del Mappamondo-Camera dei Deputati.

⁴¹⁹ G. FIDONE, *id.*

⁴²⁰ G. FIDONE, *id.*

ridurre drasticamente il numero delle stazioni appaltanti e di introdurre un sistema di *rating* reputazionale delle stesse appaiono in linea con il progetto di valorizzare l'efficienza della contrattazione pubblica.

Viene inoltre espressa l'indicazione di principio in favore della previsione di una disciplina applicabile ai contratti sottosoglia, finalizzata in particolar modo a garantire il rispetto dei principi di imparzialità e trasparenza, nonché di massima semplificazione e rapidità dei procedimenti.

Come insegna il caso inglese, la tutela della concorrenza è inutile (*Compulsory Competitive Tendering*) laddove sia fine a se stessa, anziché finalizzata a garantire la migliore spesa del denaro pubblico (*Best Value Procurement*); d'altra parte il rispetto della concorrenzialità della procedura è certamente una misura idonea a scoraggiare la corruzione dal momento che riduce gli spazi entro i quali questa può avere luogo. Ecco perché la legge di delega si prefigge espressamente la creazione di una disciplina specifica applicabile ai contratti sottosoglia, “fondata sui principi di massima semplificazione e rapidità dei procedimenti ma con salvaguardia della trasparenza e imparzialità della gara”⁴²¹.

“Dovrà essere salvaguardata l'effettiva concorrenza delle procedure che può valere tanto a perseguire l'efficienza dell'affidamento (reale obiettivo dell'aggiudicazione) e anche a contrastare la corruzione”⁴²². Limitazioni alla discrezionalità e appesantimenti burocratici finiscono per accentuare le inefficienze, aumentando gli spazi entro i quali si può annidare e nascondere la corruzione. “La regolazione dei diversi sistemi di affidamento dei

⁴²¹ G. FIDONE, *Relazione per il seminario “Prevenzione della corruzione nella riforma della P.A e nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, 9 novembre 2015, Sala del Mappamondo-Camera dei Deputati.

⁴²² G. FIDONE, *id.*

contratti pubblici, così come per il caso concreto la scelta della stazione appaltante della procedura da svolgere, dovrebbe essere preceduta da una preventiva analisi di efficienza”⁴²³.

In sintesi, occorre puntare sul perseguimento dell’efficienza e della concorrenza, ai fini di un efficace contrasto alla corruzione, senza rinunciare alle misure amministrative volte al contrasto alla corruzione che possono astrattamente essere ripartite in tre diversi gruppi: quelle specificamente rivolte alla prevenzione della corruzione in senso stretto; quelle finalizzate alla scoperta della corruzione; quelle che intervengono solo *ex post*, fungendo da rimedi alla corruzione.

“Le ultime due categorie individuate non costituiscono strumenti di prevenzione della corruzione in senso proprio, ovvero finalizzati ad evitare che si creino i presupposti ricorrendo i quali il patto corruttivo può avere luogo. Si tratta, da un lato, di strumenti che sono finalizzati a fare emergere la corruzione che si è già verificata e che dunque non servono a prevenirla ma ad individuarla; dall'altro lato, di strumenti che prevedono misure finalizzate a porre rimedio a situazioni di corruzione conclamata, anche al fine della prosecuzione dell'attività amministrativa in forme che garantiscano l'integrità”⁴²⁴.

Questi rimedi non operano in via preventiva, bensì *ex post*; tuttavia – come le sanzioni penali - possono indubbiamente avere un effetto preventivo indiretto. Nella legge di delega possono rinvenirsi alcune dichiarazioni di principio sul tema della lotta alla corruzione. Si afferma in linea generale che l'armonizzazione delle disposizioni in tema di trasparenza, pubblicità, durata e tracciabilità debba essere condotta "anche al fine di concorrere alla lotta alla corruzione".

⁴²³ G. FIDONE, *id.*

⁴²⁴ G. FIDONE, *Relazione per il seminario “Prevenzione della corruzione nella riforma della P.A e nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, 9 novembre 2015, Sala del Mappamondo-Camera dei Deputati.

Le norme della delega nelle quali si fa espresso riferimento alla corruzione – in realtà – sono molto limitate e necessitano di un coordinamento con quelle già introdotte negli ultimi anni dalla l. 190/2012 e dal d.l. 90/2014 convertito in l. 114/2014.

Quanto al tema della prevenzione, vi sono alcune disposizioni volte all'eliminazione dei conflitti di interessi, il cui contrasto è in linea generale previsto dal disegno di legge.

Relativamente alle misure finalizzate a fare emergere il fenomeno corruttivo vi è quella che prevede l'istituzione di un sistema di penalità e premialità "per la denuncia obbligatoria delle richieste estorsive e corruttive da parte delle imprese titolari di appalti pubblici, comprese le imprese subappaltatrici e le imprese fornitrici di materiali, opere e servizi, prevedendo altresì uno specifico regime sanzionatorio nei casi di omessa o tardiva denuncia"⁴²⁵.

“Quanto all'ultima categoria di misure amministrative volte al contrasto della corruzione, quella delle misure tendenti a porre rimedio alla scoperta di episodi di corruzione vi è la disposizione che richiama l'art. 32 del d.l. 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla l. 11 agosto 2014 n. 114” Si tratta di una misura che, laddove emergano episodi di corruzione, consente al Prefetto di adottare provvedimenti incidenti sull'organizzazione dell'appaltatore, limitatamente e al fine della completa esecuzione del contratto.

6. Il ruolo dell'ANAC alla luce della legge delega 11/2016

La legge 11/2016 fa riferimento alla necessità di “individuare espressamente i casi nei quali, in via eccezionale, è possibile ricorrere

⁴²⁵ G. FIDONE, *id.*

alla procedura negoziata senza precedente pubblicazione di un bando di gara”⁴²⁶, al fine di conseguire “l’armonizzazione delle norme in materia di trasparenza, pubblicità, durata e tracciabilità delle procedure di gara e delle fasi ad essa prodromiche e successive, anche al fine di concorrere alla lotta alla corruzione, di evitare i conflitti d’interesse e di favorire la trasparenza nel settore degli appalti pubblici e dei contratti di concessione”⁴²⁷. Il suddetto obiettivo sarà perseguito attraverso “l’unificazione delle banche dati esistenti presso l’ANAC”⁴²⁸ e la “definizione di idonee misure quali la previsione di poteri di vigilanza e controllo sull’applicazione delle norme in materia di appalti pubblici e di contratti di concessione, con particolare riguardo alla fase di esecuzione della prestazione, finalizzati ad evitare la corruzione e i conflitti d’interesse ed a favorire la trasparenza, e la promozione della digitalizzazione delle procedure stesse, in funzione della loro tracciabilità”⁴²⁹.

Viene poi prescritto, in tema di revisione della disciplina circa la pubblicità di avvisi e bandi di gara, che il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, in sede di definizione degli indirizzi generali, debba procedere rigorosamente d’intesa con l’ANAC, “al fine di garantire adeguati livelli di trasparenza e di conoscibilità prevedendo, in ogni caso, la pubblicazione su un’unica piattaforma digitale presso l’ANAC di tutti i bandi di gara”⁴³⁰.

Si prevede inoltre “l’attribuzione all’ANAC di più ampie

⁴²⁶ L. 11/2016 recante “deleghe al Governo per l’attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull’aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d’appalto degli enti erogatori nei settori dell’acqua, dell’energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture”, art. 1.

⁴²⁷ *Id.*

⁴²⁸ *Id.*

⁴²⁹ *Id.*

⁴³⁰ *Id.*

funzioni di promozione dell'efficienza, di sostegno allo sviluppo delle migliori pratiche, di facilitazione allo scambio di informazioni tra stazioni appaltanti e di vigilanza nel settore degli appalti pubblici e dei contratti di concessione, comprendenti anche poteri di controllo, raccomandazione, intervento cautelare, di deterrenza e sanzionatorio, nonché di adozione di atti di indirizzo quali linee guida, bandi-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolamentazione flessibile, anche dotati di efficacia vincolante e fatta salva l'impugnabilità di tutte le decisioni e gli atti assunti dall'ANAC innanzi ai competenti organi di giustizia amministrativa”⁴³¹.

Giova evidenziare come l'ANAC non sia soltanto dotata di poteri di intervento cautelari, come ad esempio la possibilità di bloccare in corsa gare irregolari, ma si prevede anche che il rispetto degli atti di indirizzo al mercato divenga vincolante sia per le amministrazioni che per le imprese. “In questa chiave va anche letta la nascita di un albo nazionale dei commissari di gara. Appare opportuno sottolineare come si tenda a estirpare il fenomeno delle procedure di emergenza derogatorie. Le deroghe potranno essere ammesse soltanto in risposta a emergenze di protezione civile”⁴³².

Si ricorda inoltre il delicato tema della qualificazione delle stazioni appaltanti abilitate a gestire i bandi per fasce di importo in base al grado di organizzazione e competenza che spetterà all'ANAC. Non meno importante è la stretta sulle varianti in corso per cattiva progettazione. Dovranno essere posti in capo alle stazioni appaltanti una serie di obblighi informativi nei confronti dell'ANAC, in merito alle variazioni in corso d'opera relative a contratti ricadenti sotto l'ambito di applicazione della disciplina comunitaria, con la

⁴³¹ *Id.*

⁴³² M. SALERNO, *Appalti, la Camera dà l'ok alla riforma. Delrio: nuovo codice operativo entro giugno*, in *Quotidiano del Sole24Ore “Edilizia e territorio”*, 18 novembre 2015.

previsione di un conseguente regime sanzionatorio per quelle stazioni appaltanti che dovessero risultare inadempienti.

Si dovrà provvedere ad individuare una serie di casi in cui l'ANAC potrà, “sentito il giudice delegato alla procedura di fallimento o concordato preventivo ed acquisito il parere del curatore o del commissario giudiziale, subordinare la partecipazione, l'affidamento di subappalti e la stipula dei relativi contratti, alla necessità che il curatore o l'impresa in concordato si avvalgano di un altro operatore in possesso dei requisiti di carattere generale, di capacità finanziaria, tecnica, economica, nonché di certificazione, richiesti per l'affidamento dell'appalto, che si impegni nei confronti dell'impresa concorrente e della stazione appaltante a mettere a disposizione, per la durata del contratto, le risorse necessarie all'esecuzione dell'appalto e a subentrare all'impresa ausiliata nel caso in cui questa nel corso della gara, ovvero dopo la stipulazione del contratto, non sia per qualsiasi ragione più in grado di dare regolare esecuzione all'appalto o alla concessione”⁴³³.

Con riferimento all' *in house*, si fa ricadere sotto la responsabilità dell'ANAC “l'istituzione di un elenco di enti aggiudicatori di affidamenti *in house* ovvero che esercitano funzioni di controllo o di collegamento rispetto ad altri enti, tali da consentire gli affidamenti diretti”⁴³⁴. Saranno i soggetti interessati a dover presentare domanda all'ANAC, la quale accoglierà la loro richiesta dopo aver riscontrato la sussistenza dei requisiti richiesti.

Il proposito di ridurre il numero delle stazioni appaltanti e di

⁴³³ L. 11/2016 recante “deleghe al Governo per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture”, art. 1.

⁴³⁴ *Id.*

procedere ad una loro riorganizzazione è stato tradotto, a livello di legge delega, nella prescrizione di una “razionalizzazione delle procedure di spesa attraverso l'applicazione di criteri di qualità, efficienza, professionalizzazione delle stazioni appaltanti, prevedendo la riorganizzazione delle funzioni delle stazioni appaltanti, con particolare riferimento alle fasi di programmazione e controllo, nonché prevedendo l'introduzione di un apposito sistema, gestito dall'ANAC, di qualificazione delle medesime stazioni appaltanti, teso a valutarne l'effettiva capacità tecnica e organizzativa, sulla base di parametri obiettivi”⁴³⁵, nonché di disposizioni che incoraggiano la centralizzazione delle committenze.

Emerge come l'intenzione del legislatore sia di valorizzare maggiormente la fase progettuale che si traduce, nel testo della legge delega, in una serie di disposizioni, ad esempio quelle relative alla “revisione e semplificazione della disciplina vigente per il sistema della validazione dei progetti”⁴³⁶.

Tra le novità più rilevanti rispetto al testo originario spicca quella relativa alla qualificazione delle imprese, con la previsione di una disciplina specifica e molto dettagliata per la decadenza e la sospensione delle attestazioni SOA – ossia dei certificati che abilitano all'ingresso nel mercato dei lavori pubblici.

Altro elemento di forte portata innovativa è l'introduzione di un rito alternativo nel processo. “In particolare il giudice dovrà tenere conto già nella fase cautelare dei casi in cui l'annullamento dell'aggiudicazione comporta l'inefficacia del contratto. Viene poi introdotto un rito speciale in camera di consiglio per la risoluzione immediata del contenzioso relativo all'esclusioni dalla gara per carenza dei requisiti, rendendo impossibile contestare dopo i

⁴³⁵ *Id.*

⁴³⁶ *Id.*

provvedimenti della stazione appaltante relativi a questa fase di gara”⁴³⁷.

Il recepimento italiano dell’ultimo pacchetto di direttive dovrà inoltre contenere “l’introduzione di forme di dibattito pubblico delle comunità locali dei territori interessati dalla realizzazione di grandi progetti infrastrutturali e di architettura di rilevanza sociale aventi impatto sull’ambiente, la città o sull’assetto del territorio, prevedendo la pubblicazione *on line* dei progetti e degli esiti della consultazione pubblica; le osservazioni elaborate in sede di consultazione pubblica entrano nella valutazione in sede di predisposizione del progetto definitivo”⁴³⁸. “Le grandi opere dovranno essere capaci di guadagnarsi il consenso sul campo (*débat public*). Mentre le imprese saranno valutate anche sulla base della reputazione guadagnata in cantiere (rispetto dei tempi e bassa vocazione al contenzioso) legata al rating di legalità”⁴³⁹.

Alla medesima filosofia, improntata alla ricerca del coinvolgimento della più ampia platea possibile di soggetti interessati, in un’ottica di condivisione e di partecipazione dei cittadini alla vita pubblica, si ispira la disposizione secondo la quale, nell’esercizio delle deleghe, la Presidenza del Consiglio dei Ministri sarà incaricata di coordinare, di concerto con il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e sentita l’ANAC, lo svolgimento delle consultazioni delle

⁴³⁷ M. SALERNO, *Appalti, la Camera dà l’ok alla riforma. Delrio: nuovo codice operativo entro giugno*, in *Quotidiano del Sole24Ore “Edilizia e territorio”*, 18 novembre 2015.

⁴³⁸ L. 11/2016 recante “deleghe al Governo per l’attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull’aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d’appalto degli enti erogatori nei settori dell’acqua, dell’energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture”, art. 1.

⁴³⁹ M. SALERNO, *Appalti, la Camera dà l’ok alla riforma. Delrio: nuovo codice operativo entro giugno*, in *Quotidiano del Sole24Ore “Edilizia e territorio”*, 18 novembre 2015.

principali categorie di soggetti pubblici e privati destinatari della nuova normativa.

“Sul punto, può osservarsi che la partecipazione dei rappresentanti della cittadinanza potrebbe estendersi anche alle commissioni di gara o ai tavoli per la rinegoziazione dei contratti in corso ovvero ai procedimenti di controllo sulla spesa e la qualità dei beni acquisiti”⁴⁴⁰.

Le novità esposte consentono di ritenere l'intento del legislatore sicuramente encomiabile nei principi guida e specialmente in relazione al contrasto all'inefficienza. Per troppo tempo non si è risolto il problema della corruzione e si è invece aggravato quello dell'inefficienza, proprio con le stesse leggi anticorruzione che non sono state in grado di assolvere efficacemente il loro compito. Per questo le innovazioni apportate dalla legge delega sono da salutare con favore: esse si accostano molto di più all'ideale britannico che ha prodotto leggi pensate esclusivamente per contrastare l'inefficienza. Esse avevano come effetto indiretto, per una sorta di eterogenesi dei fini, il conseguimento degli effetti benefici anche in relazione al contrasto alla corruzione, che non viene quindi condotto con leggi *ad hoc*, ma mediante una azione più ampia di miglioramento del sistema.

Positivo appare inoltre che si sia scelto di valorizzare la concorrenzialità degli appalti pubblici, sempre nell'ottica di accrescere l'efficienza del sistema e quindi, conseguentemente, di ridurre gli spazi entro i quali possa aver luogo la corruzione.

Si riscontra solo un profilo di criticità concernente la scarsa considerazione alla fase dell'esecuzione, rispetto a quella dell'affidamento. “Le previsioni relative a tale fase, oltre che

⁴⁴⁰ G. FIDONE, *Relazione per il seminario “Prevenzione della corruzione nella riforma della P.A e nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, 9 novembre 2015, Sala del Mappamondo-Camera dei Deputati.

numericamente di gran lunga inferiori rispetto a quelle in materia di affidamento dei contratti, appaiono meno dettagliate e prive di una reale portata innovativa, limitandosi ad apprezzabili dichiarazioni di principio. Si tratta, infatti, di poche disposizioni che non sembrano aggiungere novità particolarmente rilevanti rispetto al diritto già vigente, se non in tema del rafforzamento dei controlli e dell'auspicato miglioramento dei collaudi”⁴⁴¹.

7. Il modello del “Best Value” per la lotta alla corruzione

Si è già diffusamente trattato il tema dell'importanza della lotta alla corruzione nel nostro Paese, ove il fenomeno presenta carattere “sistemico”⁴⁴² e anche del c.d. “*effetto darwiniano*” della lotta agli episodi corruttivi: una buona azione giudiziaria contro la corruzione può avere sul sistema l'effetto paradossale di eliminare i corruttori e i corrotti fessi, lasciando sul campo solo quelli più abili”⁴⁴³. Al fine di debellare l'illegalità occorre quindi che l'azione della magistratura vada di pari passo con quella del legislatore. A questo punto occorre domandarsi se sia possibile l'implementazione del sistema britannico del “*Best Value*” per la lotta alla corruzione, ma *in primis* per il raggiungimento dell'efficienza. Nel corso della trattazione si è spesso

⁴⁴¹ G. FIDONE, *Relazione per il seminario “Prevenzione della corruzione nella riforma della P.A. e nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, 9 novembre 2015, Sala del Mappamondo-Camera dei Deputati, che aggiunge: “Tale circostanza appare particolarmente grave se si considera anche la già segnalata scarsa attenzione del disegno di legge per la fase della progettazione, che è condizione necessaria per la buona esecuzione delle opere. Le due cose messe insieme, dunque, potrebbero condurre ancora una volta ad inefficienze nella fase dell'esecuzione dei contratti dietro alle quali, come insegna l'esperienza, si è annidata la corruzione”.

⁴⁴² Definizione, tra gli altri, di G. M. FLICK.

⁴⁴³ Tesi sostenuta da Raffaele Cantone nel suo intervento al seminario *Prevenzione della corruzione nella riforma della P.A. e nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, 9 novembre 2015, Sala del Mappamondo, Camera dei Deputati.

fatto cenno al sistema anglosassone del *value for money* che si pone come obiettivo l'efficienza, da raggiungere attraverso misure regolatorie finalizzate a supportare indirettamente l'attività di contrasto alla corruzione.

Il “*Best Value*” coinvolge l'erogazione di servizi pubblici ma sembra potersi ritenere che – con le dovute correzioni - esso sia suscettibile di trovare applicazione anche al settore dei lavori.

La politica del “*Best Value*” è incentrata sui seguenti principi: la responsabilizzazione delle amministrazioni locali, la concorrenza quale mezzo e non quale fine, il coinvolgimento degli amministrati nelle scelte degli amministratori, un puntuale sistema di *accountability* e di misurazione del livello dei servizi offerti, nonché il potere del governo centrale di intervenire con le misure opportune in caso di esito negativo di tale misurazione, effettuata sulla base dei *Best Value Performance Reviews (BVPRs)* e dei *Best Value Performance Indicators*, individuati in parte a livello centrale ed in parte rimessi all'autonomia delle singole amministrazioni.

Nel dettaglio, con l'espressione “*Best Value*” si è soliti indicare l'obiettivo del migliore utilizzo possibile del denaro pubblico. Anche nell'ordinamento britannico, peraltro, in tema di contratti pubblici, in virtù dell'influsso esercitato dal diritto europeo, è ben chiaro come ciò non debba e non possa comportare una cieca adesione al criterio di aggiudicazione del prezzo più basso. “*Best value is not synonymous with lowest price as quality or life-cycle considerations may mean the cheapest products do not necessarily provide the best value*”⁴⁴⁴.

La politica del “*Best Value*” nel Regno Unito ha la finalità – in relazione ai servizi pubblici locali - di raggiungere l'efficienza di

⁴⁴⁴ S. WILLIAMS - ELEGBE, *Fighting Corruption in Public Procurement: a Comparative Analysis of Disqualification or Debarment measures*, Oxford, Hart Publishing, 2012.

sistema e ha come effetto indiretto la riduzione degli spazi per eventuali pratiche corruttive, in quanto la corruzione è resa così inutile.

Il modello, innanzitutto, pone in capo alle amministrazioni l'obbligo di garantire la continuità dei servizi pubblici e la loro efficiente erogazione secondo i canoni di economicità locali nell'ottica di una loro maggiore responsabilizzazione.

La novità risiede nel rispetto del principio di concorrenza, non più come un fine in sé, ma come strumento per migliorare la qualità dei servizi e richiede la fase della consultazione delle comunità locali, sempre al fine di recepirne le istanze per migliorare il servizio.

In tale ottica, si prevede inoltre 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 servizi, per poter essere meglio in grado, anno dopo anno sulla base dei dati dell'anno precedente, di ridurre i costi ed aumentare la qualità dei servizi. Le prestazioni nell'erogazione dei servizi sono 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. Tali indicatori sono circa 90 e coprono gran parte dei servizi erogati dalle amministrazioni locali, lasciando però a queste ultime un piccolo margine per definire in autonomia qualche criterio di autovalutazione. I *BVPIs* 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 e soggetti a revisione annuale.

Il suesposto sistema è garantito anche da un adeguato meccanismo di controlli e di misurazione delle *performance*: in caso di esito positivo dell'attività svolta l'amministrazione locale in

questione riceve incentivi premiali, mentre in caso di esito negativo si ha l'intervento direttamente del governo centrale, che detta prescrizioni vincolanti o, nei casi più gravi, avoca a sé la funzione di erogazione del servizio.

In dottrina è stato proposto il seguente riassunto: *“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”*⁴⁴⁵.

Con riferimento al rapporto tra *“Best Value”* e fenomeni corruttivi, occorre sottolineare che la lotta alla corruzione non rappresenta l'obiettivo primario del sistema, ma la naturale conseguenza, in una sorta di eterogenesi dei fini.

Il punto saliente della questione è infatti che il *“Best Value”*, pur non essendo di per sé diretto a contrastare la corruzione, contribuisce alla costruzione di un ambiente efficiente, e proprio in quanto tale poco permeabile ai fenomeni corruttivi.

Sembra utile mutuare almeno il principio che sta alla base dell'esperienza del *“Best Value”* per il raggiungimento di un sistema efficiente, tenendo presente anche che l'ordinamento britannico presenta dati migliori rispetto all'efficienza della contrattazione pubblica.

Attenta dottrina, infatti, osserva che è necessario il capovolgimento anzi lo stravolgimento dell'approccio tradizionale, caratterizzato dall'emanazione di norme direttamente volte al contrasto della corruzione ma indirettamente destinate a pregiudicare l'efficienza della contrattazione pubblica. “Si può ragionevolmente sostenere che misure volte a contrastare e ridurre l'inefficienza

⁴⁴⁵ E. PRIER, MCCUE P. CLIFFORD, *Public Procurement Analysis of Best Value in Anti-corruption Efforts*, 2006

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 corruttivi. 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”⁴⁴⁶.

In sintesi, laddove la politica del “*Best Value*” è attuata correttamente ed efficacemente, non residua spazio per la corruzione.

Dal punto di vista della “*internal procurement perspective*”, una corretta e coerente applicazione dei principi del “*Best Value*” non può che comportare la promozione e lo sviluppo di sistemi di *e-procurement*, con un conseguente incremento del grado di trasparenza delle operazioni realizzate, oltre che della riduzione dei costi, sull'assunto che un sistema improntato alla trasparenza ed alla *accountability* degli operatori non presenti terreno fertile per infiltrazioni di fenomeni corruttivi⁴⁴⁷. Da un punto di vista meramente

⁴⁴⁶ G. FIDONE, *Relazione per il seminario “Prevenzione della corruzione nella riforma della P.A e nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, 9 novembre 2015, Sala del Mappamondo-Camera dei Deputati.

⁴⁴⁷ Cfr. E. PRIER, MCCUE P. CLIFFORD, *Op. cit.* “*Adoption of the internal procurement perspective identifies the value added by the main processes within the system and its associated sub-systems. Some of the value added activities may include electronic procurement processes that reportedly increase the transparency of procurement activities, reduce transaction costs, increase the diversity of the supplier base, provide public disclosure of bids and requests, enhance the opportunity for small and minority owned business integration, and foster supply-based initiatives. In addition, from the internal procurement perspective, process*

organizzativo, una corretta politica di “*Best Value*” comporta poi una continua ricerca di moduli procedurali sempre più efficienti ed innovativi, capaci di valorizzare ed incrementare gli *standard* etici richiesti all’interno del sistema⁴⁴⁸.

Il ricorso alla tecnica del “*Best Value*” nel contrasto alla corruzione comporta, inoltre, un intenso coinvolgimento di tutti gli *stakeholders*, nell’ottica di una loro responsabilizzazione. Questo approccio considera massimamente importante raccogliere e confrontare continuamente il maggior numero e la maggior varietà possibile di dati, tra cui anche quelli relativi alla percezione del fenomeno da parte dei diretti interessati. Il “*Best Value*” apre alla possibilità di implementare differenti programmi anticorruzione (*Anti-Corruption Programs*) per le diverse *Best Value Authorities*. Paradossalmente, si può notare come in questo modo venga promossa una sorta di concorrenza tra le diverse possibili strategie anticorruzione⁴⁴⁹.

controls, accountability, and responsibility centers increase the likelihood of minimizing the potential for fraud”

⁴⁴⁸ Cfr. E. PRIER, MCCUE P. CLIFFORD, *op. cit.* “Turning now to the organizational perspective, the capabilities of both process and behavior to continually innovate, change and improve are highlighted by adopting this approach to thinking about best value in public procurement. This may involve the development of alternative ordering systems (such as that found in e-procurement) or in different delivery systems in procurement that may emphasize more efficient logistical procedures or even encourage cooperative purchasing across regional and national boundaries. Moreover, this perspective is associated with the adoption of new rules and regulations which might strengthen the rule of law and promote strong ethics training”.

⁴⁴⁹ Cfr. E. PRIER, MCCUE P. CLIFFORD, *Op. cit.* “Given the widespread impact of corruption, best value in AC programs typically reflect elements of stakeholder theory whereby external stakeholders such as members of the public and internal stakeholders like government officials should be consulted to determine their perceptions and expectations of specific ACP proposals. These can be done through a series of discussion groups, but no matter how stakeholder’s views are obtained, principles of best value require extensive data collection to gauge costs and the adopted anti-corruption strategy’s performance. Moreover, AC programs should provide ways to identify deviations from global best practices and areas that are falling short of anti-corruption standards and/or regulatory requirements. This leads to the issue of authoritative independence”.

E' evidente come, affinché il sistema funzioni correttamente, sia necessario implementare gli strumenti di “*accountability*” dei pubblici ufficiali, investire sulla loro formazione e creare una cornice sociale ostile ai fenomeni corruttivi.

Con riguardo ai casi in cui, all'esito della misurazione, emerga uno scostamento tra il dato programmato ed il dato conseguito nel modello di “*Best Value*” dell'ordinamento britannico, l'intervento del governo centrale è previsto quale *extrema ratio*, mentre è considerata senz'altro privilegiata la possibilità di rivolgere alle amministrazioni i dovuti indirizzi, così da consentire alle stesse di prendere i dovuti provvedimenti, prima del commissariamento”. Nonostante in via prioritaria si intenda privilegiare la cd. “*local accountability*”, la previsione di uno spettro di poteri definibili “di avocazione”, in favore del governo centrale, trovava varie ragioni giustificative nell'ordinamento britannico. In primo luogo, la circostanza per cui alle spese sostenute a livello locale contribuisce significativamente la tassazione centrale, sebbene numerosi tentativi di riforma si siano mossi nella direzione del cd. federalismo fiscale. Pertanto, fino a che lo Stato centrale contribuisce in termini finanziari, sembra giusto che possa avere altresì il diritto di esercitare determinati poteri di ingerenza nella gestione dei lavori pubblici locali. Se nel Regno Unito moltissimi poteri sono attribuiti al “*Secretary of State*”, in Italia sarebbe probabilmente più problematico individuare un soggetto a cui dare il potere di intervenire (sostanzialmente con un “commissariamento”, ancorché con modalità diversificate) nel caso di fallimento di una pubblica amministrazione nell'ottemperare ai suoi obblighi di risultato. Si è ipotizzata la possibilità di accrescere le competenze e le prerogative dell'ANAC. Tuttavia, specialmente quando le funzioni aggiuntive che vengono attribuite sono particolarmente invasive, non è da sottovalutare il problema legato

alle menomazioni che potrebbero derivarne ai principi della democrazia rappresentativa. L'attribuzione ad organi non eletti del potere di dirigere organi eletti, o peggio di sostituirsi agli stessi avocando a sé le loro funzioni, richiederebbe necessariamente qualche riflessione supplementare⁴⁵⁰. Per raggiungere un maggiore equilibrio di sistema, occorrerebbe che il legislatore italiano in sede di riforma provvedesse, con la previsione di “pesi e contrappesi”, a bilanciare adeguatamente gli strumenti di autovalutazione delle amministrazioni con quelli di valutazione esterna, nonché a valorizzare il ruolo dei cittadini amministrati, proseguendo con decisione sulla strada di una effettiva realizzazione di quanto previsto dal legislatore del 2009.

Si è diffusamente parlato circa l'attenzione che il sistema britannico di “*Best Value*” riserva agli strumenti di partecipazione popolare, nonché circa la meritevolezza di tali strumenti, che rende auspicabile una loro più decisa implementazione anche nell'ordinamento italiano. Questa tematica si intreccia con un'altra questione che meriterebbe qualche riflessione supplementare da parte del legislatore. Da quanto finora esposto, emerge l'assenza – nell'ordinamento del Regno Unito - di un potere direttamente esercitabile dal cittadino, volto all'attivazione di una qualche procedura di verifica nei confronti di una pubblica amministrazione. Nel Regno Unito, in altre parole, manca uno strumento di controllo – sia “amministrativo” che “giurisdizionale” - attivabile direttamente dai

⁴⁵⁰ Lo stesso legislatore britannico, peraltro, mostra di non sentirsi estraneo alla tematica. Cfr. Department of the Environment, Transports and the Regions, “*Modernising local government: improving local services through best value*”, 1998: “(...) placing the ultimate power to intervene in the worst cases of failure with auditors, inspectorates or other independent body would give unelected bodies the power to direct elected bodies. It might also bring the independence and constructive relationship between such bodies and local government into question. Overturning the decisions of those with an elected mandate locally should therefore rest only with those with a higher elected mandate, ultimately Parliament itself. The Government will therefore seek specific powers to enable the Secretary of State to intervene in the absence of agreement”.

cittadini nei confronti del mancato perseguimento o della mancata realizzazione del “*Best Value*”. Per questa ragione si ritiene utile una combinazione tra il modello italiano e quello britannico.

Circa le tipologie di intervento che dovrebbero essere consentite, sembrano da condividersi i termini della riflessione che sul punto è già stata svolta nel Regno Unito: “Ogni eventuale intervento dovrebbe essere pensato in modo tale da essere idoneo a produrre i suoi effetti in breve tempo⁴⁵¹, in modo da limitare quanto più possibile la durata della compressione dell’autonomia della singola amministrazione “commissariata”. Il tipo di intervento dovrebbe essere calibrato sulla natura del “fallimento” dell’amministrazione; nel delinearlo occorrerebbe mantenere un discreto margine di flessibilità, in modo – per esempio - da poterlo graduare nel tempo e nell’intensità a seconda del tipo di criticità a cui si vuole porre rimedio.

8. Il ricorso per l’efficienza delle pubbliche amministrazioni

Una volta esaurita la trattazione del sistema del *Best Value*, sembra opportuno sottolineare che una valida alternativa all’implementazione del principio della ricerca dell’efficienza, seppur con divergenze, è stata prevista nel nostro ordinamento legislativo e si

⁴⁵¹ Per conseguire l’effetto sperato, l’ordinamento britannico talvolta conferisce al “*Secretary of State*” anche poteri sicuramente molto efficaci, ma di natura molto particolare, che forse nel nostro ordinamento presenterebbero qualche problema di legittimità. Si pensi alla *section 16* del *Local Government Act 1999*: “*If the Secretary of State thinks that an enactment prevents or obstructs compliance by best value authorities with the requirements of this Part he may by order make provision modifying or excluding the application of the enactment in relation to those authorities*”. Tuttavia, opportunamente, l’esercizio di tale potere è accompagnato dalle dovute cautele, finalizzate a garantire il rispetto dei principi democratici: “*No order shall be made under this section unless a draft has been laid before, and approved by resolution of, each House of Parliament*”. Inoltre, si prevede che prima di esercitare poteri di questo genere, vadano anche applicate tutte quelle cautele consistenti nel ricorso a strumenti di consultazione popolare.

tratta del ricorso per l'efficienza delle pubbliche amministrazioni, più volte citata nel corso di questa trattazione. Essa fu originariamente prevista nella legge delega 15/2009, per poi venire stralciata dal primo decreto attuativo della cd. "riforma Brunetta", il d.lgs. 150/2009 in materia di "ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni", e per ricomparire nel d.lgs. 198/2009 in materia di "ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici". Preme evidenziare che è stata inizialmente inserita per poi essere eliminata dal testo finale del Codice del processo amministrativo. "Ciò dimostra come l'azione per l'efficienza sia vista con diffidenza e considerata dallo stesso legislatore⁴⁵² come una specie di corpo estraneo al processo amministrativo, difficilmente compatibile con i principi e le regole dello stesso. Si tratta, infatti, di un'azione certamente innovativa, piena di insidie e di aspetti controversi"⁴⁵³. L'elemento di novità consiste nel fatto essa abbia ad oggetto non già l'atto, bensì l'attività amministrativa nel suo complesso, posto che "è in crescita la rilevanza giuridica dell'attività amministrativa come tale, la quale da nozione meramente ricognitiva evolve in nozione giuridica (ponendosi come fattispecie accanto all'atto e al provvedimento)"⁴⁵⁴. Sebbene la nozione di attività amministrativa possa ricomprendere contenuti di varia misura ed estensione, ai nostri fini sembra opportuno aderire ad un modo di definizione dell'attività amministrativa "direttamente collegato al risultato esterno dell'attività stessa, che appare particolarmente rilevante per lo studio dell'azione per l'efficienza

⁴⁵² In dottrina, invece, tra le voci critiche segnaliamo U. ZINGALES, *Una singolare forma di tutela del cittadino nei confronti della p.a.: la class action*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2010, 3.

⁴⁵³ G. FIDONE, *L'azione per l'efficienza nel processo amministrativo: dal giudizio sull'atto a quello sull'attività*, Giappichelli, Torino, 2012.

⁴⁵⁴ F. G. COCA, voce *Attività amministrativa*, in *Enc. Dir., Aggiornamento*, vol. VI, Milano, 2002, 85.

della pubblica amministrazione”⁴⁵⁵. Ci si riferisce all’attività “legata all’insieme dei procedimenti e dei provvedimenti riguardanti i medesimi risultati, ossia la complessa attività amministrativa necessaria per chiudere un’operazione, concludere un intervento, raggiungere un risultato concreto”⁴⁵⁶. Giova sottolineare che in questo sistema “premiale” l’attenzione si sposta sulla rilevanza esterna dell’azione amministrativa e sulla valutazione dei risultati conseguiti.

A bene vedere l’azione non è una novità assoluta nel panorama legislativo: già in precedenza si registravano istituti strumentali alla valutazione dell’operato delle pubbliche amministrazioni in termini di economicità ed efficacia, come ad esempio i controlli di gestione e la valutazione del personale, che andavano ad esaurirsi all’interno dell’amministrazione e non erano suscettibili di essere attivati da soggetti privati⁴⁵⁷. Si pensi poi alla giurisdizione della Corte dei Conti in materia di responsabilità erariale.

L’elemento innovativo dell’azione per l’efficienza risiede principalmente nel fatto che essa va ad assoggettare l’attività amministrativa ad una pretesa giudiziale *azionabile dai suoi destinatari*, quindi l’oggetto del risultato diviene oggetto di pretesa da parte dei destinatari dell’attività. Si parla, in proposito, di “*amministrazione di risultato*”. Come osservato da autorevole dottrina, per attribuire rilevanza al risultato, non si può che spostare il giudizio dall’*atto* all’*attività*, indipendentemente dalla legittimità o meno degli atti in cui essa si sia sostanziata⁴⁵⁸.

Questa nuova azione giudiziale è sintomatica di un mutamento in atto nella concezione del rapporto tra l’amministrazione e il

⁴⁵⁵ G. FIDONE, *L’azione per l’efficienza nel processo amministrativo: dal giudizio sull’atto a quello sull’attività*, Giappichelli, Torino, 2012.

⁴⁵⁶ F. G. COCA, voce *Attività amministrativa*, cit., 82.

⁴⁵⁷ F. G. COCA, voce *Attività amministrativa*, cit., 101.

⁴⁵⁸ G. FIDONE, *L’azione per l’efficienza nel processo amministrativo: dal giudizio sull’atto a quello sull’attività*, Giappichelli, Torino, 2012.

cittadino. E' possibile registrare, in proposito, "il mutamento dell'idea stessa di amministrazione pubblica, da funzione autoritativamente esercitata a servizio reso nell'interesse dei cittadini"⁴⁵⁹. Il ricorso per l'efficienza simboleggia il superamento della sovraordinazione del potere pubblico sui soggetti privati amministrati. Inoltre, se nel modello inglese di "Best Value" sembra delinearci una situazione di ragionevole equilibrio tra la PA e i cittadini, nel modello italiano, così come originariamente prospettato, la pubblica amministrazione sembra addirittura essere sottoposta al continuo scrutinio del cittadino. E' evidente come la realtà sia ben diversa, anche a causa dell'attuazione della delega da parte del legislatore delegato del 2009 e soprattutto per la caratterizzazione dell'insufficienza delle risorse come circostanza esimente; tuttavia è innegabile come il d.lgs. 198/2009 si ponga in una prospettiva di matrice distintamente liberale, in forte controtendenza rispetto al passato.

La portata innovativa dell'azione ridiede nel fatto che "essa presuppone una visione della funzione amministrativa non più come potere ma come servizio reso ai destinatari della stessa"⁴⁶⁰, sul presupposto della rilevanza economico-sociale dell'attività delle pubbliche amministrazioni. Talvolta, l'ordinamento tende persino a considerare "le attività burocratiche rese nell'interesse di chi le richiede"⁴⁶¹.

Già la più attenta dottrina non aveva mancato di osservare come "la visione del processo amministrativo come giudizio sull'atto anziché come giudizio sul rapporto rende comunque insufficiente

⁴⁵⁹ F. PATRONI GRIFFI, *Class action e ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici*, in www.federalismi.it, 2010.

⁴⁶⁰ G. FIDONE, *L'azione per l'efficienza nel processo amministrativo: dal giudizio sull'atto a quello sull'attività*, Giappichelli, Torino, 2012.

⁴⁶¹ D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, 2007, p. 137.

l'azione di annullamento"⁴⁶². Si iniziava infatti ad avvertire la necessità di elaborare nuove ed ulteriori forme di tutela. La dottrina, dopo essersi a lungo affaticata sul tema, giunse a conclusione che la tradizionale azione per l'annullamento degli atti amministrativi fosse inidonea ad una valutazione del risultato dell'azione amministrativa. "Un atto sicuramente valido, il cui contenuto dispositivo risulti perfettamente conforme al parametro normativo, può tuttavia produrre, com'è ben noto, risultati anche pessimi, dal punto di vista della cura degli interessi. Ciò non di meno l'atto resta valido e non può essere annullato"⁴⁶³. Soltanto laddove si riuscisse a recuperare il risultato "all'interno del paradigma legale" non potrebbe escludersi che "la considerazione del risultato medesimo costituisca un aspetto della valutazione della legittimità del provvedimento"⁴⁶⁴. Tuttavia, i casi in cui nel diritto vigente il risultato possa essere assorbito dentro un paradigma normativo appaiono estremamente limitati.

In considerazione della tutela "a metà", si rese necessaria l'introduzione di un nuovo mezzo di tutela per i casi di mancato conseguimento del risultato, evitando forzature che scaturissero dall'azione di annullamento. Laddove un individuo miri al raggiungimento di un certo risultato da parte della pubblica amministrazione, l'azione di annullamento non sembra strutturalmente idonea a fargli conseguire lo scopo, in quanto il ricorrente –in ultima analisi - non mira all'annullamento dell'atto, ma solo al raggiungimento del bene della vita a cui aspira. "Un'azione giudiziale volta al conseguimento di un risultato sembra naturalmente legata al

⁴⁶² M. CLARICH, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2010.

⁴⁶³ V. CERULLI IRELLI, *Invalità e risultato amministrativo*, in M. IMMORDINO, POLICE A. (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Atti del convegno, Palermo 27-28/2/2003, Torino, 2004.

⁴⁶⁴ M. D'ORSOGNA, *Teoria dell'invalità e risultato*, M. IMMORDINO – A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Atti del convegno, Palermo 27-28/2/2003, Torino, 2004.

concetto di attività amministrativa e non al concetto di atto”⁴⁶⁵. La dottrina suole ripetere infatti che “*in caso di pretesa sostanziale infondata l’annullamento non serve, così in caso di pretesa fondata l’annullamento non basta*”⁴⁶⁶.

In questo clima nasceva la “legge Brunetta”, cioè la l. 4 marzo 2009, n. 15 “*delega al governo finalizzata all’ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e alla efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni, nonché disposizioni integrative delle funzioni attribuite al Consiglio Nazionale dell’economia e del lavoro e alla Corte dei conti*” che andava a predisporre l’azione per l’efficienza della pubblica amministrazione.

La dottrina⁴⁶⁷, peraltro, non ha mancato di notare come la previsione di tale azione appaia conforme al diritto ad una buona amministrazione, sancito ormai espressamente dall’art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea.

L’intenzione del legislatore era quella di portare avanti una riforma della pubblica amministrazione che valorizzasse il merito e incentivasse la produttività degli uffici e dei dipendenti, introducendo obiettivi di rendimento annuale per ciascuna pubblica amministrazione. La delega si proponeva di modificare i sistemi di valutazione degli uffici e dei dipendenti pubblici, di assicurare all’utenza elevati *standard* prestazionali e di valorizzare i risultati ottenuti dalle singole strutture.

Così come è avvenuto nel Regno Unito, anche il legislatore italiano ha preso coscienza circa la necessità di un’individuazione – *a priori* - del dato programmato, per poi misurare – *a posteriori* - la *performance* ottenuta, verificando la corrispondenza tra il dato

⁴⁶⁵ G. FIDONE, *L’azione per l’efficienza nel processo amministrativo: dal giudizio sull’atto a quello sull’attività*, Giappichelli, Torino, 2012.

⁴⁶⁶ F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Dike, 2016, p. 678.

⁴⁶⁷ G. FIDONE, *id.*

conseguito e quello programmato. Viene ad acquisire forte centralità il “risultato” dell’attività amministrativa. Esso può essere definito, secondo un’autorevole ricostruzione dottrinale, come “la modificazione della realtà esterna che la medesima attività produce e che va oltre gli effetti giuridici della stessa, operando sul piano della realtà materiale che si modifica in seguito al prodursi dell’effetto giuridico”⁴⁶⁸.

Il risultato assume la sua caratterizzazione più importante proprio con riferimento all’attività amministrativa, nonostante possa riferirsi anche all’atto. La sua rilevanza si misura con riferimento alla sua misurazione. Anche il legislatore italiano, come quello britannico, ha peraltro deciso di affidare il compito di misurazione della *performance* sia a soggetti interni alla pubblica amministrazione la cui attività è oggetto della misurazione (precisamente gli OIV, organismi indipendenti di valutazione, nonché l’organo di indirizzo politico - amministrativo e i dirigenti di ciascuna amministrazione), sia ad un soggetto esterno come l’allora esistente CiVIT (Commissione per la valutazione, la trasparenza e l’integrità delle amministrazioni pubbliche).

Questi obiettivi sono stati poi concretamente perseguiti mediante due distinti decreti attuativi: il d.lgs. 150/2009 relativo al versante sostanziale, e il d.lgs. 198/2009 relativo al versante processuale.

L’art. 4 della delega andava a prevedere nuove misure organizzative, quali l’individuazione di sistemi di valutazione delle amministrazioni pubbliche volti a rilevare la corrispondenza dei servizi e dei prodotti resi a *standard* di qualità oggettivi e predeterminati; l’obbligo per le amministrazioni di definire i propri obiettivi per ciascun anno in via preventiva; l’obbligo di verificare, in

⁴⁶⁸ G. FIDONE, *id.*

via consuntiva, la corrispondenza tra il dato programmato e il dato conseguito; la predisposizione di un sistema di indicatori di produttività e di misuratori del rendimento del personale, correlato con quello della struttura; la previsione di strumenti di partecipazione popolare con l'incremento quantitativo e qualitativo delle misure di pubblicità e trasparenza, con l'obbligo per le amministrazioni di rendicontare i risultati conseguiti ad una pluralità di soggetti, tra cui i destinatari dei servizi; la promozione della confrontabilità tra prestazioni omogenee di diverse amministrazioni; il ricorso a strumenti di valorizzazione del merito e a metodi di incentivazione della produttività dei dipendenti pubblici, sulla base dei principi di selettività e concorsualità nelle progressioni di carriera e nel riconoscimento degli incentivi.

Facendo riferimento alla teoria dell'agenzia del rapporto tra amministrazione ed amministrati⁴⁶⁹, il legislatore del 2009 si rese conto che "in un sistema in cui non sia osservabile l'azione dell'*agent* ma, al contrario siano riscontrabili i risultati della sua azione, per il committente sarà opportuno, in primo luogo, studiare un sistema di incentivi, subordinando la remunerazione o il conseguimento di premi per l'agente all'effettivo conseguimento del risultato, o di penali in caso di mancato o ritardato adempimento"⁴⁷⁰, oltre che operare sull'accrescimento del grado di informazione del committente mediante la promozione della trasparenza amministrativa.

E' in questo contesto che si è andata a collocare l'azione per l'efficienza delle pubbliche amministrazioni. L'effetto diretto che si mirava a conseguire era quello di un sensibile aumento della produttività dei dipendenti pubblici, con conseguente aumento dell'efficienza dell'azione amministrativa in generale, in quanto la

⁴⁶⁹ In tal senso, cfr. G. FIDONE, *id.*

⁴⁷⁰ G. FIDONE, *id.*

produttività del dipendente si riflette poi su quella della struttura di appartenenza. Conseguendo tale obiettivo si andrebbe ad agire – seppur indirettamente - per il contrasto alla corruzione, ottenendo l’effetto di ridurre gli spazi astrattamente idonei all’annidarsi di fenomeni corruttivi.

La legge Brunetta, in particolare, prevedeva che il controllo dei risultati conseguiti dall’amministrazione pubblica fosse affidato agli stessi utenti, introducendo nell’ordinamento appositi mezzi di tutela giurisdizionale esperibili contro le amministrazioni che non avessero rispettato gli obiettivi qualitativi ed economici fissati.

L’azione per l’efficienza aveva proprio la funzione di conferire all’utente la possibilità di pretendere il conseguimento di tali obiettivi, fatte salve le competenze degli organismi di regolazione e controllo già preposti ai relativi settori.

Secondo la delega l’azione avrebbe dovuto presentare le seguenti caratteristiche: la devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo; la proponibilità conferita anche ad associazioni e comitati; la previsione, quale condizione di ammissibilità, che il ricorso fosse preceduto da una diffida all’amministrazione o al concessionario ad assumere le iniziative necessarie alla soddisfazione degli interessati; la previsione che all’esito del giudizio il giudice ordinasse all’amministrazione o al concessionario di porre rimedio alle violazioni riscontrate e, in caso di perdurante inadempimento, disponesse la nomina di un commissario *ad acta*.

L’azione per l’efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici è stata introdotta nell’ordinamento giuridico italiano con il d.lgs. 198/2009 ed è stata definita quale *class action* contro la pubblica amministrazione, in quanto la legittimazione ad agire è condizionata alla titolarità, in capo al ricorrente, di un

interesse omogeneo a quello di altri membri di uno stesso gruppo.

Senonché, la disciplina del decreto delegato si presenta maggiormente restrittiva rispetto a quella prevista nella delega, probabilmente perché erano avvertite le preoccupazioni che si facesse uso strumentale ed eccessivo dell'istituto⁴⁷¹.

Il giudizio che si instaura a seguito della proposizione del ricorso sarà regolato dalla disciplina generale del processo amministrativo, così come delineata nel d.lgs. 104/2010, in quanto compatibile e laddove non espressamente derogata.

Si torna a rimarcare che la finalità dell'azione è unicamente quella di ripristinare il corretto svolgimento della funzione o la corretta erogazione di un servizio e, soprattutto, il ricorso non consente al ricorrente di ottenere alcun risarcimento per i danni eventualmente sofferti, restando a tal proposito fermi i rimedi ordinari in tema di risarcimento del danno.

L'azione deve essere proposta nei confronti dei soggetti competenti a esercitare le funzioni a cui si riferiscono le disfunzioni oggetto del ricorso. All'esito del giudizio, ove il giudice accerti la violazione, l'omissione o l'inadempimento del soggetto resistente, accoglie la domanda con sentenza e ordina di porre rimedio entro un congruo termine alla criticità riscontrata. Nei casi di perdurante inottemperanza dell'amministrazione intimata si applicano le norme generali sul giudizio di ottemperanza, così come confluite nel Codice del processo amministrativo.

L'art. 1, comma 1, del d.lgs. n. 198/2009, elenca le quattro ipotesi tassative in cui risulta esperibile l'azione per l'efficienza: la violazione di termini; la mancata emanazione di atti amministrativi

⁴⁷¹ Cfr. Cons. di Stato, sez. consultiva per gli atti normativi, adunanza 9 giugno 2009, n. 1943, secondo il cui parere tali modifiche sarebbero dipese anche da “una certa genericità dei criteri di delega”.

generali obbligatori e non aventi contenuto normativo, da emanarsi obbligatoriamente entro e non oltre un termine di legge o di regolamento; la violazione degli obblighi contenuti nelle Carte dei servizi; la violazione degli *standard* qualitativi ed economici.

Dunque, “il ricorso per l’efficienza non è strutturato come un giudizio di tipo impugnatorio, finalizzato ad ottenere l’annullamento di provvedimenti lesivi, bensì come un’azione volta a ripristinare l’efficienza dell’amministrazione o del concessionario”⁴⁷².

Giova segnalare che la giurisprudenza e la dottrina hanno chiarito in via interpretativa diversi punti oscuri della normativa, “anche se talune soluzioni sono ancora controverse e non pochi nodi rimangono da sciogliere”⁴⁷³. Il principale problema, oltre a quello dell’effettività della tutela offerta da quella che viene da molti definita come “la *class action* amministrativa”, è quello relativo alla misura della sua effettiva operatività.

Ai sensi dell’art. 7 del d.lgs. n. 198/2009, l’operatività dell’azione per l’efficienza della pubblica amministrazione risulta subordinata all’emanazione di futuri decreti del Presidente del Consiglio, che dovrebbero dare il via alla concreta applicazione dell’azione all’esito di una complessa attività, sussumibile nei due momenti fondamentali della preventiva definizione degli obblighi contenuti nelle Carte di servizi e degli *standard* qualitativi ed economici, e della valutazione dell’impatto finanziario e amministrativo dei suddetti obblighi e *standard* nei rispettivi settori. Sennonché l’emanazione dei dd.p.c.m non è ancora avvenuta. Nel mentre, la direttiva 25 febbraio 2010, n. 4, del Dipartimento della Funzione pubblica ha precisato che il ricorso per l’efficienza risulta immediatamente esperibile nelle prime due

⁴⁷² L. FELLETTI, *I primi cinque anni della class action amministrativa*, in *Responsabilità civile e previdenza*, fasc. 1, 2015, pag. 53ss.

⁴⁷³ L. FELLETTI, *id.*

ipotesi previste dall'art. 1, comma 1, del d.lgs. n. 198, trovando l'avallo della giurisprudenza⁴⁷⁴, la quale ha confermato l'operatività dell'azione in relazione ai due presupposti suddetti, in cui il legislatore ha già delineato il comportamento esigibile dall'amministrazione, individuando "fattispecie completamente definite in ogni loro aspetto, ivi compresa l'esatta perimetrazione del comportamento lesivo"⁴⁷⁵.

Assai più complessa è la questione relativa alla terza e alla quarta ipotesi di cui all'art. 1, comma 1, del d.lgs. n. 198, ossia la violazione delle Carte dei servizi e degli *standard* prestazionali. La citata direttiva 25 febbraio 2010, n. 4, della Funzione pubblica e la delibera Civit 13 gennaio 2010, n. 1, recante "individuazione in via provvisoria degli *standard* di qualità dei servizi pubblici", prevedono che, nelle more dell'emanazione dei dd.p.c.m., possano essere assunti a parametri di riferimento le Carte dei servizi e gli *standard* qualitativi ed economici già esistenti. "I ricordati provvedimenti hanno però valenza indicativa e non cogente, tant'è che la giurisprudenza risulta divisa circa l'immediata applicabilità del ricorso per l'efficienza nelle ultime due fattispecie indicate"⁴⁷⁶. Così come le Carte dei servizi - emanate dai soggetti erogatori di servizi pubblici di intesa con le associazioni di categoria, e finalizzate a indicare gli obiettivi del servizio - sono atti di autoregolamentazione, anche gli *standard* qualitativi ed economici sono fissati dalle stesse amministrazioni, in conformità alle disposizioni in materia di *performance* di cui al d.lgs.

⁴⁷⁴ In tal senso, *ex multis*, TAR Campania, Napoli, Sez. I, 27 novembre 2013, n. 5412; TAR Lazio, Roma, Sez. I, 1° ottobre 2012, n. 8231; TAR Sicilia, Palermo, Sez. I, 4 aprile 2012, n. 707; TAR Sicilia, Palermo, Sez. I, 14 marzo 2012, n. 559; TAR Basilicata, Sez. I, 23 settembre 2011, n. 478; TAR Lazio, Roma, Sez. III-bis, 20 gennaio 2011, n. 552.

⁴⁷⁵ Cfr. L. FELLETI, *I primi cinque anni della class action amministrativa*, in *Responsabilità civile e previdenza*, fasc. 1, 2015, pag. 53ss.

⁴⁷⁶ Cfr. L. FELLETI, *Op. cit.*

n. 150/2009 e coerentemente con le linee guida definite dalla Civit⁴⁷⁷; gli *standard* dei concessionari di servizi pubblici, invece, sono stabiliti dalle autorità di settore preposte alla regolazione e al controllo. Attualmente le competenze in materia di misurazione e valutazione della *performance* già spettanti alla Civit, oggi ridenominata Autorità Nazionale Anti Corruzione, sono devolute al Dipartimento della Funzione pubblica, in forza dell'art. 19, comma 9, del d.l. n. 90/2014, conv. in legge n. 114/2014.

Come già anticipato, in giurisprudenza è controverso se, nelle ultime due ipotesi in esame, l'azione per l'efficienza possa già considerarsi operativa e pertanto esperibile, pur in mancanza della preventiva emanazione dei decreti attuativi di cui all'art. 7 del d.lgs. n. 198/2009, con riferimento a Carte dei servizi già adottate e a *standard* di *performance* già definiti.

Secondo un primo orientamento, facente leva sia sul tenore letterale dell'art. 7 cit., sia sulla *ratio* normativa di rendere omogenei gli obblighi nei vari settori pubblici e consentire la previa valutazione del relativo impatto finanziario ed amministrativo, la risposta sarebbe negativa: in tal senso TAR Emilia-Romagna, Parma, 11 febbraio 2014, n. 37; TAR Lazio, Roma, Sez. III-*bis*, 20 gennaio 2011, n. 552; TAR Piemonte, Sez. II, 29 ottobre 2010, n. 3936; nonché, in *obiter dictum*, TAR Campania, Napoli, Sez. I, 27 novembre 2013, n. 5412; e TAR Lazio, Roma, Sez. I, 1° ottobre 2012, n. 8231.

Un secondo indirizzo giurisprudenziale ha però recepito le sollecitazioni della dottrina, ritenendo esperibile l'azione per l'efficienza pur in mancanza dei dd.p.c.m. attuativi, nelle ipotesi di

⁴⁷⁷ Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche, istituita dall'art. 13 del d.lgs. n. 150/2009, ed in seguito trasformata nell'odierna Autorità Nazionale Anti Corruzione, la quale dal 2014 ha ereditato anche le funzioni della soppressa Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici di lavori, servizi e forniture.

mancato rispetto di Carte dei servizi già in vigore e di *standard* già stabiliti. In tal senso, *ex multis*, ricordiamo: TAR Lazio, Roma, Sez. III-ter, 17 febbraio 2014, n. 1872, concernente la denunciata violazione da parte di Trenitalia s.p.a., concessionaria del servizio pubblico di trasporto ferroviario, di obblighi e *standard* qualitativi già individuati con decreto del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti; TAR Lazio, Roma, Sez. III-ter, 16 settembre 2013, n. 8288, riguardante l'obbligo della Rai, ai sensi dell'art. 45 del d.lgs. 177/2005, di garantire la diffusione di tutte le trasmissioni televisive e radiofoniche di pubblico servizio con copertura integrale del territorio nazionale; TAR Toscana, Sez. I, 30 maggio 2012, n. 1045, relativa all'inosservanza degli *standard* qualitativi definiti *ex lege* nell'erogazione del servizio scolastico.

Tale posizione fa leva sulla circostanza per cui la previsione dei decreti attuativi sembrerebbe essere stata introdotta dal legislatore delegato in contrasto con la legge delega (che consentiva l'esercizio immediato dell'azione), ma anche su quella per cui, in relazione ad obblighi e *standard* già espressamente stabiliti, apparirebbe irragionevole –secondo tale punto di vista - non riconoscere la tutela agli utenti lesi dall'inefficienza dell'amministrazione o del concessionario.

Alla luce di quanto sinora illustrato, sembra potersi affermare come nei suoi primi anni di vita l'azione per l'efficienza delle amministrazioni non abbia ancora conseguito l'obiettivo – assai ambizioso - di sradicare le inefficienze del nostro apparato amministrativo a causa del persistere di una serie di ostacoli.

In primo luogo, la circostanza per cui il ricorso per l'efficienza non ammette istanze risarcitorie depotenzia sensibilmente tale innovativo rimedio, che presenta – in verità - una scarsissima forza

attraattiva nei confronti dei singoli amministrati⁴⁷⁸. Nonostante questa scelta del legislatore sia perfettamente coerente con la logica dell'azione, volta al recupero dell'efficienza amministrativa attraverso un controllo azionabile dagli stessi amministrati, un'analisi realista non può prescindere dalla considerazione per cui, nei fatti, difficilmente un singolo individuo può percepire di avere un serio interesse alla proposizione di tale azione, almeno fino a quando i cittadini continueranno a considerare la pubblica amministrazione come qualcosa di profondamente distante da loro.

Strettamente correlata alla criticità di cui sopra è quella relativa alla previsione della carenza di risorse quale circostanza esimente; in questo modo si è andati a ridurre sensibilmente l'efficacia dell'istituto, in quanto una pubblica amministrazione risultata soccombente potrebbe facilmente sfuggire alla condanna adducendo la scarsità dei mezzi a sua disposizione. Del resto, anche questa scelta del legislatore appare non solo perfettamente coerente con il *trend* generale in cui si è andata a inserire la riforma, bensì anche – in astratto - assai condivisibile, resta però il rischio che molte amministrazioni possano avvalersi di questo strumento in maniera pretestuosa.

A ciò si aggiunga il limite dell'invarianza finanziaria; si è rilevato in dottrina “come siano davvero rari i casi in cui si possa conseguire l'efficienza a costo zero, con una mera riorganizzazione delle risorse già assegnate in via ordinaria”⁴⁷⁹. Ad esempio, anche nell'ottica della digitalizzazione della PA è indispensabile l'acquisto di beni strumentali, così come appare imprescindibile un investimento in termini di formazione ed aggiornamento dei funzionari. Del resto, difficilmente possono esistere diritti senza costi per lo Stato; questo

⁴⁷⁸ Anche la prassi evidenzia chiaramente come nella maggior parte dei casi i ricorsi per l'efficienza siano promossi da associazioni.

⁴⁷⁹ Cfr. L. FELLETTI, *I primi cinque anni della class action amministrativa*, in *Responsabilità civile e previdenza*, fasc. 1, 2015, pag. 53ss.

non è che uno dei molti casi di diritti che nella prassi finiscono per essere finanziariamente condizionati, pur con la dovuta precisazione per cui la regola dell'equilibrio economico-finanziario non può svuotare il cd. “nucleo essenziale” dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione.

Ulteriore limite all'efficacia dell'azione per l'efficienza è il ristretto ambito delle violazioni deducibili. Infatti, il d.lgs. 198/2009 ha escluso la censurabilità di atti aventi contenuto normativo (così come della loro mancata emanazione). Il ricorso per l'efficienza non è nemmeno esperibile nei casi di omesso esercizio dei poteri di vigilanza, di controllo e di sanzione. In tali casi, tuttavia, è bene precisare che il cittadino non resta comunque privo di ogni tutela, essendo possibile agire per il risarcimento del danno sofferto.

Ancora, “una interpretazione rigorosamente letterale potrebbe indurre a ritenere non denunziabile il mancato rispetto di obblighi imposti dalla legge alle amministrazioni o ai concessionari, allorquando detti obblighi non siano previsti dalle Carte di servizi e non integrino specifici *standard* comportamentali”⁴⁸⁰.

In conclusione, si deve tuttavia rilevare che – specialmente grazie agli interventi della giurisprudenza - alcuni risultati sono stati raggiunti.

Il giudice amministrativo si è dimostrato propenso ad una lettura estensiva della fattispecie relativa alla mancata emanazione di atti amministrativi generali, ad esempio riconducendo a tale ipotesi anche le condotte poste in essere in violazione di obblighi imposti per legge a carico della P.A (purché non ricadenti negli altri casi di cui all'art. 1, comma 1, del d.lgs. n. 198).

Inoltre, parte della giurisprudenza, come si è visto, ha accolto

⁴⁸⁰ L. FELLETI, *id.*

l'invito avanzato da più parti in dottrina ad ammettere l'operatività dell'azione, nonostante la mancanza dei dd.p.c.m. attuativi, in relazione a Carte dei servizi già in vigore ed a *standard* già stabiliti, anche *ex lege*. Quest'ultima circostanza ha potuto dar luogo ad importanti effetti poiché ormai una parte molto consistente delle pubbliche amministrazioni si è dotata di Carte dei servizi, ed ha provveduto a fissare – almeno in parte - gli *standard* prestazionali.

Il giudice amministrativo tende poi ad escludere l'applicazione del limite delle risorse nei casi di inerzie e ritardi relativi a comportamenti che il legislatore ha qualificato come esigibili in quanto obbligatori.

Per tutte queste ragioni sembra potersi affermare che, grazie all'interpretazione adeguatrice ed evolutiva della giurisprudenza, l'azione per l'efficienza delle amministrazioni ha effettivamente conquistato “spazi di operatività ben più ampi degli angusti confini entro i quali pareva relegata”⁴⁸¹. Parallelamente, tuttavia, sembra doversi ritenere che sussistano i margini per fare ulteriori progressi in questa direzione, per avanzare in maniera ancora più decisa ed efficace nella realizzazione di un sistema che sappia mettere da parte le inefficienze strutturali, anche al fine di disinnescare sin dal principio ogni velleità di fenomeni corruttivi.

Come si è rilevato in dottrina, “l'ambito applicativo della clausola di salvaguardia pare potersi ridurre notevolmente anche nelle ipotesi di violazione degli obblighi contenuti nelle Carte dei servizi e degli *standard* qualitativi ed economici, dal momento che tali obblighi e *standard* vengono normalmente stabiliti, con veri e propri atti di autolimitazione, dagli stessi soggetti passivi dell'azione, tenendo conto della rispettiva sostenibilità organizzativa e finanziaria”⁴⁸². Nel

⁴⁸¹ L. FELLETTI, *id.*

⁴⁸² L. FELLETTI, *id.*

momento in cui sia stata la stessa pubblica amministrazione a scegliere discrezionalmente di vincolare se stessa al conseguimento di determinati risultati, apparirà obiettivamente difficile invocare l'insufficienza delle risorse a disposizione. Sarebbe opportuno chiarire, in riferimento a tali circostanze, come l'amministrazione dovrebbe essere chiamata a provare la sopravvenienza di contingenze straordinarie ed inevitabili.

L'azione per l'efficienza si è rivelata uno strumento innovativo e originale, in quanto offre protezione ad un interesse che non era azionabile con i tradizionali mezzi di tutela, ossia quello ad una amministrazione efficiente. Come rilevato in dottrina, "la sfida per la *class action*, adesso, è conquistare nuovi territori. Il percorso è certamente irto di ostacoli, ma a piccoli passi sarà possibile conseguire nuovi risultati.

La sfida per il legislatore stesso, invece, profittando dell'occasione di riformare completamente il sistema, fornita dal recepimento dell'ultimo pacchetto di direttive europee in tema di contrattualistica pubblica, dovrebbe essere quella di compiere un ulteriore salto di qualità in tema di perseguimento dell'efficienza e di lotta alla corruzione. Nel fare ciò, come vedremo, il modello britannico può costituire un esempio positivo.

Il legislatore del 2009, introducendo l'azione per l'efficienza dell'amministrazione, aveva tracciato quella che sembrerebbe la giusta via da seguire, senza però completare l'opera di innovazione. Sembrerebbe auspicabile che il legislatore del 2016 resolvesse i profili di criticità che in relazione al ricorso per l'efficienza ancora permangono ed emanasse quei dd.p.c.m che ancora mancano all'appello per una piena operatività dell'istituto.

Se l'azione per l'efficienza, modello tipicamente italiano, rappresenta un rimedio azionabile dai cittadini, il Regno Unito, con il

suo sistema cd. di “*Best Value*”, ci pone dinanzi un modello che sostanzialmente si esaurisce – nonostante l’ampiezza degli strumenti di consultazione delle comunità locali - entro la sfera dei pubblici poteri, almeno per ciò che riguarda le concrete facoltà di intervento quale rimedio alle criticità riscontrate, delle quali sembrano privi i semplici cittadini.

Da una parte, si ritiene quindi valutabile in termini positivi un completamento della riforma coraggiosamente iniziata nel 2009, dall’altra parte, sembrerebbe auspicabile, in parallelo, l’implementazione di un sistema come quello britannico, al fine di accrescere ulteriormente lo spettro delle tutele di cui –direttamente o indirettamente - il cittadino possa andare a beneficiare, al cospetto delle inefficienze della pubblica amministrazione.

9. La misurazione della performance nel D.lgs. 198/2009 e nel sistema del Best Value: la necessità della responsabilizzazione della P.A.

Si è ampiamente argomentato che con l’introduzione dell’azione per l’efficienza delle pubbliche amministrazioni il nostro legislatore ha correttamente imboccato la strada di una maggiore responsabilizzazione della PA in termini non soltanto di legalità formale ma anche di precisi e vincolanti obiettivi di risultato, nell’ottica di un’attività amministrativa vista non più come una funzione da esercitare autoritativamente ma come un servizio reso alla collettività; si è anche rilevato che il modello disegnato in Italia con il d.lgs. 198/2009 presenta però sensibili differenze rispetto a quello britannico di “*Best Value*. Il primo appronta un sistema di controllo giurisdizionale azionabile direttamente dai cittadini, mentre il secondo

prevede un sistema di controlli amministrativi che porta alla comminazione di sanzioni – sotto forma di interventi di variabile entità - da parte dei livelli di governo superiori. Si potrebbe prospettare la sperimentazione, nel nostro ordinamento, di una combinazione tra questi due modelli. Più nello specifico, sembra opportuno un effettivo completamento della riforma avviata con il d.lgs. 198/2009 con conseguente sistemazione dei profili maggiormente critici; per garantire maggiore efficienza e quindi ridurre gli spazi di manifestazione dei fenomeni corruttivi, però, forse la sola azione per l'efficienza delle pubbliche amministrazioni non è sufficiente se non è accompagnata – in parallelo - da una riproposizione dei principi cardine del modello britannico di “*Best Value*”.

Tale modello, così come delineato dal documento “*Modernising local government: improving local services through best value*”⁴⁸³, come illustrato nel corso della trattazione, si fonda su quattro elementi costitutivi: il dovere delle pubbliche amministrazioni di erogare i servizi pubblici in modo tale da garantirne la continuità e l'economicità; la tutela della concorrenza non quale fine ma quale mezzo per migliorare la qualità dei servizi, perseguita anche attraverso strumenti di consultazione delle comunità locali; un puntuale sistema di monitoraggio e misurazione delle *performances*; la previsione di interventi sanzionatori o premiali nei confronti delle amministrazioni locali da parte del governo centrale, rispettivamente in caso di mancato o avvenuto conseguimento degli obiettivi programmati.

Con riguardo agli strumenti sanzionatori della disciplina britannica ricordiamo che nella contrattualistica pubblica il contrasto alla corruzione è incentrato sull'istituto della “*disqualification*”. Si

⁴⁸³ Department of the Environment, Transport and the Regions, 1998.

tratta di un termine che spesso viene utilizzato in maniera intercambiabile con altri termini quali “*debarment*”, “*exclusion*”, “*suspension*”, “*rejection*”, “*blacklisting*”.

In relazione ai fornitori, si registrano previsioni legislative vincolanti relative all’iscrizione nelle cosiddette “*black-lists*” ed all’esclusione dalla possibilità di contrarre con soggetti pubblici, nonché, al contrario, si possono registrare le cosiddette “*white-lists*” per quei soggetti che dimostrino il possesso dei requisiti etici richiesti

In dottrina, a onor del vero, è stato evidenziato un limite di questo sistema. E’ stato rilevato che in quest’ottica di predeterminazione vincolante degli obiettivi di risultato delle pubbliche amministrazioni, deve ritenersi possibile che il legislatore stabilisca “di inglobare il risultato nella previsione normativa, rendendolo un elemento costitutivo della fattispecie giuridica, con la sua conseguente inclusione nella valutazione di legittimità e con il successivo sindacato giurisdizionale sulla sua realizzazione”⁴⁸⁴. Questo ragionamento è riferibile sia ai servizi che ai lavori pubblici. Infatti, “mentre la corruzione è un fenomeno nascosto e difficilmente misurabile, l’inefficienza può essere individuata nei dati disponibili, negli indicatori di *performance*, nel confronto tra i costi sostenuti e dei tempi impiegati dalle diverse amministrazioni in relazione ad attività simili”⁴⁸⁵. Ciò comporta che l’attività amministrativa debba essere espletata nel rispetto di un parametro di legittimità non più formale ma *sostanziale*, dato da un quadro normativo che ad essa deve essere logicamente e cronologicamente precedente. Non sono mancate critiche a tale ricostruzione avanzata da parte della dottrina e fondate sull’assunto che in questo modo la discrezionalità amministrativa

⁴⁸⁴ G. FIDONE, *Relazione per il seminario “Prevenzione della corruzione nella riforma della P.A e nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, 9 novembre 2015, Sala del Mappamondo-Camera dei Deputati.

⁴⁸⁵ G. FIDONE, *id.*

verrebbe eccessivamente compressa dalla predeterminazione normativa dell'attività amministrativa, da parte del legislatore. Tuttavia, come ci insegna l'esempio del d.lgs. 198/2009, "qualora la predeterminazione del risultato concreto da conseguire spetti alla stessa amministrazione che poi dovrà esercitare l'attività, non vi sarà una riduzione della discrezionalità amministrativa ma solo un esercizio anticipato e graduato della stessa"⁴⁸⁶.

Le competenze in materia di misurazione e valutazione della *performance* già spettanti alla CiVIT (oggi ANAC), sono devolute al Dipartimento della funzione pubblica, ai sensi dell'art. 19, comma 9, del d.l. n. 90/2014, conv. in legge n. 114/2014.

Ciò posto, si ritiene che il sistema del *Best Value*, almeno nelle sue linee essenziali, possa essere implementato anche dal legislatore italiano. Occorrerebbe prima individuare per le varie amministrazioni precisi obblighi di risultato in termini di efficienza, sia a breve che a lungo termine, e poi operare una continua e costante azione di monitoraggio –mediante quelle che nel Regno Unito sono chiamate "*Best Value Reviews*"- al fine di presiedere al controllo circa i risultati effettivamente conseguiti, avendo riguardo per eventuali miglioramenti il cui verificarsi, come si è detto, rappresenterebbe una delle finalità precipue della creazione di un sistema calibrato sul modello britannico. Una volta che si sia individuato il cd. "dato programmato", occorre garantire l'effettività e l'efficacia delle verifiche volte a valutare la conformità con lo stesso del cd. "dato conseguito".

Nell'ordinamento britannico, inoltre, si prevede che ciascuna "*Best Value Authority*" debba redigere per ciascun anno finanziario un

⁴⁸⁶ G. FIDONE., *id.*

“*Best Value Performance Plan*”⁴⁸⁷, conformemente alle indicazioni contenute negli “*orders*” del “*Secretary of State*”. Tali piani vanno a rappresentare una sorta di bilancio delle funzioni svolte nell’anno precedente, delle quali si stende una valutazione basata sui parametri e sugli *standard* di riferimento indicati dal “*Secretary of State*”; ogni amministrazione pone a confronto i suoi risultati con quelli conseguiti da altre amministrazioni, evidenziando i suoi eventuali progressi nonché, eventualmente, le criticità che dovessero permanere⁴⁸⁸. Anche nel modello italiano disegnato dalla cd. “*riforma Brunetta*” si intende promuovere la confrontabilità delle *performances* delle varie amministrazioni.

E’ evidente come, nell’ordinamento britannico, sia vasta la gamma degli strumenti di *accountability* previsti per le varie amministrazioni. Si può altresì notare il tentativo di combinare strumenti di controllo “esterno” (come le “*Best Value Reviews*”) con strumenti definibili “autovalutativi”. Se da un lato la previsione di un puntuale monitoraggio da parte di soggetti terzi è posto a presidio della certezza del diritto e della serietà nell’attuazione dei principi di “*Best Value*”, d’altro canto è promossa e stimolata la responsabilizzazione delle pubbliche amministrazioni, il cui operare con coscienza costituisce uno dei presupposti fondamentali del buon funzionamento del sistema.

A livello di responsabilizzazione, nel Regno Unito viene incoraggiata anche quella individuale dei pubblici dipendenti, oltre che quella delle amministrazioni in quanto tali. Peraltro, in molti casi

⁴⁸⁷ Cfr. Department of the Environment, Transports and the Regions, “*Modernising local government: improving local services through best value*”, 1998: “*Local Performance Plans will be the principle means by which local authorities will be held accountable. They will reflect the authority’s corporate objectives, including that of sustainable development. The Plans are not seen as being excessively detailed and will be supplemented by Service Performance Plans*”.

⁴⁸⁸ Cfr. Local Government Act 1999, section 6.

si demanda alle singole amministrazioni l'individuazione degli strumenti mediante i quali realizzare questa responsabilizzazione. Anche qui sono rilevabili analogie con le finalità del legislatore italiano del 2009. La cd. "riforma Brunetta", come si è già visto, puntava a responsabilizzare i pubblici dipendenti incentivandone la produttività, mediante il ricorso a strumenti di valorizzazione del merito, sulla base dei principi di selettività e concorsualità nelle progressioni di carriera.

In ultimo, si otterrebbe anche una responsabilizzazione anche della comunità locale, valorizzando il suo contributo in varie fasi dell'attività amministrativa, con molteplici strumenti di partecipazione e coinvolgimento, sulla scia del modello dell'*evidence-based law*.

10. La possibilità di una commistione del sistema anglosassone con quello italiano in un'ottica di efficienza della P.A.

Una volta esaminato il tema della piaga della corruzione e analizzata la distinzione con l'inefficienza, si è proceduto all'esposizione di due possibili soluzioni: il modello britannico del *Best Value* e quello del legislatore italiano, concernente l'azione per l'efficienza delle pubbliche amministrazioni. Tali modelli andrebbero *in primis* a produrre maggiore efficienza, instaurando, quindi, un circolo virtuoso, che reca indirettamente misure anticorruzione, se non altro perché la corruzione non sarebbe più utile in un sistema caratterizzato dall'allocazione efficiente dei fattori e delle risorse. Sarebbe forse auspicabile una commistione dei due sistemi, recependo i principi informativi del modello britannico il quale però, come ampiamente argomentato, manca di un potere direttamente esercitabile dal cittadino, volto all'attivazione di una qualche procedura di verifica

nei confronti di una pubblica amministrazione, che è invece il cardine dell'azione per l'efficienza delle pubbliche amministrazioni.

I dati tristemente noti e raccolti dall'ANAC ci rivelano che il sistema dei contratti pubblici in Italia è un mercato da 101,4 miliardi⁴⁸⁹; un settore che vale il 15% del prodotto interno lordo. “Le statistiche, infatti, rilevano come l'85% dei contratti in materia di lavori pubblici è aggiudicato senza gara, che ad una gara su tre si presenta un solo partecipante, che la maggior parte dei più grandi comuni italiani utilizza in modo disinvolto le procedure negoziate (giungendo fino a punte del 95% del totale) o fraziona artificiosamente gli appalti per portarli a valori che consentano di evitare il ricorso alla gara”⁴⁹⁰.

Nella zona grigia rappresentata dagli appalti di importo minore, spesso caratterizzata da un *deficit* di trasparenza, si annidano più facilmente i fenomeni corruttivi, con conseguenti danni in termini di efficienza. Per queste ragioni sembrano doversi salutare con favore i passaggi della legge delega che invocano misure di trasparenza per gli appalti sottosoglia e si auspica che il Governo traduca questi principi in norme efficaci. Uno dei punti qualificanti della riforma, infatti, è “il criterio fortemente concorrenziale di mettere tutto a gara, limitando le deroghe a poche eccezioni di protezione civile (che pure andranno regolamentate). L'Italia fatica ad accettare questo principio fondamentale della gara e della competizione che deve valere per qualunque acquisto pubblico, progettazioni, forniture, lavori, servizi.”⁴⁹¹.

⁴⁸⁹ I lavori incidono per circa 26 miliardi; i servizi per 47 miliardi. Per il resto si tratta di forniture.

⁴⁹⁰ M. CORRADINO, Relazione per il 61° Convegno di Studi Amministrativi su “*La nuova disciplina dei contratti pubblici fra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*” - Varenna 17-19 settembre 2015.

⁴⁹¹ G. SANTILLI, *Semplificare per crescere*, in *Il Sole24Ore*, 15 Gennaio 2016.

Al riguardo, si ritiene che non possano essere affrontati separatamente i fenomeni di corruzione, efficienza e concorrenza. La tutela della concorrenza non dovrebbe essere fine a se stessa, ma strumentale ai principi di “*Best Value*”, ossia all’efficienza. Nel caso di specie, maggiore concorrenza comporterebbe maggiore trasparenza e minore corruzione, con un conseguente beneficio in termini di efficienza.

Si è affermata la necessità di una individuazione precisa di vincoli di risultato a cui far soggiacere le pubbliche amministrazioni, per poi operare un confronto con gli obiettivi effettivamente conseguiti.

Se infatti la corruzione non è effettivamente misurabile, i dati di cui siamo in possesso circa la realizzazione delle opere pubbliche sono inequivocabilmente indice di un’inefficienza troppo diffusa. Le responsabilità appaiono, in una certa misura, condivise tra le stazioni appaltanti e le imprese contraenti. Ecco quindi che sembrerebbe da salutare con favore un’altra rivoluzione che la legge delega sembra far presagire, ossia quella relativa ai requisiti di qualificazione.

Da un lato, con la legge delega si anticipa l’introduzione del *rating* di reputazione delle imprese, di cui sarà l’ANAC a definire i contenuti. Le previsioni sul punto esternano la volontà di premiare le imprese che si comportano correttamente sul campo, ad esempio prevedendo nella fase di gara dei bonus per le aziende che in passato abbiano dato prova di saper rispettare tempi e costi promessi prima dell’aggiudicazione, e che abbiano mantenuto bassi livelli di contenzioso per le amministrazioni. Questo potrebbe essere un efficace strumento per contrastare la prassi delle “riserve”, ossia le richieste di aumento del prezzo successive all’aggiudicazione della commessa; si auspica pertanto che il legislatore delegato prosegua con decisione su questa strada. Sembrerebbe da condividere l’idea –

sostenuta da autorevole dottrina⁴⁹²- per cui la pubblica amministrazione dovrebbe conservare memoria storica dell'esecuzione dei contratti precedenti, onde premiare i contraenti che si siano già dimostrati contraenti affidabili. In relazione a questo aspetto, se tali previsioni della legge delega sembrano andare nella giusta direzione, in dottrina si è avanzato l'auspicio che si possa addirittura fare di più, mutuando dal modello britannico gli strumenti di “*disqualification*”, per utilizzarli non solo laddove vengano alla luce fatti corruttivi, ma anche quando emergano gravi inefficienze passate⁴⁹³.

Dall'altro lato, in parallelo, si prevede anche un nuovo meccanismo di qualificazione delle stazioni appaltanti. In futuro non sarà più possibile che piccoli comuni bandiscano appalti per opere milionarie. L'intenzione, che sembra doversi accogliere con favore, è quella di stabilire un sistema per fasce, con la possibilità di bandire appalti sulla base delle competenze e dell'organizzazione, della cui certificazione si occuperà l'ANAC.

In altri termini, se il sistema di qualificazione per le imprese diventerà di tipo “reputazionale”, anche le pubbliche amministrazioni saranno esaminate con attenzione per verificare il possesso dei requisiti organizzativi necessari all'assunzione della qualifica di stazione appaltante. In caso di esito negativo di tale valutazione, saranno tenute a rivolgersi alle centrali di acquisto.

Chiaramente, quanto è stato appena esposto comporta che in parallelo il legislatore italiano dovrebbe andare ad individuare anche degli strumenti premiali veramente efficaci nei confronti delle pubbliche amministrazioni più efficienti. Potrebbe essere ritenuta

⁴⁹² Cfr. G. FIDONE, *Relazione per il seminario “Prevenzione della corruzione nella riforma della P.A e nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, 9 novembre 2015, Sala del Mappamondo-Camera dei Deputati.

⁴⁹³ Cfr. G. FIDONE, *id.*

appropriata un'implementazione della previsione – quale incentivo premiale - di possibili allentamenti del Patto di Stabilità Interno per quei Comuni che mantengano un contegno virtuoso costante, che consenta di tenere costantemente sotto controllo la spesa pubblica a livello locale mediante il raggiungimento di obiettivi programmati in termini di efficienza, sul modello offertoci dall'ordinamento britannico con i suoi “*Best Value Performance Indicators*” e “*Best Value Performance Standards*”. Quale effetto collaterale, ne conseguirebbe peraltro una riduzione dei margini in cui potenzialmente potrebbero trovare spazio fenomeni corruttivi.

Anche il controllo giudiziale dovrebbe spostarsi sul risultato dell'attività amministrativa complessiva, ad esempio gli esiti di una procedura di affidamento o dell'esecuzione di un contratto, in termini di spesa, qualità, tempestività”⁴⁹⁴. A tali fini, appare più che mai necessario stabilire a priori quale debba essere la *performance* programmata della pubblica amministrazione, magari ricorrendo a valori *standard* universalmente riconosciuti, per poi registrare il risultato conseguito e verificare la sua conformità con quello programmato. “Peraltro, tale forma di controllo non necessariamente implicherebbe una valutazione di merito da parte del giudice poiché, qualora il raggiungimento di una determinata *performance* contrattuale fosse doveroso in virtù di una legge che obbligasse l'amministrazione prima a programmarla e poi a raggiungerla, lo stesso controllo avrebbe la natura di un controllo di legittimità dell'operato complessivo (non di un singolo atto) dell'amministrazione”⁴⁹⁵.

Una soluzione di questo tipo, assai valida, potrebbe essere messa in atto semplicemente mediante una piena attuazione di quanto già

⁴⁹⁴ G. FIDONE, *id.*

⁴⁹⁵ G. FIDONE, *id.*

previsto dal legislatore del 2009.

I temi di interesse non si esauriscono qui. Come si è rilevato in dottrina, “la creazione di un quadro giuridico chiaro, stabile ed efficiente della materia della contrattualistica pubblica, accompagnato da una razionale ed efficace disciplina per il contrasto della corruzione fondata sulla trasparenza, dovrà anche costituire il presupposto della cessazione della cattiva pratica delle discipline derogatorie per particolari opere (che trovano il loro presupposto proprio nell’inapplicabilità della disciplina generale ad opere complesse) che sovente sono state il presupposto di inefficienza e corruzione”⁴⁹⁶. La legge delega, sul punto, prevede espressamente il “divieto di affidamento di contratti attraverso procedure derogatorie rispetto a quelle ordinarie”. L’unica possibilità di derogare al nuovo Codice sarà quella relativa a emergenze di protezione civile. Il legislatore delegante è stato molto determinato in merito. E’ auspicabile che il legislatore delegato non arretri minimamente rispetto a queste posizioni

Si deve precisare che la legge delega, mentre prescrive l’introduzione di “forme di dibattito pubblico delle comunità locali dei territori interessati dalla realizzazione di grandi progetti infrastrutturali e di architettura”, in modo che i progetti non vengano calati dall’alto, lascia sostanzialmente mano libera al governo quanto al contenuto del decreto delegato sul punto. Sembra auspicabile, quindi, che questi principi non rimangano sulla carta, che non si traducano cioè in norme-manifesto, ma nella previsione di strumenti veramente efficaci e idonei a dare voce in maniera adeguata alle esigenze delle collettività interessate dalla realizzazione di opere pubbliche.

Volendo muovere un suggerimento in tal senso, è già stato

⁴⁹⁶ G. FIDONE, *id.*

osservato come “la partecipazione dei rappresentanti delle cittadinanza potrebbe estendersi anche alle commissioni di gara o ai tavoli per la rinegoziazione dei contratti in corso, ovvero ai procedimenti di controllo sulla spesa e la qualità dei beni acquisiti”⁴⁹⁷.

Ci auguriamo poi che il governo prosegua con decisione anche sulla strada del ridimensionamento del criterio del prezzo più basso, in modo da farlo divenire veramente un’ipotesi del tutto residuale.

Ci si avvia alla conclusione di questa trattazione. Si sono passati in rassegna, più o meno dettagliatamente, tutti i meccanismi fondamentali del sistema britannico di “*Best Value*”, affrontandoli da un punto di vista non legato strettamente alla contrattualistica pubblica, in quanto - per poter trarre il maggior beneficio possibile dal recepimento dell’ultimo pacchetto di direttive europee - sembra necessario prima ripensare l’intero sistema che presiede all’attività delle pubbliche amministrazioni, entro un’ottica che muova in primo luogo dalla ricerca dell’efficienza. Giungendo all’efficienza di sistema, gli spazi per le manifestazioni di fenomeni corruttivi si ridurrebbero in misura tale da creare i presupposti affinché il livello corruzione possa rientrare entro limiti fisiologici. In tutto questo, anche il perseguimento della concorrenza può certamente rappresentare un valido strumento per il miglioramento del sistema, purché non sia visto da una prospettiva dogmatica come “*Compulsory Competitive Tendering*”. Parallelamente, nemmeno la lotta alla corruzione dovrebbe diventare una “*Compulsory Anti-Corruption*”. L’abitudine di contrastare la corruzione unicamente con leggi contro la corruzione, senza un minimo di visione di sistema, non si rivela mai efficace. Troppo ci si è concentrati sugli aspetti penali del

⁴⁹⁷ G. FIDONE, *Relazione per il seminario “Prevenzione della corruzione nella riforma della P.A e nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, 9 novembre 2015, Sala del Mappamondo-Camera dei Deputati.

problema, nonché su quelli relativi alle procedure di gara in senso stretto, senza che ci si preoccupasse di disegnare una disciplina anti-corruzione fuori dalle gare. In verità, da qualche anno il legislatore italiano sembra almeno aver preso coscienza di come, anche all'interno di leggi precipuamente finalizzate al contrasto della corruzione, piuttosto che insistere sulla repressione con norme penali, forse sia conveniente concentrarsi sull'aspetto preventivo con misure di tipo amministrativo. Di stretta attualità è l'approvazione della legge sul "whistleblowing". Chi denuncerà illeciti compiuti dai colleghi, tanto nel settore pubblico quanto nel settore privato, pur non godendo di incentivi strettamente premiali, avrà diritto ad una tutela *ad hoc*. Nell'eventualità che, nell'interesse della Pubblica Amministrazione, un pubblico dipendente denunci all'ANAC o alla magistratura – ordinaria o contabile - comportamenti illeciti dei quali sia venuto a conoscenza nell'esercizio delle proprie funzioni, avrà il diritto a rimanere anonimo – sino alla chiusura delle indagini preliminari - e a non essere sanzionato, licenziato⁴⁹⁸ o sottoposto ad altri tipi di misure discriminatorie in ragione della sua segnalazione. Tali misure, nell'eventualità in cui fossero comunque poste in essere, sarebbero sanzionate dall'ANAC con multe da 5 a 30 mila euro. Laddove però la segnalazione si dovesse rivelare infondata, a quel punto è prevista la possibilità di sanzioni a carico del denunciante, fino al licenziamento. A prescindere dal merito di questa legge – che peraltro, nel momento in cui scriviamo, non è ancora stata approvata in via definitiva -, registriamo come si stia proseguendo sulla strada della prevenzione.

⁴⁹⁸ Sul punto, M. CLARICH, Relazione per il seminario "Le sfide offerte dal recepimento delle direttive in materia di appalti e concessioni", 14 dicembre 2015, Istituto Luigi Sturzo, Roma, secondo il quale "sembra ovvia l'impossibilità del licenziamento nei riguardi di coloro i quali denunciano illeciti commessi dai colleghi", ritenendo invece più opportuno l'inserimento di un premio, una sorta di "taglia" al segnalatore, in un'ottica di impulso all'applicazione della nuova normativa.

Sarebbe tuttavia auspicabile un ulteriore salto di qualità, sul modello britannico. E' tempo che le maggiori attenzioni si concentrino sul perseguimento dell'efficienza, per disegnare un sistema che consenta di trarre il massimo beneficio possibile dall'ultimo pacchetto di direttive in tema di contrattualistica pubblica.

In chiusura di questa trattazione, sia consentito ribadire che "l'occasione del recepimento delle nuove direttive non dovrà essere persa se si vorrà sancire il definitivo cambio di rotta rispetto alle passate tendenze e pervenire ad un sistema degli appalti pubblici che sia efficiente ed impermeabile alla corruzione"⁴⁹⁹.

⁴⁹⁹ G. FIDONE, *Relazione per il seminario "Prevenzione della corruzione nella riforma della P.A e nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, 9 novembre 2015, Sala del Mappamondo-Camera dei Deputati.

Conclusioni

Nel corso di questa trattazione si è cercato di dar conto dei possibili rimedi per combattere la corruzione nel settore dei contratti pubblici che, come noto, determina una perdita significativa in termini di percentuale di PIL, sotto forma di mancati investimenti esteri nel nostro Paese e una lievitazione dei costi delle Grandi Opere del 40%, il cui onere sui bilanci pubblici si aggira «nella misura prossima a 60 miliardi di euro l'anno», secondo le ultime stime del Procuratore Generale della Corte dei conti.

L'Italia, stando all'ultimo rapporto elaborato da *Transparency International*, relativo all'indice di percezione della corruzione del 2015, risulta al sessantunesimo posto, al pari di altre nazioni come Lesotho, Senegal, Sudafrica e Montenegro, mentre nel contesto europeo è la penultima nazione, appena prima della Bulgaria, che è il triste fanalino di coda.

Nel primo capitolo della tesi si sono analizzati i costi della corruzione, la natura “sistemica” della stessa, in considerazione del carattere atavico del problema e si è prospettato uno studio comparatistico con i sistemi anticorruzione di altre nazioni, come i Paesi scandinavi, notoriamente quasi immuni ai fenomeni corruttivi.

Nel nostro Paese, invece, la corruzione rappresenta una vera e propria zavorra, soprattutto perché spesso intesa come una pratica diffusa e tollerata dai cittadini, che si dicono semplicemente rassegnati, secondo le indagini ISTAT. A conferma del carattere preoccupante del fenomeno, basti pensare all'emersione degli ultimi fatti di cronaca legati alla realizzazione delle opere pubbliche, come Expo 2015, Mose, *Mafia Capitale* o alla recente inchiesta ANAS che

denotano una generale permeabilità della contrattualistica pubblica a fenomeni di illegalità.

Nel secondo e nel terzo capitolo della tesi si è affrontato il tema della tutela della concorrenza nei contratti pubblici, cercando di dar conto dell'originaria visione contabilistica della contrattualistica pubblica, che si è poi affrancata dal R.D. 2240/1923, sulla scia dell'intervento comunitario in materia, al punto da divenire una branca rilevante del diritto amministrativo.

Nell'ottica della tutela della concorrenza si è privilegiato il rispetto del formalismo e l'uso degli automatismi che hanno caratterizzato l'emanazione della c.d. "legge Merloni" e il successivo d.lgs. 163/2006.

Nel quarto capitolo si è tentato di descrivere nel dettaglio il fallimento delle risposte legislative al fenomeno della corruzione. Il legislatore degli anni Novanta, in particolare, armato di uno "spirito purificatore", in seguito all'emersione degli scandali di "Tangentopoli", aveva tentato di combattere la corruzione attraverso un procedimento di iper-regolamentazione della disciplina e di ipertrofia normativa, che ha generato inefficienza del sistema, senza riuscire nell'intento di fronteggiare l'illegalità.

Il legislatore si è mostrato ostile all'uso della discrezionalità da parte della pubblica amministrazione, optando per la c.d. "tipizzazione dei modelli contrattuali" che garantiscono il rispetto della concorrenza tra gli operatori economici attraverso l'uso di automatismi e procedure rigide. Per molto tempo proprio la rigidità delle procedure ha causato un massiccio ricorso ad apposite deroghe, che si traducevano in affidamenti diretti in assenza di concorrenzialità, finendo per ricreare nuove occasioni di collusione.

La deroga all'evidenza pubblica è stata pressoché costante nel tempo: si pensi al caso dell'emergenza rifiuti in Campania che ha visto

l'emanazione di un'ordinanza emergenziale per ogni anno, dal 2001 al 2005, oppure, ancora, all'applicazione della nozione di «grande evento» a fattispecie estremamente eterogenee tra loro (tra le tante, i lavori per il G8 del 2009 inizialmente previsto alla Maddalena, i mondiali di nuoto a Roma nello stesso anno, i lavori per l'Expo di Milano del 2015).

La c.d. “legge Merloni”, peccando di una “ingenuità palinogenetica”, intendeva combattere la corruzione attraverso l’irrigidimento dei modelli e comprimendo gli spazi di discrezionalità in capo alla pubblica amministrazione. Il legislatore italiano, al modello del “sarto” - che permette di cucire una procedura su misura rispetto all’oggetto del contratto - ha dimostrato di preferire quello dei “grandi magazzini” - in cui è disponibile una lunga serie di modelli procedurali tipizzati. Evidentemente non si fida della capacità del sarto – amministrazione che potrebbe però garantire un prodotto di qualità di gran lunga superiore rispetto a quello offerto nei grandi magazzini.

Gli studi economici dimostrano che l’uso corretto della discrezionalità non può che apportare benefici in termini di maggior consapevolezza delle scelte affrontate dalla P.A. e di riduzione delle asimmetrie informative che caratterizzano i rapporti pubblico-privato.

La presente trattazione ha cercato di dar conto della distinzione tra i fenomeni della corruzione e dell’inefficienza, illustrando che andrebbero combattuti con differenti soluzioni.

Mentre la corruzione è per definizione un fenomeno nascosto, l'inefficienza è riscontrabile nei fatti e nelle statistiche: in Italia si spende più che in altri Paesi per la costruzione delle opere, che hanno tempi più lunghi e che spesso rimangono incompiute. E’ possibile che questi dati celino fenomeni corruttivi ma di ciò non può aversi contezza fino a quando non emergano con le indagini penali ed è in

ciò che si annovera l'essenza del problema, ossia la difficoltà di ideazione di strumenti di prevenzione della corruzione e, soprattutto, di verifica della loro efficacia.

Con il presente lavoro, si è argomentato che occorre uno stravolgimento dell'approccio di analisi del fenomeno corruttivo, tale per cui il perseguimento dell'efficienza possa avere come conseguenza la riduzione della corruzione.

Il miglioramento dell'efficienza, la diminuzione dei costi, l'accorciamento dei tempi e in definitiva il conseguimento della *performance* possono ridurre gli spazi di attuazione dei patti corruttivi che si nascondono molto spesso dietro all'inefficienza stessa.

Con la presente trattazione si è osservato che se si conseguisse la piena efficienza si azzererebbe lo spazio per la corruzione o potrebbe permanere uno spazio solo per forme di corruzione neutrali all'efficienza, indesiderabili sul piano etico e della moralità pubblica. L'argomentazione suesposta trova conferma nei dati statistici, secondo i quali i Paesi notoriamente più efficienti sotto il profilo della contrattazione pubblica sono anche quelli nei quali è meno sentito il problema della corruzione e ove i cittadini la percepiscono meno.

La presente tesi ha cercato di dimostrare che la lotta ai fenomeni corruttivi andrebbe effettuata *fuori* dalle gare, posto che occorrerebbe perseguire in primo luogo l'efficienza della contrattazione pubblica attraverso una riforma della disciplina di settore. Ciò non toglie che qualsiasi misura idonea alla prevenzione della corruzione andrebbe salutata con favore, purché non abbia come effetto indiretto la perdita dell'efficienza, instaurando un circolo vizioso caratterizzato da sacche di inefficienza dietro alle quali si annidano fenomeni corruttivi.

Nel corso della trattazione si è anche osservato che l'abuso della discrezionalità, specialmente nelle procedure negoziate, possa giustamente prestare il fianco a critiche. Al fine di ovviare al

problema, si osserva che appare opportuna una maggiore responsabilizzazione delle stazioni appaltanti, atteso che la prevenzione della corruzione dovrebbe fondarsi su strategie idonee a contemperare regolazione pubblicistica ed efficienza di mercato, accompagnate da strutturati sistemi di controlli e sanzioni. Si auspica, dunque, che discrezionalità e responsabilità si muovano di pari passo.

Il perseguimento dell'efficienza della contrattazione pubblica presuppone che la procedura di affidamento debba avere come finalità esclusiva, attraverso la messa in concorrenza, la selezione dell'offerta migliore. In tal modo, funzionalizzando la concorrenza agli obiettivi di efficienza si andrebbero anche a ridurre gli spazi entro i quali può avere luogo la corruzione.

Con la presente tesi si è cercato dunque di sostenere che la maniera migliore per combattere la corruzione sia quella fondata sul perseguimento dell'efficienza, con il principio di concorrenza quale utile strumento per il conseguimento di tale obiettivo.

In un'ottica di tipo preventivo e non repressivo sembra muoversi la legge 6 novembre 2012, n. 190 recante “Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione” che ha apportato un deciso cambiamento di rotta nell'ambito della lotta alla corruzione, con l'introduzione di nuovi istituti giuridici e strumenti *ad hoc*, come i cd. “piani anticorruzione” e un rafforzamento del ruolo dell'ANAC, che svolge attività di vigilanza e garanzia della qualità, efficienza e efficacia dell'azione amministrativa, con la possibilità di esercitare poteri sanzionatori. Degni di menzione sono anche i “patti di integrità”, previsti dalla legge 190/2012, che rappresentano un complesso di regole di comportamento finalizzate alla prevenzione del fenomeno corruttivo e volte a valorizzare condotte adeguate per tutti i concorrenti.

I protocolli di legalità sanciscono un comune impegno ad assicurare legalità e trasparenza nell'esecuzione di un contratto pubblico, in particolar modo per la prevenzione, il controllo ed il contrasto dei tentativi di infiltrazione mafiosa.

La riforma è inoltre intervenuta per garantire l'affidabilità degli operatori economici che partecipano alle gare, attraverso la predisposizione di "white lists", elenchi da istituire presso le prefetture di imprese operanti in settori di attività particolarmente esposte all'azione della criminalità organizzata. Agli elenchi sono iscritti gli operatori che dalle verifiche prefettizie non risultano soggetti a tentativo di infiltrazione mafiosa.

Dopo avere analizzato le novità apportate dalla c.d. legge anticorruzione, il quinto capitolo ha inteso illustrare i principi informatori delle nuove direttive 23/2014/UE e 24/2014/UE in materia di contrattualistica pubblica, che attribuiscono maggiore flessibilità alle stazioni appaltanti e incentivano l'adozione delle procedure discrezionali, come il partenariato per l'innovazione o espandono i casi di attuazione del dialogo competitivo, privilegiano il soccorso istruttorio, censurando gli automatismi, in una nuova ottica in cui il principio di concorrenza sembra forse recessivo.

Le direttive in questione sono in primo luogo volte al perseguimento dell'efficienza, della semplificazione, della trasparenza e della riduzione degli oneri burocratici.

La trattazione ha inoltre inteso dar conto delle innovazioni apportate dalla legge 28 gennaio 2016, n. 11, di recepimento delle direttive che dovranno essere implementate entro il 18 aprile.

Al riguardo, il giudizio, seppure parziale, poiché al momento in cui si scrive si è nel pieno dell'attività di recepimento, sembra senz'altro positivo. Sono da salutare con favore l'opera di snellimento della mole degli articoli del codice dei contratti pubblici e la

sostituzione del D.P.R. 207/2010 con linee guida di carattere generale proposte dall'ANAC e approvate con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, che sono trasmesse prima dell'adozione alle competenti Commissioni parlamentari per il parere.

Si tratta di un'operazione di *soft law*, di matrice anglosassone, per cui gli indirizzi dell'Autorità non saranno vincolanti e sarà fatta salva la facoltà per l'operatore economico di discostarsi, motivando, dagli stessi, nell'ottica di "*comply or explain*".

E' di sicura efficacia la "stretta" sulle varianti in corso d'opera, con le quali si dà la possibilità all'Amministrazione e all'appaltatore di modificare, anche in maniera sostanziale, il contenuto del progetto inizialmente posto a base di gara o del contratto aggiudicato, vanificando in questo modo l'intera procedura pubblica eventualmente bandita. Con la legge 11/2016 si prevede la trasmissione all'ANAC – unitamente al progetto esecutivo, all'atto di validazione e ad apposita relazione del responsabile del procedimento - della comunicazione delle varianti in corso d'opera di importo eccedente il 10 per cento dell'importo originario del contratto, entro il termine di trenta giorni dall'approvazione da parte della stazione appaltante.

E' inoltre rilevante il contenimento delle procedure derogatorie, limitate a poche eccezioni relative alla materia della protezione civile, che pure andranno regolamentate.

In un'ottica di perseguimento dell'efficienza del sistema, al fine di combattere indirettamente anche la corruzione, non si è limitata l'analisi alle sole disposizioni derivanti dalle direttive europee, ma con la presente tesi è stata effettuata un'indagine di tipo comparatistico, attingendo anche dal sistema britannico del c.d. "*Best Value*", che è riuscito perfettamente nell'opera di capovolgimento del rapporto tra corruzione ed efficienza. Se il legislatore italiano tende a contrastare i fenomeni corruttivi ingessando il sistema a scapito dell'efficienza,

quello britannico pone in essere la medesima opera di contrasto perseguendo *in primis* l'efficienza e ingenerando un circolo virtuoso grazie al quale si ridurrebbero notevolmente gli spazi per i fenomeni corruttivi, se non altro perché la corruzione diventerebbe inutile.

Con il presente lavoro si è argomentato che quindi la maniera migliore per combattere la corruzione sia quella fondata sul perseguimento dell'efficienza, con il principio di concorrenza quale utile strumento per il conseguimento di tale obiettivo.

E' proprio in quest'ottica che sembrano andare le principali disposizioni delle direttive europee in materia di contrattualistica pubblica.

In conclusione, sono state analizzate le disposizioni del D.lgs 198/2009, recante "Attuazione dell'articolo 4 della legge 4 marzo 2009, n. 15, in materia di ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici", che ha ad oggetto non già l'atto ma l'*attività* amministrativa nel suo complesso e va ad assoggettare l'*attività* amministrativa ad una pretesa giudiziale azionabile dai suoi destinatari, in un'ottica di un'"*amministrazione di risultato*". Essa si instaura nell'ambito della c.d. "Riforma Brunetta", tesa al raggiungimento di un sensibile aumento della produttività dei dipendenti pubblici, con conseguente aumento dell'efficienza dell'azione amministrativa in generale che reca in sé la riduzione degli spazi di attuazione dei patti corruttivi.

Senonché, l'entrata in vigore della disposizione sulla c.d. *class action* pubblica è subordinata all'emanazione, tuttora mai avvenuta, di futuri decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri.

In conclusione, la presente tesi ha cercato di presentare delle proposte volte al raggiungimento dell'efficienza di sistema che recano come conseguenza indiretta anche la riduzione degli episodi corruttivi, in primo luogo implementando i principi informatori del c.d. "*Best*

Value” anglosassone, oppure adoperandosi per la definitiva entrata in vigore del ricorso per l’efficienza della pubblica amministrazione o attraverso una commistione di entrambi i sistemi.

L’occasione del recepimento delle direttive europee infatti potrebbe essere propizia per l’adozione di misure che garantiscano maggiore efficienza di sistema, snellimento delle procedure, maggiore discrezionalità per le stazioni appaltanti, bilanciata da sistemi di controlli della *performance*, che potrebbero avere come effetto indiretto la riduzione degli spazi in cui si annidano i fenomeni corruttivi.

Bibliografia

ARCASENSA A., MARTINO R., *Laboratori protetti*, in www.trethemi.it.

ARROWSMITH S., *The Law of Public and Utilities Procurement*, 3°ediz., s.l., Sweet & Maxwell Ltd, 1°vol., 2015.

ARROWSMITH S., *Towards a Multilateral Agreement on Transparency in Government Procurement*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 47, 1998, pp 793-816 .

ARROWSMITH S., *Understanding the purpose of the EU's Procurement Directives: the limited role of the EU regime and some proposals for reform*” in AA.VV, *The cost of different goals of Public Procurement*, Sweden, Vasteras, 2012, pp. 44-119.

ARROWSMITH S., TRYBUS M., *Public Procurement*, s.l., Kluwer Law International, 2002.

ARROWSMITH S., KUNZLIK P., *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law: New Directives and New Directions*, s.l., Cambridge University Press, 2009.

AZZARITI A., *I principi generali in materia di affidamento di contratti pubblici*, Tesi di dottorato di ricerca in www.amsdottorato.unibo.it , 2007.

BANFIELD E.C., *The Moral Basis of Backward Society*, New York, 1958.

- BARBACETTO G. – GOMEZ P. – TRAVAGLIO M., *Mani Pulite*, 2003.
- BENACCHIO G., *Verso le direttive di quarta generazione*, in BENACCHIO G., COZZIO M., (a cura di), *Gli appalti pubblici tra regole europee e nazionali*, Milano, EGEA, 2012, p. 3-28.
- BENACCHIO G., COZZIO M., *La misurazione dei sistemi di contrattazione pubblica negli Stati dell'Unione Europea. Metodo e strumenti*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 2012, p. 319-354
- BIANCAREDDU S., SERRA G., *Gli appalti verdi: la soddisfazione di interessi ambientali attraverso le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici*, s.l, s.n., 2014.
- BOBBIO N., *La democrazia e il potere indivisibile*, in *Rivista italiana di scienza politica*, 1980.
- BOTTO A., materiale didattico per il corso di “Diritto e regolazione dei contratti pubblici” tenuto presso l'Università “LUISS Guido Carli”, in www.luiss.it, aprile 2015.
- BRUNETTA R., *Passato, presente e futuro del nostro Paese*, in *Giur. Amm.*, 2009, IV, p. 321.
- CADEDU S., e FIENGA S., *Contratti pubblici di lavori, servizi e forniture nei settori speciali*, in CLARICH M., (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli, 2010.
- CAFAGNO M., *Efficienze ed inefficienze nei modelli di responsabilità della PA*, in *Diritto Pubblico*, 3, 2008, p. 719ss.
- CAFAGNO M., *Flessibilità e negoziazione. Riflessioni sull'affidamento dei contratti complessi*, in *Il diritto degli appalti pubblici all'alba delle nuove direttive comunitarie*, Convegno, Camera dei deputati, 15 novembre 2013.

CAFAGNO M., *La responsabilità dell'amministrazione pubblica*, in AA.VV., *Interventi al convegno Analisi economica e diritto amministrativo*, Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo (AIPDA), Venezia 28-29 settembre 2006, in www.diritto-amministrativo.org.

CAFAGNO M., *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente come sistema complesso, adattivo, comune*, Torino, Giappichelli, 2007.

CAFAGNO M. – BOTTO A. – FIDONE G. – BOTTINO G., (a cura di), *Negoziazioni Pubbliche – Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Milano, Giuffrè, 2013.

CALAMANDREI P., *Appunti sul concetto di legalità*, in *Opere giuridiche*, III, Napoli, 1968.

CALDWELL A., WALKER H., HARLAND C., KNIGHT L., ZHENG J. E WAKELEY T., *Promoting competitive markets: The role of public procurement*, in *Journal of Purchasing & Supply Management*, 2005, 11, pp. 242-251.

CANTONE R. - DI FEO G., *Il male italiano*, Rizzoli, 2015.

CARANTA R., *Award criteria under EU law (old and new)*, in COMBA M. E TREUMER S., *Award of contracts in EU Procurement*, s.l., Djof Publishing, 2013.

CARANTA R., *The changes to the public contract directives and the story they tell about how EU law works*, in *Common market law review*, 2015, 52, pp. 391-460.

CARANTA R., *Tutela giurisdizionale (italiana, sotto l'influenza comunitaria)*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, I, Milano, 1997, pp. 653ss.

CARULLO A., *Libertà di concorrenza, interesse al ricorso e scelta del contraente*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 1986, 49, pp. 211 ss.

- CASSETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2015.
- CASSESE S., *Il diritto amministrativo europeo presenta caratteri originali?* in *Riv. Trim. di diritto pubblico*, 2003, p. 35 ss.
- CASSESE S., *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, 2000.
- CASSESE S., *L'influenza delle riforme costituzionali sulla pubblica amministrazione*, in *Giorn. di dir. amm.*, 3, 2005, p.335 ss.
- CERULLI IRELLI V., *Il negozio come strumento di azione amministrativa*, in *Autorità e consenso nell'attività amministrativa*, in *Atti del XLVII convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Milano, 77, 2002.
- CERULLI IRELLI V., *Il principio di legalità e i poteri straordinari dell'amministrazione*, in *Il principio di legalità in alcune recenti formulazioni*, in AA.VV., *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, Atti del LIII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna, 20-22 settembre 2007, Milano, 2008.
- CERULLI IRELLI V., *Invalidità e risultato amministrativo*, in IMMORDINO M., POLICE A. (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Atti del convegno, Palermo 27-28/2/2003, Torino, 2004.
- CERULLI IRELLI V., *Verso un più compiuto assetto della disciplina generale dell'azione amministrativa (primo commento alla l. n. 15 del 2005 recante modifiche e integrazioni alla l. n. 241 del 1990)* in www.astridonline.it, 2005.
- CHIRULLI P., *Contributo alla discussione: l'in house providing nella direttiva 2014/23/UE*, relazione al Seminario Italiadecide-Aecqua "L'in house providing e il rinnovo dei rapporti esistenti", Camera dei Deputati, 2015.
- CHITI M.P., *Diritto amministrativo europeo*, Milano, Giuffrè, 2013.

CINTIOLI F., *Giudice Amministrativo, Tecnica e Mercato*, Milano, Giuffrè, 2005.

CINTIOLI F., *Note sulla class action amministrativa*, in www.giustamm.it, 2010.

CLARICH M., *Azione di annullamento*, in QUARANTA A. – LOPILATO V. (a cura di), *Il processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2010.

CLARICH M., *Codice dei contratti pubblici: ancora correttivi e modifiche*, in *Corriere giuridico*, 11, 2006.

CLARICH M. (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli, 2010.

CLARICH M., *Contratti pubblici e concorrenza*, relazione al 61° Convegno di Studi Amministrativi, “*La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell’economia e contrasto alla corruzione*”, 17-19 Settembre 2015, Villa Monastero, Varenna.

CLARICH M., *Corruzione: il rischio dei cali di tensione*, in *Guida al Diritto*, Sole 24 Ore, 8 gennaio 2015.

CLARICH M., *Il codice dei contratti pubblici tra regole della contabilità pubblica e disciplina della concorrenza*, in FOLLIERI E., IANNOTTA L., (a cura di), *Scritti in ricordo di Francesco Pugliese*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2010, pp. 595 ss.

CLARICH M., *Il Codice dei contratti pubblici: ancora correttivi e modifiche*, in *Corriere giuridico*, 2006, 11.

CLARICH M., *Introduzione* in CLARICH M., *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli, 2010.

CLARICH M., *La commissione per la valutazione, la trasparenza e l’integrità delle amministrazioni pubbliche nel panorama delle autorità indipendenti*, in SCOGNAMIGLIO G., (a cura di), *Il nuovo ordinamento del lavoro pubblico e il ciclo della performance*, Roma,

- Promo P.A., Fondazione, 2010.
- CLARICH M., *La tutela dell'ambiente attraverso il mercato*, in *Dir. pubbl.*, 2007, p. 219 ss.
- CLARICH M., *Le azioni nel processo amministrativo tra reticenze del Codice e apertura a nuove tutele*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2010.
- CLARICH M., *Manuale di diritto amministrativo*, 2°ediz., Il Mulino, 2015.
- CLARICH M., *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2010.
- CLARICH M. - MATTARELLA B.G., *La prevenzione della corruzione*, in MATTARELLA B.G. - PELISSERO M. (a cura di), *La legge anticorruzione - prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, Giappichelli, 2013, pp. 59-69.
- CLARIZIA A., *Associazione temporanea tra imprese e consorzi nell'esecuzione delle opere pubbliche: profili amministrativistici*, in *I TAR*, 1984, II, p.107.
- CLEMENTE DI SAN LUCA G., *I nuovi confini dell'interesse pubblico nella prospettiva della revisione costituzionale*, in *I nuovi confini dell'interesse pubblico e altri saggi*, Padova, CEDAM,1999, pp. 97 ss.
- CLEMENTE DI SAN LUCA G., *La morfologia all'interesse pubblico alla tutela della concorrenza nel campo dei servizi di pubblica utilità*, in *Scritti in ricordo di Francesco Pugliese*, FOLLIERI E., IANNOTTA L. (a cura di), *Scritti in ricordo di Francesco Pugliese*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2010, pp. 557-594.
- COMBA M., TREUMER S., *Award of contracts in EU Procurement*, s.l., Djof Publishing, 2013.

CONTESSA C., *L'abuso delle clausole escludenti nelle pubbliche gare e i suoi possibili rimedi: un ritorno alla disapplicazione?* in www.giustiziaamministrativa.it, 2011.

CORRADINO M., Relazione al 61° Convegno di Studi Amministrativi, “*La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*”, 17-19 Settembre 2015, Villa Monastero, Varenna.

CRAVEN R., *The EU's 2014 Concessions Directive*, in www.academia.edu, 2014.

DAVIGO P. e MENGOZZI G., *La corruzione in Italia*, Roma, 2007.

D'ALBERTI M., *Diritto pubblico dei mercati ed analisi economica*, in AA.VV., *Interventi al convegno Analisi economica e diritto amministrativo*, Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo (AIPDA), Venezia, 28-29 settembre 2006, in www.diritto-amministrativo.org, 2006.

D'ALBERTI M., voce *Concorrenza*, in CASSESE S., (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 1140 ss.

D'ALBERTI M., *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, in *Dir. Amm.*, 2008, n.2, pp. 297-298.

D'ALBERTI M., *I public contracts nell'esperienza britannica*, Napoli, Jovene, 1984.

D'ALBERTI M., *Libera concorrenza e diritto amministrativo*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2004, pp. 347 ss.

D'ATENA A., *Diritto Regionale*, Torino, Giappichelli, 2013.

DAWAR K., *Book Review: Public Procurement and the EU Competition Rules*, in *Book Review. Legal Issue of Economic Integration*, 38, Wolters Kluwer, 2011, 4, pp. 403-407.

DELLA PORTA D., VANNUCCI A., *Corrupt exchanges. Actors, resources, and mechanism of political corruption*, Ed. Aldine de Gruyter, 1999.

- DELLA PORTA D., VANNUCCI A., *Un paese anormale*, Laterza, Bari, 1999.
- DELLA PORTA D. e VANNUCCI A., *The moral (and Immoral) Costs of Corruption*, in *Dimensionen politischer Korruption*, 2005.
- DELLA PORTA D. e VANNUCCI A., *Mani impunte*, Roma, Laterza, 2007, pp. 46-7.
- DE NICTOLIS R., *Manuale dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, 1°ed., Roma, EPC Editore, 2008.
- DE NICTOLIS R., *Manuale dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, 2°ed., Roma, EPC Editore, 2012.
- DE ROSE C., *Gli appalti verdi nel Diritto dell'Unione Europea, regole preesistenti e regole recentissime*, in *Il Consiglio di Stato*, 2004, 9, 2, 1825, 2004.
- DICEY A., *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, London and New York, Macmillan and co., 1885.
- D'ORSOGNA M., *Teoria dell'invalidità e risultato*, in IMMORDINO M., POLICE A. (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Atti del convegno, Palermo 27-28/2/2003, Torino, 2004.
- FELLETTI L., *I primi cinque anni della class action amministrativa*, in *Responsabilità civile e previdenza*, fasc. 1, 2015, pag. 53ss.
- FIDONE G., *Aspetti giuridici della finanza di progetto*, Roma, LUISS University Press, 2007.
- FIDONE G., *Efficacia ed efficienza dell'amministrazione nella "Riforma Brunetta" in una prospettiva di analisi economica del diritto. Dalle misure per l'ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico all'azione per l'efficienza*, intervento alla VI conferenza annuale della Società Italiana Diritto e Economia (SIDE), Bolzano, 2010, in www.side-isle.it.
- FIDONE G., *Gli appalti verdi all'alba delle nuove direttive: verso modelli più flessibili orientati a scelte eco-efficienti*, in *Riv. it. dir.*


pubbl. comun., 2012, p. 819 ss.

FIDONE G., *Il codice dei contratti pubblici*, in CLARICH M., (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli, 2010.

FIDONE G., *Il sistema dei contratti pubblici spagnolo: la flessibilità dei modelli garantita da programmazione e controlli*, in COMPORTI G.D., (a cura di), *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, Editoriale Scientifica, 2011.

FIDONE G., *La corruzione e la discrezionalità amministrativa: il caso dei contratti pubblici*, in *Giornale del Diritto Amministrativo*, 2015, 3, pp. 325-344.

FIDONE G., *L'azione per l'efficienza nel processo amministrativo: dal giudizio sull'atto a quello sull'attività*, Giappichelli, Torino, 2012.

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

FIDONE G., *L'integrazione degli interessi ambientali nella disciplina dei contratti pubblici: il Green Public Procurement*, in CARTEI G.F., (a cura di), *Cambiamento climatico e sviluppo sostenibile*, Torino, 2013, p. 123 ss.

FIDONE G., *Relazione per il seminario "Prevenzione della corruzione nella riforma della P.A e nella nuova disciplina dei contratti pubblici"*, 9 novembre 2015, Sala del Mappamondo-Camera dei Deputati.

FIDONE G.- MATALUNI F. - *L'aggregazione dei soggetti aggiudicatori di contratti pubblici fra ragioni di integrità, specializzazione e riduzione della spesa*, in *Foro Amministrativo*,

2014, 11.

GALEOTTI G., *Introduzione allo studio economico delle istituzioni*, Roma, Edizioni Nuova Cultura, 1995.

GALETTA D. U., *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998.

GAROFOLI R., *Manuale di diritto amministrativo*, Neldiritto Editore, 2015.

GIANNINI M.S., *Diritto Amministrativo*, Milano, 1970.

GIANNINI M.S., *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Scritti*, V, Milano, 2004, p. 223.

HAMLIN R.E., COBARZAN B., *How to prevent corruption without affecting efficiency? An overview of safeguard measures for contracting out public services*, in *Transylvanian Review of Administrative Sciences*, 2006, 16E.

HARVEY W.B., *The Rule of Law in Historical Perspective*, in www.repository.law.indiana.edu, 1961.

HINNA L., VALLOTTI G., BARBIERI M., MAMELI S., MONTEDURO F., *Gestire e valutare la performance della P.A. Guida per una lettura manageriale del d.lgs. 150/2009*, Rimini, Maggioli Editore, 2010.

IANNOTTA L., *Principio di legalità e amministrazione di risultato*, in PINELLI C., (a cura di), *Amministrazione e legalità. Fonti normative e ordinamenti*, Atti del convegno di Macerata, 21-22 maggio 1999, Milano, 2000.

IEMULO C., *Direttive Appalti 2014. Guida alle novità*, 2°ediz.. ebook ne “I quaderni di giuridanella.it”, 2014.

KNIBBE J. *The draft Public Contracts Regulations 2015- some points of interest*, in www.guildhallchambers.co.uk, 2015.

LASKI H.J. *The Personality of Associations*, in *Harvard Law Review*, 1916, 29.

- LEDDA F., *Il problema del contratto nel diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 1964, ora in *Scritti giuridici*, Cedam, Padova, 2002, 323.
- LIBERTINI M., *Le società di autoproduzione in mano pubblica*, in GUERRERA F., (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 23-24.
- LOCKE J., *Trattato sul governo. Un saggio sulla vera origine del governo civile*, Edizioni associate, 2012, 1° ediz. 1689.
- MANTINI P., *Divieto di gold plating e semplificazione normativa nel recepimento delle direttive su appalti e concessioni*, Relazione tenuta al convegno “*Le nuove direttive appalti e il loro recepimento*”, organizzato da Università Bocconi in collaborazione con Ance Milano, Lodi, Monza e Brianza e IGI, Milano, 14 maggio 2015.
- MENY Y., MULLER P., QUIERMONNE J.L., *Adjusting to Europe. The impact of the European Union on national institutions and policies*, London, 1996.
- MERUSI F., *La natura delle cose come criterio di armonizzazione comunitaria nella disciplina sugli appalti*, in *Riv. It. Dir. Com.*, 1997, I, p. 41.
- MITCHELL J.D.B., *Causes and Effects of the absence of a system of public law*, London, Publ. Law, 1965.
- MITCHELL J.D.B., *The contracts of public authorities*, London, L.S.E, 1954.
- NOBILE A., *Le nuove direttive: i principi generali*, in FIORENTINO L., LACAVA C., (a cura di), *Le nuove direttive europee sugli appalti pubblici*, *Quaderni del Giornale di Diritto Amministrativo*, diretti da CASSESE S., 2004, 13.
- PARRIS H., *A constitutional bureaucracy*, London, 1969.

PATRONI GRIFFI F., *Class action e ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici*, in www.federalismi.it, 2010.

PELLIZZER F., *Le concessioni di lavori pubblici*, in BENACCHIO G. A., DE PRETIS D., (a cura di), *Appalti pubblici e servizi di interesse generale: atti dei seminari tenuti presso la Facoltà di giurisprudenza di Trento: novembre-dicembre 2004*, Trento, 2005.

PEPE V., *Lo sviluppo sostenibile: tra governo dell'economia e profili costituzionali*, in FERRARA R., VIPIANA P.M., (a cura di), *I nuovi diritti dello stato sociale in trasformazione*, vol.1, *La tutela dell'ambiente tra diritto interno e diritto comunitario*, Padova, 2002, p. 253.

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

PRIER E., McCUE CLIFFORD P., *Public Procurement Analysis of Best Value in Anti-corruption Efforts, Prepared for delivery at 12th International Anti-corruption conference in Guatemala City, Guatemala*, 15 novembre 2006.

PROSPERETTI L., *I rapporti tra regolazione e tutela della concorrenza. Teoria economica ed esperienze recenti*, in *Mercato concorrenza regole*, 2002, 2, pp. 277 ss.

Public Contracts Regulations 2015- The new rules on debarment, in www.nortonrosefulbright.com, 2015.

PUGLIESE F.P, MANZO G., ALLEGRA M., ROMANO S.A., *Rapporto sulle procedure contrattuali pubbliche in Italia, Francia e Stati Uniti, Proposte per una riforma*, Milano, 1974.

ROMANO S. A., *L'affidamento dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Milano, Giuffrè, 2011.

ROSE-ACKERMAN S., *Corruption: A study of political economy*, Ed. Ap Professional, 1978.

- SALERNO M., *Appalti, la Camera dà l'ok alla riforma. Delrio: nuovo codice operativo entro giugno*, in *Quotidiano del Sole24Ore* "Edilizia e territorio", 18 novembre 2015.
- SAPELLI G., *Storia economica dell'Italia contemporanea*, Mondadori, Milano, 2008.
- SAPELLI G., *Cleptocrazia*, Feltrinelli, Milano, 1994.
- SANTILLI G., *Semplificare per crescere*, in *IlSole24Ore*, 15 gennaio 2016.
- SARTORIO L., *Le operazioni di partenariato contrattuale tra interesse pubblico e concorrenza: sviluppo economico e ruolo dei privati in Italia e in Francia*, in CAFAGNO M. – BOTTO A. – FIDONE G. – BOTTINO G., (a cura di), *Negoziazioni Pubbliche – Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Milano, Giuffrè, 2013.
- SCHOONER S., *The Paper Tiger Stirs: Rethinking Exclusion and Debarment*, in *Public Procurement Law Review*, 2004, 5.
- SCOCA F.G., voce *Attività amministrativa*, in *Enc. Dir., Aggiornamento*, vol. VI, Milano, 2002.
- SCOCA F.G., *Giustizia amministrativa*, 6° ediz., Torino, Giappichelli, 2014.
- SEMPLE A., *A practical guide to Public Procurement*, Cambridge, 2015.
- SORACE D., *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, 2007, p. 137.
- SOREIDE T., *Corruption in public procurement. Causes, consequences and cures*, Bergen, Chr. Michelsen Institute, 2002.
- STEINICKE M., *Public procurement and the negotiated procedure: a lesson to learn from U.S. Law?*, in *Eur. Competition Law Review*, 2001, pp. 331ss.
- TORCHIO N., *Le nuove direttive europee in materia di appalti e*

concessioni, Relazione tenuta per il Corso di formazione sui contratti pubblici per il personale di magistratura della Corte dei conti, 12-13 maggio 2014.

TORNOS MAS J., DEL MAR MARTÍNEZ MARTÍNEZ M., *Las concesiones en el dercho español. Concesión de obra pública y colaboración público-privada*, in CAFAGNO M. – BOTTO A. – FIDONE G. – BOTTINO G., (a cura di), *Negoziazioni Pubbliche – Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Milano, Giuffrè, 2013;

TOZZI, *La scelta del contraente privato nell'attività contrattuale della p.a. Posizioni soggettive tutelabili*, in *Foro Amm.*, 1975, II, pp. 381 ss.

TRAVI A., *Lezioni di giustizia amministrativa*, 11°ediz., Torino, Giappichelli, 2014.

TREUMER S., *The distinction between selection and award criteria in EC public procurement law: a rule without exception?*, in *Public Procurement Law Review*, 2009, 3, pp. 103-111.

TRYBUS M., CARANTA R., EDELSTAM G., *EU Public Contract Law: Public Procurement and Beyond*, Bruylant, 2014.

TURPIN C., *Government Procurement and Contracts*, London, Longman, 1989.

URBANO G., *La disciplina dei contratti pubblici tra tutela della concorrenza e misure anticrisi*, in www.neldiritto.it, 2015.

VANNUCCI A., *Atlante della concorrenza*, Torino, 2012.

VANNUCCI A., *Appalti pubblici e legalità: la formula della corruzione*, in www.innovapa.it.

VANNUCCI A., *La corruzione in Italia: cause, dimensioni, effetti*, in *La Legge anticorruzione*, Giappichelli, 2013.

VILLANI U., *Istituzioni di diritto dell'Unione Europea*, Bari, Cacucci Editore, 2013.

VOLPE C., *L'affidamento "in house": situazione attuale e proposte per una disciplina specifica*, relazione al convegno nazionale di studi su "Le nuove direttive appalti e concessioni: recepimento, elementi critici e opportunità anche alla luce delle recenti novità normative", presso l'Università degli studi "Tor Vergata", Roma, 27-28 ottobre 2014.

WILLIAMS-ELEGBE S., *Fighting Corruption in Public Procurement: a Comparative Analysis of Disqualification or Debarment measures*, Oxford, Hart Publishing, 2012.

YUKINS C., *Suspension and Debarment: Rethinking the Process*, in *Public Procurement Law Review*, 2004, 5.

ZANETTINI L., *Le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici nel Regno Unito. La fiducia nella discrezionalità della stazione appaltante e l'importanza del dialogo con le imprese*, in COMPORTI G.D., (a cura di), *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, Editoriale Scientifica, 2011.

ZINGALES U., *Una singolare forma di tutela del cittadino nei confronti della p.a.: la class action*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2010, 3.

RINGRAZIAMENTI

Grazie a mamma, papà e Silvia per tutto il loro amore e il loro sostegno.

Un ringraziamento sentito al Prof. Marcello Clarich per l'immensa disponibilità, la comprensione e i preziosi insegnamenti impartiti. Grazie alle Sue stimolanti lezioni fin dai tempi dell'Università ho iniziato ad appassionarmi allo studio del diritto amministrativo.

Grazie anche al Prof. Gianfrancesco Fidone per gli utili consigli forniti durante la stesura di questa tesi.

Ringrazio il Prof. Giuseppe Melis per la cortesia mostrata e la cura nell'organizzazione delle lezioni del corso di dottorato.

Un ringraziamento al Cons. Michele Corradino per gli utili suggerimenti e gli spunti di riflessione.

Grazie al Cons. Roberto Garofoli per la fiducia riposta in me.